SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA
CCCXXII

GIAN MARCO CALETTI

DALLA VIOLENZA AL CONSENSO NEI DELITTI SESSUALI

Profili storici, comparati e di diritto vivente

Bologna
University Press

SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA
CCCXXII

GIAN MARCO CALETTI

DALLA VIOLENZA AL CONSENSO NEI DELITTI SESSUALI

Profili storici, comparati e di diritto vivente

Bologna
University Press

Progetto Open Access Consorzio Alphabet
Il volume beneficia di un contributo per la pubblicazione da parte del Dipartimento di Scienze giuridiche - Alma Mater Studiorum Università di Bologna.

Fondazione Bologna University Press
Via Saragozza 10, 40123 Bologna
tel. (+39) 051 232 882
fax (+39) 051 221 019

www.buponline.com
e-mail: info@buponline.com

Quest'opera è pubblicata sotto licenza
Creative Commons CC BY-4.0

ISSN 2283-916X
ISBN 979-12-5477-215-7
ISBN online 979-12-5477-216-4
DOI 10.30682/sg322

Impaginazione: DoppioClickArt, San Lazzaro di Savena (Bologna)

Prima edizione: febbraio 2023

SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

***

Per la presente monografia la Giunta di Dipartimento ha nominato la seguente Commissione di lettura:

Alberto Cadoppi, ordinario di Diritto penale, Università di Parma
Attilio Nisco, associato di Diritto penale, Alma Mater Studiorum - Università di Bologna
Silvia Tordini Cagli, associata di Diritto penale. Alma Mater Studiorum - Università di Bologna

Ringraziamenti

Nel licenziare il lavoro, il primo pensiero non può che andare al mio Maestro, professor Stefano Canestrari, che da poco più di dieci anni guida con attenzione, generosità ed entusiasmo il mio percorso scientifico. Lo ringrazio per avermi dimostrato costante fiducia, anche sostenendomi nella scelta di affrontare un tema umanamente così problematico, nonché per essere stato un modello di rigore scientifico, passione per la comparazione e interesse per le prospettive interdisciplinari.

Un altro debito che ho contratto in questi anni è senza dubbio con la professoressa Kolis Summerer, alla quale va tutta la mia gratitudine. Non solo per la lettura del lavoro e per i numerosi suggerimenti – che mi hanno sempre permesso di vedere le cose con più chiarezza – ma anche per avermi accolto a Bolzano dopo il periodo del dottorato. Lavorare insieme al progetto *"Creep – Criminalizing Revenge Porn?"* è stato, al tempo stesso, decisivo per la prosecuzione del mio cammino ed entusiasmante.

Un altro ringraziamento particolare non può che andare a Matteo L. Mattheudakis, col quale ho condiviso tanto in questi anni, in cui ha rappresentato sotto diversi profili una fonte di ispirazione. Gli sono grato per l'attentissima lettura del lavoro e, più in generale, per non aver fatto mai venire meno il suo incoraggiamento e la sua amicizia. Ci tengo a ringraziare anche i giovani colleghi – rigorosamente in ordine alfabetico – Valentina Badalamenti, Paolo Beccari, Matilde Botto e Rebecca Girani, che mi hanno aiutato in alcune fasi della lavorazione del volume.

Il libro è anche il frutto di alcune esperienze di ricerca all'estero. Così, nel concluderlo, il pensiero corre a tutti coloro che, in diverse misure, vi hanno contribuito. Da questo punto di vista, un primo ringraziamento è d'obbligo per il professor Stephen Schulhofer, non solo per avermi messo a contatto con una realtà universitaria eccezionale come quella newyorchese, ma soprattutto per i preziosi dialoghi che mi ha concesso sul tema del consenso. Al professor Thomas Weigend sono grato per avermi inserito in una riflessione collettiva e comparata sui reati sessuali, permettendomi di confrontarmi con giuristi di straordinaria caratura. Ricordo, inoltre, Findlay Stark, Mike Vitiello, Clare McGlynn, Danielle Citron: ognuno di loro ha lastricato le mie ricerche di consigli, incoraggiamenti, opportunità.

Mi preme dedicare un pensiero anche a mio nonno, Giovanni Caletti, che ho conosciuto per poco, ma che ha comunque contribuito con la sua fornitissima biblioteca alla stesura del lavoro: tra i primi medici italiani ad avvicinarsi alla sessuologia, i suoi libri hanno reso possibili alcuni degli approfondimenti che ho realizzato nella prima parte. Trovo ancora attuale l'auspicio che, nel suo pioneristico studio del 1976 su *Il comportamento sessuale degli Italiani*, citato nel testo, compare in luogo della dedica: «per una migliore intesa fra i sessi, per una maggiore comprensione verso i problemi della sessualità».

Non posso, infine, che ringraziare la mia famiglia. I miei genitori, ai quali il libro è affettuosamente dedicato, mia sorella Lucia, Enzo (eccellente correttore di bozze) e Cecilia, per aver compreso l'importanza dei periodi lontano da casa, per avermi sostenuto incondizionatamente, per aver accettato i sacrifici cui entrambi siamo stati chiamati, specialmente negli ultimi mesi, e, *last but not least*, per avermi donato Francesca. Forse, senza alcune turbolenze notturne e con qualche influenza in meno, questo libro sarebbe stato pubblicato prima, ma non sarebbe stato altrettanto bello scriverlo.

A Franca e Giancarlo
i miei genitori

Introduzione

DALLA VIOLENZA AL CONSENSO: ALCUNE IPOTESI PARADIGMATICHE

a) *«Quello sguardo nei suoi occhi»*

Rusk conobbe Pat in un pub per *singles* di Baltimora, presentati per caso dall'amica che accompagnava la donna. Rusk e Pat parlarono cordialmente per un po', condividendo anche talune preoccupazioni. Entrambi, infatti, erano genitori separati.

Quando Pat disse di dover andare, Rusk la persuase ad accompagnarlo a casa in auto. Arrivati davanti al suo appartamento, all'una di notte, Pat rifiutò l'invito di Rusk ad entrare, tenendo il motore acceso per ripartire. Egli allora afferrò fulmineamente le chiavi dall'accensione, uscì e disse: «*now, will you come up?*» («ora verrai dentro?»). A quel punto, spaventata e in un quartiere a lei sconosciuto, la donna lo seguì all'interno dell'appartamento per recuperare le chiavi dell'auto.

Poco dopo essere entrata, Pat chiese di potersene andare, ma Rusk, ancora in possesso delle chiavi, la tirò per le braccia fino al letto e iniziò a spogliarla. Su richiesta, Pat si tolse gli abiti rimanenti, ma appena rimasta nuda lo supplicò di lasciarla andare, dicendo: «*you can get a lot of other girls down there, for what you want*» («puoi trovare molte altre ragazze laggiù, per ciò che vuoi»), riferendosi al pub. Quando Rusk disse di no, la donna, ancor più spaventata, gli chiese: «*if I do what you want, will you let me go without killing me?*» («se faccio quello che vuoi, mi lascerai andare senza uc-

cidermi?»). L'uomo non rispose. Dalla testimonianza di Pat nel dibattimento non è chiaro se avesse udito la domanda.

A spaventare la giovane donna era soprattutto lo sguardo nei suoi occhi («*the look in his eyes*»)[1], che a suo giudizio non lasciava presagire nulla di buono.

Pat iniziò a piangere e, secondo quanto riferito durante il processo, Rusk le «mise le mani sulla gola e iniziò a soffocarla leggermente» («*he put his hands on my throat, and started lightly to choke me*»). A quel punto lei ripetè di nuovo «*if I do what you want, will you let me go without killing me?*» e, quando Rusk disse di sì, si sottomise praticandogli una *fellatio* e poi prestandosi ad un rapporto vaginale.

Dopo gli atti sessuali, Rusk lasciò andare Pat, la quale cercò immediatamente una volante della polizia e alle tre e un quarto del mattino denunciò l'accaduto.

In primo grado Rusk è stato condannato per stupro ("*rape*"), definito nel Maryland come «rapporto sessuale ottenuto con la forza o la minaccia della forza» («*intercourse by force or threat of force*»). La Corte d'appello, tuttavia, ha annullato la condanna perché l'imputato non aveva utilizzato la forza e alla denunciante non era stato impedito di resistere, neppure mediante una minaccia rivolta alla sua integrità fisica. La decisione è stata appellata alla Corte Suprema del Maryland[2].

b) *La vigilia delle nozze*

Alla sera della vigilia del suo matrimonio, la ventiduenne Mercy arrivò a casa di Sandra, una cara amica di famiglia, che conosceva da almeno 12 anni e che considerava una zia acquisita. Sandra aveva cucito personalmente l'abito e avrebbe dovuto "sostituire" la madre della sposa, impossibilitata a partecipare al matrimonio del giorno

---

[1] Di qui il titolo, oltre che del paragrafo, anche dell'ampia ricostruzione di J. Suk, *"The look in his eyes": the story of Rusk and rape reform*, in D. Cooker, R. Weisberg (a cura di), *Criminal law stories*, New York, Thomson Reuters-Foundation Press, 2013, 171 ss.

[2] *State v. Rusk*, 424 A2d 720, 721-722, 724, 728, 733 (Md. 1981). Per l'esito del giudizio, v. *infra*, III, § 4.

successivo. Mercy aveva intenzione di passare l'ultima notte prima di iniziare la vita coniugale proprio a casa della "zia" Sandra.

Mercy incontrò Iniguez, il fidanzato di Sandra, quella sera per la prima volta. La ragazza notò che l'uomo, al suo arrivo, era un po' «alticcio». Prima, infatti, si trovava al bar dove aveva consumato diversi alcolici. Mercy, Sandra e Iniguez festeggiarono l'imminente matrimonio cenando e bevendo del vino. Non ci furono *flirt* o commenti di natura sessuale tra l'uomo e Mercy, in nessun momento della serata.

All'una circa, mentre dormiva in soggiorno con un sacco a pelo, Mercy fu svegliata da alcuni rumori dietro di lei. Aprì gli occhi, voltò la testa e vide Iniguez, nudo, avvicinarsi da dietro.

Senza dire nulla, l'uomo le abbassò i pantaloni, le accarezzò le natiche e consumò un rapporto sessuale. Mercy non provò a resistere. Restò immobile, sdraiata. Meno di un minuto dopo, Iniguez eiaculò, si "staccò" e tornò in camera da letto. Mercy non aveva acconsentito ad alcun contatto sessuale, ma non aveva neppure espresso un dissenso riconoscibile o un'opposizione tangibile.

Durante il processo, Mercy ha testimoniato di non aver opposto resistenza perché sapeva che l'uomo aveva bevuto. Non lo aveva mai incontrato prima. Iniguez, che pesava poco meno di cento chili, era un perfetto sconosciuto per lei. Mercy ha raccontato che, appena aveva capito cosa stesse succedendo, era stata presa dal panico e si era bloccata. Temeva che se avesse detto o fatto qualcosa, la reazione di lui sarebbe stata violenta. Così aveva deciso di rimanere immobile, aspettare che fosse tutto finito e poi uscire di casa il più velocemente possibile per raggiungere il suo fidanzato e raccontargli quanto accaduto.

Iniguez ha ammesso di aver avuto un rapporto sessuale senza il consenso della sposa e la giuria lo ha dichiarato colpevole di stupro ("*rape*"). Tuttavia, la Corte d'appello ha ribaltato la sentenza, ritenendo le prove insufficienti a dimostrare che il rapporto sessuale fosse stato compiuto con la forza o il timore di lesioni fisiche immediate. La decisione è stata appellata alla Corte Suprema della California[3].

[3] *People v. Iniguez*, 7 Cal. 4th 847, 30 Cal. Rptr. 2d 258, 872 P.2d 1183 (1994). Per l'esito del giudizio, v. *infra*, III, § 5.

c) She said. He said. *Un'affrettata progressione sessuale*

M.T.S. viveva temporaneamente insieme a C.G. e a sua madre, col permesso di quest'ultima. La ragazza, ancora adolescente, dormiva in camera sua al secondo piano, mentre M.T.S., anche lui minorenne, in un divano al piano terra.

Durante il processo, i due protagonisti hanno offerto versioni molto discordanti e la Corte non ha dato pieno credito alla versione di ciascuno dei due *teenagers*.

Secondo la ricostruzione di C.G. ("*she said*"), M.T.S. le aveva più volte detto che le avrebbe fatto una sorpresa visitandola una sera in camera da letto. La ragazza pensava si trattasse di uno scherzo, dal momento che spesso la prendeva in giro. La notte dell'"incidente" la giovane si svegliò all'incirca all'una e mezza, trovando M.T.S. vestito sulla soglia di camera sua. Si alzò, salutò, andò in bagno e tornò a letto. Si risvegliò alle tre, trovandosi senza pantaloni e mutande e con l'imputato sopra di lei intento in una penetrazione vaginale. Appena realizzato cosa stava accadendo, C.G. schiaffeggiò il ragazzo dicendo di interrompere l'atto e andarsene, cosa che M.T.S. fece rapidamente. La ragazza, in stato di *shock*, rimase nel proprio letto piangente fino alla mattina. Alle sette, si recò dalla madre, le raccontò l'episodio e insieme andarono a formalizzare la denuncia davanti alle autorità.

Secondo M.T.S. ("*he said*"), invece, i fatti si erano svolti diversamente. I due avevano da tempo un rapporto di complicità e, nei giorni precedenti ai fatti, si erano baciati più volte, con la ragazza che lo avrebbe sollecitato a recarsi da lei una di quelle sere per farle "una sorpresa". Quando ciò avvenne, C.G. stava andando in bagno. Al suo ritorno, i due cominciarono a baciarsi, si spogliarono ed iniziarono un rapporto sessuale. Dopo tre o quattro "spinte", C.G. tirò via M.T.S. e, alla richiesta di spiegazioni, gli tirò uno schiaffo e gli chiese come potesse approfittarsi di lei in quel modo. M.T.S. si rivestì e provò a calmare la ragazza, ma poi se ne andò raccomandandosi di non raccontare a nessuno l'episodio.

La Corte di primo grado, mediando tra i due contrapposti racconti, ha concluso che la vittima aveva prestato il consenso ad una sessione di baci e di accarezzamenti e strusciamenti (e che, pertanto,

non stava dormendo al momento di inizio dell'interazione sessuale), ma ha altresì ritenuto che M.T.S. avesse proceduto improvvisamente all'atto penetrativo, senza il consenso di C.G. Il giovane imputato è stato condannato, ma la Corte d'appello ha ribaltato la decisione, sottolineando come non vi fosse stata una condotta violenta da parte di M.T.S. La decisione è stata appellata alla Corte Suprema del New Jersey[4].

d) *Lo "stupro" di Stanford*

All'alba del 18 gennaio 2015, lo studente diciannovenne dell'Università di Stanford, Brock Turner, era stato trovato da altri due studenti all'interno del *campus*, sdraiato su una ragazza in stato di incoscienza, Chanel Miller. Alla vista dei colleghi, Turner aveva provato a scappare, ma questi lo avevano rincorso, bloccato e trattenuto fino all'arrivo di un ufficiale di polizia. In quel momento, la giovane donna era ancora incosciente e si era rivelata incapace di parlare a segno per le successive tre ore dal ritrovamento.

Nonostante le successive discrepanze processuali, alcuni fatti sembrano incontestati. Chanel Miller e sua sorella, nessuna delle quali studiava a Stanford, presero parte alla festa di una confraternita. Le due ragazze bevvero volontariamente ingenti quantità di alcol insieme a Turner, fino a che Chanel si appartò insieme al giovane. Da qui le versioni divergono sensibilmente.

L'accusa ha archiviato la contestazione del reato di "*rape*" (stupro), non essendovi la prova di una penetrazione con il pene necessaria per integrare la fattispecie. La prova di altri atti sessuali, come una penetrazione digitale, invece, ha successivamente condotto alla condanna di Turner alla detenzione di sei mesi, poi scontata per metà, per il reato di "*sexual assault*" (aggressione sessuale).

L'entità della pena ha scatenato reazioni indignate da parte dei media. Tuttavia, la quantificazione da parte del giudice seguiva in gran parte le raccomandazioni di un ufficiale di sorveglianza, che

[4] *State in the interest of M.T.S.*, 129 N.J. 422, 609 A.2d 1266 (1992 N.J.). Per l'esito del giudizio v. *infra*, III, § 5.

prima del processo, in conformità con la legge californiana, aveva preparato una relazione di "*probation*" (libertà vigilata). Basandosi su una serie di indici, che evidenziavano un modesto rischio di recidiva, il rapporto raccomandava una pena breve.

La relazione includeva le dichiarazioni di rimorso di Turner per il danno arrecato alla vittima, ma si era altresì basata su una dichiarazione iniziale resa dalla Miller, che aveva riferito: «voglio che sappia che mi ha fatto male, ma non voglio che la sua vita sia finita. Voglio che sia punito, ma come essere umano voglio solo che guarisca. Non voglio che si senta come se la sua vita fosse finita e non voglio che marcisca in prigione; non ha bisogno di stare dietro le sbarre»[5].

Durante e dopo il processo, ampiamente coperto dagli organi di informazione, invece, la ragazza si era dimostrata assai ostile nei confronti di Turner.

Nei resoconti mediatici, il caso era e rimane lo "stupro" di Stanford, anche se di tale reato Brock Turner non è mai stato formalmente accusato[6].

e) *Il luogotenente Morgan*

Il luogotenente Morgan era un ufficiale della RAF, l'aeronautica militare inglese. La notte del 15 agosto 1973 stava bevendo in un pub di Wolverhampton con tre colleghi più giovani, sia di età che di grado. L'uomo invitò gli altri a casa sua, al fine dichiarato di avere rapporti sessuali con la moglie Daphne.

In seguito, i tre colleghi affermarono che Morgan aveva detto loro che la moglie era «perversa», che coltivava fantasie di stupro e che avrebbe dunque soltanto finto di protestare. Il luogotenente, dal canto suo, ha negato tale circostanza.

---

[5] Il passaggio citato nell'originale inglese risulta: «*I want him to know it hurt me, but I don't want his life to be over. I want him to be punished, but as a human, I just want him to get better. I don't want him to feel like his life is over and I don't want him to rot away in jail; he doesn't need to be behind bars*».

[6] Il caso non è confluito nei *report*. La ricostruzione è tratta da M. Vitiello, *Brock Turner: sorting through the noise*, in *University of the Pacific Law Review*, 2018, vol. 49, 631 ss.

Nel momento in cui gli uomini entrarono in casa, la moglie stava dormendo con il figlio di undici anni nel letto di quest'ultimo. I quattro uomini superarono con la forza la resistenza di Daphne, la trascinarono via dal letto del figlio ed ebbero rapporti sessuali forzati a turno mentre gli altri la trattenevano. Inizialmente la donna gridò al figlio e al fratello, anch'egli presente in casa, di chiamare la polizia, ma poi gli uomini le tapparono il naso e la bocca quasi a soffocarla finché non si sottomise ai plurimi rapporti. Dopo l'aggressione, pure lo stesso Morgan ebbe un rapporto sessuale con la moglie. Terminata l'orribile scena, la donna si recò immediatamente all'ospedale di Cosford dove riferì al personale di essere stata violentata.

I tre colleghi del luogotenente furono accusati di stupro, mentre Morgan fu incriminato per aver istigato gli altri a commettere il delitto: dall'accusa di *rape* era protetto da una "*defence*" assoluta, in virtù del fatto di essere sposato con la vittima.

Al processo i tre uomini dichiararono di aver genuinamente creduto, sulla base di quanto premesso loro dal marito, che la signora Morgan fosse consenziente ai rapporti sessuali. Nell'istruire la giuria, il giudice stabilì che gli imputati *non* avrebbero dovuto essere ritenuti colpevoli di stupro se *a*) avessero creduto sinceramente che la donna fosse consenziente e *b*) che tale convinzione in merito alla presenza del consenso fosse *ragionevole*. Agli inizi del 1974 la giuria condannò tutti e quattro gli imputati. Investita dell'appello, nel 1976 la *House of Lords* ha censurato l'istruzione trasmessa alla giuria, in particolare in relazione alla necessità di una convinzione ragionevole[7].

f) "Casting couch", *ovvero il divano che seleziona le attrici*

Il Sundance film festival è una delle più importanti rassegne di film indipendenti degli Stati Uniti. Si svolge a Parkcity, un sobborgo di Salt Lake City. All'edizione del 1997, la giovanissima Rose

[7] *DPP v. Morgan* [1975] UKHL 3. V. *infra*, III, § 10.

McGowan era una degli astri nascenti del festival, comparendo in quattro diverse pellicole[8].

Il noto produttore di Miramax Harvey Weinstein regnava sovrano a Sundance, dove selezionava e acquistava film indipendenti per distribuirli su larga scala, ma si teneva anche aggiornato su registi e attori emergenti da coinvolgere in nuovi progetti.

Alla prima di uno dei suoi film, Rose McGowan si ritrovò seduta proprio accanto al gran *Moghul* del cinema americano. Ironicamente, il film si chiamava *Going All the Way* ("Andare fino in fondo").

Al termine della proiezione, Weinstein disse a McGowan che avrebbe avuto piacere di parlare di affari. Secondo la giovane attrice la richiesta aveva senso: il produttore più importante voleva assoldare la "*rising star*" del festival.

I due si incontrarono nella stanza di hotel dell'uomo. Parlarono di affari e possibili scenari futuri.

Nell'accompagnarla fuori, tuttavia, ad un certo punto Weinstein tirò la giovane attrice in un'altra stanza con una vasca da bagno piena di acqua bollente. La spogliò rapidamente e le infilò la testa tra le sue cosce. Secondo quanto raccontato da McGowan, le sembrò di abbandonare il suo corpo, fluttuare per aria e osservare la scena dall'alto. Lo *shock* era tale che era entrata in una modalità di sopravvivenza ("*survival mode*"). Per andarsene, finse un orgasmo, si avvicinò alla porta, la aprì, la richiuse e scappò fuori.

Due giorni dopo, il produttore le lasciò un messaggio in segreteria dicendo che altre attrici importanti erano sue amiche "speciali" e che anche lei era la benvenuta «nel club».

In tutta risposta, Rose McGowan nominò un avvocato e ottenne, mediante un accordo riservato, un risarcimento di centomila dollari, poi devoluti ad una associazione di vittime di violenza ses-

[8] La storia è raccontata nel libro, vincitore del premio Pulitzer, J. Kantor, M. Twohey, *She said. Breaking the sexual harassment story that helped ignite a movement*, New York, Penguin Press, 2019, 11 ss. L'espressione a titolo del paragrafo ("*casting couch*") è mutata da un noto libro del 1990 (S. Ford, *The casting couch. Making it in Hollywood*, nella traduzione italiana, *Il sofà del produttore. Il rito del "pedaggio sessuale" nella storia di Hollywood*, Milano, Mondadori, 1990), nel quale, con lo pseudonimo di Selwyn Ford, due produttori-sceneggiatori inglesi, Alan Selwyn e Derek Ford, raccontano i retroscena della nascita delle luminose carriere di molte delle più note e acclamate attrici hollywodiane del secolo scorso.

suale. Preferì non sporgere denuncia perché aveva paura delle conseguenze. Weinstein era uno degli uomini più potenti del paese. Nell'ambiente cinematografico era un sovrano assoluto. Era molto vicino alla famiglia Clinton, di cui aveva finanziato varie campagne. La sua finzione di aver provato piacere avrebbe potuto essere strumentalizzata e tutto sarebbe sfociato in una distruttiva battaglia mediatica, nella quale il suo avversario aveva senz'altro più armi a disposizione.

Nel 2017, tuttavia, Rose McGowan ha svelato i dettagli di quell'incontro a Jodi Kantor e Megan Twohey, due giornaliste del *New York Times*. Successivamente, le *reporter* hanno parlato con ex dipendenti della Miramax e alcune attrici di primo piano, tra cui Ashley Judd[9] e Gwyneth Paltrow[10], che hanno confermato il *modus operandi* del produttore. Tutto di solito iniziava con la richiesta di un massaggio o un bagno caldo, per poi… "andare fino in fondo".

Sia Judd che Paltrow hanno riferito di essere riuscite a resistere alle *avance* di Weinstein, ma di essersi sentite in una «*no-win situation*», cioè una situazione che non prevede scenari senza sconfitta.

Come noto, l'inchiesta di Kantor e Twohey, apparsa sul *New York Times* nel 2017, ha dato slancio al movimento #*Metoo*.

Dalla violenza al consenso. Il moderno enigma dello stupro

Appare chiaro da tempo che l'essenza della violenza sessuale risiede nell'imposizione di un atto sessuale non voluto[11].

Disciplinare il reato significa pertanto guardare nell'intimità dei protagonisti, per ricostruirne le reciproche volontà interne, interpretarne le azioni e stabilirne gli effetti comunicativi nei confronti dell'altra persona. Tutto ciò in assenza di altre testimonianze e, dunque, esclusivamente sulla base di quanto raccontato dalla presunta vittima ("*she said*") e dal presunto aggressore ("*he said*").

---

[9] *Ivi*, 31 ss.

[10] *Ivi*, 38 ss.

[11] Cfr., ad esempio, S. Seminara, *I delitti contro la personalità sessuale*, in R. Bartoli, M. Pelissero, S. Seminara, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Torino, Giappichelli, 2022, 165 ss., in particolare 170.

Per secoli, il diritto penale ha sciolto questo enigma affidandosi all'elemento della violenza, indice sicuro della coercizione e della sua *colpevole* consapevolezza, dando vita – come è stato osservato – ad una fattispecie iconograficamente perfetta[12].

Il connubio è stato talmente forte che, a differenza di altri ordinamenti[13], ma anche di quanto avveniva in passato[14] e di quanto è stato proposto *de iure condendo*[15], se ne trova traccia già nello stesso *nome* del delitto ("violenza sessuale")[16].

Sulla scorta dei significativi mutamenti del costume sociale registrati negli ultimi decenni, tuttavia, non risulta difficile ipotizzare casi di compressione dell'autodeterminazione che prescindano dall'utilizzo della violenza fisica, ad esempio sulla base di dinamiche asimmetriche di potere, di contesti implicitamente coartanti o di incomprensioni sul piano dello sviluppo dell'interazione intima.

I casi illustrati, con una singola eccezione, rappresentano situazioni nelle quali, pur non essendo stata dispiegata alcuna energia fisica costrittiva, la libera adesione agli atti sessuali risulta quantomeno dubbia. Paradossalmente, nell'unico caso in cui è stata attuata una condotta chiaramente violenta, ad essere in discussione è proprio la consapevolezza della costrizione esercitata ai danni della vittima.

Interpretando in modo tassativo il quadro normativo vigente, si potrebbe arrivare a concludere che nessuna delle ipotesi descritte sia da ritenersi penalmente rilevante[17].

---

[12] Cfr. M. Papa, *La fisiognomica della condotta illecita nella struttura dei reati sessuali: appunti per una riflessione sulla crisi della tipicità*, in G. De Francesco, A. Gargani, D. Notaro, A. Vallini (a cura di), *La tutela della persona umana. Dignità, salute, scelte di libertà (per Francesco Palazzo). Atti del Convegno. Pisa, 12 ottobre 2018*, Torino, Giappichelli, 2019, 145 ss., in particolare 146 e 152.

[13] Come si vedrà lungo il percorso, i sistemi giuridici angloamericani hanno sempre adottato il termine "*rape*" ("stupro", v. *infra*, III); in Spagna si distingueva tra "*abuso sexual*" e "*agresion sexual*"; pure la legge tedesca conteneva un riferimento allo "stupro" (v. *infra*, III, § 9).

[14] V. *infra*, I, §§ 4, 5, 6, 7.

[15] V. *infra*, I, § 9, per la proposta della Commissione "Pagliaro", che proponeva la nuova rubrica di "stupro".

[16] Per le origini, risalenti al codice penale toscano, v. *infra*, I, § 7.

[17] V. *infra*, II, ma anche III, §§ 4, 5, 10.

È così che il diritto penale moderno si trova ad interrogarsi sulla possibilità di riconsiderare la propria risposta tradizionale all'enigma, nella prospettiva di riformulare il delitto di violenza sessuale senza la *violenza* e sostituendovi l'elemento del consenso[18].

Si tratta di un'operazione estremamente problematica poiché, come si accennava, rinunciando a tale indice esogeno, il discrimine tra un atto di piacere ed uno criminale ricade soltanto sulla presenza di una volontà positiva[19]. Il discorso viene dunque ineluttabilmente a dover fare i conti con la dimensione interiore dei protagonisti dell'interazione sessuale, senz'altro una delle più nebulose tra quelle presenti nella società, anche per via della persistenza di antichi archetipi comportamentali e di un innegabile divario tra i generi nell'interpretazione di talune situazioni. Peraltro, più la tipicità viene ad assottigliarsi, più diviene problematico e delicato l'accertamento della colpevolezza che, come dimostra il paradossale esempio del luogotenente Morgan, non è affatto banale persino in relazione alla disciplina attuale.

Il presente studio si propone di offrire un contributo alla discussione sull'opportunità di riformare il reato di violenza sessuale previsto dall'art. 609-*bis* c.p., che, come noto, costituisce la fattispecie base dell'intera disciplina dei *delitti sessuali*, menzionati nel titolo del volume. Con ciò non si vuole ignorare la tendenza della dottrina internazionale, specie angloamericana, ad adottare una nozione più ampia di delitti sessuali ("*sexual offences*" o "*sex crimes*"), nel tentativo di ricondurre una pluralità di fattispecie diverse ad un unico

---

[18] Cfr. B. Romano, *Proposte di riforma nei delitti contro la sfera sessuale della persona*, in *Dir. pen. cont.*, 29 novembre 2018; M. Bertolino (a cura di), *Verso la riforma dei reati sessuali. Parte I: i reati* stricto sensu *sessuali*, in *www.aipdp.it*, 2018; G. Balbi, *I reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale in una prospettiva di riforma*, in *Sistema penale*, 3 marzo 2020.

[19] Cfr. T. Weigend, *Consent – making the difference between pleasure and crime*, in G.M. Caletti, K. Summerer (a cura di), *Criminalising intimate image abuse. A comparative perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2023 (in corso di pubblicazione). Come scrive la filosofa del diritto Heidi Hurd, «*consent can trasform trespasses into dinner parties and rape into lovemaking*» («il consenso può trasformare trasgressioni in cene e lo stupro in fare l'amore»), catturando la potenza del consenso nelle interazioni sessuali. Cfr. H.M. Hurd, *Was the frog prince sexually molested?*, in *University of Michigan Law Review*, 2005, vol. 103, 1329 ss.

nucleo di tutela[20]. Tuttavia, anche se non mancheranno diversi riferimenti ad altri ambiti, il focus principale dell'indagine resterà saldo sulla violenza sessuale, che nella nostra tradizione costituisce il delitto sessuale per eccellenza. Ciò anche perché, come si avrà modo di osservare, a differenza di quanto avvenuto per l'art. 609-*bis* c.p., in relazione ad altre fattispecie l'ordinamento ha già realizzato la svolta consensualistica suggerita dal principio di autodeterminazione. Si apre, dunque, una vistosa incongruenza sistematica, che, per certi versi, non fa che confermare il profondo radicamento nella nostra cultura giuridica dell'identificazione tra il reato ed il suo mezzo di commissione, tra la violenza sessuale e la costrizione violenta.

È per questa ragione che l'itinerario proposto nel libro prenderà le mosse da una retrospettiva storica, necessaria per mettere in luce le origini e l'evoluzione della disciplina tradizionale, nonché per mapparne i numerosi nessi con il presente (v. *infra*, I).

Successivamente, il discorso si sposterà sul diritto vivente, per valutare se effettivamente vi siano meritevoli esigenze di tutela che il quadro normativo attuale lascia insoddisfatte (v. *infra*, II).

Infine, nella terza parte, grazie ad un esame delle riforme realizzate in altri ordinamenti, si proverà a stabilire quali sono le alternative ad una incriminazione fondata sulla costrizione violenta (v. *infra*, III).

In proposito occorre premettere che, salve alcune parentesi relative alla disciplina tedesca dei delitti sessuali[21], come segnala la stessa provenienza degli esempi appena illustrati, il dialogo si svilupperà prevalentemente con i sistemi giuridici angloamericani. La scelta, che a prima vista può apparire inusuale, è invece, rispetto al tema, quasi obbligata. Il dibattito angloamericano, per le ragioni che si avrà modo di meglio specificare[22], pone la questione della riforma dello stupro al centro della riflessione giuridica da diversi decenni e

[20] Di recente, si veda la profonda indagine del filosofo del diritto americano, S.P. Green, *Criminalizing sex. A unified liberal theory*, New York, Oxford University Press, 2020. Nella dottrina italiana, si propone un compito simile, B. Romano, *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, 7ª ed., Milano, Giuffré, 2022.

[21] V. *infra*, III, § 9.

[22] Si veda, in proposito, l'introduzione della terza parte del lavoro, che prova ad evidenziare le peculiarità che hanno contribuito a rendere così centrale il "*rape*" nella riflessione giuridica angloamericana.

ha visto svilupparsi una letteratura senza precedenti, peraltro spesso propensa anche ad addentrarsi in provvidenziali approfondimenti interdisciplinari.

Gli stessi Paesi europei che hanno già riformato la propria normativa interna dei reati sessuali, non a caso, hanno esplicitamente ricondotto le proprie scelte di politica criminale ai modelli elaborati nella discussione angloamericana. Così, nel 2016, la Germania ha fatto riferimento ad un paradigma di incriminazione basato sul dissenso della persona offesa, riassunto nello *slogan* "*no means no*" ("no vuol dire no")[23], mentre la Spagna, nel corso della stesura della presente opera, ha approvato una legge improntata al differente modello dell'"*only yes means yes*" ("solo sì vuol dire sì")[24].

Non pare il caso di dilungarsi oltre, anche perché una più ampia introduzione ai temi affrontati in questo studio è contenuta nella premessa del primo capitolo. Sembra, tuttavia, opportuno segnalare che nei casi illustrati si trovano le tracce non solo dell'itinerario principale, ma anche di alcune delle "sottotrame" del libro, alle quali si proverà a dare spazio parallelamente allo svilupparsi del discorso incentrato sulla transizione dalla violenza al consenso[25].

---

[23] Cfr. ad esempio, T. Hörnle, *The new German law on sexual assault and sexual harassment*, in *German Law Journal*, 2017, 1309 ss.

[24] Parla di "*ley del solo sí es sí*" M. Cancio Melià, *Guerra cultural y reforma de los delitos sexuales*, in *El País*, 7 giugno 2022.

[25] In sede introduttiva pare il caso di precisare un ulteriore aspetto stilistico. I temi affrontati presentano senza dubbio diverse insidie in relazione al linguaggio da impiegare e, nello specifico, sotto il profilo dell'utilizzo dei generi. Di recente, non sono mancati appelli nella dottrina penalistica per l'utilizzo di uno stile più neutro, che eviti di riproporre la dimensione androcentrica della lingua italiana (cfr. C. De Maglie, *Verso una lingua del diritto penale non sessista*, in *Criminalia*, 2020, 71 ss.). Ebbene, come noto, le condotte oggetto del presente studio si caratterizzano per una forte componente di genere, nel senso che si tratta di un reato prevalentemente (se non quasi esclusivamente) maschile (per gli opportuni approfondimenti statistici v. *infra*). Si perdonerà dunque se, fatti salvi i casi in cui è possibile utilizzare espressioni neutre come partner – ma come evidente non sempre è possibile farlo: la parola presuppone un qualche tipo di relazione tra i due protagonisti – l'imputato sarà indicato con tale dicitura maschile e la vittima con quella femminile. Del resto, «la ricerca di un linguaggio rispettoso delle donne non deve diventare un'ossessione, perché sempre va salvaguardata e privilegiata la qualità e la comprensibilità del testo» (cfr. C. De Maglie, *Verso una lingua del diritto penale non sessista*, cit., 85. Sulla chiarezza dei testi giuridici, si segnala, della stessa studiosa, l'intrigante saggio C. De Maglie, *La lingua del diritto penale*, in *Criminalia*, 2018, 105 ss.).

Capitolo I

LA COSTRIZIONE SESSUALE VIOLENTA

Origine ed evoluzione storica di un dogma nella correlazione tra costumi sessuali, stereotipi culturali e norme penali

«*The substance of the law at any given time*
pretty nearly corresponds with what is then understood
to be convenient; but its form and machinery,
and the degree to which is able to work out desired results,
depend very much upon its past».

O. Wendell Holmes, *The Common Law* (1881)

«*Hor, non sai tu, com'è fatta la donna?*
Fugge, e fuggendo vuol, che altri la giunga;
Niega, e negando vuol, ch'altri si toglia;
Pugna, e pugnando vuol, ch'altri la vinca».

T. Tasso, *Aminta* (1573)

Sommario: 1. Premessa: l'intreccio tra costumi sessuali, stereotipi culturali e norme penali. L'ipotesi di studio. – 2. Dal mito ai "miti" sullo stupro. La codificazione dei ruoli sessuali nella mitologia classica tra seduzione violenta, pregiudizi misogini e *hybris*. – 3. I reati sessuali nel diritto penale ateniese: l'irrilevanza del consenso femminile riflessa nell'indistinguibilità tra *moicheia* e violenza sessuale. – 4. La forza quale causa di esclusione della colpevolezza dell'adultera. L'evoluzione della disciplina di *stuprum per vim* e *raptus* nel diritto romano. – 5. «*Praesumitur seducta*»: le contraddizioni del diritto intermedio nella ricostruzione di violenza e consenso a tutela dell'"onestà" femminile. – 6. «Lo stupro semplice cadde in faccia al progresso dei lumi». Il consenso femminile quale artifizio retorico della scienza penalistica ottocentesca per lo sgretolamento del sistema di antico regime. – 7. La violenza carnale tra Ottocento e Novecento: la codificazione della resistenza della vittima quale difesa di interessi sovraindividuali. – 8. L'affermarsi dell'approccio liberale e dell'autodeterminazione sessuale. La nuova centralità dello stupro tra i delitti sessuali e la messa in discussione psicosociale e criminologica dei miti. – 9. La riforma

dei reati sessuali nel 1996 tra statuizioni simboliche e «bassifondi della banalità». La sopravvivenza della costrizione violenta. – 10. L'onere di resistenza e la resistenza dei miti nella "sentenza sui *jeans*". – 11. Osservazioni di sintesi sulla costrizione violenta: un dogma penalistico dai molteplici retaggi applicativi; un corpo estraneo in un sistema di tutela complesso.

1. *Premessa: l'intreccio tra costumi sessuali, stereotipi culturali e norme penali. L'ipotesi di studio*

> *Is rape law in accord with prevailing social attitudes about the expression of consent in sexual contacts? What are those attitudes (and are they the same for women as for men?)? If prevailing attitudes remain unfair to victims of sexual offences, should the criminal law move beyond them? […] Issues analogous to these rarely present any difficulty in connection with crimes like homicide, burglary, robbery and theft. But in connection with rape, these questions are difficult to answer and acutely controversial*[1].

Si apre con queste parole la trattazione dello stupro («*rape*») di uno dei principali libri di testo per studenti nordamericani di *crimi-*

[1] S.H. Kadish, S.J. Schulhofer, C.S. Steiker, R.E. Barkow, *Criminal law and its processes. Cases and materials*, New York, Wolters Kluwer, 2012, 331. Il breve estratto si può tradurre come segue: «la disciplina dello stupro è in linea con gli orientamenti sociali prevalenti sull'espressione del consenso nei contatti sessuali? Quali sono tali orientamenti (e sono gli stessi per le donne e per gli uomini?)? Se gli atteggiamenti sociali prevalenti rimanessero penalizzanti nei confronti delle vittime di reati sessuali, il diritto penale dovrebbe superarli? […] Questioni analoghe a queste raramente presentano difficoltà in relazione a reati come l'omicidio, la violazione di domicilio o il furto con scasso e la rapina. Ma in relazione allo stupro, queste domande sono difficili da risolvere e profondamente controverse». Peraltro, sembra opportuno evidenziare che nella struttura del libro di testo ("*textbook*") la trattazione del "*rape*" (lett. "stupro") apre la "parte speciale" e precede persino quella dell'omicidio. La scelta, di per sé molto significativa, viene implicitamente giustificata, oltre che con quanto riportato nel testo principale, anche con l'argomento per cui «*few areas of criminal law have attracted as much attention and controversy over the past three decades as the law of rape*» (331, «poche aree del diritto penale hanno attirato tanta attenzione e controversie negli ultimi tre decenni quanto la disciplina dello stupro»). Per considerazioni analoghe sulle particolari difficoltà che il diritto penale deve affrontare nel disciplinare i delitti sessuali, nella dottrina italiana, G. Fiandaca, *Prospettive di riforma dei reati sessuali: considerazioni problematiche*, in A. Cadoppi (a cura di), *Commentario delle "Norme contro la violenza sessuale" (Legge 15 febbraio 1996, n. 66)*, 1ª ed., Padova, Cedam, 1996, 405-407.

nal law, mettendo il lettore quasi brutalmente di fronte alla complessità che la legge si trova ad affrontare nella predisposizione di una disciplina moderna dei delitti sessuali.

Oltre a dover strutturare incriminazioni fedeli ai suoi principi fondamentali, il diritto penale è chiamato più che in ogni altro campo dell'agire delittuoso ad interpretare l'evoluzione del sentire sociale, a confrontarsi nel profondo con i costumi sessuali della sua epoca, a comprendere il reale peso di alcuni stereotipi culturali radicatisi nel tempo[2]. Un compito di per sé non affatto semplice, ulte-

[2] Secondo la nota teoria di J. Feinberg, *The expressive function of punishment*, in *The Monist*, 1965, vol. 49, 3, 397 ss., una delle funzioni del *punishment* è proprio quella di esprimere la condanna sociale del comportamento punito. Ciò implica che la legge penale debba in larga misura esprimere i valori e le attitudini della società nella quale viene adottata. Una attenta riflessione sui rapporti tra norma penale e consenso sociale non è estranea nemmeno alla dottrina italiana, che da tempo riconosce che «alle particolari garanzie formali costituzionali dei diritti fondamentali del singolo […] si aggiunge dunque il vincolo materiale per il legislatore della necessità del previo riscontro dell'accettazione sociale del suo intervento» (cfr. M. Romano, *Legislazione penale e consenso sociale*, in *Jus*, 1985, 413 ss.). Sul tema si veda anche il fondamentale saggio di C.E. Paliero, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 849 ss., che sottolinea come il consenso sociale si condensi in «bisogni di tutela», che possono proiettarsi in diverse direzioni, ovvero «tutela *con* la pena e *attraverso* il diritto penale; tutela *dalla* pena e *dal* diritto penale» (872). Nel corso del capitolo si vedranno esempi di entrambe le prospettive. Sebbene infatti, come si vedrà tra poco, attualmente le richieste della società sembrino indirizzarsi verso un allargamento della definizione di stupro, e quindi un aumento delle tutele attraverso il diritto penale, ciò avviene solo dopo che nel secolo scorso si è assistito ad un netto ridimensionamento del ruolo del diritto penale in ambito sessuale, secondo logiche soprattutto di tutela *dal* diritto penale (v. *infra*, § 8).

Se è vero che con il consenso sociale non è detto che sia lecita qualsiasi norma penale, ma senza il consenso non è lecita alcuna (cfr. ancora M. Romano, *op. loc. ult. cit.*), occorre anche prestare attenzione a che il consenso alla base della criminalizzazione non sia stato oggetto di manipolazione politica (in questo senso già E. Musco, *Consenso e legislazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 85). Un pericolo sempre più avvertito dalla scienza penalistica contemporanea, che segnala di frequente la tendenza ad approvare leggi penali dominate da logiche maggioritarie e populistiche, basate su un consenso emotivo e prive di basi scientifiche ed empiriche. Su questi profili, di recente, cfr. S. Seminara, *Consenso sociale, populismo e diritto penale*, in F. Giunta, R. Guerrini, V. Maiello, S. Seminara, F. Sgubbi (a cura di), *Diritto penale e paradigma liberale. Tensioni e involuzioni nella contemporaneità*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, 326 ss.; Pelissero M., *Le tensioni tra consenso sociale e diritto penale: complessità dei problemi, semplificazioni populiste e ruolo della dottrina*, *ivi*, 340 ss. Più in generale sull'argomento, senza pretese di esaustività, G. Fiandaca, *Populismo politico e populismo giudiziario*; D. Pulitanò, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, entrambi in *Crimina-*

riormente complicato dalla scarsità di indagini empiriche multidisciplinari e dai loro risultati apparentemente contraddittori[3].

L'adozione di un approccio "relativistico" alla questione, tuttavia, è in linea con la definizione della criminologia moderna che, identificando il "delitto sessuale" con «quanto offende i contenuti fondamentali dell'etica sessuale in un dato contesto culturale», esplicita una correlazione tra cultura, morale e diritto che in nessun altro settore si manifesta con la stessa nitidezza[4].

---

lia, 2013, rispettivamente 95 ss. e 123 ss.; G. Insolera, *La produzione del penale: tra Governo e Parlamento maggioritario*, in *Dir. pen. cont.*, 17 giugno 2016; M. Donini, *Populismo e ragione pubblica. Il postilluminismo penale tra* lex *e* ius, Modena, STEM Mucchi Editore, 2019; L. Ferrajoli, *Il populismo penale nell'età dei populismi politici*, in *Quest. giust.*, 2019, n. 1, 79 ss.; G. Insolera, *Il populismo penale*, in *disCrimen*, 13 giugno 2019; E. Amati, *L'enigma penale. L'affermazione politica dei populismi nelle democrazie liberali*, Torino, Giappichelli, 2020. Ancor più di recente, la polifonica riflessione contenuta in G. Losappio, G. Manca, A. Vichinkeski Teixeira (a cura di), *Il diritto penale nel guado tra libertà, sicurezza e populismo*, Pisa, Pacini, 2021. Nella scienza penalistica americana, si segnala la recente indagine monografica di R.E. Barkow, *Prisoners of politics. Breaking the cycle of mass incarceration*, Cambridge Massachusetts, Harvard University Press, 2019, che approfondisce il collegamento tra le politiche populiste e il problema della "incarcerazione di massa".

[3] Ma anche dal fatto che, per certi versi, risulta eccentrico rispetto alla nostra tradizione. Nelle rare occasioni nelle quali la letteratura straniera ha guardato da queste parti in cerca di indicazioni comparatistiche, ha finito per "rimproverare" la dottrina italiana di adottare un approccio esclusivamente tecnico-giuridico, nonché di rivolgere scarsa attenzione a fattori extralegali e criminologici. Cfr. ad es. R.A. Fenton, *Rape in Italian law: towards the recognition of sexual autonomy*, in C. McGlynn, V.E. Munro (a cura di), *Rethinking Rape Law*, Abingdon Oxon, Routledge, 2010, 183 ss., in particolare 193. Dello stesso avviso, nella dottrina italiana, M. Bertolino, *I reati contro la libertà sessuale tra codice e riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1464 ss., in particolare 474. Se la critica è in generale piuttosto incontrovertibile, va sottolineato come non siano comunque mancati alcuni tentativi di allargare lo spettro dell'indagine secondo prospettive multidisciplinari. Senza pretese di esaustività, si possono menzionare: la prima edizione del noto *Commentario* di Alberto Cadoppi, che contiene una "tavola rotonda" che fonde molteplici punti di vista sulla violenza sessuale (A. Cadoppi [a cura di], *Commentario delle "Norme contro la violenza sessuale" [Legge 15 febbraio 1996, n. 66]*, cit.); una raccolta di scritti che mirava ad analizzare l'impatto della riforma del 1996 a cinque anni dalla sua approvazione (A. Cadoppi [a cura di], *La violenza sessuale a cinque anni dalla legge n. 66/96. Profili giuridici e criminologici*, Padova, Cedam, 2001); e più di recente un volume dal taglio fortemente empirico ed interdisciplinare (C. Pecorella [a cura di], *Donne e violenza. Stereotipi culturali e prassi giudiziarie*, Torino, Giappichelli, 2021).

[4] G. Ponti, I. Merzagora, *Sessualità, cultura e delitto*, in G. Canepa, M. Lagazzi (a cura di), *I delitti sessuali*, Padova, Cedam, 1988, 13 ss., in particolare 32-33. In passato, la definizione tradizionale di delitto sessuale si concentrava sull'impulso ge-

Anche il comportamento che più inquieta la società contemporanea, lo stupro, non solo non ha sempre assunto il significato attuale di violenza sessuale, confondendosi spesso tra le trame repressive dell'adulterio (v. *infra*, §§ 3 e 4), ma non è neppure sempre stato ritenuto il più grave tra i crimini sessuali[5]. Al contrario, la sua percezione è mutata in modo considerevole lungo il corso dei secoli, subendo un'evoluzione continua in ragione della diversità degli usi, dei costumi e delle proibizioni elaborate dalla morale o dallo stesso diritto[6].

Costante in ogni periodo storico e universale, invece, è stata la tendenza a regolamentare la sessualità femminile[7], peraltro secondo

---

nesico e sulla pulsione sessuale, restringendo il campo a quei delitti nei quali il fine dell'agente è diretto e alimentato solo da una motivazione sessuale (nozione peraltro anch'essa poliedrica, difficile da definire e fortemente influenzata dalla cultura, cfr. G. Canepa, *Introduzione allo studio criminologico della delinquenza sessuale*, *ivi*, 5). Tale delimitazione, tuttavia, escludeva tipologie di reati altamente connesse alla sessualità ma sprovviste di un movente "sessualizzato". Come si osserverà, persino con riguardo alla violenza sessuale tale definizione risulterebbe oggi per molti versi anacronistica, atteso che da tempo si è preso atto che essa è nella maggior parte dei casi dettata da finalità non strettamente "libidinose", come si usava dire un tempo. Sul piano del diritto penale sostanziale, fungeva da corollario alla definizione criminologica l'interpretazione, di origine tedesca, per la quale la natura intrinseca di alcuni delitti sessuali (c.d. "*Tendenzdelikte*") implicava la necessità del dolo specifico di «sfogare la propria libidine». Sul tema, ampiamente L. Picotti, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli "elementi finalistici" delle fattispecie penali*, Milano, Giuffré, 1993, 139 ss.

[5] Cfr. I. Merzagora, *Relativismo culturale e percezione sociale in materia di comportamenti sessuali deviati*, in A. Cadoppi (a cura di), *Commentario delle "Norme contro la violenza sessuale" (Legge 15 febbraio 1996, n. 66)*, cit., 343 ss., in particolare 344.

[6] V. anche L. Goisis, *La violenza sessuale: profili storici e criminologici*, in *Dir. pen. cont.*, 31 ottobre 2012, 3-4, la quale sottolinea altresì che il comportamento sessuale umano è un comportamento relativamente variabile nel tempo e nello spazio, perché dipende oltre che dall'impulso, anche dalla coscienza e volontà del soggetto orientata da parametri culturali, storici, sociali, religiosi, geografici. In altre parole, «il comportamento sessuale è dunque al tempo stesso istintivo e sociale» (D. Bertaccini, B. Pavisic, *I reati contro la libertà sessuale e la morale sessuale nel diritto penale croato*, in *Critica del diritto*, 2002, n. 3-4, 305).

[7] Cfr. I. Merzagora, *Relativismo culturale e percezione sociale*, cit., 343, secondo la quale «ciò non stupisce, sia perché le regole le troviamo persino tra gli animali governati maggiormente dalla natura che dalla cultura, sia perché non era pensabile che comportamenti da cui dipende la sopravvivenza della specie siano lasciati senza governo alcuno».

Quanto all'universalità, si segnala, ad esempio, come la repressione di adulterio ("*zina*") e violenza sessuale sia prerogativa anche della società islamica sin dai suoi albori. In argomento, A. Duderija, A. Isac Alak, K. Hissong, *Islam and gender.*

paradigmi generalmente ben più restrittivi di quelli riservati alla sessualità maschile e corrispondenti alle logiche di una "doppia morale" tra uomini e donne[8]. La repressione penale, infatti, è stata impiegata dai governanti di ogni epoca quale strumento politico per imporre alle donne determinati modelli di comportamento sessuale[9], di solito orientati a favorire la procreazione all'interno di un'ordinata suddivisione familiare della società[10].

Da qualche tempo, perlomeno da quando la sessualità e la riproduzione sono divenute «funzioni non necessariamente interdipendenti»[11], il diritto si trova alle prese con l'enigmatica questione della revisione della definizione di "stupro" penalmente rilevante. La tipizzazione tradizionale e ancora vigente di "violenza carnale", cristallizzatasi nella seconda parte dell'Ottocento e incentrata sulla costrizione mediante violenza fisica o minaccia, è stata infatti fortemente messa in discussione, specialmente in seguito al riconoscimento della libertà di autodeterminazione della donna quale diritto fondamentale[12]. Di conseguenza, larghe fasce dell'opinione pub-

---

Major issues and debates, Abingdon Oxon-New York, Routledge, 2020, in particolare al cap. 9, da 151 ss., i quali sottolineano altresì come le esperienze giuridiche dei Paesi islamici si siano ora altamente differenziate a seconda delle caratteristiche socioculturali, religiose, regionali di ciascuno di essi.

[8] Una doppia morale consolidatasi in una società prettamente maschile che a partire soprattutto dalla seconda metà del secolo scorso è stata rimessa in discussione dalle donne. In proposito già E. Gius, G. Giabardo, *Normalità e comportamento sessuale*, in E. Gius (a cura di), *La sessualità in prospettiva psicosociale. Ruoli normativi e devianza*, Padova, Cleup, 1978, 11 ss., in particolare 26.

[9] Per una lettura unitaria in questa direzione delle molteplici fattispecie di reato attinenti la sessualità femminile, M. Graziosi, Infirmitas sexus. *La donna nell'immaginario penalistico*, in *Democrazia e diritto*, 1993, n. 33, 2, 99 ss.

[10] V. *infra*, §§ 3, 4, 5, 6, 7.

[11] Rileva l'attuale scollamento tra le due «funzioni», tra gli altri, M. Barni, *Sessualità e medicina legale*, in G. Canepa, M. Lagazzi (a cura di), *I delitti sessuali*, cit., 47 ss.

[12] Questo può essere considerato senz'altro uno dei pochi punti fermi, non foss'altro per il massiccio recepimento di tale diritto all'interno delle più recenti Convenzioni internazionali. Da tale angolazione, non conviene guardare più di tanto alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo che, firmata ed entrata in vigore in un periodo (1950-1953) nel quale, come si avrà modo di vedere (v. *infra*, §§ 7, 8), vi era ancora scarsa attenzione per i diritti delle donne e per il contrasto alle forme di violenza di genere, non contiene disposizioni che fanno espresso riferimento all'autodeterminazione sessuale della donna. Peraltro, come si esaminerà (v. *infra*, II, § 10), è stata la giurisprudenza della Corte EDU, attraverso un'interpretazione evo-

blica invocano una riforma che incrimini ogni atto sessuale non coperto da un valido consenso, a prescindere dalla presenza di indici di coercizione particolari[13]. Anche la stessa violenza è un concetto

lutiva di alcune disposizioni (artt. 3, 8, e più di recente 14), a sviluppare una tutela delle vittime di violenza sessuale all'interno della cornice dei diritti umani. Rimanendo nell'ambito del Consiglio d'Europa, va menzionata la riflessione sulla violenza di genere e le strategie per proteggere efficacemente le donne avviata da una raccomandazione del Comitato dei ministri nel 2002 (cfr. Council of Europe Committee of Ministers, *Recommendation Rec [2002] 5 of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the protection of women against violence*), che ha condotto poi, nel 2011, all'adozione della fondamentale "Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica", meglio nota come Convenzione di Istanbul (per una panoramica sul testo convenzionale, A. Di Stefano, *Violenza contro le donne e violenza domestica nella Convenzione del Consiglio d'Europa dell'11 maggio 2011*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2012, 169 ss.). Per quanto qui di stretto interesse, la Convenzione contiene l'obbligo per gli Stati contraenti di implementare nell'ordinamento interno una definizione di violenza sessuale imperniata sull'assenza di consenso (su questi profili, v. meglio *infra*, II, § 10). La Convenzione recepisce gli approdi più maturi della prassi e del dibattito politico-istituzionale in materia di violenza sulle donne a livello internazionale. Prima, infatti, vanno segnalati la Convenzione delle Nazioni Unite sull'eliminazione di ogni discriminazione contro le donne (CEDAW, 1979) e il suo Protocollo opzionale (1999), nonché la Raccomandazione generale n. 19 del CEDAW sulla violenza contro le donne, ma anche la Convenzione interamericana di Belém do Parà, sulla prevenzione, punizione e sradicamento della violenza contro le donne del 9 giugno 1994 e il Protocollo alla Carta africana dei diritti umani e dei popoli sui diritti delle donne in Africa dell'11 luglio 2003. Per un approfondimento della cornice internazionale, C. Chinkin, *Women, rights of, international protection*, in R. Wolfrum (a cura di), *The Max Planck encyclopedia of public international law*, vol. X, Oxford, Oxford University Press, 891 ss.

Dal quadro internazionale si registra anche una crescente attenzione per la tutela della sessualità del minore. Paradigmatica in questo senso è la "Convenzione del Consiglio d'Europa sulla protezione dei minori dallo sfruttamento e dagli abusi sessuali", nota come Convenzione di Lanzarote, del 25 ottobre 2007, entrata in vigore l'1 luglio 2010, ratificata dall'Italia con legge 1 ottobre 2012, n. 172; provvedimento che conteneva al proprio interno una pluralità di modifiche di diritto penale sostanziale, volte ad uniformare il sistema alla Convenzione, sulle quali, per tutti, A. Vallini, *Nuove norme a salvaguardia del minore, della sua libertà (integrità) sessuale e del minore nella "famiglia"*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 151 ss. Per un'ampia rassegna sulle fonti internazionali relative ai diritti del minore, con un occhio di riguardo per la sua espressione sessuale, anche in ambito digitale, si veda D. Rosani, «Send nudes». *Il trattamento penalistico del* sexting *in considerazione dei diritti fondamentali del minore d'età*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2019, n. 2, 9 ss., in particolare 14 ss.

[13] Si veda, tra le tante, la campagna #*iolochiedo* di *Amnesty International* per una riforma della violenza sessuale in Italia (https://www.amnesty.it/campagne/iolochiedo/).

storicamente mutevole[14] e prende piede, sulla scorta della riflessione femminista della seconda parte del secolo scorso[15], l'idea che in ambito sessuale essa coincida con la mera assenza del consenso[16].

Ciononostante, va registrato come, a fronte di tali consistenti (e condivisibili) istanze, la società fatichi a disfarsi di alcuni antichi stereotipi[17], che le indagini empiriche rappresentano ancora altamente circolanti[18]. Si tratta perlopiù di pregiudizi relativi alle "aspettative

[14] Che varia a seconda delle culture e delle epoche storiche alimentandosi del clima culturale corrente, come insegnano due importanti lavori: con riguardo alla violenza coniugale, M. Cavina, *Nozze di sangue. Storia della violenza coniugale*, Roma-Bari, Laterza, 2011; con specifico riguardo allo stupro, invece J. Bourke, *Stupro. Storia della violenza sessuale dal 1860 ad oggi*, tr. it. di M.G. Cavallo, L. Fantoni e P. Falcone Roma-Bari, Laterza, 2009. In argomento, risulta interessante anche la prospettiva del recentissimo volume, C. Pecorella (a cura di), *La legittima difesa delle donne. Una lettura del diritto penale oltre pregiudizi e stereotipi*, Milano, Mimesis, 2022, i cui contributi mettono in rilievo le difficoltà incontrate dalle donne che uccidono il proprio uomo autore di violenze domestiche a vedere riconosciuta la legittima difesa, per via pregiudizi e stereotipi e, più in generale una scarsa comprensione del fenomeno della violenza di genere.

[15] Vi sarà modo e occasione di osservare più da vicino le critiche femministe alla legislazione tradizionale in tema di violenza sessuale e offrirne i relativi riferimenti bibliografici, v. *infra*, III, §§ 4, 6, 12. Per il momento, sulla "sfida" femminista al diritto penale, si rimanda al saggio, dal titolo evocativo, di S.J. Schulhofer, *Feminist challenge in criminal Law*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1995, vol. 143 (6), 2151 ss.

[16] L'idea, quindi, è che sia la stessa non consensualità dell'atto a qualificarlo come "violento". Tra i tanti, si vedano nella dottrina giuridica americana S. Estrich, *Real Rape. How the legal system victimizes women who say no*, Cambridge Massachusetts-Londra, Harvard University Press, 1987, in particolare 82-83; mentre nella letteratura femminista italiana, T. Pitch, *Un diritto per due: la costruzione giuridica di genere, sesso e sessualità*, Milano, Il Saggiatore, 1998, 171 ss. La posizione del "*rape as a violence*" è stata considerata la risposta delle femministe "liberali" alle femministe "radicali". Si veda, per il momento, C. MacKinnon, *Feminism, Marxism, method and the State: toward a feminist jurisprudence*, in *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, 1983, 8, 635 ss., in particolare 647, rinviando per un maggiore approfondimento della distinzione tra le due correnti a *infra*, III, § 6.

[17] Sembra utile, anche per quanto si dirà in seguito, richiamare qui l'etimologia del termine "stereotipo", che deriva dal greco *stereos*, "solido", e *typos*, "modello", e indica pertanto un modello resistente, difficile da cambiare, definito da due proprietà: la rigidità e la replicabilità.

[18] Secondo un recente sondaggio dell'ISTAT (2018, con pubblicazione 2019) *Gli stereotipi sui ruoli di genere e l'immagine sociale della violenza sessuale*, persiste il pregiudizio che addebita alla donna la responsabilità della violenza sessuale subita. Addirittura il 39,3% della popolazione ritiene che una donna è in grado di sottrarsi a un rapporto sessuale se davvero non lo vuole. Anche la percentuale

di ruolo" che, legittimando alcuni comportamenti maschili[19], finiscono per inquinare e precludere una visione autenticamente consensuale e paritaria delle relazioni sessuali[20]. Tra le altre cose, la loro tenacia è testimoniata dal fatto che, pur avendo radici antichissime, la c.d. "*rape culture*" si è immediatamente proiettata persino su estensioni del tutto nuove della sessualità, come ad esempio quelle digitali[21].

---

di chi pensa che le donne possano provocare la violenza sessuale con il loro modo di vestire è elevata (23,9%). Il 15,1%, inoltre, è dell'opinione che una donna che subisce violenza sessuale quando è ubriaca o sotto l'effetto di droghe sia almeno in parte responsabile. Per il 10,3% della popolazione spesso le accuse di violenza sessuale sono false (più uomini, 12,7%, che donne, 7,9%); per il 7,2% "di fronte a una proposta sessuale le donne spesso dicono no ma in realtà intendono sì", per il 6,2% le donne serie non vengono violentate. Solo l'1,9% ritiene che non si tratta di violenza se un uomo obbliga la propria moglie/compagna ad avere un rapporto sessuale contro la sua volontà. I risultati dell'indagine hanno avuto ampia eco sulla stampa. *Violenza sulle donne. Colpa di come vestono*, in *Corriere della Sera*, 26 novembre 2019. I risultati della ricerca sono agevolmente consultabili sul sito *www.istat.it*.

[19] Sul ruolo degli stereotipi nella legittimazione delle violenze di genere, si veda l'interessante approfondimento della studiosa di psicologia sociale C. Volpato, *Le radici psicologiche e culturali della violenza contro le donne*, in C. Pecorella (a cura di), *Donne e violenza*, cit., 1 ss., in particolare 16, dove si legge: «L'impiego degli stereotipi permette infatti di risparmiare risorse cognitive nella classificazione degli individui e gruppi, riservandole così ad altri compiti. Gli stereotipi descrittivi sono usati per prevedere carattere e comportamento di uomini e donne, creando una serie di aspettative che funzionano come scorciatoie cognitive. Come ogni cattiva abitudine, gli stereotipi sono difficili da estirpare e tendono ad essere usati in modo automatico, soprattutto in condizioni di stress, anche da chi li ha superati e non li condivide più a livello conscio. L'aspetto prescrittivo degli stereotipi serve, invece, a giustificare credenze e comportamenti degli attori sociali, rafforzando lo *status quo*. Gli stereotipi di genere sono particolarmente prescrittivi sia perché vengono appresi molto presto nel corso dell'infanzia, sia perché si sviluppano sulla base di molteplici esperienze personali, più di quanto non succeda per quelli relativi ad altri gruppi sociali».

[20] Cfr. M. Bertolino, *I reati contro la libertà sessuale tra codice e riforma*, cit., 1468. Come si vedrà meglio nel corso dell'indagine, tali pregiudizi hanno in gran parte l'effetto di impedire all'uomo di decifrare correttamente alcune situazioni, in alcuni casi persino espressioni di dissenso da parte della donna, quali effettive mancanze di consenso. Questo aspetto sarà approfondito in particolare in relazione all'esperienza americana (v. *infra*, III).

[21] In proposito si rimanda all'interessante studio di una studiosa canadese, che ha ravvisato il propagarsi della "*rape culture*" anche alle interazioni sessuali realizzate sul *web*: A. Dodge, *Digitizing rape culture: online sexual violence and the power of the digital photograph*, in *Crime Media Culture*, 2015, 1 ss.

Non è infrequente che l'influenza di tali stereotipi si riverberi anche sulla fase applicativa del diritto[22], alimentando l'insidioso fenomeno della "vittimizzazione secondaria"[23], ovvero la lesione dei diritti della persona che deriva, non dal fatto criminoso e dal suo autore ("vittimizzazione primaria"), ma dal contatto di questa con le istituzioni giudiziarie che dovrebbero tutelarla (polizia, magistrati, consulenti, avvocati), oppure dal contesto sociale (giornali e altri media, *social network*, ambienti lavorativo-scolastici) che isola e colpevolizza chi subisce determinati reati nella convinzione che ab-

[22] Ciò avviene persino in un contesto come quello australiano, nel quale da tempo vi è grande attenzione al problema della violenza sessuale e nel quale diverse giurisdizioni (tra cui il Vittoria nel 2006) hanno già implementato una definizione legislativa di "*rape*" fondata sul consenso. In proposito, si veda lo studio penalistico-criminologico di A. Flynn, E. Henderson, N. Henry, A. Powell, *Meanings of "sex" and "consent": the persistence of rape myths in Victorian rape law*, in *Griffith Law Review*, 2013, vol. 22, 2, 456 ss., le quali hanno analizzato un campione di processi penali per violenza sessuale da cui emerge come i discorsi e i preconcetti tradizionali affiorino ancora frequentemente nelle aule di giustizia dello Stato. Ciò risulta ancor più problematico negli ordinamenti che prevedono la giuria, dal momento che si è dimostrato a livello empirico come i giurati siano (ancora) più esposti al rischio di applicare nel giudizio stereotipi e falsi miti, in particolare quello per cui lo stupro difficilmente può essere commesso da un conoscente della vittima. Sul tema, l'indagine delle studiose britanniche L. Ellison, V.E. Munro, *A stranger in the bushes, or an elephant in the room - critical reflections upon received rape myth wisdom in the context of a mock jury study*, in *New Criminal Law Review*, 2010, vol. 13, 4, 781 ss.

Mantenendo il parallelismo con la sessualità virtuale menzionata alla nota precedente, si segnala che l'influenza degli stereotipi sessuali ha attinto persino le prime applicazioni giurisprudenziali dei reati introdotti per contrastare gli abusi digitali a sfondo sessuale. In argomento, M. Aikenhead, *Revenge pornography and rape culture in Canada's nonconsensual distribution case law*, in J. Bailey, A. Flynn, N. Henry (a cura di), *The Emerald International Handbook of Technology-Facilitated Violence and Abuse*, Bingley, Emerald Publishing, 2021, 533 ss.).

[23] Cfr., ad esempio, G. Fanci, *La vittimizzazione secondaria: ambiti di ricerca, teorizzazioni e scenari*, in *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza*, 2011, vol. 5, n. 3, 53 ss.; T. Bene, *Forme di* bias *nel sistema di tutela delle donne vittima di violenza*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2021, n. 3, 125 ss. Quanto al primo profilo, la Corte Costituzionale definisce la vittimizzazione secondaria come «quel processo che porta il testimone persona offesa a rivivere i sentimenti di paura, di ansia e di dolore provati al momento della commissione del fatto» (v. Corte Cost., 21 febbraio 2018, dep. 27 aprile 2018 n. 92). La vittimizzazione secondaria è considerata la prima causa del mancato accesso alla giustizia che, come noto, è uno dei problemi principali in relazione alla violenza di genere. Cfr. P. Di Nicola Travaglini, *Il divieto di vittimizzazione secondaria*, in C. Pecorella (a cura di), *Donne e* violenza, cit., 37 ss., in particolare 40.

bia in qualche modo dato causa al delitto e, dunque, ne sia in parte responsabile (c.d. "*victim blaming*")[24].

L'ipotesi più eclatante, verificabile specialmente nelle corti di merito, è che il giudicante imbocchi una «scorciatoia cognitiva»[25] e convogli nella decisione tutti i propri pregiudizi, elaborando una lettura dei fatti dettata da una erronea "precomprensione" degli stessi[26]. Tuttavia, come avverte oggi la Corte EDU, il problema può riguardare, al di là del merito della decisione, anche le stesse parole utilizzate da una pronuncia giurisdizionale[27], che talvolta nascondono tra le righe forme più o meno occulte di sessismo, per quanto «benevolo»[28].

---

[24] Secondo l'espressione coniata da W. Ryan, *Blaming the victim*, New York, Pantheon Books, 1971. Per quanto riguarda le forme di vittimizzazione nel linguaggio mediatico, T. Bene, *Forme di* bias *nel sistema di tutela delle donne vittima di violenza*, cit., 134.

[25] Per l'espressione v. *supra*, nota 19.

[26] Sul tema della precomprensione in relazione ai reati sessuale e alla sua capacità di influenzare l'interpretazione non solo dei fatti ma anche quella del diritto stesso, si veda, oltre a quanto si dirà in seguito anche mediante esempi pratici (v. *infra*, § 10), G. Fiandaca, *Relazione di sintesi*, in A. Cadoppi (a cura di), *La violenza sessuale a cinque anni dalla legge n. 66/96*, cit., 237 ss., in particolare 240.

[27] V. J.L. c. Italia, 27 maggio 2021, in *Sistema penale*, 14 giugno 2021, con nota redazionale di N. Cardinale, *Troppi stereotipi di genere nella motivazione di una sentenza assolutoria per violenza sessuale di gruppo: la Corte EDU condanna l'Italia per violazione dell'art. 8*, che ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 8 della Convenzione (diritto al rispetto della vita privata e familiare), per non aver tutelato l'immagine, la *privacy* e la dignità di una giovane donna che aveva denunciato di essere stata violentata da sette uomini: nella sentenza che ha assolto definitivamente tutti gli imputati, è stato infatti utilizzato, a parere dei Giudici della Corte EDU, un «linguaggio colpevolizzante e moraleggiante che scoraggia la fiducia delle vittime nel sistema giudiziario» per la «vittimizzazione secondaria cui le espone». Anche il GREVIO, nel suo ultimo *report* sull'attuazione della Convenzione di Istanbul in Italia, ha denunciato la persistenza di troppi stereotipi nelle aule giudiziarie italiane, così come nelle motivazioni delle sentenze, a dimostrazione ancora di una scarsa comprensione dei fenomeni di violenza contro le donne. GREVIO, *Rapporto di valutazione di base sulle misure legislative e di altra natura da adottare per dare efficacia alle disposizioni della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica. Italia*, adottato il 15 novembre 2019, pubblicato il 13 gennaio 2020, 63, reperibile anche su *Criminal Justice Network*, 13 maggio 2021. Sul GREVIO, sia consentito il rimando a *infra*, II, § 10.

[28] Il sessismo "benevolo", a differenza di quello "ostile", è più sottile e difficile da smascherare. Esso non esplicita la naturale inferiorità delle donne, ma la afferma più subdolamente, attraverso comportamenti "paternalistici". Il sessismo benevolo

È difficile valutare il reale grado di interiorizzazione ed adesione a tali stereotipi sessuali da parte della società[29]. Fanno ancora parte a tutti gli effetti del clima culturale corrente – il che aprirebbe notevoli problemi di politica criminale in relazione ad una eventuale riforma[30] – o le indagini statistiche fotografano meri "*backlash*" dovuti al rapido progredire delle *social attitudes* verso la parità sessuale tra uomini e donne[31]?

Una ricerca giuridica, per quanto attenta alle indicazioni provenienti da altre discipline, difficilmente può raggiungere risposte de-

---

consente agli uomini di giustificare la propria superiorità di *status* in nome della loro funzione di protettori: la sua forza risiede nella promessa di impiegare il potere a vantaggio delle donne, a patto che accettino il controllo maschile (C. Volpato, *Le radici psicologiche e culturali della violenza contro le donne*, cit., 19). Proprio questo ultimo passaggio è fondamentale in relazione alla violenza sessuale, poiché anche il sessismo benevolo porta ad incolpare la donna che non si sia adeguata agli stereotipi di genere, ad esempio nei casi di promiscuità sessuale o abuso di sostanze alcoliche.

[29] Come si è detto, essi talvolta lavorano anche a livello inconscio su chi li ha già superati (v. *supra*, nota 19).

[30] Un eccessivo scollamento tra il sistema valoriale normativo e quello socialmente diffuso ostacolerebbe l'effettività della nuova disciplina, in particolare dal punto di vista della prevenzione generale positiva. Ritiene il consenso una «condizione di effettività delle norme penali», M. Pelissero, *Le tensioni tra consenso sociale e diritto penale: complessità dei problemi, semplificazioni populiste e ruolo della dottrina*, cit., 342. In proposito si vedano anche le considerazioni di M. Bertolino, *La violenza sessuale tra presente e futuro*, in A. Cadoppi (a cura di), *Commentario delle "Norme contro la violenza sessuale" (Legge 15 febbraio 1996, n. 66)*, cit., 383 ss. Negli Stati Uniti, ad esempio, ciò parrebbe essersi effettivamente verificato nel caso della prima "ondata" di riforme della violenza sessuale tra gli anni Sessanta e Settanta, le quali, realizzate sotto la forte spinta ideologica dei movimenti femministi, hanno sottovalutato e "sorvolato" le *social attidudes* correnti, finendo tuttavia per non sortire effetti nella prassi, se non quello contrario, ovvero di rinforzare l'enfasi applicativa sul requisito della costrizione violenta ("*forcible compulsion*"). Oltre a *infra* (III, § 4), si veda sin d'ora S.J. Schulhofer, *Unwanted sex. The culture of intimidation and the failure of law*, Cambridge Massachusetts-Londra, Harvard University Press, 1998, in particolare 17 ss.

[31] Il termine "*backlash*" potrebbe essere tradotto con "contraccolpo". Nelle scienze psicosociali esso viene utilizzato per descrivere reazioni ostili realizzate da uomini che non accettano di perdere il controllo della cerchia familiare e, più in generale, l'emancipazione femminile. Al *backlash* si ricollegano dunque forme di violenza da interpretarsi come tentativi maschili di contrastare il cambiamento sociale in atto. Due esempi calzanti sono le molestie sul luogo di lavoro, che si verificano maggiormente nei casi in cui le donne fanno il loro ingresso in contesti esclusivamente maschili, e lo *stalking*, che ripropone comportamenti predatori nei confronti delle donne, trattate dunque come animali e ricondotte ai ruoli tradizionali. Su tutti questi aspetti, C. Volpato, *Le radici psicologiche e culturali della violenza contro le donne*, cit., 12-13.

finitive a tale quesito, a maggior ragione per via del fatto che, a differenza di altre esperienze[32], nel nostro Paese non vi sono state ecla-

[32] Il riferimento è, tra gli altri, alla Spagna, dove ha fatto molto discutere l'opinione pubblica un caso avvenuto a Pamplona nel luglio del 2016, in occasione dei *Sanfermines* (i festeggiamenti di San Firmino). Una ragazza di 18 anni è stata condotta da un gruppo di 5 uomini (di qualche anno più grandi) conosciuti poco prima in una zona appartata all'ingresso di un palazzo, dove i 5 uomini hanno compiuto con lei atti sessuali di diversa natura. Pacifica è stata l'assenza di una reazione fisica da parte della giovane, il che ha lasciato margine agli imputati per sostenere che i rapporti siano stati consensuali e che, solo in quanto abbandonata all'esito di questi fatti, la ragazza, per risentimento, abbia deciso di sporgere denuncia. La giovane, al contrario, ha raccontato di aver sì seguito gli imputati senza costrizione inizialmente, ma di aver realizzato, a un certo punto, che le intenzioni degli uomini erano quelle di approfittarsi di lei sessualmente. A quel punto le è sembrato troppo tardi e, sentendosi impotente, è rimasta pietrificata in balia degli eventi. Il caso ha costretto il Paese a confrontarsi nel profondo con le proprie *Kulturnormen* (come osserva M.L. Mattheudakis, *Un'indagine comparatistica sulla configurazione dei reati sessuali per colpa [grave] sui profili di consenso della vittima*, in *Revista de Direito Brasileira*, 2020, vol. 25, 10, 280 ss., pubblicato anche in *disCrimen*, 2 dicembre 2020, 285), in particolare in occasione della sentenza di prime cure, con la quale l'*Audiencia Provincial de Navarra* ha condannato ad una pena detentiva di 9 anni i membri della *Manada* (lett. "mandria" o "branco"), come gli stessi si erano autodefiniti su una *chat WhatsApp*, per *abuso sexual* (art. 181 c.p.) e non per la più grave fattispecie di *agresión sexual* (art. 178 c.p.), la cui maggior severità punitiva è determinata dall'impiego di una violenza o una minaccia (ampiamente sul punto, proprio a partire dal caso in commento, P. Faraldo Cabana, *¿Intimidación o prevalimiento? La sentencia de La Manada y los delitos sexuales en España*, in *Criminal Justice Network*, 25 settembre 2018). La decisione ha dato luogo a reazioni furenti da parte dell'opinione pubblica, convogliate anche in vere e proprie manifestazioni di piazza (come testimonia la rassegna leggibile nella sezione «*Reacciones a la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra*» della ricca pagina Wikipedia specificamente dedicata al caso: *https://es.wikipedia.org/wiki/Caso_de_La_Manada*). La stessa dottrina penalistica è stata portata a misurarsi nel profondo con il caso, al quale, tra gli altri contributi è stato persino dedicato un intero volume: P. Faraldo Cabana, M. Acalé Sánchez (*directoras*); S. Rodrìguez López, M.A. Fuentes Loureiro (*coordinadoras*), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018. La riflessione sul caso ha se non proprio innescato, quantomeno accelerato, un percorso di ripensamento dei reati sessuali, culminato nella redazione di una riforma che elimina la distinzione tra *abuso* e *agresión*, lasciando in vigore solo quest'ultimo, e abbandona a livello di tipicità il modello della coercizione in favore di una disciplina incentrata sul consenso. La nuova legge è già stata approvata al Congresso dei deputati (v., ad es., *Spagna, approvata la legge contro le violenze sessuali: "Solo sì è sì"*, in *La Repubblica on-line*, 27 maggio 2022) e, contro ogni aspettativa, è stata ostacolata al Senato attraverso un lieve emendamento che impone il ritorno al Congresso (v., ad es., L.T. Barone, *«Solo sì è sì», passo falso al senato*, in *Il Manifesto online*, 20 luglio 2022).

tanti ed univoche prese di posizione in favore di una riforma[33]. Non per questo, tuttavia, bisogna sottovalutarne il contributo.

L'"etica sessuale", per riprendere la terminologia inizialmente richiamata, si forma attraverso l'incontro di una molteplicità eterogenea di elementi, quali i precetti morali, le abitudini, le convenzioni sociali, i tabù di origine psicologica, le pulsioni sessuali, che insieme concorrono a determinare appunto una morale "collettiva", più simile ad un insieme di convenzioni e regole di costume che a precetti interiorizzati[34]. Sarebbe paradossale negare che alla descritta «eteronomia»[35] contribuisca in qualche modo lo stesso diritto[36], e in particolare la sua declinazione più "spettacolare" e simbolica, quella repressiva. Se da tempo è acquisito che anche in una società liberaldemocratica il diritto penale conserva «l'attitudine a rafforzare e confermare orientamenti di valore già diffusi nella coscienza sociale»[37], a maggior ragione non può non riconoscersi come in al-

---

[33] In proposito si veda, ad esempio, il provocatorio articolo di G. Siviero, *È vero che in Italia il #MeToo non c'è mai stato?*, in *Internazionale* (*online*), 10 maggio 2021.

[34] Questa la tesi ad esempio di Herbert Jäger, uno dei penalisti tedeschi del secolo scorso maggiormente attenti ai profili criminologici. Cfr. H. Jäger, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*, Stoccarda, Enke, 1957, 31-32.

[35] *Ibidem*.

[36] Descrive chiaramente in termini di biunivocità la relazione tra legge e attitudini sociali S.J. Schulhofer, *Unwanted sex*, cit., 39: «*law itself influences society's view on what sexual abuse is, and the relationships between law and culture are complex. Social attitudes sometimes control legal outcomes, but those attitudes are shaped in turn by legal rules*» (traducibile: «la legge stessa influenza la visione che la società ha degli abusi sessuali; le relazioni tra legge e cultura sono infatti complesse. Gli orientamenti sociali a volte controllano i risultati giudiziari, ma questi orientamenti sono a loro volta modellati dalle norme giuridiche»).

[37] Cfr. G. Fiandaca, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 42 ss., spec. 67 ss. Come noto, nella dottrina italiana l'attribuzione al diritto penale di una funzione promozionale è oggetto di un ampio dibattito che, in questa sede, non si può aspirare a ricostruire neppure parzialmente. Esprimeva le proprie perplessità in proposito già F. Bricola, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in *Quest. crim.*, 1981, 445 ss. Sul tema, secondo accenti differenti, A. Cadoppi, *Il reato omissivo proprio*, Padova, Cedam, 1988, in particolare 373 ss.; e G. Forti, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni "liberali" e paternalismi giuridici*, in E. Dolcini, C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, Giuffré, 2006, 283 ss. Recentemente, uno degli ambiti di elezione di tale dibattito sono stati i reati contro la pubblica amministrazione, nel quale il diritto penale è stato chiamato in qualche misura a sostituirsi all'etica pubblica. In argomento, le considerazioni di M.

tre epoche lo stesso abbia ricoperto un ruolo decisivo nel consolidare l'etica sessuale tracciata dai governanti e nello stabilire gli esatti contorni dei comportamenti sessuali vietati[38].

In questa prospettiva, non fa eccezione la stessa definizione di violenza sessuale. Come è stato attentamente osservato nella letteratura giusfilosofica, la storia del *rape* inteso come fenomeno sociale[39] e la storia della sua regolamentazione giuridica non scorrono parallele, ma saldamente intrecciate[40]. E non pare casuale che, come in passato[41], chi sostiene la nuova concezione di stupro si rivolga proprio al

---

Donini, *Il diritto penale come etica pubblica. Considerazioni sul politico quale "tipo d'autore"*, Modena, STEM Mucchi Editore, 2014, specialmente 34 ss. In relazione ai reati sessuali auspica che il diritto penale possa assumere anche aspetti promozionali M. Bertolino, *I reati contro la libertà sessuale tra codice e riforma*, cit., 1466.

[38] Secondo C.E. Paliero, *Consenso sociale e diritto penale*, cit., 868, ad esempio, in tema di morale sessuale si è passati da uno Stato che operava prevalentemente nel senso di generare il consenso dei consociati a uno Stato che si fa «collettore di vere e proprie domande di pena».

[39] Pietra miliare tra gli studi sulla storia dello stupro è il noto volume di S. Brownmiller, *Contro la nostra volontà*, Milano, Bompiani, 1976, traduzione italiana (a cura di A. D'Anna) del notissimo volume *Against our will: men, women and rape*, New York, Simon and Schuster, 1975.

[40] Cfr. K. Burgess-Jackson, *A history of rape law*, in Id. (a cura di), *A most detestable crime. New philosphical essays on rape*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1999, 15.

[41] La questione se affidare alla legge penale la tutela della sessualità femminile ha in passato diviso il fronte femminista (per quanto riguarda il femminismo angloamericano v. *infra*, III, Sez. II). Si può forse ipotizzare che, con la riforma del 1996, e tutti i messaggi simbolici di cui è stata gravata, abbia infine prevalso la componente "criminalizzatrice" (v. *infra*, § 9). Ciò probabilmente anche per la svolta "identitaria" che la riforma poteva garantire. Come sintetizzato da T. Pitch, *Responsabilità limitate. Attori, conflitti, giustizia penale*, Milano, Feltrinelli, 1989, 95, infatti, «per quanto riguarda gli attori promotori la criminalizzazione è suscettibile di legittimare la loro identità collettiva: quando il problema è riconosciuto come reato, le loro esigenze vengono legittimate come universalmente valide, e loro stessi implicitamente accettati come interlocutori politici». Si tratta di una prospettiva da sempre stigmatizzata dalla scienza penalistica (v. oltre ai riferimenti *infra*, § 9, G. Fiandaca, *Prospettive di riforma dei reati sessuali: considerazioni problematiche*, cit., 408), che anche di recente, di fronte a proposte legislative dettate probabilmente più da istanze di riconoscimento e legittimazione politica che da effettiva necessità sostanziali, è rimasta salda sulle proprie posizioni (v. L. Stortoni, *Qualche cosa deve essermi sfuggita a proposito del Ddl Zan*, in *disCrimen*, 2 settembre 2021). Ad ogni modo, rispetto ad istanze identitarie che coinvolgano la disciplina dei reati sessuali, non sembrano affatto anacronistici quei moniti sulla delicatezza di legiferare sul corpo della donna di M. Virgilio, *Corpo di donna e legge penale. Ancora sulla legge contro la violenza sessuale!?*, in *Dem. Dir.*, 1996, 169, secondo la quale «l'iniziativa legisla-

diritto penale per ottenere la definitiva legittimazione – in termini di consacrazione della prevalenza sociale – del proprio punto di vista[42]. Come si osserverà, nei casi più estremi si riscontrano persino consapevoli tentativi di incentivare e promuovere comportamenti sessuali diversi da quelli prevalenti attraverso lo spettro della sanzione detentiva[43]. Oltre a contingenti istanze identitarie[44], tutto ciò si deve anche alla generale tendenza a massimizzare le pretese nei confronti della dimensione penalistica in relazione a quei delitti efferati – ai quali, nella modernità, appartiene senz'altro anche lo stupro[45] – che, un tempo qualificati come "peccato", impongono a coscienze secolarizzate di confrontarsi da vicino con il *male* ed il suo *perché*[46].

---

tiva di riforma deve improntarsi a grande cautela. E non può certo proporsi ambiziosi traguardi di libertà femminile tramite la legge penale. Semmai occorre difendersi dall'invasività del diritto penale nel disciplinare il corpo femminile». Per una più recente riflessione sul senso del diritto penale per la donna, D. Falcinelli, *Il senso del diritto penale per la donna. Un itinerario dalla valorizzazione dell'identità femminile alla protezione penale della maternità*, in *Arch. pen.*, 2020, n. 2, 1 ss.

[42] Fermo quanto si dirà successivamente (v. *infra*, III), appare significativo che anche in occasione del recente e noto movimento americano #*Metoo*, nonostante l'aspra condanna sociale che aveva già colpito il produttore cinematografico Harvey Weinstein (principale protagonista dello scandalo accusato di aver molestato e in alcuni casi stuprato decine di attrici e collaboratrici), enorme rilevanza è stata comunque attribuita alle inchieste giudiziarie e alla successiva condanna penale, ancorché relative ad una percentuale ridottissima di episodi rispetto a quelli in qualche modo resi pubblici dalle proteste. Per una prima valutazione del movimento #*Metoo* dalla prospettiva del diritto penale, T. Hörnle, #*MeToo - Implications for Criminal Law?*, in *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, 2018, 115 ss.

[43] V. *infra*, III, §§ 6, 7, 7.1. Si sofferma in chiave critica su questa tendenza, parlando di "guerra culturale" in relazione alla riforma spagnola, M. Cancio Melià, *Guerra cultural y reforma de los delitos sexuales*, in *El País*, 7 giugno 2022.

[44] V. *supra*, nota 41.

[45] Per la percezione criminologica della violenza sessuale nella società moderna si rimanda a *infra*, § 8.

[46] Cfr. F. Palazzo, F. Viganò, *Diritto penale. Una conversazione*, Bologna, Il Mulino, 2018, 68, dove si spiega mirabilmente: «Mi pare che nella dimensione penalistica si annidi comunque il tarlo di un retaggio in qualche modo metafisico. Soprattutto dinnanzi ai fatti criminosi più efferati, che colpiscono vivamente l'opinione pubblica e le coscienze, torna sempre a riproporsi il problema del male e del suo perché. E, se a questi la religione aveva (ed ha) comunque dato una risposta precisa riassumendoli nel mistero del peccato, il processo di secolarizzazione, nel ricondurre il male a un dato della natura umana e sociale, forse ha creato una maggiore inquietudine nelle coscienze inappagate dai dogmi di fede. In qualche modo, direi che vi è – razionalmente – una minore acquiescenza all'esistenza del male criminoso, con conseguente innalzamento delle "pretese" e delle aspettative rivolte al diritto penale».

L'ipotesi di ricerca di questo primo capitolo pertanto è che, nel profondo intreccio tra costumi sessuali, stereotipi culturali e norme penali, la definizione di stupro incentrata sulla costrizione violenta[47] non risponda ad effettive (e ponderate) esigenze politico-criminali di delimitazione del fatto tipico, ma costituisca niente di più che il risultato di una millenaria stratificazione normativa. Per quanto, forse per via delle semplificazioni che porta con sé sul piano dell'accertamento, si sia altamente radicata anche nel patrimonio inscalfibile di una pigra cultura giuridica, incapace di ipotizzare alternative, la struttura che ancora caratterizza il primo comma dell'art. 609-*bis* c.p. è espressione e corollario di un sistema assiologico molto diverso da quello attuale, nel quale la donna viveva soggiogata dal potere maschile[48] e le esigenze di tutela erano modellate su beni giuridici meta-individuali e anacronistici, ormai incompatibili con il «volto costituzionale» dell'illecito penale[49].

È quindi di per sé quantomeno dubbio che la stessa tecnica di tutela possa essere efficacemente impiegata anche a fronte di una

[47] Come noto, l'art. 609-*bis* c.p. prevede anche le forme costrittive della minaccia e dell'abuso di autorità. Nella prassi, tuttavia, come si vedrà (v. *infra*, II, § 8), la minaccia, pur avendo anch'essa origini antiche (v. *infra*, § 5), ha assunto un ruolo del tutto subalterno, mentre l'abuso di autorità (introdotto soltanto nel 1996) è stato fino a tempi recenti vittima di alcuni equivoci interpretativi (v. *infra*, II, § 8.3).

[48] Come sostiene lo storico francese Georges Vigarello, la storia della violenza sessuale va di pari passo con l'immagine della donna: «in essa i cambiamenti sono paralleli a quelli dei sistemi di oppressione esercitati sulla donna, alla loro permanenza, al loro affinamento, ai loro spostamenti» (G. Vigarello, *Storia della violenza sessuale. XVI-XX secolo*, tr. it. di A. Folin, Padova, Marsilio, 2001, 11).

[49] In passato, come noto, il diritto penale ha protetto beni identificabili con orientamenti culturali, come ad esempio il buon costume, rispetto ai quali non è facile cogliere l'effettiva lesione di un reale interesse sociale o individuale. Sul tema si rinvia alle riflessioni di F. Palazzo, *Principi costituzionali, beni giuridici e scelte di criminalizzazione*, in Aa.Vv., *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, vol. I, Milano, Giuffré, 1991, 383 ss. Uno dei tratti distintivi della dottrina penalistica italiana è, da almeno quarant'anni a questa parte, la sua attenzione per la Costituzione, come fonte essenziale di riferimento per la ricostruzione dei principi e delle finalità del sistema penale, nonché per la selezione dei beni giuridici meritevoli di tutela penale. Sul tema, anche nella prospettiva di individuarne le radici nel pensiero di Franco Bricola, M. Donini, *L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2012, n. 2, 51 ss. Per l'utilizzo dell'espressione «volto costituzionale» del reato (o dell'illecito penale) anche, ad esempio, V. Manes, V. Napoleoni, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, Giappichelli, 2019, che riportano anche talune sentenze della Consulta nelle quali è invalsa tale espressione (373).

concezione nuova e diversa della violenza sessuale, ma ciò sarà oggetto del prossimo capitolo, nel quale, attraverso un'analisi del diritto vivente, si valuterà se e quali ipotesi rimangono in concreto sprovviste di protezione per via del richiamo nel fatto tipico dell'art. 609-*bis* c.p. ai tradizionali canoni costrittivi[50].

Le pagine che seguono, invece, andranno alla ricerca di tali nessi, ricostruendo la genesi della costrizione violenta e la successione dei paradigmi repressivi dello stupro adottati nelle principali epoche giuridiche occidentali. È una storia fatta anche di immagini immobili, fuori dal tempo («*vis grata puellae*!»[51]), di situazioni – appunto – *stereotipate*, che si ripetono continuamente senza molte varianti, quale assolutizzazione di valori sociali che rivendicano una loro velleitaria atemporalità e ostacolano e rallentano, ancora oggi, i mutamenti del diritto[52]. Sulle leggi moderne, in altre parole, continuano a «piovere le meteoriti sociali del vecchio ordine»[53].

In proposito, da tempo le scienze psicosociali parlano di «*rape myths*» o «miti dello stupro»[54]. Si tratta forse di un termine sin

---

[50] Un'operazione simile sarà svolta, peraltro con ben diversi risultati, anche agli inizi del III capitolo, nell'illustrazione dell'evoluzione del diritto statunitense (v. *infra*, III, §§ 3, 4, 5).

[51] Il tema della «*vis grata puellae*» che, come noto, sta ad indicare il fatto che talune forme di violenza sarebbero gradite alle giovani donne, sarà approfondito in diverse parti del lavoro, in particolare lungo tutto il corso del presente capitolo, ma anche *infra*, II, §§ 2 e 3.

[52] Pur forgiata dai mutamenti sociali, inevitabilmente permeata di storicità e, pertanto, di relatività, la mentalità giuridica non può, d'altronde, essere presentata come semplice specchio delle trasformazioni realizzatesi in altre dimensioni. Come avvertono autorevoli studiosi della storia del diritto, chi ricerchi nel pensiero giuridico un mero riscontro, una verifica particolare e puntuale, dei mutamenti generali della mentalità rischia di raggiungere risultati inappaganti e fuorvianti. Non si tratta dunque di rivendicare un'immobilità senza tempo della dogmatica, ma di avere piena consapevolezza che il pensiero giuridico ha un suo autonomo approccio alla realtà. Cfr. P. Grossi, *Pensiero giuridico. Appunti per una "voce" enciclopedica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1988, n. 17, 262 ss.

[53] Per utilizzare una felice espressione di M. Cavina, *Nozze di sangue*, cit., XIV (dell'introduzione).

[54] *Ex multis*, tra i contributi interdisciplinari meno risalenti, si vedano K.M. Edwards, J.A. Turchik, C.M. Dardis, N. Reynolds, C.A. Gidycz, *Rape myths: history, individual and institutional-level presence, and implications for change*, in *Sex Roles*, 2011, vol. 65, 761 ss., che dopo una ricostruzione dell'origine di tali miti, analizzano la loro persistenza nella dimensione individuale come in quella sociale e istituzionale. Per quanto invece riguarda l'influenza di tali miti sulla sfera giuridica,

troppo nobile per riferirsi a meri "*bias*" culturali, ma ha il pregio di descriverne la profondità del radicamento e la capacità di resilienza. Come nella società greca, infatti, anche nella società contemporanea l'*epos* mantiene una funzione pedagogica di primo piano nell'influenzare scelte e decisioni. Per dirla con le parole del filosofo Galimberti, i miti «sono idee che ci possiedono e ci governano con mezzi non logici, ma psicologici, e quindi radicati nel profondo della nostra anima, sono idee che abbiamo mitizzato perché non danno problemi, facilitano il giudizio, ci rassicurano»[55].

È dunque proprio dal mito che è bene prendere le mosse.

2. *Dal mito ai "miti" sullo stupro. La codificazione dei ruoli sessuali nella mitologia classica tra seduzione violenta, pregiudizi misogini e* hybris

Lo stupro è tra i *topoi* in assoluto più ricorrenti della mitologia classica[56]. L'*epos* greco rappresenta la vulnerabilità del corpo femminile in un susseguirsi di inseguimenti amorosi, ratti di giovani vergini, vere e proprie violenze carnali, senza distinzione alcuna per la natura – divina, mortale o semimortale – degli autori o delle vittime delle violenze[57]. Lo stesso Zeus, capostipite della civiltà greca, viene descritto come dotato di un'energia sessuale impareggiabile, che

---

un testo classico è quello di R.T. Andrias, *Rape myths: a persistent problem in defining and prosecuting rape*, in *Criminal Justice*, 1992, vol. 7 (2), 2-7 e 51-53, che evidenzia con chiarezza le difficoltà che i miti sollevano non solo sul piano della definizione dello stupro ma anche su quello del concreto accertamento giudiziario. Di recente, in lingua italiana, P. Di Nicola Travaglini, *La mia parola contro la sua. Quando il pregiudizio è più importante del giudizio*, Milano, HarperCollins Italia, 2021.

[55] U. Galimberti, *I miti del nostro tempo*, Milano, Feltrinelli, 2009, 12. Del resto, come ebbe a dire Salustio in *Sugli Dei e il mondo*, i racconti mitologici «non avvennero mai, ma sono sempre».

[56] Ne è riprova la stessa iconografia classica. Anche i poeti del romanticismo inglese che descrivono le raffigurazioni di vasi ed urne dell'antica Grecia finiscono per narrare di dèi che inseguono giovani fanciulle in cerca di gratificazione sessuale. V. ad es. Keats, *Ode on a Grecian Urn*: «*What men or gods are these? What maidens loth? / What mad pursuit? What struggle to escape?*».

[57] Cfr. F. Zeitlin, *Configurations of rape in Greek myth*, in S. Tomaselli, R. Porter (a cura di), *Rape. An historical and social enquiry*, Oxford-New York, Basil Blackwell, 1986, 122 ss.

spesso si rivolge verso giovani donne mortali[58], conquistate ad ogni costo come nei casi di Europa[59], Egina[60], Elettra[61], Danae[62], e talvolta pure verso giovani principi, come il troiano Ganimede[63].

Una così diffusa rappresentazione dello stupro non può che recare con sé una pluralità di significati, alcuni dei quali, per quanto assai interessanti, condurrebbero il discorso su traiettorie non del tutto coincidenti con le finalità dell'indagine. È bene dunque con-

[58] La predilezione degli dèi per donne mortali è un modo per superare i confini tra uomo e divinità. Come si vedrà, l'incontro sessuale tra dèi e donne mortali, ancorché violento, è ben visto dal mito, che spesso vi attribuisce il concepimento di figli capostipiti di rigogliose civiltà. V. *infra*, *sub c*). L'intimità tra uomini e dèi è il segno più tangibile dell'intervento divino negli affari umani, che alimenta speranze di vita dopo la morte. F. Zeitlin, *Configurations of rape in Greek myth*, cit., 129.

[59] La straordinaria bellezza di Europa, figlia di Agenore re di Fenicia, colpì Zeus che se ne invaghì profondamente, al punto da rapirla sotto le sembianze di un bellissimo esemplare di toro bianco e condurla sull'isola di Creta, dove concepirono Minosse. Si veda M. Gislon, R. Palazzi, *Dizionario di mitologia e dell'antichità classica*, Bologna, Zanichelli, 1997, 189. Il ratto di Europa è stato rappresentato mirabilmente da Tiziano (*Il ratto di Europa*, in Isabella Stewart-Gardner Museum, 1560-1562) in una tela dall'erotismo mistico, nella quale Europa viene raffigurata come violentata, ma docilmente adagiata sul dorso di un toro bianco.

[60] Egìna, figlia di Asòpo, fu amata da Zeus sotto forma di fuoco e poi rapita dal dio e condotta sull'isola di Enone, poi rinominata, appunto, Egina. Il padre Asòpo tentò di inseguirli ma fu tramutato in un fiume. V. M. Gislon, R. Palazzi, *Dizionario di mitologia*, cit., 55 e 154.

[61] Ninfa amata da Zeus, da cui nacque Dardano, fondatore della città di Ilo o Troia. Secondo una versione del mito, Elettra, dopo vari rifiuti, fu in realtà violentata dal dio in prossimità del Palladio, antica statua di legno raffigurante Atena detta "Pallade". La dea, infuriata, per l'oltraggio scaraventò Elettra sulla terra insieme alla statua, non a caso poi custodita a Troia e rubata dall'eroe greco Diomede. Al termine della guerra di Troia, Elettra, che aveva assistito dall'alto del cielo a tutte le gesta dei discendenti del suo illustre figlio, si consumò di dolore alla vista della mitica città in fiamme. La leggenda vuole che, per la disperazione, fu tramutata insieme alle sue sorelle nelle stelle che compongono la costellazione delle Pleiadi.

[62] Figlia di Acrisio, re di Argo. Un oracolo predisse al padre che, se l'unica figlia avesse avuto un nipote, questi sarebbe diventato un eroe, avrebbe causato la sua morte e avrebbe regnato in sua vece. Acrisio allora rinchiuse la bellissima Danae nei sotterranei di una delle torri della città. Zeus si trasformò in pioggia d'oro e visitò la fanciulla imprigionata concependo Perseo. V. M. Gislon, R. Palazzi, *Dizionario di mitologia*, cit., 124.

[63] Giovane di bell'aspetto, figlio di Troo e fratello di Ilo, fondatori di Troia. Zeus volle averlo per farne il coppiere degli dèi e lo fece rapire da un'aquila mentre pascolava le greggi paterne sulle falde del monte Ida. Era, moglie di Zeus, gelosa del giovane, fece ricadere il suo odio sui Troiani, discendenti di Troo. V. M. Gislon, R. Palazzi, *Dizionario di mitologia*, cit., 210.

centrarsi su alcuni tratti specifici che possano, da un lato, calare la disciplina antica dei reati sessuali nel contesto sociale e culturale di riferimento (v. *infra*, §§ 3 e 4) e, dall'altro, mettere a fuoco l'origine di taluni *miti* sulla violenza sessuale radicatisi, proprio a partire dal *mito*, nella cultura occidentale.

a) Lo stupro, il "ratto" e l'inseguimento sono talmente frequenti nella grammatica del mito greco da lasciar pensare che si tratti di un modello comportamentale del tutto *naturale*[64]. L'uomo prende energicamente l'iniziativa e rincorre la donna, che, invece, fugge e, una volta raggiunta, prova a resistere, mostrando riluttanza al rapporto. Il tentativo di solito risulta inutile: l'unica strada per sfuggire all'amplesso è quella di sacrificarsi, uccidendosi o assumendo nuova forma – rinnegando quindi la propria *natura* – come Dafne che, messa alle strette da Apollo, convince gli dèi a trasformarla in una pianta di alloro[65], o Cenide, che dopo essere stata violentata da Poseidone lo supplica di trasformarla in uomo per non correre più alcun rischio[66].

La *seduzione* assume carattere inevitabile poiché l'uomo è guidato dalla potenza irresistibile di Eros, dio dell'amore figlio di Afrodite ed Ares[67]. Come è stato sottolineato, da questo punto di vista la psicologia erotica degli antichi greci risulta piuttosto confusa: il

---

[64] Cfr. F. Zeitlin, *Configurations of rape in Greek myth*, cit., 123.

[65] La parola greca *dàphne*, infatti, significa "lauro". Apollo si incoronò il capo con le foglie della pianta, che da allora è considerata a lui sacra. Si veda M. Gislon, R. Palazzi, *Dizionario di mitologia*, cit., 121.

[66] Prendendo il nome maschile di Cenèo e partecipando anche alla spedizione degli argonauti. Tra l'altro, egli perse la vita combattendo contro i centauri durante le nozze di Piritoo proprio per difendere alcune fanciulle da attacchi sessuali. Riporta questa versione del mito G. Rizzelli, In has servandae integritatis custodias nulla libido inrumpet *(Sen. contr. 2.7.3). Donne passioni e violenza*, in F. Lucrezi, F. Botta, G. Rizzelli, *Violenza sessuale e società antiche. Profili storico-giuridici*, 2ª ed., Lecce, Edizioni del Grifo, 2011, 161. Recentemente, il mito di Cenide-Cenèo ha attirato diverse attenzioni in quanto viene considerato il primo mutamento di sesso registrato nella storia occidentale.

[67] Ampiamente sulla forza travolgente dell'amore nel mito greco, E. Cantarella, *L'amore è un Dio. Il sesso e la polis*, Milano, Feltrinelli, 2007. Sebbene oggi commercialmente rappresentato nelle sembianze di un innocuo putto armato di frecce, nel mito greco Eros è fonte di una forza prorompente, che sprigiona irrefrenabili impulsi nei confronti di tutti ad eccezione delle tre divinità consacrate alla verginità: Atena, Artemide ed Estia. Cfr. F. Zeitlin, *Configurations of rape in Greek myth*, cit., 145.

corpo dell'amato, infatti, funge al contempo da origine di tale forza ingovernabile e da suo destinatario[68]. Nondimeno, la portata pedagogica dell'*epos* proietta questo modello in una dimensione incontrovertibile, elevandolo ad archetipo *naturale* dell'intimità. Il mito codifica i ruoli da interpretare nell'esperienza sessuale: l'uomo è il seduttore aggressivo, posseduto dalla forza di Eros, che non conosce e non accetta rifiuti; la donna invece è la preda passiva, che fugge, si nega e resiste, prima di essere "vinta".

La forza non è intesa in senso costrittivo: essa piuttosto «induce, conquista, seduce e acquieta la coscienza della donna»[69] e le è pertanto, in qualche misura, *gradita*[70]. In *Le Nuvole* di Aristofane, Teti, madre di Achille, si lamenta della eccessiva castità del marito Peleo adducendo che «alle donne piace essere sbattute» suggerendo, così, l'esistenza di forme di violenza consensuali[71]. La ninfa che accusa il marito di scarsa virilità rappresenta il rovesciamento comico della Teti vergine dell'Iliade, che affronta, contro il suo volere, il matrimonio con Peleo, ma anche della Teti rapita e violentata da Peleo nella versione erodotea del mito[72].

La duplice versione del racconto evidenzia un'altra prerogativa della mitologia antica, ovvero la perfetta sovrapponibilità tra stupro (o, più spesso, ratto) e matrimonio, icasticamente raffigurata tra le altre dalla storia di Persefone – più nota col nome latino Proserpina[73] – vittima di rapimento da parte dello zio Ade, che la traspor-

---

[68] In questo senso, C. Calame, *Eros inventore e organizzatore della società antica*, in Id. (a cura di), *L'amore in Grecia*, Roma-Bari, Laterza, 1983, xxxi.

[69] Per dirla con le parole, di molti secoli successive, del Manzini. Cfr. V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. VI, Torino, Utet, 1922, 512.

[70] Così D. Cerrato, *La cultura dello stupro: miti antichi e violenza moderna*, in M.E. Jaime de Pablos (a cura di), *Epistemologia feminista: mujeres e identitad*, Siviglia, Arcibel Editores, 2011, 435. Sul noto motto ovidiano "*vis grata puellae*" cui si fa implicitamente riferimento nel testo si veda ampiamente *infra*.

[71] Aristofane, *Le Nuvole*, versi 1067-1070.

[72] Cfr. A. Paradiso, *Violenza sessuale,* hybris *e consenso nelle fonti greche*, in R. Raffaelli (a cura di), *Vicende e figure femminili in Grecia e a Roma. Atti del Convegno Pesaro 28-30 aprile 1994*, Ancona, Commissione per le pari opportunità della regione Marche, 1995, 108-109.

[73] La maggiore fortuna della denominazione romana si deve anche alla celebre opera del Bernini intitolata, appunto, *Il ratto di Proserpina*, custodita presso la Galleria Borghese.

ta negli Inferi per farne la regina[74]. In molti casi, l'incontro carnale acquisisce e sostituisce la ritualità delle nozze che, a differenza di quanto avveniva per il giovinetto greco (*pais*)[75], costituivano la sola e unica tappa nella vita di una donna[76].

Il talamo nuziale è il destino esclusivo ed ineludibile di ogni vergine greca[77] e, non a caso, il mito punisce severamente colei che rifiuta le nozze[78]. La stessa Antigone di Sofocle, considerata in tempi moderni un'eroina il cui mito solleva assillanti questioni giuridiche[79], pur dimostrando coraggio e fierezza, rimpiange solamente di morire «maledetta, senza nozze»[80]. Svelando, a sua volta, quale fosse in definitiva l'unica sorte alla quale anche una donna come lei si sentiva vincolata e quanto fosse grave il morire senza averla compiuta.

b) D'altronde, le donne sole nell'antica Grecia erano guardate con estrema diffidenza. Si pensi a Circe, maestra di inganni e magie, già uxoricida, che seduce Odisseo e trasforma in porci i suoi compagni per tenerlo lontano da Itaca[81]. O ancora alle Lemnie, che pren-

---

[74] Si veda M. Gislon, R. Palazzi, *Dizionario di mitologia*, cit., 327-329.

[75] La cui esistenza era segnata da una lunga serie di iniziazioni e passaggi di *status*, che venivano enfatizzati dalla celebrazione di complessi rituali organizzati dal gruppo nel quale l'iniziato era ammesso. Si pensi, per esempio, alle prove cui venivano sottoposti i giovani spartani prima di divenire finalmente guerrieri e, dunque, cittadini. In proposito, E. Cantarella, *L'ambiguo malanno. Condizione e immagine della donna nell'antichità greca e romana*, Milano, Feltrinelli, 2010 (prima ed. 1981), 39-40.

[76] *Ibidem*.

[77] Ma, come si vedrà, anche il suo unico approdo sicuro dal punto di vista economico e sociale (v. *infra*, *sub b*) e § 3). Non a caso, mentre in epoca omerica il termine indicava vari ambienti della casa, in epoca classica – quella della segregazione della donna dalla vita sociale – assume il più specifico significato di camera nuziale. V. *Talamo* (voce), in *Vocabolario Treccani*.

[78] Come le figlie di Prèto (Pretidi) che, secondo Esiodo, dopo aver respinto pretendenti da tutta la Grecia erano state condannate da Era (dea protettrice del matrimonio) e Dioniso (dio delle iniziazioni) a perdere i capelli, coprirsi di macchie ed emettere un pessimo odore. Si veda E. Cantarella, *L'ambiguo malanno*, cit., 35, anche per il riferimento ai frammenti di Esiodo.

[79] Ad esempio, M. Cartabia, L. Violante, *Giustizia e mito. Con Antigone, Edipo e Creonte*, Bologna, Il Mulino, 2018; P. Severino Di Benedetto, *Antigone o Porzia? Il giurista davanti alla legge ingiusta*, in *Cass. pen.*, 2013, n. 3, 898 ss.

[80] Perlomeno nella versione di Eschilo, *Antigone*, versi 806-814.

[81] V. M. Gislon, R. Palazzi, *Dizionario di mitologia*, cit., 104.

dono possesso del governo uccidendo tutti gli uomini adulti presenti sull'isola di Lemno[82]. Ciò che le rende così temibili per gli uomini è la capacità seduttiva, che nella stessa *Odissea* ritorna anche nell'incontro con le Sirene, le "adescatrici" mitiche per eccellenza, e con Calipso, che trattiene Odisseo per sette lunghi anni ad Ogigia nella speranza di convincerlo a sposarsi[83].

La demonizzazione da parte del racconto mitologico per la donna non inserita in un tranquillizzante contesto maschile va letta nella più ampia cornice della misoginia che pervade tutta l'epica classica. Come noto, il mito è scritto *da* uomini *per* uomini[84] e, per molti versi, tende a rispecchiare il percorso di ridimensionamento del ruolo femminile avviato in età micenea e conclusosi con l'adozione della struttura maschilista e patriarcale della *polis* greca, nella quale la donna è esclusa dalla vita politica e segregata nel gineceo ad occuparsi dei lavori domestici[85].

La prima donna del mito, del resto, è Pandora, che rovescia su una armoniosa società maschile tutti i mali contenuti nel vaso donatole dagli dèi[86]. In linea con questa catastrofica genesi, abbondano

---

[82] Gli dèi infliggono loro varie sventure, tra le quali, proprio come le Pretidi, emanare un terribile odore, che cessa simbolicamente soltanto all'arrivo degli argonauti guidati da Giasone e, quindi, al momento della ricongiunzione con gli uomini. Sul mito delle Lemnie, E. Cantarella, *L'ambiguo malanno*, cit., 34.

[83] Non a caso, quando l'eroe riparte grazie all'intercessione degli dèi, il dolore dovuto al mancato matrimonio porta Calipso alla morte (M. Gislon, R. Palazzi, *Dizionario di mitologia*, cit., 81). Non è dato comprendere, alla luce di quanto già esaminato *sub a*), se per l'amore effettivamente provato per Odisseo o per non aver compiuto il proprio destino di sposa.

[84] Nonostante qualcuno abbia ipotizzato che Omero fosse in realtà una donna. È nota in proposito la tesi di S. Butler, *The Authoress of the Odissey*, Londra, Longmans Green and Co., 1897, che individua l'autrice dell'*Odissea* in una nobildonna di Trapani.

[85] Ciò anche se di rango elevato. A giudizio di una autorevole studiosa del diritto antico, «la città greca rappresenta la realizzazione perfetta di un progetto politico e sociale che esclude le donne». Cfr. E. Cantarella, *L'ambiguo malanno*, cit., *passim*, e in particolare 63 ss.

[86] Secondo il racconto di Esiodo, Zeus, irato perché Prometeo aveva rubato il fuoco agli dèi per punire gli uomini, decide di mandare loro una sventura, Pandora, il cui nome sta a significare che ogni dio le aveva dato un dono: bellezza, fascino, grazia, abilità nei lavori femminili e, soprattutto, la capacità di sedurre donatale da Atena. Si tratta di caratteristiche assai pericolose, alle quali Ermes aggiunse «mente sfrontata» ed «indole ambigua», ponendo nel suo cuore «menzogne» e «discorsi

epiche rappresentazioni di donne terribili[87]. Tra le numerose virtù maligne attribuite alla figura femminile, il mito indugia spesso sulla propensione alla menzogna, frequentemente declinata proprio in false accuse di stupro.

Il caso più eclatante è quello di Fedra, figlia di Minosse e prima moglie di Teseo, che fu presa da un'insana passione per il figliastro Ippolito[88]. Il giovane rifiutò la matrigna con orrore e disprezzo, di talché Fedra, prima di impiccarsi per la disperazione, lo calunniò con l'accusa di averla stuprata. Dandole credito, Teseo bandì il figlio dal suo regno ed è per questa ragione che Euripide, nell'omonima tragedia, mette in scena Ippolito intento in un'invettiva contro

---

ingannatori». Fornita di queste doti, Pandora rappresenta inevitabilmente un «terribile flagello», un «inganno al quale non si può sfuggire». Per i riferimenti da Esiodo, E. Cantarella, *L'ambiguo malanno*, cit., 58.

[87] Oltre alle menzionate figure femminili dell'Odissea, spiccano ad esempio Medea, che nella versione euripidea giunge a uccidere i propri figli per soddisfare la sete di vendetta nei confronti di Giasone (M. Gislon, R. Palazzi, *Dizionario di mitologia*, cit., 270) e Clitennestra, moglie adultera di Agamennone che lo uccide al suo ritorno da una guerra decennale (*ivi*, 109-110). Neppure Penelope, spesso elevata a modello di fedeltà coniugale, è al riparo dai sospetti e dai pregiudizi maschili: più volte Omero la descrive in atteggiamenti ambigui con i proci suoi corteggiatori, al punto che il figlio Telemaco dubita di essere realmente figlio di Odisseo. Anche il marito si rivela a lei per ultima, a vendetta compiuta, per paura di esserne tradito. Per un approfondimento delle ambiguità della figura di Penelope, si veda E. Cantarella, *Itaca. Eroi, donne, potere tra vendetta e diritto*, Milano, Feltrinelli, 2002. Anche il mito delle Amazzoni, esaltato come archetipo di emancipazione femminile nell'Ottocento, è in realtà soltanto un racconto da leggere in chiave dispregiativa, nel quale i greci rappresentano le distorsioni di una società governata da donne. Tra coloro che hanno enfatizzato il mito delle amazzoni, ad esempio, il noto filosofo T. Hobbes, *Leviatano*, II, xx. Più in generale, sulle tesi storiografiche che hanno ritenuto matriarcale l'impostazione della società greca fino all'avvento della cultura micenea, anche sulla base del mito delle Amazzoni, si rimanda a E. Cantarella (a cura di), *Il potere femminile, storia e teoria*, Milano, Il Saggiatore, 1977; nel volume, peraltro si trovano stralci tradotti dell'opera di J.J. Bachofen, *Das Mutterrecht*, Stoccarda, 1861, che è il principale sostenitore dell'esistenza del matriarcato greco. Tale lettura "dispregiativa", invece, è confermata da altri casi nei quali una società matriarcale viene derisa. Detto del mito delle Lemnie, Aristofane per fare satira sulla decadenza della sua Atene rispetto a quella della "*golden age*" periclea, nella commedia *Ecclesiazuse*, immagina la città governata esclusivamente da donne.

[88] Concepito dal marito insieme all'amazzone Ippolita. Si veda M. Gislon, R. Palazzi, *Dizionario di mitologia*, cit., 236.

le donne tra le più dure della letteratura occidentale, all'esito della quale il giovane le definisce come un «ambiguo malanno»[89].

Anche in questo caso, probabilmente, il significato profondo del mito risiede nell'ineluttabilità del destino matrimoniale[90]. Tuttavia, la "morale" più immediata della storia di Ippolito è duplice, ovvero che delle donne è bene non fidarsi e che un'accusa di stupro, per quanto falsa, è difficilmente difendibile[91]. La finzione di Fedra, infatti, è resa credibile dall'impulso libidinoso che di solito caratterizza i giovani uomini come Ippolito. È dunque la stessa natura predatoria dell'uomo, alimentata da Eros, che finisce per esporlo a false accuse di violenza da parte di donne malvagie e vendicative, alle quali però sarebbe bene non prestare fede poiché sono portate – per loro *natura* – a mentire.

È così che nel mito nessuno crede alle "denunce" di Danae, Leucote e Apemosine: tutte vittime di uno stupro, la prima viene chiusa in una cassa gettata in mare dal padre, la seconda seppellita viva sempre dal genitore e la terza uccisa a calci dal fratello[92]. Senza dimenticare che, nella mitologia antica, la prima donna a cui nessuno dà ascolto è Cassandra, bellissima figlia di Priamo e sacerdotessa di

---

[89] Cfr. Euripide, *Ippolito*, versi 616-617.

[90] Da non intendersi dunque come prerogativa esclusivamente femminile. Ippolito, infatti, era entrato nelle mire di Afrodite, ma l'aveva rifiutata per dedicarsi alla caccia sotto la protezione della dea (vergine) Artemide. La dea respinta, anziché vendicarsi suscitando in lui una passione terribile, lo aveva reso oggetto di tale passione, accendendo l'amore della matrigna. Anche Ippolito, dunque, si macchia della colpa di rifiutare il rito di passaggio, l'approdo all'età adulta attraverso la congiunzione con Afrodite, e viene punito. Come detto, la sessualità nel mito greco è soprattutto una questione di ruoli, sulla base dei quali si viene valutati: quando si agisce in maniera asimmetrica a quella predefinita, si finisce per pagarne le conseguenze. Per queste ed altre considerazioni, F. Zeitlin, *Configurations of rape in Greek myth*, cit., 148-149.

[91] Anche questa considerazione costituisce una sorta di *leitmotiv* della riflessione premoderna sulla violenza sessuale, che nei Paesi angloamericani veniva rimembrata ai giurati subito prima di ritirarsi, leggendo loro la massima per cui «*rape is an accusation easy to be made and hard to be proved, and harder to be defended by the party accused, though innocent*» («lo stupro è un'accusa facile da formulare e difficile da dimostrare, e ancora più difficile da difendere da parte dell'accusato, anche se innocente»). Sulla genesi e la paternità della massima, si veda *infra*, III, § 2.

[92] Per la storia delle tre ragazze D. Cerrato, *La cultura dello stupro*, cit., 440.

Apollo, la quale peraltro è vittima di una brutale violenza sessuale da parte di Aiace Oileo durante il saccheggio di Troia[93].

c) Il riferimento a Cassandra consente di introdurre un ultimo elemento essenziale della narrazione dello stupro in età greco-romana, vale a dirsi il profondo legame con la sfera politica.

Il ratto e lo stupro sono visti dagli antichi anzitutto come insostituibili momenti fondativi, al punto che molti popoli legavano le origini della propria dinastia ad una congiunzione violenta: i romani, come noto, celebravano il leggendario rapimento delle donne sabine, necessario per garantire una discendenza agli abitanti di Roma[94]; Dardano, mitico capostipite dei troiani, invece, era figlio di Zeus ed Elettra, ninfa sedotta – violentemente, secondo alcune versioni della leggenda – dal dio all'interno di un tempio[95]. Lo stupro o il ratto fungono dunque da segno di forza e sopraffazione nei confronti dei popoli vicini o, se commessi da una divinità, da precedente mitologico per nobilitare una stirpe e attribuirvi discendenza divina.

Nelle intersezioni tra storia e mitologia, la violenza sessuale è anche all'origine di importanti mutamenti costituzionali come la caduta di regimi tirannici. È il caso, tra gli altri, dello stupro della matrona romana Lucrezia da parte di Sesto, figlio di Tarquinio il Superbo[96]. Non deve sorprendere che la repubblica romana affondi le proprie radici in un episodio di violenza carnale: una antica e fortunata tradizione, risalente già al periodo greco e ad autori della statura di Erodoto e Platone, attribuiva al tiranno ogni tipo di peccato

[93] E successivamente costretta a divenire la concubina di Agamennone. Il dio Apollo si innamorò di lei e per ottenerne i favori le fece il dono della profezia. Ma Cassandra non cedette al suo amore e Apollo, non essendo in potere di riprendersi quel prezioso dono, fece in modo che nessuno credesse mai alle sue profezie. Inutilmente la principessa supplicò il padre di restituire Elena agli Achei e di bruciare il cavallo di legno, ma nessuno prestò fede alle sue previsioni. M. Gislon, R. Palazzi, *Dizionario di mitologia*, cit., 90.

[94] Plutarco, *Vita di Romolo*, xv.

[95] V. *supra*, nota 61.

[96] Il gesto provocò la reazione indignata del popolo romano che si ribellò a Tarquinio e lo cacciò da Roma mettendo fine alla monarchia, secondo il racconto del celebre storico romano Tito Livio, *Ab urbe condita libri*, Lib. I, 58.

("*hybris*") sessuale[97]. Tale forma di violenza veniva utilizzata come *topos* propagandistico per screditare politicamente il tiranno, le cui malefatte sessuali erano presentate come uno dei più gravi affronti alla comunità dei cittadini[98].

All'interno di questa retorica, tuttavia, l'offesa arrecata alla donna rimane sempre in secondo piano: si parla del "corpo democratico"[99], costituito dagli uomini adulti, e mai del "corpo" femminile che ha sopportato l'abuso. Ciononostante, sebbene esente da ogni responsabilità, è consuetudine che la vittima si suicidi per la vergogna dell'affronto subito, come Lucrezia che si toglie la vita, pur autoassolvendosi da colpe, perché il suo corpo è stato violato e non può sopravvivere all'oltraggio[100].

La terminologia utilizzata dai greci per riferirsi alla moderna violenza sessuale è alquanto varia e incerta. Nondimeno, per descrivere la sensazione di vergogna e di diminuzione di *status* inflitte alla donna violentata, è di frequente preso in prestito il concetto – squisitamente politico – di "*atimia*", col quale si indicava la perdita dei diritti civili e politici[101]. La cifra distintiva dello stupro consiste nell'assenza di nessi tra l'umiliazione patita ed una colpa: proprio nel carattere gratuito risiede il significato dell'oltraggio subito

---

[97] In proposito l'indagine dell'autorevole studioso J.P. Vernant, *Il tiranno zoppo: da Edipo a Periandro*, in J.P. Vernant, P. Vidal-Naquet, *Mito e tragedia, due. Da Edipo a Dioniso*, Torino, Einaudi, 1991, 31 ss. Sul più esatto significato del termine "*hybris*" si veda *infra*.

[98] La forma di governo monarchica o tirannica sottopone a questo tipo di gravi soprusi tale comunità anziché renderla un'entità inviolabile quale dovrebbe essere nell'idea democratica o oligarchica della *polis*. In proposito, D.M. Halperin, *The democratic body: Prostitution and citizenship in classical Athens*, in Id. (a cura di), *One hundred years of homosexuality and other essays on Greek love*, Londra, Routledge, 1989, 88 ss.

[99] L'espressione si deve a D.M. Halperin, *The democratic body*, cit., 88 ss.

[100] Così come le donne spartane che, violentate dai Messeni al tempo del primo conflitto tra i due popoli, diedero vita ad un suicidio di massa (secondo la chiave di lettura di D. Cerrato, *La cultura dello stupro*, cit., 437).

[101] In sostanza, un esilio temporaneo dalla comunità dei cittadini, talvolta accompagnato da forme di degradazione e di umiliazione pubblica. Cfr. A. Paradiso, *Violenza sessuale,* hybris *e consenso*, cit., 99. Una speciale forma di "*atimia*" era prevista, come si vedrà tra poco, dal diritto ateniese per l'adulterio (*moicheia*): la donna veniva condannata ad un esilio interno, tradotto nell'allontanamento dalla casa del marito e nella esclusione dalla celebrazione dei riti religiosi (v. *infra*, § 3).

dalla donna[102]. Cogliendo questo aspetto e mantenendo il parallelismo politico, i greci descrivono tale attacco unilaterale in termini di "*hybris*", concetto centrale nella cultura classica che richiama una intollerabile e tracotante manifestazione di superiorità[103]. A ben vedere, l'atto di *hybris* viene realizzato non soltanto nei confronti della donna, ma ancor di più nei confronti del padre o del marito. In linea con queste premesse, lo stupro di guerra costituisce l'affermazione definitiva di prevalenza dopo il conseguimento della vittoria militare. Così, ad esempio, nel secondo libro dell'*Iliade* Nestore esorta gli Achei a combattere, non promettendo loro la gloria, bensì l'oltraggio sui nemici attraverso il possesso delle loro donne: «nessuno abbia quindi fretta di tornarsene a casa prima di aver dormito con la sposa di uno dei Teucri»[104].

A fronte di queste rappresentazioni, la difesa delle donne – dal tiranno, dal nemico o da creature mostruose come i centauri – non è altro, in definitiva, che un momento di gloria e difesa dell'onore maschile[105].

d) Secondo cadenze estremamente moderne[106], dunque, il "*mythos*" mette a fuoco due componenti diverse della violenza sessuale,

---

[102] *Ibidem*, 98.

[103] Secondo la definizione di Aristotele, «la *hybris* consiste in atti e parole che impongono vergona alla vittima senz'altra finalità che questa e per il puro piacere. La causa del piacere per coloro che commettono *hybris* è essi credono, facendo del male, di affermare meglio la loro superiorità». Cfr. Aristotele, *Retorica*, 1378b, 23 ss.

[104] Del resto, quella guerra – la più grande e importante dell'antichità – si era scatenata per l'imperdonabile gesto di *hybris* commesso da Paride nei confronti di Menelao. Per la citazione, cfr. *Iliade* 2, versi 355-356. La previsione di Nestore in effetti si verificherà, come si è già detto, ad esempio con Cassandra, brutalmente violentata all'interno di un tempio dal guerriero acheo Aiace Oileo la notte stessa dell'ingresso in città.

[105] Per queste considerazioni, F. Zeitlin, *Configurations of rape in Greek myth*, cit., 132-135. Pare dettata da logiche simili anche la diffusa rappresentazione nel V secolo del mito dei centauri, i quali, caratterizzati da una natura parzialmente animale, sono continuamente protagonisti di violenti stupri di gruppo, persino in occasione di sacri riti nuziali (v. *supra*, nota 66 sul mito di Cenide). L'eroe che li combatte – Eracle o Teseo, per citarne due – incarna il valoroso guerriero greco che difende le donne della propria città dall'invasione dei Persiani, che l'accostamento con i centauri permette di dipingere come barbari.

[106] Che lo stupro, anche sul piano psicologico, sia una questione più che altro di potere dell'uomo nei confronti della donna è un'acquisizione piuttosto recen-

quella erotica e quella "politica"[107]. Entrambe le dimensioni portano ad enfatizzare la centralità della forza fisica nelle relazioni sessuali, ma, a ben vedere, seguendo giudizi di valore molto differenti.

Lo stupro "*hubristico*" è considerato una condotta lesiva. Esso costituisce un atto di potere del violentatore nei confronti della donna, più debole fisicamente, ma integra altresì un atto di *hybris* nei confronti di un altro guerriero, padre o marito della donna, poi-

---

te, ma oggi accolta anche nel preambolo della stessa Convenzione di Istanbul. La concezione tradizionale, infatti, ha a lungo posto l'accento sulla finalità di libidine dell'autore del reato, ovvero sull'aspetto "passionale" del delitto, che era frutto di una assoluta assenza della considerazione della violenza sessuale quale crimine di genere (su questi aspetti, l'indagine di E. Musumeci, *Emozioni, crimine, giustizia. Un'indagine storico-giuridica tra Otto e Novecento*, Milano, Franco Angeli, 2015). Il mutamento di prospettive è stato inizialmente suggerito da parte di esponenti della dottrina femminista (si veda, per un maggiore approfondimento nell'ambito del femminismo nordamericano, *infra*, III, §§ 4 e 6), ma ha trovato poi conferma anche in studi empirici. Si veda, in proposito lo studio di J.A. Bargh, P. Raymond, *The naïve misuse of power: nonconscious sources of sexual harassment*, in *Journal of Social Issues*, 1995, vol. 51, 85 ss., che hanno dimostrato come gli uomini dominanti abbiano maggiori probabilità di compiere violenze sessuali sia sui luoghi di lavoro che nelle relazioni intime. Per molti di essi, peraltro, avere potere su una donna è motivo di eccitazione sessuale, fattore che aumenta la probabilità di realizzare molestie sessuali. Sulla rilevanza delle dinamiche di potere nei delitti sessuali si segnala nella letteratura penalistica angloamericana l'interessante monografia di A. Powell, *Sex, power and consent*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, che, concentrandosi soprattutto sulle relazioni tra i più giovani, dimostra come si tratti ormai di un angolo di osservazione del problema ormai del tutto consolidato. Da un punto di vista criminologico, invece, N. Westmarland, *Violence against women: criminological perspectives on men's violences*, Abingdon Oxon, Routledge, 2015, che affronta il tema della violenza sessuale in quattro ambiti specifici che richiamano dinamiche di potere come le relazioni intime, la famiglia, gli spazi pubblici, le istituzioni.

[107] Del resto, si tratta di aspetti che nell'esperienza culturale greca tendono ad intrecciarsi costantemente tra loro, come messo in luce da J.P. Vernant, *Tensioni ed ambiguità nella tragedia greca*, in J.P. Vernant, P. Vidal-Naquet, *Mito e tragedia nell'antica Grecia*, tr. it. di M. Rettori, Torino, Einaudi, 1976, 12 ss., che sottolinea come, ad esempio, una tragedia come quella de *Le Supplici* di Eschilo, di cui si parla nel proseguo del testo, si interroghi in definitiva sulla vera natura del potere (anche maritale) e, in particolare, se esso risieda nella legge, nella persuasione, negli accordi o solo nella forza e nella dominazione fisica. È inevitabile che siano i drammaturghi greci a sollevare quesiti di questo genere: il mito, e soprattutto le interpretazioni che se ne fanno, cambia nel tempo a seconda della sensibilità e dei costumi di chi lo racconta, in una traiettoria dal mito al "*logos*". E non a caso, nel V secolo, quello dei grandi tragici e delle guerre persiane, si comincia ad avvertire una contrapposizione tra natura e cultura quando si tratta il tema dello stupro.

ché marca una relazione di indiscussa superiorità, ottenuta anch'essa attraverso la forza, la violenza, la guerra[108]. L'affronto è realizzato da un nemico, uno *straniero* o dal tiranno, che attraverso di esso si *estrania* dalla comunità dei cittadini. Tra le due forme di *hybris*, la società antica considera decisamente più grave la seconda, quella nei confronti dell'uomo, stabilendo i presupposti di un modello di tutela fondato su logiche di onore familiare che, come si esaminerà nelle pagine che seguono, è resistito per secoli.

Lo stupro "seduttivo", invece, è inserito all'interno di un archetipo naturale, che l'uomo deve rispettare impiegando un certo coefficiente di forza fisica per poter far sua la donna e ottenerla in moglie. Da questo punto di vista il racconto mitico denota una apparente contraddittorietà[109]: il matrimonio e la sottomissione sessuale ad un uomo sono obiettivo e destino della donna adulta, ma il passaggio deve comunque essere contraddistinto da riluttanza, resistenza e av-

---

[108] Lo stupro di guerra costituisce da tempo un tema del diritto penale internazionale, il cui approfondimento è stato talvolta anche da stimolo per proporre soluzioni relative all'"*everyday rape*", ovvero lo stupro in tempo di pace. Ciò è avvenuto, in particolare, a seguito della nota sentenza *Akayesu*, emessa nel 1998 dall'*International Criminal Tribunal for Rwanda* (ICTR-96-4-A), a margine della quale parte della dottrina (ad es. C. MacKinnon, *Defining rape internationally: a comment on* Akayesu, in Id., *Are women human? And other international dialogues*, Cambridge Massachusetts, Harvard University Press, 2007, 237 ss.) ha proposto di spostare l'attenzione dal tema del consenso a quello delle c.d. "*coercive circumstances*". Sul tema specifico, V.E. Munro, *From consent to coercion: evaluating international and domestic frameworks for the crminalization of rape*, in C. McGlynn, V.E. Munro (a cura di), *Rethinking Rape Law*, cit., 17 ss. Per una panoramica sullo stato dell'arte relativo al *rape* nel diritto penale internazionale, invece, A. Cole, *International criminal law and sexual violence. An overview*, *ivi*, 47 ss. In una prospettiva storica sullo stupro di guerra, invece, S. Brownmiller, *Contro la nostra volontà*, cit., 35 ss. e J. Bourke, *Stupro. Storia della violenza sessuale dal 1860 ad oggi*, cit., che osserva come in ambienti coercitivi come lo stato bellico, venute meno le regole, lo stupro diventa una variabile impazzita e si carica di significati che vanno al di là dell'imporre con la violenza un atto sessuale. L'abuso sessuale si fa arma e la vittima non è più una persona, ma una nazione intera. Esso diventa un modo per punire il nemico attraverso la violazione di quel territorio che è il corpo femminile, di coloro che genereranno nuovi cittadini.

[109] D'altronde, una delle funzioni del mito nella società greca era proprio quella di affrontare alcuni dilemmi sociali, senza risolverli, ma «offuscandoli, circumnavigandoli e mediandoli». È per questo che, spesso, dal mito scaturiscono tensioni ed ambiguità. Il riferimento va ancora all'opera del noto studioso J.P. Vernant, *Mito e società nell'antica Grecia*, tr. it. di P. Pasquino, L. Berrini Pajetta, Torino, Einaudi, 1981.

versione per l'atto sessuale. Tali reazioni non costituiscono in alcun modo indici di una assenza di consenso, tema che non affiora mai in primo piano[110], ma servono per sancire l'annullamento dei confini tra i corpi e il distacco da antiche sicurezze[111].

È in questi termini che il mito teorizza la travolgente forza mascolina, in contrapposizione alla ritrosia femminile, stabilendo per secoli le attitudini naturali dei due sessi e combinando l'esperienza sessuale in un rapporto inscindibile con la coercizione fisica.

La differenza tra stupro "*hubristico*" e seduzione violenta sembra passare essenzialmente da due fattori: la quantità di forza impiegata e la regolarità – o quantomeno la *plausibilità* – dell'unione. Sotto il primo profilo, si richiede una forza opprimente, soverchiante, ben più pregnante di quella violenza necessaria nel corteggiamento per acquietare i dubbi e la ritrosia femminili[112]. Già nella mitologia sembra dunque chiara l'individuazione di diversi gradi di forza fisica, l'uno *coercitivo*, l'altro *seduttivo*, che i giuristi indicheranno per anni con le espressioni, rispettivamente, di "*vis atrox*" e "*vis grata puellis*" (v. *infra*, II, §§ 2 e 3).

---

[110] Salvo in alcune tragedie del quinto secolo, come *Le Supplici* di Eschilo, che mette in scena il dramma delle Danaidi e i loro disperati tentativi di sfuggire ad un matrimonio vissuto come una insopportabile coercizione. Tra le soluzioni, le cinquanta figlie di Danao prendono in considerazione anche il suicidio, che, come detto, ricorre nel mito sia come drastica alternativa alla ineludibile sottomissione sessuale che come successiva sanatoria della vergogna provata. Sul mito delle Danaidi e i suoi molteplici significati, oltre al testo di Vernant citato nella nota precedente, si veda J.K. MacKinnon, *The reason for the Danaid's "flight"*, in *The Classical Quarterly*, 1978, vol. 29, 74 ss.

[111] Ciò perché, a livello sociale la nuova relazione comporta una forte rottura con il precedente stile di vita e una brusca separazione dalle fonti di sicurezza originarie; mentre sul piano psicologico, la sessualità rappresenta una pericolosa perdita di integrità e autonomia. Si tratta dunque di qualcosa a cui la vergine non può arrendersi volontariamente. Cfr. F. Zeitlin, *Configurations of rape in Greek myth*, cit., 143.

[112] Non a caso, già in Omero, il termine *hybris* sta ad indicare smodatezza e dismisura, anche nell'uso della forza. Così E. Cantarella, *Spunti di riflessione critica su* hybris *e* timè *in Omero*, in H.J. Wolff (a cura di), *Symposion 1979. Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte*, Köln-Wien, 1983, 85 ss.; (ora anche) in A. Maffi, L. Gagliardi (a cura di), *Eva Cantarella. Diritto e società in Grecia e a Roma. Scritti scelti*, Milano, Giuffré, 2011, 75 ss., in particolare 87, dalla quale si è mutuato anche l'uso del termine "*hubristico*" che compare poche righe sopra.

Sotto il secondo profilo, probabilmente ancor più decisivo, rileva lo *status* della donna, ovvero se sia già maritata o se si tratti di una vergine in attesa di compiere il proprio destino. Nel primo caso, la congiunzione con la donna di un altro uomo integra un intollerabile atto di *hybris*. Nel secondo caso, invece, per quanto il padre della nubile possa infuriarsi, il mito consente al ratto di sostituirsi al matrimonio quale rituale di passaggio, perché, a differenza della prima ipotesi, l'unione può *plausibilmente* proseguire in una stabile vita coniugale. Per certi versi, la distinzione anticipa e ricalca una dicotomia – quella tra "*stranger rape*" ed "*acquaintance rape*" – che ha costituito, soprattutto nel dibattito americano, un ostacolo all'affermarsi di una concezione autenticamente consensuale della violenza sessuale[113].

Questa anticipazione e la codificazione dell'uso naturale della forza maschile, però, non sono le uniche eredità del mito greco in tema di relazioni sessuali. Come si era anticipato e come emerge dalla digressione compiuta, è a partire dal *mito* che sono andati costruendosi e rafforzandosi alcuni stereotipi e falsi *miti* intorno alla violenza sessuale. Il mito, nella sua innegabile grandezza e complessità, ha impresso nelle menti, nonostante la loro chiara impronta misogina, pregiudizi difficili da debellare: i c.d. "miti dello stupro" (v. *supra*, § 1). Tra questi, ad esempio: che l'elemento provocatore della violenza sia il corpo della donna, poiché come si è visto l'uomo è spinto verso di esso dall'irrefrenabile impulso di Eros; che un'espressione di dissenso, per quanto decisa, mascheri in realtà un'adesione volontaria al rapporto, perché il destino della donna, deve compiersi con riluttanza; che la donna vittima di abusi sessuali debba provare vergogna, ancorché del tutto irresponsabile per ciò che è avvenuto; che le donne sole, non inserite in un contesto familiare, siano donne dalla dubbia moralità, difficilmente vittime di uno stupro; o, ancora, che le donne siano portate a giustificare i rapporti sessuali mentendo sulla loro natura non consensuale o persino a vendicarsi inventando false accuse di stupro.

---

[113] Lett. "stupro dello sconosciuto" e "stupro del conoscente". Sull'influenza esercitata da tale distinzione sullo sviluppo della disciplina della violenza sessuale, v. *infra*, § 8, nonché III, § 3.

3. *I reati sessuali nel diritto penale ateniese: l'irrilevanza del consenso femminile riflessa nell'indistinguibilità tra* moicheia *e violenza sessuale*

Il diritto dell'epoca, per quanto è dato ricostruirne la fisionomia, recepisce in larga parte i precipitati culturali del mito. Paradossalmente, infatti, se le fonti sono ricchissime e diversificate quando si tratta dell'*epos*, lo stesso non può dirsi per quelle giuridiche[114]. Forse proprio per via della esiguità di documenti e della conseguente necessità di ricostruire le norme anche sulla base di testi letterari, sono andate diffondendosi alcune interpretazioni dei reati sessuali nel diritto penale ateniese probabilmente non del tutto aderenti alla realtà storica, come, ad esempio, quella che vorrebbe l'adulterio punito più severamente della violenza sessuale[115].

Le prime regole in materia di rapporti sessuali di cui si ha conoscenza sono contenute nella legge di Draconte sull'omicidio del 621-620 a.C.[116]. Tale legge vietò la vendetta privata, stabilendo che a partire da quel momento gli assassini venissero giudicati da appositi tribunali e venissero condannati a scontare una pena. Nel fare ciò, furono stabilite alcune eccezioni, garantendo l'impunità a chi avesse ucciso in determinate circostanze, in presenza delle quali l'omicidio era da considerarsi legittimo ("*phonos dikaios*")[117]. Tali circostan-

---

[114] L'avviso è di A. Paradiso, *Violenza sessuale,* hybris *e consenso*, cit., 96. Peraltro, pressoché tutte le fonti disponibili fanno riferimento alla sola regione dell'Attica.

[115] La tesi prende le mosse dalle considerazioni di alcuni studiosi dell'antichità greca, come ad esempio S.B. Pomeroy, *Donne in Atene e Roma*, tr. it. di L. Comoglio, Torino, Einaudi, 1978, 92; e più recentemente C. Carey, *Rape and adultery in Athenians law*, in *Classical Quarterly*, 1995, vol. 45, 407 ss.; per poi essere ripresa anche in scritti più generali sui profili storico-criminologici della violenza sessuale. In Italia, ad esempio, I. Merzagora, *Relativismo culturale e percezione sociale*, cit., 345; mentre all'estero, K. Burgess-Jackson, *A history of rape law*, cit., 16. La tesi è ripresa anche dal filosofo M. Foucault, *Storia della sessualità*, vol. II, *L'uso dei piaceri*, tr. it. di L. Guarino, Milano, Feltrinelli, 1984, 150.

[116] Per tutti, E. Cantarella, *I reati sessuali nel diritto ateniese. Alcune considerazioni su «*moicheia*» e violenza sessuale*, in Aa.Vv., *"*Iuris Vincula*". Studi in onore di Mario Talamanca*, Napoli, Jovene, 2002, 375 ss.; (ora anche) in A. Maffi, L. Gagliardi (a cura di), *Eva Cantarella*, cit., 378.

[117] Sul tema si veda E. Cantarella, *Studi sull'omicidio in diritto greco e romano*, Milano, Giuffré, 1976, 129 ss. Pare significativo che le prime leggi penali

ze sono note grazie all'orazione di Demostene *Contro Aristocrate*, ove al paragrafo 53 si legge: «se qualcuno uccide durante i giochi involontariamente, o essendo stato assalito in strada, o per errore in guerra, o – eccoci al punto che interessa – *se uccide l'uomo sorpreso presso la moglie, la madre, la sorella, la figlia o la concubina che tenga per avere figli liberi*, per queste ragioni non vada in esilio»[118]. L'uomo che poteva essere impunemente ucciso era, dunque, l'amante ("*moichos*") sorpreso in flagrante. La "*moicheia*", per la nascente *polis*, era considerata un comportamento così grave e inammissibile da giustificare l'uccisione del trasgressore sorpreso sul fatto, in deroga al nuovo principio per cui la colpevolezza doveva essere accertata da un tribunale[119].

Bisogna dedurne, come fanno alcuni, che il reato fosse punito più severamente della violenza sessuale[120]? Probabilmente no.

Nel silenzio della norma dracontina, la questione è sorta principalmente da un passaggio di un'orazione scritta dal celebre oratore Lisia per il contadino Eufileto, accusato dell'omicidio dell'amante della moglie, Eratostene. La linea difensiva è chiara: Eufileto ha commesso il fatto in osservanza delle leggi della città che impongono di riparare all'atto di *hybris* commesso nei suoi confronti. Per enfatizzare la gravità dell'oltraggio subito, l'accusato sottolinea la maggiore pericolosità della *moicheia* rispetto alle ipotesi di violenza sessuale, posto che «coloro che agiscono con la forza sono odiati da coloro cui hanno fatto violenza, mentre coloro che hanno usato

---

scritte della *polis* si siano preoccupate di disciplinare la sessualità femminile. Nel dettare regole alle donne, tuttavia, la città non si è rivolta loro direttamente, non considerandole degne interlocutrici, ma lo ha fatto per il tramite degli uomini, ai quali ha consentito di uccidere il *moichos* colto in flagranza o imposto il ripudio della donna corrotta.

[118] La traduzione utilizzata è di E. Cantarella, *I reati sessuali nel diritto ateniese*, cit., 379; alla quale si rimanda anche per gli estremi dell'orazione di Demostene. Il corsivo invece è di chi scrive.

[119] E. Cantarella, *Donne di casa e donne sole in Grecia: sedotte o seduttrici?*, in R. Uglione (a cura di), *Atti del Convegno nazionale di studi su "La donna nel mondo antico", Torino, 18-19-20 aprile 1988*, Torino, Regione Piemonte, 45 ss.; (ora anche) in A. Maffi, L. Gagliardi (a cura di), *Eva Cantarella*, cit., 776.

[120] Se lo domanda proprio in questi termini E.M. Harris, *Did the Athenians regard seduction as a worse crime than rape?*, in *Classical Quarterly*, 1990, vol. 40, 2, 370 ss.

la persuasione corrompono l'anima della vittima, facendo sì che le mogli altrui siano più attaccate a loro che ai mariti, e diventano padroni dell'*oikos*, e fanno sì che non si sappia di chi sono i figli, se dei mariti o dei *moichoi*»[121].

In effetti, sulla scorta della percezione della *moicheia* come atto che offende in primo luogo non la donna, ma il marito, cui spetta il diritto-dovere di controllare la sua vita sessuale, una seduzione prolungata viene avvertita come decisamente più insidiosa rispetto ad una sporadica violenza, specialmente in una dimensione procreativa. Ciò però non implica che anche giuridicamente i due scenari andassero trattati diversamente e che non potesse essere ucciso impunemente, sulla base della legge di Draconte, anche il violentatore. In caso contrario, per essere assolto l'uccisore avrebbe poi dovuto dimostrare in giudizio che la donna era consenziente, con tutte le aporie connesse[122].

Più in generale, la tesi della indistinguibilità – sul piano giuridico – tra *moicheia* e stupro violento appare più coerente con la protezione di quello che oggi si definirebbe il bene giuridico tutelato dal delitto[123].

Il dettato della legge di Draconte permette infatti di precisare che, ancorché tradizionalmente tradotta con "adulterio"[124], la *moi-*

---

[121] Lisia, *Per l'uccisione di Eratostene*, 32-33.

[122] Per non parlare della facile scappatoia concessa agli amanti, che avrebbero potuto cavarsela sostenendo di non essere dei *moichoi*, bensì dei violentatori. Così, condivisibilmente, E.M. Harris, *Did the Athenians regard seduction as a worse crime than rape?*, cit., 372.

[123] Oltre a originare la "scriminante" per l'omicidio in flagranza, infatti, la *moicheia* costituiva autonomo illecito condannabile all'esito di un normale giudizio. Il fatto che la legge di Draconte autorizzasse a uccidere i *moichoi* sorpresi sul fatto non significa che la pena comminata dai tribunali ai seduttori non colti in flagrante (o risparmiati) fosse necessariamente la morte. Posto che il *nomos moicheias* è andato disperso, altri testi hanno tramandato le seguenti sanzioni: depilazione dei genitali; la *raphanidosis*, che consisteva nell'infliggere al *moichos* una violenza sessuale con una pianta di rafano; un'analoga violenza inflitta con un pesce particolarmente spinoso e mordace. È tuttavia dibattuto in dottrina se queste pene fossero realmente previste dal diritto o fossero vendette del capo dell'*oikos* per ridicolizzare l'immagine virile del *moichos*. Su tutti questi aspetti, E. Cantarella, *I reati sessuali nel diritto ateniese*, cit., 386.

[124] Si veda, ad esempio, U.E. Paoli, *Il reato di adulterio (*moicheia*) in diritto attico*, in *Studia et Doc. Hist. et Iuris*, 1950, n. 16, 123 ss.

cheia greca non coincide con ciò che, a partire dal diritto romano[125], viene definito con tale parola. Dalla previsione della legittima uccisione anche dell'uomo sorpreso con «la madre, la sorella e la figlia» sembra dedursi che l'interesse tutelato dalla punizione del *moichos* non fosse solo quello del marito alla fedeltà della moglie, bensì l'interesse collettivo a che esistesse un gruppo di donne – nubili, coniugate, vedove – sul cui comportamento sessuale la città potesse far affidamento, poiché nella loro vita non avrebbero esercitato la propria sessualità se non all'interno di un vincolo stabile ed istituzionale[126]. Ad essere primariamente tutelata, pertanto, non era altro che l'ordinata riproduzione dei cittadini della *polis*[127].

Secondo questa prospettiva, il capofamiglia non poteva che essere offeso anche da uno stupro consumato presso la propria casa. Seppur meno lesivo sotto il profilo dell'incerta paternità di eventuali figli[128], ad essere messo in dubbio era infatti il suo stesso onore (*timé*), che dipendeva dalla capacità di difendere e controllare la sessualità delle *sue* donne e rendere l'*oikos* – inteso nel duplice significato di gruppo familiare e di casa in senso fisico – impermeabile agli impropri appetiti sessuali di altri uomini[129].

Sebbene tendenzialmente considerata *sedotta*[130], la donna non restava impunita. Le leggi della città prevedevano l'esilio dalle fun-

---

[125] V. *infra*, § 4.

[126] Cfr. E. Cantarella, *Donne di casa e donne sole in Grecia: sedotte o seduttrici?*, cit., 776.

[127] *Ibidem*.

[128] In questo senso C. Carey, *Rape and adultery in Athenians law*, cit., 417, il quale sottolinea come, in caso di stupro, per avere certezza della filiazione, sarebbe stato sufficiente che il marito si astenesse dai rapporti con la moglie per il resto del mese: se ciononostante nasceva un bambino, il marito, posto che certamente non era suo, poteva liberarsene uccidendolo o esponendolo.

[129] Per questa conclusione depone anche il fatto che il *phonos dikaios* non si estendeva a tutte le ipotesi di vendetta nei confronti del *moichos*, ma solo agli omicidi commessi quando questi veniva sorpreso «*presso* la moglie, la madre, la sorella, la figlia o la concubina», ovvero in flagranza all'interno dell'*oikos*. Cfr. E. Cantarella, *I reati sessuali nel diritto ateniese*, cit., 390.

[130] Come è stato acutamente osservato, la legislazione ateniese finiva per dividere le donne in due gruppi, a seconda della loro appartenenza o meno ad un *oikos*. E. Cantarella, *Donne di casa e donne sole in Grecia: sedotte o seduttrici?*, cit., *passim*. Le donne inserite all'interno di un contesto familiare erano considerate sempre e comunque sedotte, come la moglie di Eufileto, che pur avendo organiz-

zioni religiose e il ripudio dalla casa familiare[131]. Una volta corrotta nella castità, la donna era vista come "impura" agli occhi della città – di qui l'esclusione dai riti religiosi – ed entrava a fare parte del gruppo delle seduttrici, coloro che, non facendo parte di un *oikos*, erano costrette a vendersi come prostitute, con le quali, peraltro, secondo la legge non si commetteva *moicheia*[132].

La natura non consensuale del rapporto, dunque, non era elemento sufficiente per cancellare l'impurità di quanto avvenuto. Anche per questa ragione pare poco realistico che il diritto operasse una distinzione tra *moicheia* e violenza sessuale[133], che d'altronde

---

zato nei minimi dettagli l'incontro clandestino con Eratostene, viene descritta per tutta l'orazione come mero soggetto passivo delle azioni corruttrici realizzate dal seduttore (lo rileva sempre Eva Cantarella, in E. Cantarella, *I reati sessuali nel diritto ateniese*, cit., 382). Le donne che invece vivevano sole, al di fuori di un nucleo familiare, erano trattate alla stregua di pericolose seduttrici, come le menzionate antieroine del mito (v. *supra*, § 2). Non a caso, la loro caratteristica principale era il canto, che le accomunava alle etere, accompagnatrici d'alto bordo. L'etera, infatti, come del resto dice il suo nome, era una compagna, anche se a pagamento. Una donna destinata a rispondere all'esigenza maschile di avere un'accompagnatrice che rallegrasse, con la sua presenza, i luoghi della socialità, vale a dire i banchetti, la cui importanza culturale nella vita dell'uomo greco è ben nota (si pensi al Simposio di Platone), e ai quali le mogli e le concubine non avevano accesso. Animando i banchetti tra l'altro con la musica, il canto e le danze, le etere erano le compagne di una *hedoné* che non era solo sessuale, ma anche intellettuale e culturale. La *porne*, di contro, era la prostituta intesa in senso tradizionale, con la quale i greci intrattenevano un rapporto meramente sessuale e occasionale. Su tutti questi aspetti e su molti altri, si veda E. Cantarella, (voce) *Prostituzione*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Utet, 1966, 225 ss.

[131] In sostanza, l'*atimia* di cui si è detto nel paragrafo che precede. A riprova del fatto che le donne sedotte venivano allontanate dall'*oikos*, si veda l'orazione di Demostene, *Contro Neera* (par. 87). In caso di partecipazione alle funzioni religiose, la donna sedotta poteva essere punita da qualsiasi cittadino, come a simboleggiare che essa era ormai divenuta una donna "pubblica". In questo senso, E. Cantarella, *Donne di casa e donne sole in Grecia: sedotte o seduttrici?*, cit., 780.

[132] Nel sottoporre a controllo il comportamento sessuale femminile la città impose una regola di comportamento infinitamente più limitativa della libertà femminile che di quella maschile. Lo fece nel modo più semplice possibile: stabilendo che il rapporto sessuale extramatrimoniale (o extra concubinato) non fosse *moicheia* qualora intercorresse con donne che si vendevano. Lo si legge sia nell'appena menzionata orazione di Demostene *Contro Neera*, che in quella di Lisia *Contro Teommesto* (par. 19).

[133] Alla quale la cultura greca, pur nella sua riconosciuta raffinatezza filologica, non ha dedicato nemmeno un termine specifico. Si è visto nel paragrafo precedente (§ 2) come spesso si sia utilizzata l'espressione "*hybris*", che però ha un si-

avrebbe presupposto che il consenso della donna (o la mancanza di esso) fosse un dato così rilevante da caratterizzare un comportamento dell'uomo, conferendogli una qualifica giuridica diversa o una minor o maggior gravità, con possibili riflessi sull'entità della pena[134].

L'unico consenso ad assumere rilevanza giuridica era invece quello maschile, decisivo, secondo logiche non di rado patrimoniali[135], anche per le sorti delle donne sotto il suo controllo. Ai cittadini peraltro il diritto riconosceva ben più ampi margini di libertà sessuale[136], offrendo la possibilità di affiancare alla moglie una concubina, di frequentare prostitute e di coltivare una relazione intellettuale, ma spesso anche fisica, con un giovane (*pais*)[137]. È

---

gnificato molto più ampio e non pone l'accento sull'uso della forza, ma sull'offesa all'onore. Per ulteriori considerazioni sul punto, nonché un esame delle altre terminologie utilizzate per indicare il concetto di violenza sessuale, v. A. Paradiso, *Violenza sessuale,* hybris *e consenso*, cit., 97 ss.

[134] Cfr. con differenti punti di vista, C. Carey, *Rape and adultery in Athenians law*, cit., 416, che sostiene che la violenza, pur diminuendo l'onore della vittima non compromettesse interamente la sua castità, e E. Cantarella, *I reati sessuali nel diritto ateniese*, cit., 385. In età post-dracontina vennero approvate leggi che regolavano specificamente i rapporti non consensuali, punendo la violenza, anche se non necessariamente con pene minori di quelle previste per la *moicheia*. Il dato è stato anch'esso per lo più valorizzato per sostenere la tesi della maggior gravità delle pene previste per quest'ultima rispetto alla violenza, ma perdendo di vista che la legge sembra più che altro incentrata su amori maschili. O, comunque, sulle donne presso le quali era possibile realizzare il *phonos dikaios,* quindi quelle inserite nel contesto familiare.

[135] Sono molteplici le logiche patrimoniali collegate alla sessualità e al matrimonio. Con riguardo alla prima, pare che il *moichos* potesse evitare l'uccisione offrendo una somma di denaro, la cui accettazione era a discrezionalità dell'offeso. Con riguardo ai rapporti matrimoniali, invece, inizialmente – in epoca omerica – era previsto che fosse il marito a trasferire una certa quantità di beni al padre della sposa (gli *eedna*). Fu poi istituito il meccanismo della dote, che serviva a compensare l'esclusione della donna dall'eredità paterna. Dietro agli istituti del ripudio del marito o l'*aphairesis* (in sostanza, il reimpossessamento della donna da parte del padre interrompendo il matrimonio) c'erano, dunque, ragionamenti patrimoniali. Più ampiamente su questi aspetti, E. Cantarella, *L'ambiguo malanno*, cit., 78 ss.

[136] Le leggi della tarda *polis* valorizzavano la volontà dell'uomo anche per quanto riguardava sé stesso e le violenze che rischiava di subire da altri uomini, specie in giovane età. Si veda in proposito la nota successiva.

[137] I *paides*, giovani amati, erano a loro volta oggetto di un desiderio non brutalmente sessuale, ma nobilitato dalla comune partecipazione, nel banchetto, all'esperienza della socialità e dell'intelletto. L'obiettivo del rapporto era quello di edu-

quindi in questo preciso momento storico che, per la prima volta, viene fissato a livello giuridico un rapporto fortemente asimmetrico tra l'autodeterminazione femminile e quella maschile[138], stabilendo quel «doppio standard» destinato a protrarsi fino ai giorni nostri[139].

Risulta in definitiva improprio interrogarsi sulla maggiore gravità della *moicheia* rispetto alla violenza sessuale, dal momento che la distinzione ruota attorno ad un elemento – la volontà femminile – che ai greci non interessava in alcun modo. Con tutta probabilità, si trattava di due entità indistinguibili sul piano giuridico e differenziate solo sul piano dello stigma sociale, maggiore in caso di adulterio in senso stretto che in caso di violenza. Ferma l'irrilevanza del dissenso, ciò che nella Atene classica rendeva illecito un rapporto sessuale con una donna era solo l'appartenenza ad un gruppo familiare, in linea con i dettati del mito, che, come si è visto, accettava la seduzione violenta della donna ma non la *hybris* nei confronti di un altro uomo. La donna che non apparteneva ad un *oikos* invece apparteneva alla città e ai suoi uomini, fungendo da valvola di sfogo della libertà sessuale maschile[140].

---

care il giovane e farlo diventare un buon cittadino. Sulla bisessualità dell'uomo greco, ancora E. Cantarella, *Secondo natura. La bisessualità nel mondo antico*, Roma, Editori Riuniti, 1988. Tra l'altro la volontà del giovane *pais* rispetto alle unioni con uomini adulti era tenuta in considerazione.

[138] L'unica concessione alla libertà sessuale femminile – che oggi si definirebbe (in linea con la distinzione giusfilosofica proposta da N. Bobbio, *Libertà* (voce), in *Enciclopedia del Novecento*, Roma, Treccani, 1978, ora in *www.treccani.it*) – "positiva" è contenuto in una legge attribuita a Solone, che si preoccupò dell'ereditiera ricca, sposata per interesse, che dopo la nascita dell'erede rischiava di essere ignorata dal marito, al quale sarebbe stato imposto per legge di avere con lei almeno tre rapporti sessuali al mese. Cfr. E. Cantarella, *L'ambiguo malanno*, cit., 80.

[139] Il doppio standard determina l'applicazione di parametri diversi nella valutazione dei comportamenti di uomini e donne. Esso è spesso alla base della diversa percezione dei comportamenti femminili quando non si conformano ai ruoli di genere, C. Muehlenhard, J.K. Sakaluk, K.M. Esterline, *Double standard*, in P. Whelehan, A. Bolin (a cura di), *International Encyclopedia of human sexuality*, Hoboken, Wiley-Blackwell, 2015, 309 ss.

[140] Come sottolineato da un'autorevole studiosa, l'opposizione tra queste due categorie di donne, tratteggiata dalla legge sulla *moicheia*, è nient'altro che «la codificazione di modelli leggendari di donne, di stereotipi di comportamento che la memoria collettiva aveva da tempo elaborato. È il riconoscimento di una realtà già

4. *La forza quale causa di esclusione della colpevolezza dell'adultera. L'evoluzione della disciplina di* stuprum per vim *e* raptus *nel diritto romano*

Con riguardo ai temi del consenso femminile e della forza nelle relazioni sessuali, il diritto romano prevalentemente consuetudinario di epoca regia e repubblicana pare porsi in decisa linea di continuità con l'assetto della Atene del V secolo. La donna viveva sotto la stringente *patria potestas* del *pater familias*. Veniva poi acquistata dal marito, che, proprio come in Grecia, aveva la possibilità di punirla privatamente in caso di adulterio[141].

La fedeltà coniugale, perlomeno femminile, è sempre stata al centro dell'organizzazione e dell'ideologia familiare romana. Per tutti i secoli della repubblica, la sua fondamentale importanza si manifestava non solo nel riconoscimento dello *ius occidendi* secondo modalità più ampie di quelle codificate da Draconte ad Atene[142], ma anche nelle torture che venivano inflitte agli adulteri che sfuggivano alla morte[143].

Tuttavia, a differenza della donna greca confinata nel gineceo quale mero strumento riproduttivo, in età repubblicana la matrona era il perno della famiglia romana. Complice la costante assenza da casa dei mariti, spesso impegnati in guerre espansionistiche, le donne erano insignite del compito di educare i figli, preparandoli a diventare *cives* romani. Dovendo assolvere un ruolo così nevralgico,

---

esistente nei fatti e nella fantasia dei greci: nel riconoscerla, la legge istituzionalizza questa realtà, destinando le donne sole a fare della solitudine un destino e della seduzione un mestiere». Così E. Cantarella, *Donne di casa e donne sole in Grecia: sedotte o seduttrici?*, cit., 782.

[141] Facoltà che, neanche a dirlo, spettava anche al capofamiglia della figlia vergine o della donna vedova nei casi di *stuprum*, come si vedrà tra poco inteso come un rapporto sessuale fuori dal vincolo matrimoniale. Più ampiamente, su tutti questi aspetti, E. Cantarella, *L'ambiguo malanno*, cit., 171-186.

[142] Descritte da G. Branca, *Adulterio (diritto romano)* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffré, 1958, 620.

[143] Pratiche di inaudita crudeltà, come risulta da Catullo (Catullo, 15,18), che vi allude con assoluta naturalezza, facendo evidentemente riferimento a una prassi ben nota: la pena del rafano e quella del mugile, con i quali veniva messo in atto un feroce "contrappasso" penetrativo nei confronti del seduttore della donna. Entrambe le pene, come detto (v. *supra*, § 3), erano già note e applicate dai greci.

alle donne era concesso di partecipare alla vita degli uomini[144], per assimilarne i valori e diventarne le più fedeli trasmettitrici[145].

Agli inizi del principato, invece, vennero adottati provvedimenti volti ad assicurare che la vita familiare si svolgesse secondo i rigorosi principi tramandati dagli antenati. Tra questi la *lex Iulia de adulteriis* (18 a.C.), che ribadì attraverso la previsione di sanzioni

[144] È così che, ad esempio, erano ammesse ai banchetti e potevano uscire liberamente per le strade. Sul tema della diversa condizione della donna in Grecia e a Roma si vedano le interessanti considerazioni di E. Cantarella, *L'ambiguo malanno*, cit., 200. In Grecia, la formazione dei giovani per diventare cittadini era realizzata dagli uomini attraverso il menzionato istituto della *paideia* (v. *supra*).

[145] Nondimeno, la narrazione della prima parte della storia di Roma raramente presenta testimonianze di figure femminili degne di rilievo. Le poche che escono dall'anonimato in un racconto prettamente maschile fondano modelli di integrità e *pudicitia*, o si tratta di donne che dimostrano un tale attaccamento alla famiglia da annullare sé stesse per la cura dei figli o che obbediscono ciecamente al marito. Del primo gruppo fanno parte, ad esempio, Lucrezia e Virginia, che non sopportando l'oltraggio della violenza sessuale subita si uccidono. Di Lucrezia si è detto (v. *supra*, § 2). Virginia, figlia del centurione Lucio Virginio, era una fanciulla molto bella che attirò le attenzioni del decemviro Appio Claudio. Questi, respinto, utilizzò la sua autorità di magistrato per dichiararla schiava, in modo che non potesse più sottrarsi alle sue mire lascive. Quando il padre della giovane venne informato dell'accaduto, lasciò immediatamente l'accampamento militare e si precipitò a Roma per incontrare la figlia. A questo punto si registrano diverse versioni della leggenda. Secondo la prima fu proprio il padre a conficcare un pugnale nel petto della figlia per proteggere il suo onore dalla lussuria e dalla violenza del tiranno. Secondo un'altra versione, fu la stessa Virginia a togliersi la vita per mantenere intatto l'onore paterno. Ad ogni modo, quando i compagni d'arme del centurione e i cittadini romani vennero a conoscenza dell'accaduto, diedero vita ad una rivolta che segnò la fine del potere dei decemviri (449 a.C. circa). Cfr. M. Gislon, R. Palazzi, *Dizionario di mitologia*, cit., 438. La storia, che al pari di quella di Lucrezia si inserisce a pieno titolo nel menzionato filone letterario di attribuzione al tiranno di crimini sessuali (v. *supra*, § 2), è stata successivamente letta come un'esaltazione della verginità. Un esempio del secondo gruppo è invece Cornelia, madre dei Gracchi. Figlia di Scipione l'Africano, Cornelia sposò il Tribuno della Plebe Tiberio Gracco, dal quale ebbe 12 figli, di cui sopravvissero solo Tiberio, Gaio e Sempronia (poi moglie di Scipione l'Emiliano). Celebre è la sua risposta ad una matrona romana che si vantava dei suoi monili. Cornelia, mostrando i due figli maschi, esclamò: «ecco i miei gioielli!». Cfr. M. Gislon, R. Palazzi, *Dizionario di mitologia*, cit., 115. Sulla statua eretta in suo nome venne lapidariamente ricordata con l'iscrizione "Cornelia, madre dei Gracchi", come ad indicare che fu quello il suo unico merito. Ciecamente fedele al marito è invece Marzia, moglie di Catone l'Uticense. Marzia era la moglie perfetta. Quando l'oratore Ortensio, solo ed in età avanzata, chiese a Catone (ottenendo il suo consenso) di cedergli Marzia per avere da lei dei figli, la donna ubbidì per amore del merito senza protestare. Ebbe un figlio da Ortensio e, una volta deceduto, si risposò con Catone.

penali che l'adulterio non era in alcun modo tollerato[146]. Sino a quel momento considerato una questione prevalentemente familiare[147], esso venne per la prima volta incriminato dal diritto pubblico e poteva essere punito (con l'esilio[148]) non solo su richiesta del marito, ma anche di un qualsivoglia cittadino[149]. Il capofamiglia della adultera, poi, aveva il dovere di ripudiarla; diversamente commetteva il reato di lenocinio[150].

Come mai questo "giro di vite"? Cosa stava accadendo per giustificare l'intromissione dello *ius criminale* nell'ordine familiare?

Secondo alcuni, i secoli che vanno dalla fine della Repubblica alla piena età imperiale furono quelli dell'emancipazione delle donne

---

[146] Sull'intervento augusteo, si veda il dettagliato lavoro monografico di G. Rizzelli, Lex Iulia de adulteriis. *Studi sulla disciplina di* adulterium, lenocinium, stuprum, Lecce, Edizioni del Grifo, 1997.

[147] Accanto alla repressione penale restò inoltre in vigore lo *ius occidendi*, che Augusto, pur ponendo alcuni limiti, riconfermò attraverso la previsione di una minuziosa casistica volta a stabilire le circostanze che ne giustificavano l'esercizio. Fu previsto, in particolare, che il marito non avesse più il diritto di uccidere la moglie adultera, ma conservava il diritto di uccidere l'amante nel caso lo avesse sorpreso in flagranza di reato all'interno della sua casa, e qualora costui fosse uno schiavo, un infame (vale a dirsi gladiatore, commediante, ballerino, lenone, prostituto) o un liberto. Diversi e più estesi i poteri del padre, che poteva anche uccidere la figlia ed il suo amante, qualunque fosse la categoria sociale dalla quale provenisse. Inoltre, il padre poteva esercitare lo *ius occidendi* se sorprendeva gli adulteri non solo in casa propria ma anche in casa del genero. Condizione per uccidere l'amante, tuttavia, era l'uccisione della figlia. Altrimenti veniva commesso un normale omicidio. La normativa appare singolare, ma ha una sua logica: al padre si poteva concedere un'impunità più estesa, nella speranza che non sempre ne avrebbe approfittato. Per salvare la figlia, infatti, poteva accadere che risparmiasse il complice, cosa che il marito, in preda all'ira, difficilmente poteva fare. In argomento, E. Cantarella, *Studi sull'omicidio in diritto greco e romano*, cit., 163 ss.

[148] Proprio come ad Atene (v. *supra*, § 3). Sulla pena della *relegatio*, G. Branca, *Adulterio*, cit., 621.

[149] Fu introdotta una distinzione tra lo *ius accusandi iure mariti vel patris* e lo *ius accusandi iure extranei*, v. E. Volterra, *Per la storia dell'*«accusatio adulterii iure mariti vel patris», in Id., *Scritti giuridici*, I, *Famiglia e successioni* (1927-1938), Napoli, Jovene, 1991, 261 ss. (precedentemente in *Studi economico-giuridici dell'Università di Cagliari*, 17, 1928, 1 ss.). Sul tema anche G. Rizzelli, Lex Iulia de adulteriis, cit., in particolare 84 ss. e 123 ss.

[150] È questo un altro strumento di controllo da parte degli altri cittadini sull'ordine familiare oltre allo *ius accusandi iure extranei*, in quanto deterrente all'insabbiamento dell'adulterio da parte del marito. In proposito, diffusamente G. Rizzelli, Lex Iulia de adulteriis, cit., 123 ss.

romane[151]. Sotto l'influsso delle culture ellenistiche con le quali l'espansione dei confini aveva messo Roma in contatto, gli istituti giuridici che regolavano la condizione «muliebre»[152] finirono per allentarsi in linea con nuovi costumi più liberali[153]. Praticando l'aborto, intrecciando legami amorosi liberamente, divorziando quando veniva a mancare l'*affectio maritalis* (ovvero la volontà dei nubendi di instaurare il vincolo matrimoniale), le donne romane – perlomeno quelle aristocratiche[154] – godettero per un periodo di qualche porzione di una libertà nuova e impensabile fino a poco prima: la libertà sessuale[155].

Tale processo giuridico era difficilmente accettato dalla coscienza sociale degli uomini, come chiaramente rivela, tra le altre cose, l'opinione che delle donne emancipate avevano gli intellettuali dell'epoca[156]. Si può leggere dunque in questa prospettiva l'appropriazione da parte dello Stato di un'etica familiare, la cui sopravvivenza era evidentemente considerata fondamentale.

Venendo alla questione più specifica del consenso femminile, pare incontroverso che nel primo periodo di vigenza della *lex Iulia de adulteriis* la figura regolata in tempi moderni come violenza sessuale non avesse alcuna autonomia concettuale[157]. Secondo la tesi tradizionale, la legge non distingueva tra *stuprum e adulterium*, facendo un uso fungibile dei due termini[158]. Più di recente, invece, in

---

[151] E. Cantarella, *L'ambiguo malanno*, cit., 209.

[152] Dal latino *mulĭĕbris*, der. di *mulier* "donna", muliebre significa "della donna", "relativo alla donna".

[153] Per questa evoluzione del diritto di famiglia romano e, in particolare, dell'istituto del matrimonio, si veda nella manualistica D. Dalla, R. Lambertini, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, Giappichelli, 2006, 99 ss.

[154] Sottolinea lo scarto evidentissimo tra diritto e comportamento dei potenti in epoca romana in particolare I. Merzagora, *Relativismo culturale e percezione sociale*, cit., 346.

[155] Per un ampio quadro della condizione della donna romana, si veda la storica opera di R. Tannahill, *Storia dei costumi sessuali. L'uomo, la donna, l'evoluzione delle società di fronte al sesso*, tr. it. di A. Sordelli, Milano, Rizzoli, 1985, 96 ss.

[156] Si veda in proposito il notevole affresco contenuto nel lavoro di G. Rizzelli, In has servandae integritatis custodias nulla libido inrumpet, cit., 149 ss.

[157] Di questo avviso, F. Botta, "Per vim inferre", *Studi su* stuprum *violento e* raptus *nel diritto romano e bizantino*, Cagliari, Edizioni AV, 2004, 21.

[158] E. Volterra, *Per la storia dell'«*accusatio adulterii iure mariti vel patris», cit., 261 ss.

dottrina si è sostenuto che sia i giuristi dell'epoca che le costituzioni imperiali successive conoscessero ed applicassero una distinzione precisa tra i due vocaboli[159]. *Adulterium* avrebbe descritto solo l'unione sessuale di un uomo e una donna sposata consenziente, mentre *stuprum* avrebbe designato un insieme di condotte sessuali illecite, in quanto omosessuali, sacrileghe, incestuose, o per altre ragioni inappropriate, come la congiunzione con una vergine al di fuori del vincolo nuziale[160]. È opinione diffusa che almeno fino al terzo secolo d.C. anche la figura dello *stuprum per vim*, ovvero il rapporto sessuale ottenuto mediante la forza, sia stata attratta nell'area di punibilità della *lex Iulia de adulteriis*[161].

Lo schema punitivo dell'intervento augusteo si sovrapponeva dunque ampiamente a quello proposto dal diritto della *polis* greca, con la notevole differenza, però, che la donna era considerata una compartecipe nel reato[162]. L'*adulterium-stuprum*, infatti, ricalcava le forme del c.d. *crimen commune*[163], cioè a carattere necessariamente plurisoggettivo[164]. Per essere esentata da responsabilità, perlomeno giuridica, la donna doveva dimostrare di aver subito violenza, di talché l'elemento della *vis* assunse gradualmente le sembianze di un fattore esimente. Più precisamente, secondo quanto si deduce da alcuni frammenti, i giuristi romani ritenevano che la forza agisse

---

[159] In questo senso il saggio di G. Rizzelli, "Stuprum" *e* "adulterium" *nella cultura augustea e la* "lex Iulia de adulteriis", in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, 1987, n. 90, 357 ss.

[160] L'*adulterium* era uno *stuprum* con una donna coniugata. Si stabiliva tra i due termini quindi un rapporto di iponimia, in cui *adulterium* rappresentava l'iponimo e *stuprum* l'iperonimo. Cfr. G. Rizzelli, Lex Iulia de adulteriis, cit., 177-178.

[161] Questa la tesi che percorre tutto il lavoro monografico di F. Botta, "Per vim inferre", cit., *passim*, e in particolare 68 ss., secondo il quale, tuttavia, le cose cambiarono a partire proprio dal III secolo d.C. (v. *infra*). Del resto, eccezion fatta per quello realizzato con la propria moglie, la propria concubina o una prostituta, ogni altro rapporto sessuale era in radice illecito dal momento che il presupposto del *crimen* era l'inottemperanza dell'obbligo di castità al di fuori del matrimonio.

[162] E non una vittima, ma comunque punibile, come nel diritto ateniese (v. *supra*, § 3).

[163] *Ibidem*, 38.

[164] Una fattispecie "a concorso necessario", si direbbe oggi. Ad esempio, G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, 8ª ed., Bologna, Zanichelli, 2019, 555.

sull'aspetto volitivo, escludendo quindi la colpevolezza della donna poiché ella «*agitur e non agit*»[165].

A differenza di quanto avvenuto in Grecia, pertanto, alle vittime di stupro venne concessa la possibilità di difendersi dall'accusa di adulterio dimostrando di essere state costrette al rapporto sessuale con la forza. La previsione va letta soprattutto quale tutela della coniugalità[166]. Infatti, se non aveva concorso nel reato in quanto presa con la violenza, il marito non era tenuto a ripudiarla e la moglie, dal canto suo, manteneva intatta la propria *aestimatio*, che le consentiva anche di risposarsi successivamente[167]. In un impero in espansione, così attento a complessi equilibri demografici, può essere che questi aspetti avessero un peso rilevante nell'evoluzione delle norme[168].

Tutto ciò non significa che dimostrare l'estraneità all'adulterio fosse operazione semplice. Come si è accennato, gli uomini dell'epoca non vedevano di buon occhio i crescenti spazi di libertà concessi alle donne e, non di rado, le accusavano di essere la causa del deca-

---

[165] La *vis* quindi era in grado di escludere la presenza del dolo della compartecipe necessario ad integrare l'illecito. Per il testo ed i riferimenti ai frammenti di Ulpiano e Papiniano cui si fa riferimento nel testo si rimanda a F. Botta, *"Per vim inferre"*, cit., rispettivamente 43 per il frammento ulpianeo e 48 per quello di Papiniano. Quest'ultimo, in particolare, risulta di grande interesse. Al noto giurista, infatti, era stato chiesto se, anche in presenza di una condanna per violenza dell'aggressore della donna da parte del governatore provinciale, si potesse comunque accusarla di adulterio. Alla questione, Papiniano risponde che difetta il dolo della complice. L'episodio dimostra tuttavia come le donne stuprate rischiassero ancora l'incriminazione per adulterio nel II secolo d.C., come osservato da G. Rizzelli, In has servandae integritatis custodias nulla libido inrumpet, cit., 163.

[166] Considerazione di F. Botta, *"Per vim inferre"*, cit., 52.

[167] *Ibidem*, 70.

[168] Così come potrebbe aver inciso sulla tendenza ad esentare da responsabilità la donna nei casi di violenza il continuo inasprimento delle sanzioni previste per l'adulterio di epoca imperiale. Nel tentativo di ristabilire gli antichi *boni mores* repubblicani, Costanzo e Costante nel 339 d.C. stabilirono che l'adultera e il suo complice fossero condannati a morte e bruciati sul rogo o, in alternativa, giustiziati con la terribile *poena cullei*, l'antica pena prevista per i parricidi, che consisteva nel chiudere il condannato in un sacco insieme a un cane, una scimmia, un gallo o una vipera e buttarli nel Tevere. Supplizi decisamente sproporzionati, persino nella prospettiva romana, per colei che non si era concessa volontariamente ma era stata presa con la forza. Sul provvedimento, E. Cantarella, *L'ambiguo malanno*, cit., 238.

dimento che affliggeva la Roma imperiale. Anche la letteratura latina, pur senza raggiungere le punte di misoginia di quella greca, divenne quindi un laboratorio di stereotipi di genere destinati ad operare nella lunghissima durata[169], spesso concretizzati in figure paradigmatiche come quella di Messalina[170].

Sotto questo profilo influì non poco la filosofia stoica, che teorizzava la propensione delle donne per le tentazioni erotiche quale uno dei principali pericoli sulla strada per raggiungere il dominio delle passioni[171]. Allo stoicismo si saldò perfettamente l'esaltazione cristiana della castità[172], che si nutrì anche della nozione di *pudi-*

---

[169] Così G. Rizzelli, In has servandae integritatis custodias nulla libido inrumpet, cit., 157.

[170] Giovenale nella *Sesta satira* rappresenta Messalina come "*Augusta Meretrix*". Secondo il poeta, al calar della notte, appena si accorgeva che il marito dormiva, la moglie dell'imperatore Claudio usciva con un'ancella fidata e si recava in un lupanare per prostituirsi sotto le mentite spoglie della meretrice Licisca (Giovenale, *VI*, 115-135). Su Messalina "*Augusta Meretrix*" si veda l'interessante ed omonimo saggio di C. Questa, *Messalina* "meretrix augusta", in R. Raffaelli (a cura di), *Vicende e figure femminili in Grecia e a Roma*, cit., 399. La figura di Messalina ha continuato a costituire la sgualdrina per antonomasia nell'immaginario collettivo fino ai giorni nostri. Basti pensare che il suo nome viene ancora evocato in sentenze americane (!) dell'Ottocento, per giustificare l'ammissibilità di prove relative al passato sessuale della vittima, come quella della Corte Suprema dello Stato di New York: «*Will you not more readily infer assent in the practiced Messalina, in loose attire, than in the reserved virtuous Lucretia?*». Cfr. *People v. Abbott*, 19 Wend, 192, 195 (N.Y. 1838).

[171] La donna, di contro, viene raffigurata come un animale irrazionale in preda alle passioni, specie quelle erotico-amorose. I casi di Medea e Fedra (v. *supra*, § 2) lo dimostrano chiaramente. Agli inizi del principato, lo stoico Seneca ne fa le protagoniste di due omonime tragedie che denunciano le conseguenze del fenomeno passionale. Per maggiori riferimenti sulla visione stoica delle passioni, M.C. Nussbaum, *Poetry and the passions: two Stoic views*, in J. Brunschwig, M.C. Nussbaum, *Passions and perceptions. Studies in Hellenistic philosophy of mind*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993, 99 ss. Quando la donna non si dimostra debole di fronte alle passioni è, di conseguenza, un'eccezione: assomiglia ad un uomo e viene definita "virile". Sul tema, G. Petrone, *La donna "virile"*, in R. Raffaelli (a cura di), *Vicende e figure femminili in Grecia e a Roma*, cit., 259 ss.

[172] Sottolinea il collegamento E. Cantarella, *L'ambiguo malanno*, cit., 242 ss., specificando come nella prospettiva cristiana il matrimonio arrivò a costituire uno *status* inferiore rispetto alla verginità, intesa quale liberazione dagli istinti primari, esaltata in particolar modo dal culto della Vergine Maria. All'esaltazione del modello ascetico e della castità fece da contrappunto la demonizzazione da parte dei Padri della Chiesa di tutte le altre donne che, a differenza di Maria, erano carne e materia, secondo la nota definizione aristotelica.

citia codificata dalla morale pagana ai tempi della repubblica[173]. È così che il giureconsulto cristiano Tertulliano, dando voce al sentire della sua epoca, sistematizzò una lunga serie di pregiudizi come, tra gli altri, che la donna è responsabile del peccato del maschio perché l'esibizione della bellezza costituisce una provocazione per chi la guarda; o che è impossibile fornicare contro il dissenso della donna, poiché quella che sembra una costrizione violenta corrisponde, in realtà, il più delle volte al suo – recondito quanto intenso – desiderio. E chi desidera e agisce sulla base di tale desiderio, sceglie, *acconsente*[174].

Il discorso, giuridico e non solo, si sposta dunque per la prima volta sulla volontà della donna, decisiva ai fini dell'accertamento o dell'esclusione del dolo di *adulterium*.

La pretesa vulnerabilità femminile alle passioni, tuttavia, si riflette in una presunzione di consensualità del rapporto sessuale, a meno che non venga data convincente dimostrazione di aver fatto di tutto per evitare la congiunzione. L'unico rifugio dalle logiche mali-

---

[173] La nozione di *pudicitia* non è univoca a seconda dei contesti in cui viene richiamata (secondo R. Langlands, *Sexual morality in ancient Rome*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, 280, «*pudicitia means something different in every source we study*»). Comunque venga intesa, occorre che sia conoscibile, manifestata attraverso atteggiamenti che rendano evidente che è inattaccabile da ogni desiderio eccessivo, da ogni stimolo sessuale. Ecco, pertanto, che il modo di gestirsi di una donna e di apparire in pubblico divengono forti indizi del suo essere o meno *pudica*. Di particolare interesse sembra il catalogo elaborato da Marco Porcio Latrone che enumera le condotte che la donna deve tenere per non incorrere in problemi e sembrare impudica. Occorre, afferma Latrone, che la donna di costumi morigerati, che desideri essere al sicuro dall'insolenza di un corteggiatore, esca abbigliata quanto basta per non sembrare priva di cura, accompagnata da persone di età tale da indurre al rispetto uno spudorato. Che tenga gli occhi rivolti verso terra. Che, nei confronti di chi si dimostra insistente nel salutare, sia scortese piuttosto che senza ritegno; che anche nella risposta al saluto, qualora non possa proprio rinunciarvi, sia confusa e arrossisca molto. Che neghi l'impudicizia con lo sguardo prima ancora che con le parole. Con questi accorgimenti nessuna passione altrui irromperà nelle difese dell'*integritas*, lasciando così intendere che è il non aver predisposto queste precauzioni a cagionare iniziative degli uomini. Sul catalogo di Latrone, ancora R. Langlands, *Sexual morality in ancient Rome*, cit., 275 ss.

[174] Per un quadro delle posizioni di Tertulliano si rimanda a G. Rizzelli, In has servandae integritatis custodias nulla libido inrumpet, cit., in particolare 173 ss. e 189 ss.

gne del "*vis grata puellis*"[175] è lottare strenuamente come Lucrezia, allo scopo di fugare ogni dubbio circa l'avversione al rapporto e riaffermare la propria *pudicitia*[176].

Tali luoghi comuni sulle donne entrarono come massime di esperienza nei tribunali, nei discorsi di personaggi celebri, nei proverbi, nelle arringhe degli avvocati. E da questi al legislatore: all'epoca di Costantino, una disposizione imperiale sancì in maniera stabile la punibilità anche della vittima non coniugata di *raptus*[177]. Se la ragazza – questo il modo di ragionare della cancelleria imperiale – rimaneva a casa e attirava l'attenzione dei vicini era impossibile che si consumasse il rapimento. Ciò significa che ella desiderava, perlomeno intimamente, di essere *rapta*.

Verosimilmente Costantino mirava ad estirpare il fenomeno del ratto a fini di matrimonio[178], ma il provvedimento, oltre a segnala-

---

[175] In un significativo passo dell'*Ars amatoria* – opera nella quale, inizialmente, la conquista della donna viene assimilata alla caccia e alla pesca (Ov. *ars* 1. 45-48) – Ovidio suggerisce di non demordere alla prima riluttanza della fanciulla e di non accontentarsi di qualche bacio rubato, poiché questa desidera soltanto «lottando essere vinta». Ed infatti, secondo il poeta, colei che è violentemente assalita da un uomo infiammato dalla passione gode e vede in ciò non una prevaricazione ma un dono. Colei che viene rispettata, invece, pur simulando gioia nel volto, è triste nell'intimo (Ov. *ars* 1. 662-679). È così che Ovidio conclude che «*vim licet appelles / grata est vis ista puellis / quod iuvat, invitae saepe dedisse volunt*» (Ov. *ars* 1. 672-673), individuando una forma di presunta violenza che è, in realtà, gradita alle fanciulle.

[176] Non a caso, lo stupro di Lucrezia è tra i *topoi* più raffigurati nella storia delle arti visive. È d'esempio il quadro di Tiziano *Taquinio e Lucrezia* (1515), ospitato al *Kunsthistorisches Museum* di Vienna, nel quale Lucrezia respinge vigorosamente l'assalto del tiranno, che per raggiungere il suo scopo deve estrarre un pugnale. Sulle raffigurazioni del celebre stupro di Lucrezia ed i relativi significati, il ricco saggio di N. Bryson, *Two narratives of rape in the visual arts: Lucretia and the Sabine women*, in S. Tomaselli, R. Porter (a cura di), *Rape*, cit., 152 ss. La tela, peraltro, è stata utilizzata per la copertina di uno dei principali volumi della letteratura italiana in tema di reati sessuali, vale a dirsi A. Cadoppi (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, 4ª ed., Padova, Cedam, 2006.

[177] Sulla costituzione di Costantino sul ratto si veda F. Goria, *Ratto (diritto romano)* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffré, 1987, 707 ss., in particolare 714 ss.

[178] Togliendo all'autore del fatto ogni speranza di raggiungere il suo intento, che doveva normalmente essere quello di esercitare pressioni sulla donna e sulla sua famiglia per raggiungere l'unione matrimoniale. In questo senso F. Goria, *Ratto*, cit., 715, il quale evidenzia però come tali disposizioni, svincolando l'esistenza del crimine dal requisito della violenza, mostravano di voler tutelare la libera determinazione della famiglia nelle scelte matrimoniali più che non quelle della donna stessa.

re il recepimento legislativo di una estrema diffidenza nei confronti delle donne, costituì una brusca frenata nel graduale percorso giurisprudenziale di allontanamento dello stupro violento dalle geometrie punitive, basate sul *crimen commune*, dell'adulterio.

Tenuto conto che, probabilmente, la repressione di violenza sessuale e ratto era proceduta fino a quel momento di pari passo[179], già dal terzo secolo la giurisprudenza aveva iniziato a divincolarsi dalle maglie della *lex Iulia de adulteriis* per sussumere lo stupro violento nell'alveo del c.d. *crimen vis*[180], la figura delittuosa – dalla punibilità unilaterale – che sanzionava le condotte violente[181]. Tale oscillazione tra il III ed il VI secolo si risolse solo con l'intervento di Giustiniano, le cui *Institutiones* segnarono la definitiva attrazione della violenza sessuale nell'ambito del *crimen vis*[182].

---

[179] Così F. Goria, *Ratto*, cit., 711. Questa la posizione di F. Botta, "Per vim inferre", cit., 90 ss.; il quale tuttavia non condivide la tesi, espressa tra gli altri da G. Rizzelli, Lex Iulia de adulteriis, cit., 255, secondo la quale le due fattispecie sarebbero state a lungo indistinguibili.

[180] Per un inquadramento del quale, anche nella doppia accezione "*vis privata*" e "*vis publica*", si rimanda a M. Balzarini, *Violenza (diritto romano)* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffré, 1993, 830 ss., in particolare per quanto riguarda la *vis pubblica* 835 ss.

[181] L'ipotesi è accreditata dalla dottrina più recente e in particolare da Fabio Botta, sia nel lavoro monografico "Per vim inferre", cit., *passim*, che nell'approfondito saggio F. Botta, Stuprum per vim illatum. *Violenza e crimini nel diritto classico e dell'occidente tardoantico*, in F. Lucrezi, F. Botta e G. Rizzelli, *Violenza sessuale e società antiche*, cit., 85 ss., in particolare 93 ss. Il tema, viste le ambiguità dei due brani del Digesto che sembrano annoverare lo stupro violento tra le ipotesi di *vis publica*, è stato oggetto di ampio dibattito nella dottrina romanistica. Per le coordinate del quale, M. Balzarini, *Violenza*, cit., 840, che pure specifica che probabilmente la *lex Iulia de vi* non contemplava stupro e ratto tra le fattispecie incriminate e che i passaggi del Digesto darebbero conto di un'estensione successiva della punibilità a tali figure.

[182] Cfr. F. Botta, "Per vim inferre", cit., 70 ss. Fu lo stesso Giustiniano a ristabilire alcuni limiti all'impunità del "delitto d'onore" – prevedendo che si potesse uccidere solo l'amante abituale della moglie e non quello "occasionale" (pare che fossero addirittura richieste delle diffide ufficiali prima di poter procedere all'uccisione, cfr. E. Cantarella, *La causa d'onore dalla* «Lex Iulia» *al Codice Rocco*, in Aa.Vv., *Testimonium Amicitiae*, Milano, 1992, 73 ss.; (ora anche) in A. Maffi, L. Gagliardi (a cura di), *Eva Cantarella*, cit., 553 ss., in particolare 561), ad abrogare la pena di morte per le donne complici di adulterio, da quel momento rinchiuse in convento (si tratta della introduzione della prima pena detentiva, fino a quel momento estranea alla tradizione giuridica romana, come rilevato in particolare da E. Cantarella, *L'ambiguo malanno*, cit., 241), e a rielaborare completamente la disciplina del *raptus* (v. *infra*, § 5, nonché F. Goria, *Ratto*, cit., 719 ss.).

A prescindere dalle menzionate peculiarità dei diversi periodi, è a partire dell'esperienza romana che si affermano alcuni paradigmi nella tutela della morale sessuale, destinati ad influenzare – per mezzo della compilazione giustinianea – il diritto dei secoli successivi.

In primo luogo, sembra doversi sottolineare il massiccio intervento del diritto penale nella regolamentazione dello svolgimento della vita familiare. Il principio per cui il rispetto delle regole familiari, e *in primis* di quelle sessuali, fosse qualcosa in più di un mero interesse privato segna l'inizio della secolare tradizione di repressione delle condotte contrarie alla "morale pubblica" e al "buon costume". Dall'intervento augusteo, la *pudicitia*, sin lì valore tramandato privatamente dagli antenati, diviene vero e proprio bene giuridico meritevole di tutela da parte dello *ius criminale*[183].

Ciò che, però, più rileva ai nostri fini è la creazione di una struttura, anche semantica, basata sul concetto di *stuprum* quale rapporto sessuale illecito, ovvero contrario alla morale familiare promossa dallo Stato. All'interno dell'eterogenea definizione di *stuprum*, comprensiva dell'*adulterium*, il diritto romano ha elaborato una nuova e autonoma figura incriminatrice, quella dello *stuprum per vim inferre*, basata sull'impiego della forza. La violenza è, da un lato, fattore che esclude la complicità femminile nel reato plurisoggettivo, e dall'altro, elemento costitutivo del diverso tipo delittuoso sotto il quale la condotta viene attratta, il *crimen vis*.

Osservando con un occhio moderno, si potrebbe pensare che il disvalore si appuntasse su entrambi i due distinti aspetti della violenza e della contrarietà alla morale dell'incontro sessuale. In realtà, secondo i romani, esso risiedeva principalmente nella parola *stuprum*[184], e quindi nell'illiceità a monte del rapporto sessuale, laddove la *vis* era soltanto la modalità con la quale tale rapporto antigiuridico veniva conseguito. Ne è riprova che quando l'unione

[183] La severità e la portata dell'intromissione penalistica dipendono, lungo i secoli, in larga parte dalla situazione dell'impero. Più la scena politica si fa oscura, e più il richiamo agli antichi valori viene inasprito da sanzioni drastiche e altamente simboliche, come la *poena cullei*, nella convinzione che la decadenza di Roma dipenda dall'abbandono dei sacri *mores* e, segnatamente, dall'emancipazione femminile.

[184] Il latino *stuprum* significa onta, disonore, vergogna. Cfr. I. Rosoni, *Violenza (diritto intermedio)* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffré, 1993, 852.

sessuale era consentita, come nelle ipotesi in cui avveniva con la moglie o una prostituta, la violenza non era da sola in grado di qualificare la condotta come illecita[185]. L'applicazione di una diversa fattispecie incriminatrice basata sulla violenza sembra dettata, più che dal riconoscimento del danno subito dalla vittima, da ragioni processuali, tra le quali tutelare l'onorabilità della donna violentata e non sottrarla, oltre i propri demeriti, ai suoi compiti familiari, specie procreativi. Il passaggio applicativo dalla *lex Iulia de adulteriis* alla *lex Iulia de vi* – di cui tanto discute la dottrina romanistica – si riduce, dunque, in nulla più che un abbandono delle dinamiche (anche processuali) del *crimen commune* e della punibilità della donna.

È vero che per la prima volta la legge guarda alla donna vittima di violenza sessuale e al suo consenso. Lo fa, tuttavia, solo per stabilirne la complicità o l'innocenza rispetto a un fatto criminoso. E in questa prospettiva, influenzati da alcuni pregiudizi forgiati dalla cultura stoica, i giuristi distinguono il momento volitivo della donna, la sua adesione interna all'interazione sessuale o al ratto, dalle manifestazioni esterne della sua volontà, ponendo in dubbio che tali manifestazioni rispecchino in modo fedele i suoi reali desideri.

Come si osserverà, è in questo dialogo tra la dimensione interiore e quella esteriore della volontà femminile che si sviluppano fino ai giorni nostri i tentativi di disciplinare la violenza sessuale[186].

In questa fase, l'unico indicatore ritenuto attendibile per escludere il coinvolgimento (anche interno) della donna e superare i sospetti di una fittizia opposizione è l'impiego da parte dell'uomo di una soverchiante violenza fisica[187]. Prende dunque forma in epoca romana il modello repressivo della costrizione violenta, che esenta la compartecipe all'atto sessuale da responsabilità se dimostra di aver fatto di tutto per resistere e non venire meno al suo dovere di *pudicitia*. L'accertamento si sposta pertanto sulla volontà femminile, ma secondo prospettive intrinsecamente colpevolizzanti. E, infatti, co-

[185] K. Burgess-Jackson, *A history of rape law*, cit., 16.

[186] Per un tentativo di sistematizzare l'argomento si veda *infra*, III, § 7.

[187] E talvolta neppure questa risulta sufficiente, come nel caso della disciplina costantiniana del ratto, che implicava la punibilità pure della vittima dissenziente.

me si è esaminato, la tradizione romana non si è limitata a congegnare un impianto repressivo destinato a protrarsi nei secoli, ma ha pure contribuito a consolidare nella cultura giuridica miti e pregiudizi "di contorno", in gran parte già esplorati dai miti greci, che, ontologicamente correlati all'accertamento della costrizione violenta, sono perdurati persino più a lungo.

5. «Praesumitur seducta»*: le contraddizioni del diritto intermedio nella ricostruzione di violenza e consenso a tutela dell'"onestà" femminile*

I secoli successivi alla caduta di Roma vedono in primo luogo un ampliarsi del "diritto penale sessuale". Nel periodo di affermazione del Cristianesimo il tema della sessualità aveva ricevuto un'attenzione particolare e, in generale, un'attenzione non certo benevola. Sotto l'influsso religioso, dunque, proliferarono (o si irrobustirono) le incriminazioni di comportamenti ritenuti "devianti", estranei cioè a una sessualità concepita in una dimensione esclusivamente procreativa[188], come nel caso dell'omosessualità[189], o comunque considerati contrari alla morale, come nel caso dell'incesto[190]. Si tratta, come noto, del periodo di massima sovrapponibilità tra delitto e peccato. Gli illeciti morali vengono puniti più severamente delle

[188] Cfr. T. Padovani, *Violenza carnale e tutela della libertà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1303.

[189] Le società antiche erano senz'altro più liberali al riguardo (si veda, oltre ai riferimenti dei precedenti paragrafi sull'istituto della *paideia* greca, E. Cantarella, *Secondo natura. La bisessualità nel mondo antico*, cit.). Ma già Giustiniano, influenzato dalla morale cristiana, parificò nella *Novella* (77, 1-2) l'omosessualità alla bestemmia, prevedendo quali sanzioni la gogna e la castrazione.

[190] Considerato dagli antropologi il "tabù" per eccellenza. Cfr. G. Dodaro, *La Corte Costituzionale tedesca e l'incesto tra fratelli maggiorenni tra divieti culturali universali, incertezze della scienza e pretese dei diritti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, n. 4, 2115 ss. Per maggiori riferimenti storici, I. Merzagora, *Relativismo culturale e percezione sociale*, cit., 353. Per una riflessione moderna sulle esigenze di incriminazione dell'incesto, anche alla luce della giurisprudenza CEDU, si rinvia ad A. Nisco, *L'incesto innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Margine di apprezzamento e controllo delle norme penali*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2012, n. 3-4, 70 ss.

vere e proprie aggressioni sessuali e, rispetto ai comportamenti "devianti", il diritto si fa portatore di istanze punitive persino più rigorose di quelle comandate dai confessori[191].

Può sembrare paradossale, ma nonostante il rigoroso approccio generale, il diritto intermedio[192] non ripropone le inflessibili disposizioni del diritto romano e dei sistemi giuridici germanici in materia di adulterio[193]. A differenza dei giureconsulti romani, per i quali il matrimonio era un istituto di diritto privato che poteva essere sciolto quando veniva a mancare l'*affectio maritalis* (v. *supra*), fin dagli albori la dottrina canonistica ha elevato il matrimonio a sacramento[194]. Nella sistematica cristiana, di conseguenza, l'adulterio integra una colpa senz'altro grave, ma non tale da giustificare pene come la morte che, per loro natura, sono suscettibili di interrompere definitivamente il vincolo indissolubile che lega moglie e marito[195]. Negli statuti dell'epoca si rinvengono allora le soluzioni più disparate, so-

[191] Accanto ad una tale severità normativa, va detto che già nel Medioevo i costumi reali erano probabilmente ben diversi, anche tra gli stessi religiosi. Come il vescovo di Liegi che, quando viene deposto nel 1274, vanta ben 65 figli illegittimi. L'informazione è tratta dal volume – vera e propria pietra miliare in materia di costumi sessuali – di R. Tannahill, *Storia dei costumi sessuali*, cit., 132. Non a caso, la commistione tra repressione morale e giuridica si è radicata ancor di più nei territori che avevano aderito alla riforma protestante, in particolare di matrice calvinista; il che forse contribuisce a spiegare come mai nelle giurisdizioni di *common law* tali incriminazioni siano sopravvissute – con tenacia degna di miglior causa – persino più a lungo che nell'Europa continentale. Come emerge dal puntuale ed esaustivo quadro di A. Cadoppi, *Moralità pubblica e buon costume (delitti contro la) (diritto anglo-americano)*, in *Digesto disc. pen.*, vol. VIII, Torino, Utet, 1994, 187 ss., nel quale si sottolinea, peraltro, come l'assenza di leggi scritte tipiche del sistema di *common law* favorisca una forte eticità, dal momento che la legge penale non scritta finisce per trarre linfa da norme morali.

[192] Con l'espressione diritto intermedio si fa riferimento al diritto dell'epoca medievale e dell'età moderna, *intermedio* tra quello romano e quello contemporaneo. Il presente paragrafo, in realtà, termina unitamente all'*Ancien Regime*, arrestandosi alle porte della riflessione illuministica sui temi oggetto di trattazione.

[193] In questo senso A. Marongiu, *Adulterio (diritto intermedio)* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffré, 1958, 622 ss.

[194] Sulla sacralità conferita, per la prima volta, al matrimonio da parte dei cristiani, ancora R. Tannahill, *Storia dei costumi sessuali*, cit., 131-133.

[195] Già Costantino e Giustiniano avevano rivisto la disciplina repressiva dell'adulterio in linea con le influenze cristiane, manifestando maggiore difesa della famiglia. In proposito, G. Branca, *Adulterio*, cit., 621.

spese a cavaliere tra la prima tradizione romana e i dettami provenienti dalle nuove influenze religiose[196].

Ben diverso il controllo esercitato sulle "ragazze da marito". La questione risulta assai ingarbugliata in quanto punto di incontro di molteplici e contrastanti interessi politici, religiosi e giuridici (v. *infra*, § 6), ma è necessario addentrarvisi perché è su questo versante che, fino al XIX secolo inoltrato, si concentra la riflessione su stupro, consenso femminile e costrizione violenta.

Come esaminato, le fonti romane definivano "*stuprum*" ogni congiunzione carnale illecita[197], sempre che la donna – libera, vergine o vedova – fosse di buoni costumi. La dottrina di diritto comune, dopo una prima fase in cui l'impostazione romanistica continuò a tenere sostanzialmente il campo, ha circoscritto la figura dello *stuprum* al caso della congiunzione carnale con donna libera e vergine[198], articolandola poi nelle due ipotesi dello stupro "volontario" (o semplice) e "violento", ai quali si aggiunse più avanti la forma dello "stupro con seduzione" (v. *infra*, § 6).

Tra i giuristi di diritto comune la riflessione sul tema ripartì inevitabilmente da Giustiniano e, in particolare, dalla disciplina giustinianea del ratto[199]. Questa, riformando le precedenti disposizioni di Costantino, aveva sancito la punibilità in via esclusiva dell'autore della condotta e riportato la fattispecie in una dimensione monosog-

---

[196] Un'ampia panoramica delle pene statutarie è realizzata da V. Manzini, *Diritto penale italiano*, cit., 667-668. Le soluzioni più miti, tuttavia, lasciano trasparire la nuova inclinazione verso il *favor matrimonii*, come quando attribuiscono solo al marito o al padre la facoltà di accusare una donna di adulterio o consentono all'uomo di riaccogliere la moglie dopo un biennio di reclusione in convento. Nel periodo in oggetto la reclusione in convento diviene la pena più diffusa. La penitenza monda la colpa della moglie e, secondo Bartolo, come se non avesse peccato il matrimonio riprende il suo vigore (la macchia è detersa: «*uxor fingitur non peccasse et nuptiae non leduntur*»). In alcuni statuti erano previste pene ancora più lievi, come il taglio dei capelli, di talché alcuni giuristi presero a lamentarsene. In special modo Claro, che si dice alquanto scandalizzato che ai suoi tempi le pene per l'adulterio ormai non spaventavano più nessuno. Per entrambi i riferimenti, A. Marongiu, *Adulterio*, cit., 623.

[197] Salve, naturalmente, le più volte menzionate precisazioni terminologiche in tema di *adulterium* (v. *supra*, § 4).

[198] Secondo la ricostruzione di I. Rosoni, *Violenza*, cit., 843 ss.

[199] Come risulta dall'approfondimento di G.P. Massetto, *Ratto (diritto intermedio)* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffré, 1958, 726.

gettiva, condannando la volontà della fanciulla all'irrilevanza giuridica – fosse essa «*volens*» o «*nolens*»[200].

L'elaborazione dottrinale tra XV e XVI secolo è quindi tutta tesa a giustificare la scelta politico-criminale di non punire la vergine *volens*[201], perseguita invece come *socia criminis* nella precedente tradizione romana. Se ciò non richiede particolari sforzi argomentativi per quanto riguarda il ratto, atteso che l'elemento costitutivo della forza pare difficilmente conciliabile con il consenso della rapita, senz'altro più problematica è l'estensione del principio giustinianeo anche al caso dello stupro semplice o "*sine vi*", in relazione al quale la ricerca di un nesso logico tra incriminazione e volontà femminile si fa meno lineare.

La questione viene risolta ricorrendo essenzialmente a due strategie.

Da una parte, i giuristi enfatizzano la figura della *vis compulsiva*. Lo "*stuprum cum vi*" viene ritenuto sussistente non solo in presenza di una violenza fisica ("*vis absoluta*"), ma anche qualora la costrizione sia avvenuta mediante una violenza morale ("*vis compulsiva*"), vale a dirsi attraverso l'uso della minaccia di un grave male o di induzione e inganno[202]. In proposito Farinacci parla di «*stuprum commissum cum blanditiis, persuasionibus, promissionibus, dationibus pecuniarum et munerem, aut similibus fraudibus et fallaciis*»[203].

---

[200] Sulla legislazione giustinianea sul *raptus*, cfr. F. Goria, *Ratto*, cit., 719 ss.; F. Botta, *"*Per vim inferre*"*, cit., 126 ss.; nonché i riferimenti dello stesso G.P. Massetto, *Ratto*, cit., *passim*.

[201] Al tema è dedicata la prima parte del ricco e approfondito lavoro monografico di G. Cazzetta, Praesumitur seducta. *Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna*, Milano, Giuffré, 1999.

[202] I. Rosoni, *Violenza*, cit., 852. È in questa fase, dunque, che viene elaborato quel concetto di "violenza morale" attraverso la minaccia che nei successivi sviluppi si affiancherà stabilmente alla costrizione mediante violenza fisica. Tale "sotto-trama" evolutiva sarà messa in evidenza all'interno del volume, in particolare, I, §§ 7 e 9; II, §§ 1 e 8; nonché, per la diversa evoluzione rispetto alle giurisdizioni angloamericane, III, § 4.

[203] P. Farinacci, *Praxis et theorica criminalis*, pt. 2, t. 2, Venetiis, 1614, q. 147, § *stuprum*, n. 34. In sostanza, per dirla con il giurista milanese del Cinquecento Egidio Bossi, la violenza sessuale è una di quelle ipotesi in cui è configurabile la categoria della «*violentiam sive vi*» (E. Bossi, *De pluribus violentiis*, in *Tractatus varii*, Venetiis, 1570, nn. 1 e 63).

Dall'altra, si fa largo la dottrina della c.d. "*persuasio*", secondo la quale anche nello stupro semplice difetterebbe un vero consenso da parte della vergine, poiché esso è stato in realtà estorto dall'uomo mediante insidiose pratiche seduttive[204]. Il principio per cui «*virgo semper praesumitur seducta et decepta*»[205] viene invocato per non punire la donna, poiché ne esclude la compartecipazione nel reato e, al contempo, permette di qualificarla come vittima di stupro semplice[206].

Viene da domandarsi come mai la scienza giuridica produca un'analisi approfondita e incessante del tema del consenso femminile per poi giungere sistematicamente a dichiararne la pressoché assoluta irrilevanza.

A ben vedere, la retorica del "*praesumitur seducta*" serve a risolvere le problematiche applicative dovute all'utilizzo del *crimen vis* romano, le cui logiche originarie erano essenzialmente di tutela della libertà e dell'autonomia della persona[207], per affermare la protezione di ben altri interessi. Secondo gli orizzonti culturali dell'epoca, che poco si discostano da quelli dei periodi precedenti, infatti, il ratto e lo stupro arrecano un'offesa alla famiglia intera, nei confronti della quale una lesione si produce comunque, a prescindere dalla volontà della donna. Nella gerarchia dei beni giuridici, la libertà del volere viene messa in ombra dal valore dell'integrità fisica e morale, in particolare sotto il profilo della verginità, che è un bene di cui la vittima è portatrice anche per conto di altri[208].

In questo senso, lo stupro violento viene ridotto a c.d. "*delictum carnis*", una figura in cui il valore dell'onore (della donna, ma an-

---

[204] Come avvertiva già Cino da Pistoia, non esiste il consenso della donna, ma solo dolose manovre maschili. Cfr. Cino da Pistoia, *Super Codice et Digesto veteri lectura*, Francoforti ad Moenum, 1578, a C. 9, 13, 1, n. 5.

[205] Al principio aderiscono numerosi giuristi, tra i quali P. Farinacci, *Praxis et theorica criminalis*, cit., q. 147, § *stuprum*, n. 54; anche se la posizione più netta è quella di Panormitano, *Commentaria in quartum et quintum Decretalium librum*, Venetiis 1571, a C. 1, X. V. 16, nn. 2-7.

[206] La *persuasio* in effetti, come è stato lucidamente affermato, «trasforma l'ingannevole apparenza del consenso femminile in virtuoso dissenso: presumendo la seduzione il giurista può mostrare una volontà femminile ordinata, una donna integralmente onesta e perciò meritevole di tutela». Citazione tratta da G. Cazzetta, Praesumitur seducta, cit., 17.

[207] In questi termini, I. Rosoni, *Violenza*, cit., 855.

[208] *Ivi*, 852.

che degli uomini ai quali è legata) relega in secondo piano il principio dell'autonomia personale[209]. Secondo queste logiche, la violenza sessuale si presenta non tanto come un'aggressione alla persona vittima di violenza, piuttosto come un attentato ad un insieme eterogeneo di beni che la società vive come intersecati in un unico centro di tutela: l'onore, la castità (o "onestà"), la verginità, la famiglia, il matrimonio[210]. Al pari – né più né meno – dello stupro semplice.

La *persuasio* allora non è altro che il meccanismo, per certi versi poetico, col quale la scienza penalistica stabilisce l'indisponibilità per la donna del proprio corpo e della propria sessualità[211]. È lo stupro semplice a costituire il cardine del sistema repressivo[212], imperniato sulla tutela incondizionata dei beni giuridici poc'anzi menzionati. L'assorbente riferimento all'onestà femminile, tuttavia, contamina anche la lettura della violenza: pur arrecando un'offesa diretta alla donna dissenziente, essa costituisce solo una variante quantitativa nell'efferatezza del reato di stupro, non muta l'intima sostanza di una lesione rivolta all'*onestà*, più che alla *libertà* della donna[213].

Sotto questo profilo, uno dei punti di massimo discostamento dalla struttura dogmatica del *crimen vis* – inteso, come si diceva, quale incriminazione diretta alla tutela dell'autonomia personale – è la considerazione della qualità di vergine della vittima alla stregua di una condizione obiettiva di punibilità[214]. La riprova che la tutela era diretta a tutt'altri interessi risiede nel dibattito scaturito attorno al tema dello stupro violento (o del ratto) commesso nei confronti della meretrice[215]. Vi fu chi ritenne, coerentemente con

---

[209] *Ibidem*.

[210] Le logiche patrimoniali sottostanti si fanno in alcuni casi anche esplicite. Ippolito Marsili, ad esempio, paragona la violenza carnale alla rapina. V. I. Marsili, *Repetitio legis unicae C. de raptu verginum*, Lugduni, 1551, n. 302.

[211] Per l'indisponibilità dei beni in gioco, G. Cazzetta, Praesumitur seducta, cit., *passim*, e in particolare 24 ss. e 81 ss.

[212] Tra i penalisti, in questo senso già il magistrale lavoro di T. Padovani, *Violenza carnale e tutela della libertà*, cit., 1305.

[213] Cfr. G. Cazzetta, Praesumitur seducta, cit., 24.

[214] Se non addirittura, in alcune ricostruzioni, di elemento costitutivo dell'illecito. V. I. Rosoni, *Violenza*, cit., 854.

[215] Per un'analisi del dibattito si veda anche G.P. Massetto, *Ratto*, cit., 730 ss. L'*honestas vitae* del soggetto passivo, infatti, era uno degli elementi anche della fattispecie di *raptus*.

i principi romanistici in tema di *vis publica*, che l'onesto costume della vittima fosse ininfluente. Altri invece – e si tratta dell'opinione largamente maggioritaria – diedero prevalenza alla tutela dell'onore e ritennero che lo stupro violento della prostituta non dovesse essere punito, o al massimo dovesse dare luogo ad una pena molto più mite[216].

A moduli analoghi rispondeva, a ben vedere, anche il matrimonio riparatore, che il reo poteva scegliere come alternativa alla sanzione penale[217]. Esso era incluso tra le molteplici tutele civilistiche che il diritto ricollegava al riconoscimento della qualifica penalistica di vittima "persuasa" o violentata[218]. Nella visione dei giuristi di età intermedia, il matrimonio aveva la funzione di ristabilire l'ordine infranto, reintegrando la castità violata dal rapporto sessuale ottenuto attraverso la forza o la seduzione, e proiettare quel rapporto in una dimensione lecitamente familiare.

Si trattava della massima protezione offerta alla vittima: l'intera ricostruzione giuridica, del resto, muoveva dal presupposto che la volontà della donna si indirizzi immancabilmente verso il matrimonio. Anche in questo caso i giuristi si muovono inseguendo modelli immutabili, consolidatisi già a partire dal mito greco (v. *supra*, § 2), che li spingono ad affermare – con scarsa coerenza – che la donna presta un consenso effettivo e genuino al matrimonio, mentre se acconsente ad un'unione sessuale illegittima è, per forza di cose, sedotta e persuasa[219].

---

[216] I. Rosoni, *Violenza*, cit., 854. Più ci si allontana dalla situazione protetta e più il consenso acquisisce spazi, come nel caso della vedova. Così G. Cazzetta, Praesumitur seducta, cit., 73.

[217] L'uomo poteva decidere se sposare o "dotare" la donna, riparando così anche in chiave pecuniaria all'offesa arrecata alla famiglia. La previsione della dote è incentivo, insieme alla sanzione criminale, nella direzione del matrimonio. Nella dottrina d'antico regime è vivo il dibattito sulla qualificazione di matrimonio e dote come pena o come risarcimento. Su tutti questi aspetti, G. Cazzetta, Praesumitur seducta, cit., 122 ss.

[218] Sulle altre forme di riparazione, come la ricerca di paternità o gli alimenti al neonato ancora G. Cazzetta, Praesumitur seducta, cit., 100 ss. Ampia trattazione sulle conseguenze del ratto anche in G.P. Massetto, *Ratto*, cit., 734 ss.

[219] Sulla tematica, invero assai complessa per via dell'intromissione della riflessione dei canonisti, del consenso al matrimonio, si veda l'approfondimento svolto nel paragrafo che segue (v. *infra*, § 6).

Come per l'epoca romana, leggendo i testi giuridici del periodo in esame si registra una tendenza ad interpretare la volontà interiore della donna in modo difforme da quanto suggerirebbero le sue azioni. L'esegesi, tuttavia, porta ad un risultato contrario a quello raggiunto dai giuristi romani: mentre, in epoca precedente, si attribuiva alla donna una volontà interna adesiva al peccato sessuale, a prescindere da condotte di segno opposto; in età intermedia, invece, quella che – esternamente – appare come un'adesione consensuale all'interazione sessuale (stupro semplice o "*sine vi*") viene, attraverso il meccanismo della presunzione, ricondotta ad una volontà interiore viziata.

Non sfugge, poi, specie ad un'analisi condotta alla luce delle categorie moderne, l'ulteriore paradosso di indurre la vittima a sposare colui che l'ha previamente costretta, con violenza, rapimento (o, in grado minore, seduzione) ad un rapporto sessuale[220]. Emerge anche in questo frangente l'ambiguità per cui tra i due diversi piani – dell'autonomia femminile e dell'onore familiare – il diritto, pur facendo uso delle forme proprie della protezione del primo, preferisce accordare tutela più che altro al secondo.

Occorre poi sottolineare un'ulteriore contraddizione della riflessione giuridica di antico regime. Come si è precisato, sono state due le strategie dei giuristi per fondare la tutela della donna stuprata, la *vis compulsiva* e la *persuasio*. In concreto, tuttavia, le due nozioni sono venute fatalmente a sovrapporsi. Del resto, è sufficiente riprendere la menzionata definizione di Farinacci di violenza morale (v. *supra*), che fa riferimento a "blandizie", "promesse", "persuasioni", per comprendere l'incertezza dei confini tra le definizioni. Significativa in proposito pare anche l'affermazione di Bartolo secondo cui le *persuasiones* costituiscono, in fondo, "violenza"[221].

---

[220] Non appare casuale che, recentemente, il legislatore abbia introdotto una fattispecie *ad hoc* per reprimere il fenomeno dei matrimoni combinati (v. *infra*, § 11). Il dubbio, in realtà, affollava già gli scritti dei giuristi cinquecenteschi. Lo stesso Farinacci dichiarava apertamente di non riuscire a comprendere in qual modo «*possit constare*» che liberamente la donna rapita abbia acconsentito al matrimonio mentre «*in rapitoris potestate consistit*». V. P. Farinacci, *Praxis et theorica criminalis*, cit., q. 145, § *raptus*, n. 28.

[221] Bartolo da Sassoferrato, *In secundum Digesti novi partem (commentaria)*, Venetiis, 1585, a D. 47, 11, 1, 2.

Sul piano sanzionatorio, però, stupro semplice e stupro violento presentavano riflessi molto diversi, con quest'ultimo che, in ossequio alla tradizione romana del *crimen vis*, prevedeva di solito la pena capitale[222]. È naturale, quindi, che tra i commentatori sia gradualmente sorta la necessità di distinguere le due ipotesi e, nello specifico, di isolare le ipotesi di violenza «vera ed effettiva»[223].

Affinché lo stupro fosse considerato violento, per i giuristi del primo Settecento occorreva che la donna avesse opposto una resistenza fisica attiva e riconoscibile[224]. Anche questo aspetto risulta in contraddizione con la sistematica del *crimen vis*, poiché in nessuna delle altre fattispecie si richiedeva alla vittima un simile comportamento[225].

Il problema nasceva dalla difficoltà della prova e veniva poi amplificato da antichi pregiudizi – come quello del "*vis grata puellis*", ben noto anche ai giuristi di età intermedia – nonché dal dubbio che la denuncia fosse dettata dal desiderio di accedere al sistema delle protezioni, in *primis* quella matrimoniale[226]. Nel conflitto tra la vit-

---

[222] V. I. Rosoni, *Violenza*, cit., 853.

[223] Sono espressioni utilizzate da una Prammatica di Ferdinando I di Borbone del 12 febbraio 1779 di cui si dirà più ampiamente nel paragrafo successivo.

[224] Avrebbe dovuto, almeno, gridare così forte da farsi sentire. La sua opposizione doveva essere decisa, univoca e costante; si sarebbe detto poco più tardi: prima, durante e dopo la violenza. Cfr. F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale dettato nella R. Università di Pisa. Parte speciale*, vol. II, 3ª ed., Lucca, Giusti, 1873, § 1520, 311-312. La difesa del corpo, d'altronde, era considerata una difesa dell'animo, in quanto «"prova provata" dell'illiceità della violenza e della purezza del dissenso della donna, negazione di correità ed esaltazione della volontà allineata alle esigenze dell'onore familiare». E la prova dell'onestà non può certo accontentarsi di un diniego qualsiasi, ma esige una resistenza che sia lotta strenua. Su questi profili, si veda, anche per gli opportuni richiami bibliografici G. Cazzetta, Praesumitur seducta, cit., 156 ss.

[225] I. Rosoni, *Violenza*, cit., 854.

[226] *Ibidem*. La dote, il matrimonio e qualsiasi altro vantaggio materiale, come gli alimenti per il bambino concepito nell'incontro sessuale. Oltre che la principale forma di riparazione, infatti, il matrimonio costituiva anche la fonte delle contraddittorietà del sistema, in quanto epicentro di un sistema di tutele e protezioni offerto alla donna nubile e alla sua famiglia. Sarà proprio questo istituto, come si vedrà a breve (v. *infra*, § 6), la causa politica dello smantellamento del sistema d'antico regime fondato sulla figura dello stupro semplice. Come sostenuto nel denso studio di Giovanni Cazzetta, intitolato per l'appunto *Praesumitur seducta*, la presunzione della *persuasio* concilia questi due opposti, getta dei ponti tra dimensioni separate, ma denota comunque la contraddittorietà del sistema. Cfr. G. Cazzetta, Praesumitur seducta, cit., 30, e *passim* (è questa la tesi che permea tutto il volume).

tima che asserisce l'avvenuta violenza e l'inquisito che la nega, dove manchino prove dirette si fanno strada le "congetture". Le grida, le vesti stracciate, i segni di lesione, il luogo solitario, e non ultime le informazioni circa l'onestà della donna e quella dell'accusato sono tutti indizi che contribuiscono al formarsi del giudizio. Pure sul versante probatorio, pertanto, si assiste allo stabilirsi di una sorta di *ius speciale* relativo alla violenza a sfondo sessuale rispetto alle altre forme di violenza contemplate nel *crimen vis*[227].

Per quanto orientata ad una visione cavalleresca della donna, anche la riflessione giuridica di *ancien régime* non è dunque immune dagli antichi stereotipi, che – ancora una volta – si rivelano inscindibilmente connessi all'accertamento dell'uso della forza fisica. Paradossalmente, anche nel periodo di massima espansione del concetto di costrizione violenta, dilatata da *vis compulsiva* e *persuasio*, non si manca di riflettere attentamente sul concetto di violenza, enucleandone una definizione rigorosa e coincidente con la brutale forza fisica. Corpo estraneo in un sistema di protezioni per la vergine sedotta, la retorica sulla *vera* violenza è nient'altro che un evidente segnale dell'imminente crisi dell'approccio sin qui delineato ai temi del consenso e della violenza sessuale.

6. *«Lo stupro semplice cadde in faccia al progresso dei lumi». Il consenso femminile quale artifizio retorico della scienza penalistica ottocentesca per lo sgretolamento del sistema di antico regime*

Il quadro descritto rimane immobile fino all'Illuminismo. Le contraddizioni tracciate erano ben note alla dottrina giuridica che, tuttavia, non sempre era in grado di dare coerenza alle proprie scelte sistematiche[228].

Ad avviare il ripensamento del sistema fu dunque una questione eminentemente politica, incardinata in un profondo contrasto tra la Chiesa di Roma e la monarchia francese. L'intera vicenda ebbe origine nel 1556: mentre era in corso il Concilio di Trento, Enrico II di

[227] I. Rosoni, *Violenza*, cit., 854.
[228] *Ivi*, 852.

Francia emanò l'Editto «*contres les mariages clandestins*», nel quale si richiedeva espressamente il consenso dei parenti per contrarre matrimonio[229]. La soluzione era stata vagliata nel corso del Concilio, ricevendo anche l'appoggio di alcuni sostenitori nella dottrina canonistica, ma, in continuità con la tradizione incentrata sul consenso dei nubendi alle nozze[230], si era giunti ad affermare la nullità del solo matrimonio celebrato durante la custodia della donna da parte del rapitore[231].

In questo conflitto tra diritto canonico e diritto secolare, contrassegnato da una serie di ordinanze dei sovrani francesi volte ad inasprire le pene (le c.d. "*Ordonnances*"), si inserì la dottrina, che elaborò la figura del "*rapt de séduction*" per ricomporre le discrepanze tra le due legislazioni. In breve, la tesi asseriva, non senza un buon grado di bizantinismo, che il difetto di consenso da parte dei parenti non annullava direttamente le nozze, ma implicava che vi fosse stato un ratto compiuto con fallaci promesse (ratto per seduzione, appunto)[232].

Il ricorso ad una presunzione di seduzione non costituiva nulla di nuovo. Ciò che, invece, appare eccentrico rispetto alla tradizione

---

[229] Minacciando la pena della diseredazione ma senza giungere a prevedere la nullità dei matrimoni contratti senza consenso. Sulla vicenda, G.P. Massetto, *Ratto*, cit., 738 ss.

[230] Il principio di un matrimonio basato sul libero e spontaneo consenso degli sposi, già centrale nella riflessione precedente, fu riaffermato proprio dal Concilio tridentino. V. c. 2 *Quod nobis*, X, IV, 3; *Concilium Tridentinum* sess. XXIV, cap. I. Il tema può essere solo rapidamente accennato, ma il *favor matrimonii* ha sempre ostruito l'utilizzo della presunzione della *persuasio* in ambito matrimoniale. Nella stessa prospettiva, parte della dottrina canonistica, anche autorevole come Tòmas Sanchez, riteneva che lo stupro si avesse solo in presenza di violenza fisica e non morale. Per qualche coordinata in più su questi profili, G. Cazzetta, Praesumitur seducta, cit., 82 ss. e 111 ss.

[231] La situazione ovviamente sollevava fondati dubbi sull'affidabilità del consenso prestato. Cfr. G.P. Massetto, *Ratto*, cit., 739; il quale sottolinea come probabilmente il Concilio intendesse riferirsi esclusivamente ai ratti avvenuti con violenza fisica e non a quelli realizzati mediante violenza psicologica.

[232] In altre parole, il matrimonio concluso senza l'autorizzazione dei parenti era nullo, ma non per difetto del loro consenso, piuttosto per il ratto che il difetto di quella autorizzazione faceva giuridicamente presumere. La conciliazione è solo apparente in quanto la disciplina canonistica dell'impedimento per ratto, volta a tutelare la libera volontà degli sposi, veniva stravolta ed impiegata per combattere il fondamentale principio cristiano, sanzionato dai canoni del Concilio di Trento, che vuole il matrimonio basato sul libero e spontaneo consenso degli sposi. Cfr. G.P. Massetto, *Ratto*, cit., 740.

è il dissolvimento del legame tra volontà onesta della donna e riparazione matrimoniale. L'ordine turbato dal *rapt de séduction* poteva essere restaurato solo con la severità della pena, invocata in modo esplicito da una nota *Ordonnance* del 1730 nel tentativo di raddrizzare l'indulgenza invalsa nella prassi giudiziaria[233].

La vicenda rappresenta, dopo la retorica sulla prova della violenza «vera ed effettiva» (v. *supra*, § 5), un ulteriore segnale dell'imminente sfaldamento del sistema fondato sullo stupro semplice. La figura del *rapt de séduction* dimostra come la tutela della riparazione matrimoniale non fosse più "al passo" con le esigenze di protezione dell'ordine familiare. La priorità delle classi dominanti, infatti, si era nel frattempo trasformata, divenendo quella di evitare che giovani di bassa estrazione sociale riuscissero ad incunearsi nelle famiglie di potere attraverso matrimoni non combinati e ottenuti mediante ratto (*volens* o *nolens* che fosse). In questo momento storico, pertanto, riconsolidare l'*ordine* familiare richiedeva di colpire il fenomeno dei matrimoni clandestini, altamente foriero di *disordine* tra le classi sociali[234]. Il nuovo scenario politico doveva soltanto saldarsi ad una dottrina giuridica in grado di sviluppare e sistematizzare i nuclei teorici già maturati nel tempo. L'occasione non tardò, presentandosi sotto le forme dell'attitudine illuministica per la separazione tra diritto e morale[235].

La depenalizzazione delle forme non violente di stupro divenne il manifesto per ostentare il programmatico disinteresse della scienza penalistica nei confronti di comportamenti non riconducibili ad una precisa lesione del diritto; per sottolineare, insomma, il processo di "depeccatizzazione" del diritto penale[236]. L'abbandono tra la fine del

---

[233] Per maggiori riferimenti all'*Ordonnance* si rimanda a G. Cazzetta, Praesumitur seducta, cit., 111. L'Autore rileva come essa fu richiamata nell'Ottocento quale momento di svolta nella concezione dei reati sessuali.

[234] La chiave di lettura è prospettata da G. Cazzetta, *"Colpevole col consentire". Dallo stupro alla violenza sessuale nella penalistica dell'Ottocento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 424 ss., in particolare 441.

[235] Sulla separazione illuministica tra diritto e morale come «fondamento del principio di legalità del moderno Stato di diritto», non si può non rimandare a L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1989, in particolare 203 ss.; nonché M.A. Cattaneo, *Illuminismo e legislazione*, Milano, Ed. di Comunità, 1966.

[236] Così G. Cazzetta, *"Colpevole col consentire"*, cit., 424.

XVIII e il XIX secolo della figura dello stupro semplice fu apprezzato, nella successiva penalistica ottocentesca, come passo decisivo all'interno di un «cammino della scienza verso la civiltà», la prosecuzione del «sentiero di luce aperto dai geni del XVIII secolo»[237]. «La punizione dello stupro semplice doveva presto o tardi cadere, e cadde in faccia al progresso dei lumi»[238], sintetizza Carrara, del quale è nota l'avversione per la categoria dei *delicta carnis*[239].

L'inizio della nuova era viene individuato in una Prammatica napoletana del 1779, secondo cui «niuna donna […], di qualunque grado o condizione, possa più avere azione penale di stupro ancorché alla vera o simulata deflorazione siano preceduti sponsali o parole di matrimonio innanzi al parroco […] *eccetto l'unico e solo caso dello stupro commesso con vera, reale, ed effettiva violenza,* esclusa qualunque interpretativa che si possa trarre dal pretesto delle blandizie, allettamenti, promesse verbali e somiglievoli cose»[240]. L'ultimo Stato a depenalizzare lo *stuprum volens* – «l'ultimo ad erudirsi» – fu invece la Toscana[241], che coniò la denominazione poi tramandata alle codificazioni unitarie di "violenza carnale"[242].

---

[237] Per affermazioni di questo tenore cfr. G. Ziino, *Stupro e attentati contro il pudore e il buon costume (medicina legale)*, in *Il Digesto italiano*, vol. XXII, t. II, 1895, 897 ss., in particolare da 904 ss.; F. Precone, *Buon costume (reati contro il)*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, vol. II, 3, 1892, 582 ss., in particolare da 597 ss.

[238] F. Carrara, *Programma*, cit., *Parte speciale*, vol. II, § 1488, 238.

[239] Sul tema, ampiamente, l'interessante saggio di G. Fiandaca, *I reati sessuali nel pensiero di Francesco Carrara: un onorevole compromesso tra audacia illuministica e rispetto per la tradizione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 903 ss., in particolare 905-906.

[240] È il testo della Prammatica napoletana del 1779 riportato da G. Cazzetta, *"Colpevole col consentire"*, cit., 433. Il corsivo è di chi scrive. Come si può notare, il testo esclude espressamente la violenza "interpretativa", alludendo alle ipotesi di violenza morale di cui si è dato conto nel paragrafo che precede e che sono richiamate anche dal riferimento a "blandizie", "promesse" ecc. Si tratta di quelle condotte al limite tra la *vis compulsiva* e la *persuasio*.

[241] La significativa espressione è ancora di Carrara. V. F. Carrara, *Programma*, cit., *Parte speciale*, vol. II, § 1488, 238.

[242] Sul punto, I. Rosoni, *Violenza*, cit., 853. In Toscana, la Riforma leopoldina del 1786, sotto molti aspetti decisamente collocabile all'avanguardia del nuovo pensiero giuridico-penale, aveva confermato la punibilità di stupro semplice e qualificato (in proposito, v. G.A. Poggi, *Elementa jurisprudentiae criminalis*, vol. V, Florentiae, Pagani, 1838, 13 ss.). Al contrario, il codice penale del 1853 abrogò lo stupro semplice, incrementando tuttavia le ipotesi di stupro qualificato (cfr. F.A.

Sul piano dogmatico, l'abbandono dello stupro semplice viene motivato con un costante richiamo alla pari dignità del consenso prestato dalla donna. In riferimento ai "delitti contro la pudicizia"[243], Francesco Carrara scrive che «la essenza di codesti reati sta nel dissenso del soggetto passivo. Dato il suo consenso, purché liberamente emesso, e supposta la potenza di emetterlo, il delitto sparisce»[244]. Nel discorso dei giuristi volto ad abbattere il sistema d'antico regime, la donna fragile e sedotta attraverso la *persuasio* lascia dunque il posto ad una donna che è capace di resistere e di manifestare un consenso libero e pieno; una donna in grado di scegliere, responsabile, le cui scelte non possono essere fatte risalire ad altri soggetti. Il corpo e la sessualità femminili tornano – almeno nelle pagine dei teorici[245] – nella disponibilità giuridica delle legittime titolari[246].

Mori, *Teorica del codice penale toscano*, Firenze, Stamperia delle Murate, 1854, spec. 240 ss.). Per l'attenzione che il codice toscano dedicava ai nomi dei reati, ancora oggi significativa, C. Sotis, *Vincolo di rubrica e tipicità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1359.

[243] I moderni reati sessuali sono trattati in due punti della parte speciale del *Programma* del noto penalista, secondo una bipartizione della materia che corrisponde alla ritenuta diversità dell'interesse giuridico assunto a oggetto di protezione: da un lato, i delitti contro la "pudicizia individuale"; dall'altro, i delitti contro la "pubblica morale". I primi corrispondono, secondo un lessico più moderno, ai reati contro la libertà sessuale. Cfr. G. Fiandaca, *I reati sessuali nel pensiero di Francesco Carrara*, cit., 909.

[244] Del resto «riconosciuto il principio che la oggettività del delitto di stupro deve trovarsi nella offesa del diritto della donna; e ricordato l'altro principio che essa è libera dispositrice del corpo suo, non è possibile trovare elementi di seduzione se non là dove il consenso della donna rimanga destituito di ogni valore giuridico». F. Carrara, *Programma*, cit., *Parte speciale*, II, § 1503, 272. Ciò perché «non si punisce la maculazione della donna perché essa abbia un padre o un fratello, ma perché essa ha una personalità che non dev'essere siffattamente oltraggiata. Sta dunque nel diritto dell'individuo il vero oggetto del malefizio». F. Carrara, *Programma*, cit., *Parte speciale*, II, § 1372, 5.

[245] Sottolinea come, in realtà, a discapito di talune affermazioni di principio, la giustizia criminale ottocentesca disciplinasse in modo invasivo il corpo della donna, M. Pignata, *"Dal" Corpo e "sul" Corpo della donna. Il reato di stupro tra Ottocento e Novecento*, in *Quest. giust.*, 2016, n. 2, 175 ss.

[246] Coerentemente, muta la definizione di stupro semplice. Ancora Carrara: «Lo stupro semplice è quello che cade su donna o vergine, o onesta, la quale libera padrona del suo corpo ne ha con libero e valido consenso dato balia al proprio amatore» (F. Carrara, *Programma*, cit., *Parte speciale*, II, § 1485, 229). Sulla stessa lunghezza d'onda, il medico legale Ziino, secondo il quale «lo stupro consentito, che è quello che si compie sopra donna vergine ed onesta la quale, potendo

Il clima politico di avversione per i matrimoni clandestini, tuttavia, inquinò questa nuova visione, gettando ombre e sospetti. D'altra parte, per togliere di mezzo le vestigia del passato – presunzioni e tutele – bisognava enfatizzare la capacità seduttiva della donna, in contrapposizione all'immagine di castità e onestà proposta dai giuristi pre-illuministici[247].

Nelle raffigurazioni dottrinali il consenso riprende quindi ad essere "colpevole", come avveniva prima delle riforme di Giustiniano, e l'uso della forza fisica torna a tracciare quel delicato confine tra i due versanti della seduzione: la sedotta e la seduttrice, la vittima e la correa. In quanto elemento di crisi della stabilità dell'ordine familiare, il consenso prestato dalla donna mostra trame da colpire, irregolari strategie matrimoniali, scelte devianti da quelle legittimamente assunte in ambito familiare. Di conseguenza, dagli scritti dei giuristi ottocenteschi traspare chiaramente il timore di accordare protezioni immeritate e trasformare la colpevole in accusatrice, come accadeva prima del provvidenziale avvento dei lumi[248]. Si imponeva pertanto

---

a suo libito disporre del proprio corpo, annuisce a che l'amante ne colga il primo fiore, ne corrompa l'illibatezza, è un contratto bilaterale, in cui nulla ha da vedere il Codice penale» (G. Ziino, *Stupro e attentati contro il pudore e il buon costume*, cit., 900).

[247] In questo senso, ad esempio, la menzionata Prammatica napoletana restringeva la punibilità alle condotte violente «perché le donne non debbono profittare della loro complicità nel delitto, ma badare a conservare l'onore delle famiglie in cui nascono, acciò passando nelle altrui per mezzo di lodevoli nozze…». Si arriva anche a sostenere che «se la legge civile trova nello stupro semplice le caratteristiche di un delitto, deve essere severa più con la femmina che con il maschio, perché la femmina repudia ciò che costituisce la difesa del suo sesso, quel pudore che la rende venerata e cara agli uomini». È questa l'opinione del rinomato giurista toscano Puccioni. V. G. Puccioni, *Il codice penale toscano illustrato sulla scorta delle fonti del diritto e della giurisprudenza*, Pistoia, tip. Cino, 1857, vol. IV, 343 e 344.

[248] Tra le invettive più vibranti si segnalano quelle del giurista e filosofo Gaetano Filangieri, che evidenzia con forza la «moltiplicazione dei disordini» dovuta alle tutele concesse nel sistema precedente. La fanciulla che, argomenta Filangieri, «vedeva il vantaggio che trar poteva dal richiesto favore, aveva una ragione in più per concederlo, e qualche volta per suggerirne la richiesta». Erano dunque proprio le fanciulle ad essere seduttive: «le donne istesse, che avevan messo in commercio il loro corpo, con istudiati raffinamenti e con simulata verginità turbavano di continuo la pace di tanti onesti cittadini». Ne consegue, sul versante giuridico, che lo stupro deve essere supposto «sempre volontario per tutte e due le parti». Del resto, «se si consulta la ragione, essa ci dice, che un delitto che si commette da due perso-

alla donna di mostrare molto più di un semplice rifiuto per essere degna di protezione: nel suo dissenso – «vero, reale, effettivo» e manifestato attraverso una strenua resistenza – il giudice doveva poter scorgere ancora la pienezza delle sue scelte virtuose[249].

È così che l'indagine viene a concentrarsi ossessivamente su «onestà simulate, ritrosie ingannevoli, cerimonie di pudore sotto cui la donna cela i suoi veri desideri, falsi dinieghi, finzioni di resistenza, resistenze che incitano all'amplesso, semplici riluttanze e opposizioni fiacche (figlie dell'ultimo pudore che sfuma), apparenze di fuga, apparenze di lotta, parvenze di combattimenti, apparenze di sdegno»[250]. Lo stesso Carrara, nonostante le notevoli intuizioni sistematiche in tema di autodeterminazione, è pur sempre un intellettuale calato nel suo tempo[251] e precisa che «la resistenza deve essere viva, seria, tenace e costante, deve cedere solo alla forza che si manifesti *prima*, *durante* e *dopo* la perpetrazione del reato»[252].

---

ne non deve essere punito nell'una, e premiato nell'altra. Se si consulta l'esperienza, questa ci ha pur troppo mostrati i disordini che derivano da questa determinazione». Cfr. G. Filangieri, *La scienza della legislazione*, Filadelfia (Livorno), Stamperia delle provincie unite, 1799, vol. III, 387 ss.

[249] La resistenza non deve indebolirsi neanche per un sol momento; l'onestà deve essere piena e perfetta. «Lo stupro semplice può contentarsi d'un grado qualunque di prova della onestà della donna: lo stupro con violenza la richiede più perfetta e più piena», secondo quanto sostenuto da G. Carmignani, *Accusa di stupro violento* (1831), in *Cause celebri discusse dal cav. Commentatore Giovanni Carmignani,* vol. III, Pisa, F.lli Nistri, 1845, 311 ss., 345.

[250] La notevole raccolta di espressioni è di G. Cazzetta, *"Colpevole col consentire"*, cit., 461. Cancellata la poesia come principio giuridico, non si smette di ricorrere ai poeti «egregi conoscitori dell'animo umano»: dall'immancabile Ovidio e il suo "*vis grata puellis*" fino a Torquato Tasso. È ancora Carrara a definire poetica la presunzione invalsa nel sistema d'antico regime, pur sottolineandone poi i risultati «mostruosi». V. F. Carrara, *Programma*, cit., *Parte speciale*, II, § 1486, 235. Per l'impiego delle citazioni dei poeti, ad esempio, lo stesso G. Carmignani, *Accusa di stupro violento*, cit., 437. Fra quelli richiamati sono noti i versi dell'*Aminta* (1575) del Tasso: «Hor, non sai tu, com'è fatta la donna? / Fugge, e fuggendo vuol, che altri la giunga; / Niega, e negando vuol, ch'altri si toglia; /Pugna, e pugnando vuol, ch'altri la vinca».

[251] Come nota attentamente G. Fiandaca, *I reati sessuali nel pensiero di Francesco Carrara*, cit., 910.

[252] F. Carrara, *Programma*, cit., *Parte speciale*, II, § 1520, 311-312. Adesivamente, nella dottrina medico legale, G. Ziino, *Stupro e attentati contro il pudore e il buon costume*, cit., 910. L'enfasi nei corsivi è di chi scrive e non dell'insigne Autore ottocentesco.

Mai come in altri periodi storici, nella riflessione ottocentesca sono presenti una marcata diffidenza nei confronti della donna ed un generale sospetto di infondatezza delle accuse. La resistenza è ritenuta necessaria per rassicurare che la denunciante non menta[253]. La dottrina, infatti, appare preoccupata per «la facilità con cui le femmine allegano sempre di essere state sedotte, mentre le poverine furono invece bene e meglio le prime a cercare e desiderare»[254]. Il movente di tali «poverine» è, naturalmente, da individuarsi nella ricerca delle protezioni generosamente garantite dal sistema precedente[255].

Con la riflessione ottocentesca sulla violenza sessuale, dunque, fa definitivamente il suo ingresso sulla scena il libero consenso della donna. A ben guardare, però, esso viene utilizzato dalla dottrina più che altro per negare le precedenti protezioni giuridiche, senza che il loro abbandono sia compensato dall'introduzione di nuove forme di tutela incentrate sulla autonomia personale[256]. Ciò che ancora

---

[253] Più approfonditamente, G. Cazzetta, *"Colpevole col consentire"*, cit., in particolare 446 s. e 452 ss.

[254] F. Carrara, *Programma*, cit., *Parte speciale*, II, § 1496, 259.

[255] Come ipotizzato da I. Rosoni, *Violenza*, cit., 854. Sul punto, nella riflessione ottocentesca si fa largo l'idea che sia la stessa scelta della via giudiziaria a segnare la divisione tra un'accusa fondata ed una costruita ad arte. La donna onesta, ingannata e sedotta, mostra la sua virtù tacendo («ha sofferto in silenzio la sua crudele disgrazia, senza fare strepito o mormorare»); al contrario, «le donne volgari, senza onestà e senza educazione, colla stessa facilità colle quali si lasciano sedurre, si apprestano in giudizio». G.M. Galanti, *Osservazioni sopra la nuova legge abolitiva de' delitti di stupro* (1786), in F. Venturi (a cura di), *Illuministi italiani*, t. 5, *Riformatori napoletani*, Milano, Ricciardi, 1962, 1024 ss., in particolare 1028, laddove si afferma anche che «bisogna dunque dire che nei giudizi di stupro le supposizioni si sono fatte per abito, e senza niuna esame e riflessione; perché per una donna che non abbia alcun ritegno di domandare davanti al magistrato una riparazione dal suo seduttore, la ragionevole conclusione sarebbe che assai facile e liberale ella sia ne' suoi amori, o al più che a questo oggetto si sia lasciata sedurre». Che la donna onesta debba tacere apparteneva già alla cultura romana, che faceva del silenzio una delle qualità della "*pudicitia*". In questo senso, Publio Asprenate affermava che qualsiasi donna sulla quale si indaghi non è abbastanza pudica. Per i riferimenti del caso, G. Rizzelli, In has servandae integritatis custodias nulla libido inrumpet, cit., 170.

[256] Il quadro di riferimenti individualistici al "consenso di lei" che affiora nella depenalizzazione dello stupro semplice è naturalmente settoriale, incapace di rivendicare una più ampia coerenza sistematica con le molteplici incapacità riferite dal diritto alla donna. I giuristi sono incapaci di offrire una sua immagine unitaria: i vari frammenti non riescono mai a comporre una piena personalità civile e politica, un autentico soggetto di diritto. Cfr. G. Cazzetta, *"Colpevole col consentire"*, cit., 425-427.

sembra pervadere la cultura giuridica, anche la più avanzata, è l'incapacità di affrontare il tema della libera volontà femminile prescindendo da un richiamo all'onestà, intesa quale fedeltà alle direttive matrimoniali familiari, che ancora costituisce l'unica condizione di meritevolezza di intervento del diritto[257].

La restrizione della illiceità penale alle ipotesi di violenza fisica e la "nuova" figura delittuosa lasciata in eredità, la violenza carnale, dietro la patina "liberale" riecheggiano le stringenti geometrie del sistema dello *stuprum*, inteso quale rapporto sessuale illegittimo. Ne sono una prova i meccanismi di accertamento, contrassegnati da pregiudizi antichi, che rapidamente tornano ad essere parte integrante della coscienza degli operatori del diritto. La presunzione di seduzione dei secoli precedenti viene completamente a ribaltarsi. Ad essere oggetto di presunzione, leggendo le pagine dei penalisti ottocenteschi, è la correità femminile, che può essere smentita da un'unica – rigorosissima – prova: la strenua ed instancabile resistenza, la cui ricerca è spietata perché bisogna dimostrare oltre ogni ragionevole dubbio non tanto la colpevolezza dell'imputato, quanto appunto l'*innocenza* della vittima.

È solo la resistenza a dare la misura della costrizione sessuale subita dalla donna. Il "dogma" si consolida anche al di fuori del suo terreno d'elezione, ma il prezzo da tributare alla liberazione dallo stupro semplice è una riflessione mai così aspra nei confronti della figura femminile.

Il cardine dell'intera costruzione era e rimane, in definitiva, l'ordine delle famiglie. Tuttavia, come esaminato, il «progresso dei lumi» e la configurazione della violenza non come mera qualificazione

[257] È lo stesso Carrara a scrivere che «è utilissimo freno il pericolo della gravidanza, la tema del disonore, la prospettiva delle nozze a lei rese difficili per la caduta. Togliete cotesto freno, e la donna non più è rattenuta dal cadere per un timore, ma vi è sospinta per una speranza caldissima». V. F. Carrara, *Programma*, cit., *Parte speciale*, II, § 1487, 233-234. Alcuni autori sottolineano l'innovazione della riflessione ottocentesca. In particolare, lo storico francese Georges Vigarello (G. Vigarello, *Storia della violenza* sessuale, cit.), che presenta la storia della violenza sessuale come rottura del legame immediato tra la persona e i suoi atti, lento riconoscimento di un soggetto che può essere assente dai gesti che è costretto a subire o effettuare. La ricostruzione parte dalla convinzione che la valorizzazione del mondo interiore sia propria solo del periodo contemporaneo. Tale lettura spinge l'Autore ad accentuare il carattere innovativo delle riflessioni ottocentesche.

dello stupro ma come delitto autonomo, si intrecciano in un racconto unitario che pone enfasi sul consenso femminile, sulla libertà della donna, sulla libera determinazione del volere. Una retorica che, comunque sia valutata, apre un contrasto di lungo periodo riguardo all'esigenza di svincolare le tutele della libertà sessuale dai richiami preminenti all'ordine delle famiglie e a tutti gli altri beni giuridici ad esso connessi. Una frattura che, in qualche modo, polarizzerà il dibattito italiano sui reati sessuali fino alla fine del Novecento.

7. *La violenza carnale tra Ottocento e Novecento: la codificazione della resistenza della vittima quale difesa di interessi sovraindividuali*

Uno sguardo alla disciplina dei reati sessuali tra la fine del XIX e la prima metà del XX secolo conferma la minima portata innovatrice del delitto di violenza carnale, in larghissima parte ancora sovrapponibile allo stupro violento. Non soltanto nella struttura, che rimane saldamente incentrata sul concetto di costrizione mediante forza fisica[258], quanto nelle prospettive di tutela e, come si accennava poco fa, nei correlati meccanismi di accertamento.

È bene cominciare dalla sottolineatura per cui le codificazioni, sia preunitarie che postunitarie, pongono fine alla contraddizione, tipica dell'età intermedia, di fare uso dell'impianto del *crimen vis* romano per approntare tutela a beni giuridici diversi dalla libertà e l'autonomia individuale[259]. Con scelta unanime, nell'esperienza legislativa lo stupro violento e la violenza carnale – a seconda della dicitura utilizzata – vengono calati tra i reati contro la morale pubblica, il buon costume o, come si comincia a dire con significativa ammissione, contro l'ordine delle famiglie[260].

---

[258] Come noto, l'art. 519 c.p. stabiliva, al primo comma, che: «Chiunque, con violenza o minaccia, costringe taluno a congiunzione carnale è punito con la reclusione da tre a dieci anni». Nel capitolo che segue (v. *infra*, II, §§ 2 e 3), si darà conto dell'interpretazione del concetto di violenza corrente almeno fino all'incirca agli anni Sessanta.

[259] Cfr. I. Rosoni, *Violenza*, cit., 855

[260] Così il codice del Regno delle Due Sicilie colloca lo stupro violento (art. 333) nel capitolo «dei reati che attaccano la pace e l'onore delle famiglie»; il codice toscano del 1854 disciplina la violenza carnale agli artt. 80 e 81 del titolo VI («dei

Il codice penale del 1889 adotta, come si diceva, l'espressione "violenza carnale" (artt. 331 e 332)[261] e sistema il crimine in un titolo unico consacrato ai «delitti contro il buon costume e l'ordine delle famiglie», comprensivo anche dei delitti di incesto, corruzione di minorenni, oltraggio al pudore, ratto, lenocinio, adulterio, bigamia, supposizione e soppressione di stato[262].

Nonostante alcune critiche isolate da parte degli Autori liberali, come lo stesso Carrara[263], l'impostazione normativa era avallata dalla dottrina prevalente, che in alcuni casi si prestò anche a fornire una base teoretica ai percorsi legislativi[264].

---

delitti contro il pudore e contro l'ordine delle famiglie»); quello sardo del 1859 colloca il reato di stupro violento nel titolo IX, tra i «reati contro l'ordine delle famiglie».

[261] La disposizione base del primo comma dell'art. 331 ricalcava quella successivamente adottata dal codice del 1930: «Chiunque, con violenza o minaccia, costringe una persona dell'uno o dell'altro sesso a congiunzione carnale è punito con la reclusione da tre a dieci anni».

[262] Su posizioni analoghe, pur con qualche sfumatura diversa, anche le coeve esperienze di codificazione in Europa, in particolare in Francia ed in Germania. Per ulteriori dettagli, si rinvia a M. Petrone, *Moralità pubblica e buon costume (diritto penale)* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffré, 1977, 60 ss., in particolare 62 ss.

[263] Si rimanda sul punto al lavoro di G. Fiandaca, *I reati sessuali nel pensiero di Francesco Carrara*, cit., 905. Lo stesso Carrara, tuttavia, ammetteva che tra i molti reati che «procedono da appetito carnale» solo taluni ledono personalmente l'individuo, perché altri offendono la famiglia e altri ancora tutta la società. Più in generale, la critica alla suddivisione della società in famiglie e non individui è propria dell'illuminismo. In questo senso già Beccaria scriveva: «Queste funeste ed autorizzate ingiustizie furono approvate dagli uomini anche più illuminati, ed esercitate dalle repubbliche più libere, per aver considerato piuttosto la società come un'unione di famiglie che come un'unione di uomini. Vi siano cento mila uomini, o sia ventimila famiglie, ciascuna delle quali è composta di cinque persone, compresovi il capo che la rappresenta: se l'associazione è fatta per le famiglie, vi saranno ventimila uomini e ottanta mila schiavi; se l'associazione è di uomini, vi saranno cento mila cittadini e nessuno schiavo». Si veda C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, 1764, capitolo 26.

[264] Carmignani, ad esempio, partendo dalla premessa che la società civile si compone necessariamente di più famiglie, considerava l'ordine familiare costituito dal matrimonio da distinguersi in «da contrattarsi» e «già contrattato», e sosteneva che il primo veniva offeso dallo stupro, dal ratto e dall'incesto, il secondo dall'adulterio. Si veda G. Carmignani, *Elementi di diritto criminale*, vol. II, Milano, Sanvito Editore, 1863, in particolare al secondo capitolo. Il Puccioni, invece, affermava ancor più radicalmente che ogni offesa alla continenza pubblica si oppone al matrimonio già contratto e turba quello da contrattarsi. Cfr. G. Puccioni, *Il codice penale toscano illustrato*, cit., 253.

L'età delle codificazioni tardo-ottocentesche non fa che esplicitare una gerarchia assiologica consolidatasi già nel pensiero dei criminalisti di diritto comune e, non a caso, condivisa anche in molti altri ordinamenti[265], nella quale beni di categoria sovraindividuali quali la castità, il pudore sessuale e l'onore familiare prevalgono sui diritti personali di libertà ed autodeterminazione.

La sublimazione pubblicistica di interessi individuali di cui viene comunemente accusato il codice Rocco, dunque, non è altro che una conferma dell'impostazione preesistente, perlomeno con riguardo alle incriminazioni afferenti alla sessualità[266]. Come noto, infatti, il codice del 1930 pur attribuendo rilevanza – con cadenze sorprendentemente moderne – alla tutela della «libertà sessuale», collocava il capo ad essa dedicato all'interno del titolo «Dei delitti contro la moralità pubblica e il buon costume» (artt. 519-538)[267], come a

---

[265] Sulla coincidenza dei beni giuridici sovraindividuali tutelati dalla maggior parte degli ordinamenti europei, ancora sul finire del secolo scorso, si veda la panoramica realizzata da M. Bertolino, *Libertà sessuale e tutela penale*, Milano, Giuffré, 1993, 5 ss.

[266] Intravede questa continuità T. Padovani, *Pre-Art. 609*-bis *c.p. Commento ad Art. 1 l. 15 febbraio 1996, n. 66*, in A. Cadoppi (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, cit., 415 ss., in particolare, 417, dove osserva che «il Codice Rocco è stato eretto ad idolo polemico, quasi che la scelta del 30 rappresenti il frutto dell'ideologia fascista. In realtà la collocazione nel codice Rocco non risulta per nulla eccentrica rispetto alla tradizione giuridica italiana (e non solo italiana)». Adesivamente, sul punto, F. Coppi, *I reati sessuali e i reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù nella legislazione penale italiana*, in Id. (a cura di), *I reati sessuali. I reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali*, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 2007, 3 ss., in particolare 10, il quale nota che «la classificazione ha ben poco a che vedere con il fascismo, al quale vengono spesso con eccessiva disinvoltura attribuita la paternità di istituti e discipline che trovano invece la loro origine in matrici storiche più ampie, diffuse, complesse»; e G. Balbi, *Violenza sessuale*, in *Enc. Giur.*, Treccani, Roma, 1998, 1 ss.

[267] Non si vuole ripercorrere il dibattito sui significati attribuiti ai due estremi di questa (probabilmente endiadica) espressione, anche per via dello scarso rilievo che, nella dottrina contemporanea, viene attribuito agli interessi di categoria indicati dal codice del 1930, specie quelli dal sapore più anacronistico come quelli in questione. Limitandosi all'essenziale, a corredo del testo nel quale l'unico obiettivo è mettere in risalto un collegamento tra la natura sovraindividuale dei beni giuridici richiamati e la struttura delle fattispecie penali, si può ricordare che il concetto di "moralità pubblica" era interpretato dalla dottrina prevalente come «la coscienza etica di un popolo in un dato momento storico», limitatamente però solo alla sfera della sessualità (v. ad esempio, G. Maggiore, *Diritto penale*, II, t. I, 4ª ed., Bolo-

suggerire un godimento in chiave "funzionale" di tale libertà entro il rassicurante perimetro dei confini tracciati dal diritto e dal costume sociale[268].

Passando dalle scelte sistematiche alle singole disposizioni, va rilevato come l'intero impianto di entrambi i codici in materia di reati sessuali denoti ancora un forte legame tra la punizione della violenza carnale e le logiche che reggevano il precedente sistema di incriminazione graduale fondato su stupro semplice, stupro qualificato e stupro violento. Ciò vale anche per il codice Zanardelli che, pur recependo alcuni degli afflati liberali della sua epoca, mostra comunque inconfondibili segni del passato, come le attenuazioni di pena per i delitti sessuali commessi a danno di prostitute[269].

---

gna, Zanichelli, 1950, 541). Per "buon costume", invece, si intendeva il complesso delle abitudini di vita conformi alla convivenza civile nel campo della sessualità (v. M. Petrone, *Moralità pubblica e buon costume*, cit., 64). La dottrina, in modo concorde, riteneva che solo quest'ultimo fosse utile alla costruzione dogmatica delle figure di reato, mettendolo in relazione alle tre sottocategorie della libertà sessuale, del pudore e dell'onore sessuale (sul punto, G. Fiandaca, *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume. Profili penali, costituzionali e politico criminali*, Padova, Cedam, 1984). Proprio la configurabilità di un rapporto tra genere e specie tra il buon comune e la libertà sessuale è stata negli anni variamente contestata (si veda ad esempio, F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. I, 5ª ed., Milano, Giuffré, 1966, 372). La contraddizione era superata, nella relazione ministeriale, affermando che il legislatore intendeva la libertà sessuale come libera disposizione del proprio corpo nei rapporti sessuali, entro i limiti fissati dal diritto e dal costume sociale (cfr. *Relazione ministeriale sul progetto del codice penale*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, II, Roma, 1929). Trattasi, dunque, di contraddizione solo apparente, posto che nel codice Rocco «la sublimazione pubblicistica» è tipica «di tutti gli interessi protetti, nel senso che la loro tutela è concepita e atteggiata in funzione di un interesse preminente riferito allo stato etico, e cioè allo stato espressivo della totalità dei valori». Cfr. T. Padovani, *Pre-Art. 609-*bis *c.p. Commento ad Art. 1*, cit., 419. Su moralità pubblica e buon costume si vedano anche gli approfondimenti di M. Bertolino, *Libertà sessuale e tutela penale*, cit., 75-81.

[268] In maniera più omogenea rispetto al predecessore del 1889, il codice Rocco prevedeva un titolo (XI) relativo ai reati contro la famiglia, comprendendovi ad esempio adulterio, bigamia, incesto, concubinato e altre fattispecie.

[269] Per converso, in quanto vincolate ad una funzione ancor più pregnante, il codice prevedeva un'aggravante per lo stupro delle monache. In proposito, F. Manci, *Reati Sessuali. Violenza carnale, atti di libidine, corruzione di minorenni, ratto, lenocinio, azione penale*, Torino, F.lli Bocca, 1927, 304 ss. La previsione è condivisibilmente definita «avvilente», nonostante l'età del codice, da F. Coppi, *I reati sessuali e i reati di sfruttamento dei minori*, cit., 5.

L'illiceità di base del rapporto sessuale, ad esempio, era mantenuta quale fulcro della permanente repressione dell'adulterio[270], prevista dall'art. 353 del codice Zanardelli[271] e dall'art. 559 del codice Rocco[272]. Peraltro, quest'ultima disposizione, in linea con la precedente, poneva l'accento soprattutto sulla condotta della donna maritata, stabilendo al primo comma che «la moglie adultera è punita con la reclusione fino ad un anno» e, al secondo comma, che «con la stessa pena è punito il correo dell'adultera»: un'asimmetria gravida di significati, che ha costretto la dottrina ad interrogarsi lungamente sulla natura monosoggettiva o plurisoggettiva del delitto[273].

Se il codice Zanardelli sembrava aver spazzato via ogni residua traccia dello stupro qualificato, il codice Rocco, oltre che nella "intangibilità" riservata a taluni soggetti[274], ne recuperò un frammento con l'art. 526 c.p., rubricato «Promessa di matrimonio commessa da persona coniugata», a norma del quale «chiunque, con promessa di matrimonio, seduce una donna minore di età, inducendola in errore sul proprio stato di persona coniugata è punito con la reclusione da tre mesi a due anni. Vi è seduzione quando vi è stata congiunzione carnale»[275]. Il disvalore sembra appuntarsi più che altro sullo stato di persona coniugata dell'autore, poiché esso impedisce di "sanare" l'illecito con le nozze.

Da questo punto di vista, anacronistiche contaminazioni con il passato preilluministico si rinvengono anche all'art. 544 del codice

---

[270] Per quanto attiene alla evoluzione storica dell'incriminazione, G.D. Pisapia, *Delitti contro la famiglia*, Torino, Utet, 1953, 498 ss.

[271] Per qualche coordinata sul dibattito precedente all'approvazione del codice, nel quale diverse voci si alzarono in favore della depenalizzazione, v. A. Marongiu, *Adulterio*, cit., 623.

[272] Come noto, l'incriminazione è stata estromessa dal codice per mano della Corte Costituzionale che ne ha dichiarato a più riprese l'illegittimità costituzionale (v. Sent. 16-19 dicembre 1968, n. 126 [Gazz. Uff. 28 dicembre 1968, n. 329]; Sent. 27 novembre-3 dicembre 1969, n. 147 [Gazz. Uff. 10 dicembre 1969, n. 311]).

[273] La tesi del reato monosoggettivo è stata sostenuta ad esempio da B. Petrocelli, *Principi di diritto penale*, Napoli, Jovene, 1949, 233.

[274] Secondo T. Padovani, *Pre-Art. 609*-bis *c.p. Commento ad Art. 1*, cit., 423, sulla disciplina della sessualità di minori ed infermi di mente nel codice Rocco aleggerebbe, appunto, il fantasma dello stupro semplice.

[275] L'articolo è stato abrogato soltanto con la legge 15 febbraio 1996, n. 66.

del 1930, che prevedeva una causa di estinzione per i reati sessuali in caso di successivo matrimonio tra l'autore e la persona offesa[276]. La previsione appare senz'altro più in sintonia con l'impostazione fascista che con l'impronta liberale che avrebbe dovuto caratterizzare il codice Zanardelli, il quale prevedeva una disposizione di tenore molto simile all'art. 353[277]. La caparbia sopravvivenza dell'istituto chiarisce, una volta di più, che l'unica forma di consenso realmente presa in considerazione dalla legge rimane, come nell'epoca precedente, quella indirizzata verso il matrimonio. Lo stesso filo con la tradizione era riannodato anche dall'art. 587 c.p., il c.d. "delitto d'onore", che prevedeva la pena da 3 a 7 anni per l'uomo che uccideva la moglie «nell'atto in cui ne scopre la illegittima relazione carnale o nello stato d'ira determinato dall'offesa recata all'onor suo o della famiglia»[278].

Quanto all'incriminazione degli atti di libidine, presente in entrambi i codici, essa era coerente con la collocazione tra i reati contro il buon costume, che imponeva di punire tutti gli atti, ancorché

---

[276] L'articolo, che nel diverso caso di matrimonio intervenuto dopo la condanna prevedeva come conseguenza la cessazione degli effetti penali della sentenza, verrà poi abrogato soltanto nel 1981, con legge n. 441 (5 agosto).

[277] L'istituto sembra ben inserirsi nelle dinamiche dello Stato totalitario, che accordava prevalenza ad uno svolgimento ordinato della vita sociale e alla nascita di nuove famiglie in grado di generare giovani fascisti. Se alcuni Autori identificavano la *ratio* dell'istituto nel pentimento dell'agente, certificato dalle successive nozze, altri ritenevano che il fondamento della non punibilità fosse proprio «la necessità di assicurare l'ordinato, regolare, pacifico svolgimento dei rapporti tra coniugi, istituiti per effetto del matrimonio». Cfr. E. Contieri, *La congiunzione carnale violenta*, 2ª ed., Milano, Giuffré, 1967, 98. Al contrario, risulta più complesso giustificare la permanenza del matrimonio riparatore nel codice del 1889, periodo nel quale si era fatto della abolizione dello stupro semplice e delle connesse protezioni un simbolo della necessità di separare diritto e morale (v. *supra*, § 6). In questa prospettiva non è dunque forse casuale l'abbandono del riferimento all'ordine delle famiglie in favore del richiamo a concetti di stampo ancor più "collettivo" come quello della moralità pubblica.

[278] Anche in questo caso il legislatore è intervenuto solo nel 1981. In proposito, R. Guerrini, *L'abrogazione dell'art. 587 c.p.: la causa d'onore come elemento circostanziale*, in *Arch. pen.*, 1982, 526 ss. Per una più ampia ricostruzione storica delle fattispecie in parola, si veda, anche per ulteriori rinvii, S. Riondato, *Introduzione a «Famiglia» nel diritto penale italiano*, in Id. (a cura di), *Diritto penale della famiglia*, in P. Zatti (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, vol. IV, Milano, Giuffré, 2011, 3 ss., spec. 51 ss.

non penetrativi, che costituivano uno sfogo non autorizzato della *libido*[279].

Particolarmente significativa è anche la disciplina del ratto[280]. Pur consistendo in una privazione della libertà personale qualificata (dal fine di matrimonio o di libidine), in entrambe le codificazioni tali delitti presentavano connotati propri e un trattamento punitivo ingiustificatamente eccentrici rispetto al comune sequestro di persona.

Sul piano della struttura, a fronte della forma libera del sequestro di persona, l'azione tipizzata nel 1930 doveva estrinsecarsi secondo modalità violente, minacciose o ingannatorie. La descrizione delle condotte in termini di «sottrazione» e «ritenzione», già impiegata nel 1889, lascia intendere che il soggetto rapito veniva tutelato non tanto in rapporto alla propria libertà personale, quanto in rela-

---

[279] Cfr. L. Picotti, *Il delitto sessuale: da sfogo «non autorizzato» della libidine a «rapporto interpersonale» illecito. Spunti di riflessione sull'evoluzione e la riforma dei reati sessuali*, in A. Cadoppi (a cura di), *Commentario delle "Norme contro la violenza sessuale" (Legge 15 febbraio 1996, n. 66)*, cit., 419 ss., 420.

[280] Per comodità, anche in vista dei riferimenti successivi a specifici aspetti delle disposizioni, pare il caso di riportare qui di seguito il contenuto degli artt. 522, 523, 524, 525 del codice Rocco. Art. 522 (ratto a fine di matrimonio): «Chiunque, con violenza, minaccia o inganno, sottrae o ritiene, per fine di matrimonio, una donna non coniugata, è punito con la reclusione da uno a tre anni. Se il fatto è commesso in danno di una persona dell'uno o dell'altro sesso, non coniugata, maggiore degli anni quattordici e minore degli anni diciotto, la pena è della reclusione da due a cinque anni». Art. 523 c.p. (ratto a fini di libidine): «Chiunque, con violenza, minaccia o inganno, sottrae o ritiene, per fine di libidine un minore ovvero una donna maggiore di età, è punito con la reclusione da tre a cinque anni. La pena è aumentata se il fatto è commesso a danno di persona che non ha ancora compiuto gli anni diciotto ovvero di una donna coniugata». Art. 524 c.p. (ratto di persona minore degli anni quattordici o inferma, a fine di libidine o di matrimonio): «Le pene stabilite nei capoversi dei due articoli precedenti si applicano anche a chi commette il fatto ivi preveduto, senza violenza, minaccia o inganno, in danno di persona minore degli anni quattordici o malata di mente, o che non sia, comunque, in grado di resistergli, a cagione delle proprie condizioni d'inferiorità psichica o fisica, anche se questa è indipendente dal fatto del colpevole». Art. 525 c.p. (circostanze attenuanti): «Le pene stabilite nei tre articoli precedenti sono diminuite se il colpevole, prima della condanna, senza aver commesso alcun atto di libidine in danno della persona rapita, la restituisce spontaneamente in libertà, riconducendola alla casa donde la tolse o a quella della famiglia di lei, o collocandola in un altro luogo sicuro, a disposizione della famiglia stessa». Tutti gli articoli riportati sono stati abrogati soltanto con l'intervento della legge 15 febbraio 1996, n. 66. Per un commento della disciplina del ratto e delle problematiche interpretative si rimanda a A.A. Dalia, *Ratto (diritto vigente)* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffré, 1987, 743 ss.

zione alla potestà su di lui esercitata da altri in vista di aspetti essenziali per l'ordine familiare, come la scelta matrimoniale e una attività sessuale casta e ordinata[281].

Che l'obiettivo della disciplina fosse colpire la rottura di un vincolo potestativo è confermato dal trattamento sanzionatorio e, segnatamente, dal fatto che i massimi edittali erano largamente inferiori a quelli del sequestro di persona – il che induce a credere che le due incriminazioni non condividessero la tutela dello stesso interesse. Per tale conclusione depone anche il sistema delle circostanze, e in primo luogo, l'art. 523 c.p., che prevedeva una aggravante per i casi di ratto a fine di libidine di «donna coniugata»[282]. Anche la circostanza attenuante dell'art. 525 c.p. tradiva il substrato ideologico della disciplina del ratto, se si considera che essa non si basava semplicemente sulla restituzione spontanea in libertà della persona rapita da parte del colpevole, ma sul fatto di ricondurla «alla casa donde la tolse o a quella della famiglia di lei», o di collocarla «in un altro luogo sicuro, a disposizione della famiglia stessa», secondo le modalità tipiche di una vera e propria restituzione della cosa mobile sottratta al suo possessore[283].

La sintetica rassegna delle principali disposizioni dei codici penali postunitari mette in luce come, pur con alcune non del tutto trascurabili discrepanze tra loro, entrambi riannodino le proprie scelte legislative ai moduli della tradizione precedente. L'affievolimento ottocentesco dello stupro semplice non porta con sé un ripensamento della materia: lungi dal costituire una sfera di libertà, l'esercizio della sessualità femminile rimane vincolata a finalità politiche e può estrin-

---

[281] Cfr. T. Padovani, *Violenza carnale e tutela della libertà*, cit., 1308. I verbi "sottrarre" e "ritenere", con cui il codice esprimeva la rottura del vincolo che univa la persona rapita a chi ne aveva la potestà, richiamano alla mente schemi strettamente patrimoniali. Del resto, come si è visto, Ippolito Marsili paragonava il ratto alla rapina. V. *supra*, nota 210.

[282] Ragionando in termini di libertà personale e sessuale, il rapporto matrimoniale non esprimerebbe certo una particolare gravità del fatto dal momento che nubili e coniugati vengono lesi allo stesso modo dalla condotta di *raptus*. Tuttavia, in rapporto alla lesione della potestà esercitata sulla rapita la condizione della donna sposata non poteva non comportare un più intenso disvalore del fatto, dato che, all'emanazione del codice Rocco (e sino al 1975) la donna coniugata soggiaceva all'autorità maritale.

[283] Cfr. T. Padovani, *Violenza carnale e tutela della libertà*, cit., 1309.

secarsi soltanto in un contesto legittimo, rispettoso della soggezione all'autorità maritale o familiare e volto ad assicurare la procreazione. Più coerentemente che in passato, però, i legislatori inseriscono i reati sessuali in una sistematica codicistica che rende esplicito il legame con beni giuridici di natura sovraindividuale o pubblicistica.

Così facendo, si sana la già rimarcata contraddizione che contrassegnava il diritto premoderno, ma viene ad approfondirsi la frattura tra la riflessione liberale ottocentesca, incentrata sul consenso della donna, e la reale tutela giuridica perseguita con il reato di violenza carnale. Sulla donna e la sua autodeterminazione, infatti, non si focalizza alcuna protezione diretta, dal momento che la libertà sessuale, menzionata dal codice Rocco, incontra riconoscimento soltanto laddove si saldi con i soliti beni superiori del pudore, del buon costume, dell'ordine delle famiglie e della moralità pubblica. Alla stregua di un mero "interesse legittimo"[284].

Sotto questo profilo, l'intelaiatura originaria del codice Rocco evidenzia chiaramente come il reale contenuto offensivo del reato continui a gravitare attorno alla natura intrinsecamente illecita del rapporto sessuale[285]. Non a caso, ancorché non escluso espressamente dalla legge come in altri ordinamenti[286], lo stupro coniugale era considerato da dottrina e giurisprudenza una contraddizione in termini, proprio perché appariva inconcepibile che un rapporto le-

---

[284] L'espressione, particolarmente calzante, è di T. Padovani, *Pre-Art. 609*-bis *c.p. Commento ad Art. 1*, cit., 419.

[285] Cfr. T. Padovani, *Violenza carnale e tutela della libertà*, cit., 1306. Da questo punto di vista, pare significativa anche la disciplina della violenza carnale commessa a danno di minori d'età, diretta a tutelare la sua assoluta "intangibilità sessuale". In proposito, le considerazioni critiche di T. Padovani, *L'intangibilità del minore degli anni quattordici e l'irrilevanza dell'errore sull'età: una presunzione ragionevole ed una* fictio *assurda*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 429 ss.

[286] Le codificazioni di lingua tedesca ad esempio hanno, per lunga parte del secolo scorso, previsto espressamente il requisito che la congiunzione carnale fosse extramatrimoniale ("*ausserehelicher Beischlaf*"). Così il § 107 del codice penale tedesco e il § 125 del codice penale austriaco, sui quali E. Contieri, *La congiunzione carnale violenta*, cit. 52; e M. Bertolino, *La violenza sessuale tra presente e futuro*, cit., 383 ss., in particolare, 388-389. Simili previsioni caratterizzavano anche le giurisdizioni di *common law*, sulle quali, oltre ai riferimenti nel proseguo del lavoro (v. *infra*, III, § 2, 4, 10), si veda A. Szegö, *Quando lo stupro è legale: la "*marital rape exemption*"*, in A. Cadoppi (a cura di), *Commentario delle "Norme contro la violenza sessuale" (Legge 15 febbraio 1996, n. 66)*, cit., 443 ss.

gittimo, cui peraltro la donna era tenuta a sottostare, potesse assumere carattere di offensività in dipendenza esclusivo del mezzo – la violenza – impiegato per conseguirlo[287]. All'interno di questa impostazione, la costrizione ottenuta mediante la violenza fisica accentua la gravità dell'offesa, pur non modificandone il fondamento, poiché pone la donna nell'impossibilità di adempiere al suo dovere di difendere l'onore familiare di cui è portatrice[288]. La vittima è infatti considerata il primo custode degli interessi giuridici compromessi dalla relazione sessuale illecita, anche sulla scorta del falso mito per cui non sarebbe possibile violentare una donna che opponga resistenza[289]. Proprio perché le si prospetta di ledere beni di cui non può

[287] Per una puntuale illustrazione del dibattito sullo stupro maritale che, ancora negli anni Sessanta, impegnava la dottrina italiana, si rinvia allo studio di E. Contieri, *La congiunzione carnale violenta*, cit., 53-57. Due, in particolare, gli aspetti della disputa che colpiscono il lettore contemporaneo: da un lato, l'assoluta prevalenza degli Autori che ritenevano esclusa la rilevanza penale per via della scriminante dell'esercizio di un diritto (si schierano per la configurazione del reato solo lo stesso Contieri e l'Antolisei); dall'altro, la specificazione per cui ad essere coperta dall'esimente sarebbe solo l'«unione normale dei sessi», poiché la congiunzione «contro natura» esulerebbe dal fine e dai doveri del matrimonio. Riguardo al primo punto, va specificato che Enrico Contieri concordava sul fatto che il matrimonio desse diritto alla "copula", ma escludeva che il diritto si potesse far valere mediante violenza. Rispetto a questa impostazione si vedano anche le critiche di F. Lemme, *Libertà sessuale (delitti contro la)* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffré, 1974, 556-557. L'esenzione maritale è stata successivamente estromessa dal diritto vivente a partire dalla metà degli anni Settanta (v. *infra*, II, § 3).

[288] Indicativa in questo senso la previsione contenuta al n. 4 del comma 2 dell'art. 331 del codice Zanardelli, che estendeva la pena del primo comma (violenza carnale per costrizione) al caso di «chi si congiunge carnalmente con persona dell'uno o dell'altro sesso, la quale al momento del fatto (4) non sia in grado di resistere, per malattia di mente o di corpo o per altra causa indipendente dal fatto del colpevole, ovvero per effetto di mezzi fraudolenti da esso adoperati».

[289] Si veda in proposito, J. Bourke, *Stupro. Storia della violenza sessuale dal 1860 ad oggi*, cit., 26 ss., la quale menziona la comune immagine della spada che non può inserirsi in un fodero in movimento. Un esempio che era ben noto alla dottrina italiana di fine Ottocento. Il medico legale Ziino, in una voce relativa ai reati sessuali del *Digesto Italiano*, scriveva che la regina Elisabetta d'Inghilterra «ad una donna che muoveva doglianze di stupro, diceva essere impossibile l'introduzione della spada in un fodero, il quale si trovi in continuo movimento»; chiosando poi: «nulla di più rispondente a verità». Del resto, è praticamente impossibile pensare che la donna sia costretta al rapporto, specie se non è completamente sprovveduta: «come se donna adulta e sana di corpo e di mente, quando realmente voglia nol voglia e sia intatta, potesse da un sol uomo, sia pure di forze erculee, venire stuprata!». V. G. Ziino, *Stupro e attentati contro il pudore e il buon costume*, cit., 910.

disporre, alla donna è richiesto non solo di rifiutare nettamente il rapporto sessuale, ma anche di far constatare attivamente il proprio dissenso, spingendosi pure a lottare strenuamente quando si tratti di resistere ad una violenza fisica o ad una minaccia[290].

Costrizione violenta e resistenza sono, in definitiva, logicamente correlate; facce della stessa medaglia, poiché la previsione legale dell'una implica, in concreto, richiedere la sussistenza dell'altra per accertare il reato[291].

Complessivamente, l'assetto si rivela ben più penalizzante per le vittime di reati sessuali di quello invalso nell'*ancien régime*. Sottolineato come la tutela della libertà sessuale sia comunque mediata da un onere di resistenza, la differenza risiede nel fatto che nel diritto pre-ottocentesco la constatazione che la vittima non avesse subito una coazione sufficiente ad integrare lo stupro violento lasciava aperta la qualificazione del fatto come stupro semplice, rispetto al quale, come si è visto, il sistema delle presunzioni di seduzione preservava la donna dalla "chiamata in correità". Sotto il codice del 1930, invece, la rilevazione di una *vis haud ingrata puellis* o, ancora, di un semplice dissenso, rendono il fatto penalmente lecito, sempre che la vittima non sia sposata, nel qual caso la assenza di opposizione attiva la rende pure responsabile di adulterio[292]. Tali scenari applicativi indicano – una volta di più – come, disancorato dal contesto normativo originario, l'onere di resistenza costituisca un'evidente incongruenza[293].

---

[290] Coerentemente, peraltro, la giurisprudenza successiva al codice Rocco per l'integrazione del reato di violenza carnale seguitava a non accontentarsi di qualsiasi forma di violenza, ritenendo necessario che la vittima fosse sopraffatta da una forza fisica o una minaccia irresistibili, la c.d. "*vis atrox*", in grado di soverchiare anche la più fiera delle opposizioni. Sul concetto di "*vis atrox*" si ritornerà ampiamente nel prossimo capitolo (v. *infra*, II, §§ 2 e 3) e si rimanda dunque ai riferimenti bibliografici e giurisprudenziali ivi contenuti. Come osservato da G. Rizzelli, In has servandae integritatis custodias nulla libido inrumpet, cit., 198, il modello promosso si incarna in alcune figure femminili come Santa Maria Goretti, disposta – almeno nella versione del martirio ricostruita dai suoi agiografi – a sacrificare la propria vita pur di difendere il proprio onore e la propria castità, sebbene solo undicenne.

[291] L'interdipendenza tra le due sarà ancora più evidente alla luce dell'analisi della giurisprudenza statunitense, per la quale si veda *infra*, III, §§ 3, 4 e 5.

[292] Rileva il paradosso F. Mantovani, *Diritto penale. Parte Speciale. I delitti contro la libertà e l'intangibilità sessuale. Appendice ai delitti contro la persona*, Padova, Cedam, 1998, 4 (d'ora in avanti cit. come *Appendice*).

[293] *Ibidem*.

8. *L'affermarsi dell'approccio liberale e dell'autodeterminazione sessuale. La nuova centralità dello stupro tra i delitti sessuali e la messa in discussione psicosociale e criminologica dei miti*

Sia a livello culturale che, di riflesso, giuridico, la seconda metà del secolo scorso segna senz'altro un punto di svolta con riguardo agli argomenti oggetto di indagine.

Anzitutto, si assiste per la prima volta ad un reale arretramento del diritto penale dall'ambito delle interazioni sessuali. La promessa illuministica di rinunciare a incriminazioni dettate dalla morale (v. *supra*, § 6), in gran parte disattesa dalle codificazioni di fine Ottocento ed inizio Novecento (v. *supra*, § 7), diventa la bussola seguita dal diritto all'esito di un infuocato dibattito che vede prevalere le posizioni liberali[294]. Come noto, tuttavia, l'affermazione di un diritto penale finalmente laico[295] anche in relazione alla sfera sessuale ha ri-

[294] Appare emblematica di tale contrapposizione la famosa polemica sviluppatasi tra Lord Devlin e il noto filosofo del diritto Herbert Hart (sulla quale, si veda il chiaro resoconto di A. Cadoppi, *Moralità pubblica e buon costume*, cit., 190-191). Il primo aveva mosso aspre critiche al c.d. "Wolfenden Report", elaborato da una commissione inglese nel 1957 e particolarmente liberale sui temi dei reati relativi all'omosessualità e la prostituzione. Alle obiezioni conservatrici di Devlin, rispose nientemeno che lo studioso oxoniano, dando vita a quello che è considerato uno dei manifesti del liberalismo giuridico in materia di rapporti tra diritto penale e morale sessuale, ovvero H.L. Hart, *Law, liberty and morality*, Stanford, Stanford University Press, 1963. Il culmine delle indagini filosofiche in argomento si avrà poi qualche anno dopo con la nota opera in quattro volumi di J. Feinberg, *The moral limits of the criminal law*, Oxford, Oxford University Press, 1984-1988. Nell'Europa continentale il dibattito dottrinale è stato meno vibrante e ricco di spunti, con l'eccezione, almeno in Italia, del fondamentale lavoro di G. Fiandaca, *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume*, cit.

[295] La laicità è oggi considerata dalla dottrina, più che un principio vero e proprio, alla stregua di un «carattere» del diritto penale deducibile dalla Carta costituzionale. Cfr. S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 2ª ed., Bologna, Il Mulino, 2017, 261. Per uno sguardo dal respiro sistematico sui rapporti tra laicità e diritto penale, S. Moccia, *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1979; M. Romano, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 477 ss.; G. Fiandaca, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in Aa.Vv., *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, cit., vol. I, 167 ss.; e più di recente, S. Canestrari, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in E. Dolcini, C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., 139 ss., C.E. Paliero, *La laicità penale alla sfida del "secolo delle paure"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, n. 3, 1154 ss., nonché i contributi del volume di G. Balbi, A. Esposito (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale*, Torino,

chiesto un percorso piuttosto lungo, che ha impegnato ogni formante del diritto fino all'incirca alla fine del secolo[296].

Una pronuncia che si ritiene rappresentativa del mutamento culturale che ha attraversato la stagione che va dal Dopoguerra al nuovo millennio è *Lawrence v. Texas*[297], con la quale la Corte Suprema degli Stati Uniti, dichiarando incostituzionale sulla base del quattordicesimo emendamento le norme penali dello Stato del Texas che incriminavano la sodomia consensuale tra persone dello stesso sesso, ha reso illegittime le analoghe discipline ancora vigenti in diverse altre giurisdizioni americane. L'"*overruling*" rispetto al precedente *Bowers v. Hardwick*, nel quale era stata ritenuta costituzionale una analoga disciplina della Georgia[298], è stato motivato dalla Cor-

---

Giappichelli, 2011. Ancor più di recente, per un'analisi del valore attribuito alla laicità nella giurisprudenza della Corte costituzionale, anche in relazione a temi sessualmente connotati, come quello della prostituzione, la raccolta di scritti di A. Cadoppi, P. Veneziani, Fr. Mazzacuva (a cura di), *Laicità e diritto penale nella recente giurisprudenza costituzionale*, Bologna, Bononia University Press, 2022. Più in generale, sui rapporti tra diritto e laicità, in una sterminata letteratura, il volume interdisciplinare curato da S. Canestrari (a cura di), *Laicità e diritto*, Bologna, Bononia University Press, 2007. Come noto, recentemente, ripulito il sistema da incriminazioni squisitamente moralistiche relative alla sessualità e affievolitosi il ruolo del diritto penale in relazione alla tutela del sentimento religioso (su questo specifico aspetto, v. C. Visconti, *La tutela penale della religione nell'età post-secolare e il ruolo della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1029 ss.), il dibattito si è concentrato specialmente su questioni bioetiche, anche per via di una serie di casi scottanti. In proposito, anche con accenti eterogenei, ad esempio, E. Dolcini, *Embrione, pre-embrione, ootide: nodi interpretativi nella disciplina della procreazione medicalmente assistita (l. 19 febbraio 2004, n. 40)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 440 ss.; D. Pulitanò, *Laicità e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 55 ss.; L. Eusebi, *Laicità e dignità umana nel diritto penale (pena, elementi del reato, biogiuridica)*, in M. Bertolino, G. Forti (a cura di), *Scritti per Federico Stella*, vol. I, Napoli, Jovene, 2007, 163 ss.; L. Risicato, *Dal diritto di vivere al diritto di morire. Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, Giappichelli, 2008.

[296] Basti pensare, ad esempio, che nella stessa Germania talune incriminazioni di atti omosessuali consensuali sono resistite fino al 1994. Per tutti i riferimenti delle riforme susseguitesi in Germania alla ricerca di un diritto penale laico e liberale, si veda T. Hörnle, *Penal law and sexuality: recent reforms in German criminal law*, in *Buffalo Criminal Law Review*, 1999-2000, vol. 3, 639 ss., mentre per un affresco sui rapporti tra diritto e morale in tali riforme, C. Roxin, *Sui rapporti tra diritto e morale nella riforma penale tedesca*, in *Arch. pen.*, 1982, 28 ss.

[297] *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), in *supreme.justia.com.*

[298] *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986). Tra gli innumerevoli commenti alla sentenza, C. Millman, *Sodomy satutes and the Eighth Amendment*, in *Columbia Journal of Law and Social Problems*, 1988, vol. 21, 267 ss.

te attraverso un costante riferimento alla "*privacy* sessuale", intesa quale diritto dei cittadini a non subire intrusioni nelle scelte volontariamente prese in «camera da letto»[299].

È proprio questo lo spirito che contrassegna il periodo e che si pone come una decisa novità rispetto al passato. Come sintetizzato nella dottrina criminologica, «il vero peccato non è più esercitare la sessualità in modo contrario alle regole del costume e della morale», anche se «non è vero che regole etiche non esistano più». Piuttosto, «esse sono soltanto divenute diverse da quelle di tempi anche lontani». In questo senso, «la revisione delle scale di valori è stata così profonda da modificare e sconvolgere alla radice il costume sessuale». Infatti, «tutto ciò che attiene all'esercizio della sessualità è oggi percepito come lecito e rientrante nella sfera della discrezionalità dei singoli; il modo di vivere la propria sessualità viene ritenuto far parte del privato, non più meritevole di regolamentazione normativa». L'unico «peccato nel sesso è forse nella nostra cultura solo la violenza. E pertanto anche il delitto sessuale […] deve essere identificato solo quando la sessualità è esercitata contro la volontà altrui, violando la libertà sessuale, che è il bene fondamentale oggi da tutelarsi»[300].

Dietro all'arretramento del diritto penale laico e *liberale* dal delicato terreno della sessualità vi è, pertanto, l'affermarsi del principio di autodeterminazione, che postula il diritto di ognuno a controllare i confini della propria esperienza sessuale[301]. Il riconoscimento

[299] Queste le parole degli avvocati difensori che avevano sollevato la questione di costituzionalità della norma incriminatrice. Per una recentissima analisi sistematica del concetto di "*sexual privacy*" affermatosi proprio a partire dalla decisione *Lawrence*, e delle sue declinazioni, si vedano D.K. Citron, *Sexual Privacy*, in *Yale Law Journal*, 2019, 1895 ss.; Id., *Why sexual privacy matters for trust*, in *Washington University Law Review*, 2019, vol. 96, 1189 ss. Per alcune considerazioni sui contenuti della sentenza in lingua italiana, seppur da una prospettiva non del tutto coincidente con quella che qui interessa, M. Bianchi, *I confini della repressione penale della pornografia minorile. La tutela dell'immagine sessuale del minore tra esigenze di protezione e istanze di autonomia*, Torino, Giappichelli, 2019, 256 ss. Più in generale, sull'inquadramento dell'autodeterminazione come diritto alla *privacy* nell'esperienza statunitense, si vedano le chiare pagine di S. Tordini Cagli, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, Bologna University Press, 2008, 77 ss.

[300] G. Ponti, I. Merzagora, *Sessualità, cultura e delitto*, cit., 45.

[301] Così S.J. Schulhofer, *Unwanted sex*, cit., 15. L'Autore è considerato nel dibattito angloamericano il principale fautore della sistematizzazione del concetto di "*sexual autonomy*". Cfr., in tal senso, J. Herring, *Criminal Law. Text, Cases and Materials*, 7ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2016, 456.

della centralità della autonomia personale, tuttavia, implica che ad una maggiore tolleranza verso condotte consensuali, ancorché rifiutate da una certa morale, corrisponda una crescente repressione delle condotte non consensuali, delle quali si comincia a rimarcare l'offensività a prescindere dall'impiego della costrizione violenta. Si tratta di due tendenze all'apparenza divergenti, ma che a ben guardare si alimentano della stessa matrice liberale[302], che predica di fare della sessualità un ambito privo di interferenze provenienti sia dall'ordinamento giuridico ("*sexual privacy*") che da altri cittadini ("*sexual autonomy*")[303].

---

[302] In proposito, si veda il recente ed interessante volume di S.P. Green, *Criminalizing sex. A unified liberal theory*, New York, Oxford University Press, 2020, che nella prima parte ricostruisce in maniera assai convincente tali connessioni, per poi, nella seconda, provare ad offrire un quadro delle incriminazioni in materia sessuale coerente con un approccio liberale.

[303] La stessa parabola, a ben vedere, ha riguardato anche la pornografia. Da diverso tempo a questa parte, l'unica forma di pornografia che ha assunto rilievo nella dimensione penalistica è quella minorile (sulla quale, limitandosi alle opere monografiche, M. Helfer, *Sulla repressione della prostituzione e pornografia minorile. Una ricerca comparatistica*, Padova, Cedam, 2007; M. Bianchi, *I confini della repressione penale della pornografia minorile*, cit.). Le trasformazioni "*liberal*" avvenute tra la fine degli anni Sessanta ed il decennio successivo hanno definitivamente sdoganato la pornografia quale espressione di libertà sessuale, spogliandola della valenza trasgressiva e clandestina che ne aveva caratterizzato gli albori (per un approfondimento di questo processo, nonché per gli opportuni riferimenti bibliografici, nella dottrina internazionale, v. F. Attwood, *Mainstreaming sex: the sexualization of western culture*, Londra-New York, Tauris Accademic Studies, 2009). La "normalizzazione" all'interno della società ha proceduto di pari passo con la graduale legittimazione sul piano giuridico: in particolare, la problematica individuazione di un bene meritevole di tutela leso dalla circolazione di materiali pornografici – aspetto, peraltro, ancora oggi fortemente contestato – ha costituito l'appiglio decisivo per l'arretramento penalistico. Tradizionalmente la pornografia, nelle sue varie forme, era ricondotta alla fattispecie che incriminava pubblicazioni e spettacoli osceni, contenuta all'art. 528 c.p e colpita dalla depenalizzazione operata dal d.lgs. n. 8/2016 (anche se, ben prima di tale intervento, tuttavia, l'applicazione della norma era stata ampiamente ridimensionata da alcune pronunce della Corte Costituzionale e, in particolare, dalla sentenza n. 368 del 27 luglio 1992). Del resto, era da tempo che la dottrina italiana lamentava l'inafferrabilità del bene giuridico sotteso a tale fattispecie (e a quelle topograficamente "contigue" nel codice), da individuare in una astratta tutela della moralità pubblica e del buon costume. Sul tema, G. Fiandaca, *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume*, cit., *passim*; A. Cadoppi, (voce) *Moralità pubblica e buon costume*, cit., 187 ss. Perplessità dello stesso tenore sono state sollevate anche con riguardo alle fattispecie di commercio, distribuzione, divulgazione diffusione, pubblicizzazione, offerta e cessione di mate-

Alla luce del nuovo assetto assiologico, che ovviamente rinnega le precedenti ricostruzioni in senso patrimoniale-familiare della sessualità femminile, la lesione che caratterizza lo stupro non deriverebbe dall'impiego di una condotta violenta, ma dalla intrusione indesiderata nella sfera sessuale. Per spiegare questa inversione di prospettive, la dottrina angloamericana ha fatto spesso riferimento alla violenza sessuale commessa su persona in stato di incoscienza[304]. In tali ipotesi, l'atto non è vietato in quanto *violento*, pur essendo comunque ravvisabili aspetti in un certo senso "violenti"[305], piuttosto perché l'autore sfrutta una situazione di incapacità della vittima, violando il suo diritto a controllare ogni forma di accesso al suo corpo[306].

---

riale pedopornografico di cui all'art. 600-*ter* (v., ad esempio, V. Zeno Zencovich, *Il corpo del reato: pornografia minorile, libertà di pensiero e cultura giuridica*, in *Politica del diritto*, 1998, 642 ss.), nonché, in misura ancora maggiore, relativamente alla mera detenzione del materiale pedopornografico e alla pedopornografia virtuale. Se in relazione alle condotte elencate dall'art. 600-*ter* è possibile rinvenire un oggetto di tutela "afferrabile" (v. M. Mantovani, *Novità e irrazionalità della riforma in tema di pedopornografia minorile*, in G. Insolera [a cura di], *La legislazione penale compulsiva*, Padova, Cedam, 2006, 156), ciò appare decisamente più difficile con riguardo agli artt. 600-*quater* e 600-*quater1*. In proposito, G. Cocco, *Può costituire reato la detenzione di pornografia minorile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 863 ss.

Nell'ultimo lustro, questa tendenza ha fatto registrare una netta inversione nella gran parte degli ordinamenti giuridici. Il diritto penale è tornato ad interessarsi di materiali pornografici raffiguranti soggetti adulti e consenzienti alla loro creazione, ma secondo una prospettiva del tutto nuova, ovvero quella dell'assenza di consenso alla loro diffusione, fenomeno che nel dibattito pubblico viene individuato col controverso neologismo, "*revenge porn*" (in proposito, sia consentito il rinvio a G.M. Caletti, *Libertà e riservatezza sessuale all'epoca di* Internet. *L'art. 612*-ter *c.p. e l'incriminazione della pornografia non consensuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 2045 ss.).

[304] Negli Stati Uniti, S.J. Schulhofer, *Taking sexual autonomy seriously: rape law and beyond*, in *Law and Philosophy*, 1992, vol. 11, 1-2, 35 ss., in particolare 68; in Inghilterra, J. Gardner, S. Shute, *The wrongness of rape*, in J. Horder (a cura di), *Oxford essays in jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 2000, 193 ss., in particolare 205 ss.

[305] Come si è già accennato (v. *supra*, nota 16) e come meglio si vedrà in altre parti dell'indagine, nel dibattito femminista è stata a lungo prevalente il punto di vista per cui lo stupro sarebbe un crimine violento. In un momento più maturo della riflessione, si è detto che tale violenza sarebbe presente ogniqualvolta non vi sia il consenso all'atto sessuale, ma nello sviluppo del dibattito sulla violenza sessuale la tesi del *"rape as a violence"* ha, soprattutto negli Stati Uniti, portato a concentrarsi per molti anni sulla violenza quale elemento fondamentale della fattispecie (v. *infra*, III, §§ 4, 6).

[306] Cfr. S.J. Schulhofer, *Taking sexual autonomy seriously*, cit. 68. Per ulteriori considerazioni in merito, si veda *infra*, II, § 8.1.

Il principio di autodeterminazione[307], anche nella sua declinazione sessuale, richiede che vi sia una capacità interna di prendere decisioni mature e razionali e una libertà esterna rispetto a pressioni e costringimenti illeciti[308], ma altresì una terza dimensione "corporea", poiché l'esperienza sessuale annulla i confini tra due corpi[309].

L'autonomia sessuale è inoltre intesa come un concetto "a due facce", poiché consisterebbe sia nella libertà da attività sessuali indesiderate sia nella libertà di avere un rapporto intimo desiderato con un'altra persona anch'essa consenziente[310], a prescindere da considerazioni morali sull'atto o sulla sua natura. Una regolamentazione dell'autodeterminazione sessuale, di conseguenza, non può che fissare nella consensualità dell'interazione l'unico discrimine per stabilire l'eventuale rilevanza penale di talune condotte[311].

Non è dunque casuale che, nel corso della seconda parte del Novecento, con il deciso cambiamento di rotta descritto[312], lo stupro sia «passato da un relativo silenzio a una chiassosa visibilità» e il delitto sia divenuto quanto mai presente «nelle inchieste di polizia, nei

---

[307] Sul quale, nella dottrina italiana, per tutti, S. Tordini Cagli, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, cit., spec. 49 ss. e 143 ss., anche per una sottolineatura dei rapporti del principio con un approccio laico e liberale alla materia penale.

[308] Cfr. S.J. Schulhofer, *Unwanted sex*, cit., 111.

[309] *Ibidem*. Per una critica in merito alla relativa importanza che tale impostazione darebbe alla dimensione corporea, invece, V. Tadros, *Rape without consent*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2006, vol. 26, 515 ss.

[310] Cfr. S.H. Kadish, S.J. Schulhofer, C.S. Steiker, R.E. Barkow, *Criminal Law and its Processes*, cit., 383. La distinzione tra libertà sessuale "negativa" e "positiva" è da tempo nota anche alla dottrina italiana. Cfr., per tutti, N. Bobbio, *Libertà* (voce), cit., e per un recepimento nella letteratura penalistica, G., Fiandaca, *Violenza sessuale* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffré, 1993, 953 ss., in particolare 954-955.

[311] Per alcune considerazioni in relazione alla centralità del consenso, V.E. Munro, *Sexual autonomy*, in M. Dubber, T. Hörnle (a cura di), *The Oxford handbook of criminal law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 742 ss., in particolare 765 ss. Le critiche dell'Autrice, in particolare in merito alla natura binaria del consenso, ben riassumono la tensione tra l'impostazione liberale basata su autodeterminazione, libera scelta, consenso e la riflessione femminista. Maggiori approfondimenti in merito si trovano *infra*, III, § 6.

[312] Nonostante tale "rivoluzione sociale", lo stupro è rimasto un fenomeno assai diffuso nella società. Su questa tendenza per certi versi paradossale, P. Smith, *Social revolution and the persistance of rape*, in K. Burgess-Jackson (a cura di), *A most detestable crime. New philosphical essays on rape*, cit., 32 ss.

resoconti giudiziari, negli articoli di giornale, nell'effettività dell'opinione pubblica»[313], ma anche nelle opere cinematografiche[314]. La stessa figura dello stupratore, abbandonati i paradigmi deresponsabilizzanti di inizio secolo[315], fa la sua apparizione sulla scena degli studi criminologici e si affianca, quanto a gravità, a quella dell'omicida nella percezione dell'opinione pubblica[316].

In una prima fase, tuttavia, la raffigurazione del delitto è stata strettamente legata al paradigma del c.d. "*stranger rape*", ovvero la violenza sessuale commessa da uno sconosciuto che costringe la donna a sottostare ad un rapporto sessuale attraverso la violenza fisica, l'utilizzo di un'arma o altre forme di minaccia[317]. Al contrario, le interazioni sessuali prive di consenso, ma avvenute con un conoscente (c.d. "*acquaintance rape*") o persino nell'ambito di un

---

[313] Citazione tratta da G. Vigarello, *Storia della violenza* sessuale, cit., 9. Similmente, J. Bourke, *Stupro. Storia della violenza sessuale dal 1860 ad oggi*, cit., 15: «I giornali descrivono sempre più spesso terribili aggressioni sessuali. Collocate originariamente ai margini della stampa quotidiana, le storie di stupro e di aggressione hanno pian piano conquistato un posto centrale nei reportage a partire dagli anni Ottanta».

[314] È curiosa la rilevazione della ricerca condotta da Joanna Bourke, secondo la quale un film americano su otto rappresenta una scena di stupro. V. *ibidem*. Alle nuove percezioni ha senz'altro contribuito non solo il venir meno del sostegno ideologico alle pratiche violente, ma anche il benessere economico, che ha reso più indipendenti le donne, mettendole nella possibilità di emanciparsi da partner violenti. Inoltre, l'acquisizione di un ruolo sociale più centrale da parte della figura femminile ha favorito sia i *backlash* di cui si è detto (v. *supra*, § 1), che un clima di minor legittimazione sociale della violenza sulle donne. Su tutti questi aspetti, le interessanti considerazioni di C. Volpato, *Le radici psicologiche e culturali della violenza contro le donne*, cit., *passim*.

[315] Secondo Foucault, come per tanti altri settori, tra la fine del XIX secolo e l'inizio del XX, la definizione della "normalità" sessuale viene rimessa ai medici. In questa prospettiva lo stupro è stato a lungo visto come un comportamento patologico, e quindi attraverso logiche deresponsabilizzanti per l'autore e per l'ambiente. Cfr. M. Foucault, *Storia della sessualità*, vol. I, *La volontà di sapere*, tr. it. di P. Pasquino e G. Procacci, Milano, Feltrinelli, 1984, 32.

[316] Nella criminologia italiana, cfr. T. Delogu, M.C. Giannini, *L'indice di criminalità di Sellin e Wolfgang nella teoria generale della misurazione di gravità dei reati*, Milano, Giuffré, 1982.

[317] Sulla distinzione tra "*stranger rape*" e "*acquaintance rape*", M.T. Gordon, S. Roger, *The female fear: the social cost of rape*, Champaign, University of Illinois Press, 1991, in particolare 26-28 e 32-36. Le autrici sottolineano anche che, mentre il primo assorbe l'idea di stupro nell'immaginario collettivo, è il secondo ad essere sicuramente il più diffuso, ricorrendo almeno nel 60% dei casi.

appuntamento o di una relazione stabile (c.d. "*date rape*")[318], sono state a lungo considerate estranee alla categoria dello stupro, per lo meno del *vero* stupro («*real rape*»)[319].

Si vedrà meglio nel proseguo, in particolare in relazione all'esperienza statunitense, quanto questa distinzione abbia influito nella prassi giudiziaria a mantenere circoscritta ai casi di violenza bruta la nozione di stupro penalmente rilevante, anche a fronte di tentativi normativi di segno contrario (v. *infra*, III). Essa ha contribuito anche alla resistenza del dogma della costrizione violenta, rinforzando nell'immaginario collettivo l'idea che lo stupro sia commesso soltanto dallo sconosciuto che, come dicono negli Stati Uniti, «sbuca fuori dai cespugli»[320] e usa violenza sulla vittima, con l'effetto parallelo di deresponsabilizzare tutte le altre forme di abuso[321]. Anche in que-

---

[318] Come osserva sarcasticamente Joanna Bourke, gli stupratori del Novecento cercano di ammantare di un'aura di romanticismo la violenza sessuale: «è tipico che uno stupratore del XX secolo si prenda il disturbo di riportare a casa in macchina la vittima lasciandola educatamente sulla soglia di casa». V. J. Bourke, *Stupro. Storia della violenza sessuale dal 1860 ad oggi*, cit., 15-16.

[319] Questa la tesi che percorre tutto il libro di Susan Estrich, *Real rape*, cit., una delle pietre miliari nella letteratura giuridica americana in argomento. L'Autrice, che peraltro inizia il volume raccontando lo stupro subito da parte di uno sconosciuto quando era giovanissima, prova a dimostrare, attraverso uno studio sistematico della giurisprudenza, come le Corti non siano riuscite per lungo tempo a prescindere da questa distinzione e, in particolare, a considerare a tutti gli effetti *rape* anche quello realizzato da conoscenti. Il tema e la ricerca di Estrich saranno meglio ripresi nel capitolo III.

[320] L'espressione «*stranger jumping from the bushes*» si deve a C.E. LeGrand, *Rape and rape laws: sexism in society and Law*, in *California Law Review*, 1973, 919 ss., in particolare 926, ove si legge «*rape laws, and legal discussions of those laws, are also shaped by the fear of the stereotypical maniac rapist who leaps from the bush with knife in hand*» (traducibile come «le leggi sullo stupro, e le discussioni su tali leggi, sono influenzate dalla paura dello stereotipo del maniaco stupratore che balza dal cespuglio con il coltello in mano»). Il modo di dire ricorre anche in S. Estrich, *Real rape*, cit., 8 (ma impiegata pure in altre parti del libro), che la utilizza per sostenere che solo questo tipo di autore è stato a lungo l'unico vero stupratore (v. anche l'ultima nota sopra). L'espressione è stata poi ripresa, tra gli altri, anche da una già menzionata ricerca empirica inglese volta a dimostrare come la concezione dello "*stranger rape*" quale unica forma di "*real rape*" fosse ancora applicata dalle giurie. Cfr. L. Ellison, V.E. Munro, *A stranger in the bushes, or an elephant in the room*, cit.

[321] Molti studi hanno evidenziato l'esistenza di un'inversione nel rapporto tra vittima ed aggressore e la conseguente attribuzione della colpa alla vittima più che all'autore. Più familiare è il colpevole e meno la sua azione tende ad essere conside-

sto caso, avendo alle spalle un percorso fatto di stereotipi e falsi miti, non è difficile riannodare la matrice culturale della distinzione al mito greco, e nella specie alla diversa sensibilità con la quale si guardava alla seduzione violenta, considerata del tutto naturale nei casi di unione plausibile, e lo stupro violento del nemico straniero o del tiranno, considerato un grave atto di *hybris* (v. *supra*, § 2).

Ad ogni modo, la dottrina femminista ha lavorato per tutta la seconda metà dello scorso secolo ad una «sistematica decostruzione» di questo come di altri stereotipi[322]. Non è possibile, in questa fase del lavoro, avventurarsi nei complessi meandri interni al movimento femminista e nell'analisi di genere, che peraltro in taluni casi potrebbero minare in radice la stessa finalità dell'indagine[323]. Un quadro, per quanto non esaustivo, verrà realizzato nella terza parte dell'indagine, contestualizzando la riflessione femminista nell'ambito dell'evoluzione del diritto americano (v. *infra*, III, spec. §§ 4, 6, 7). Nondimeno, si può sin d'ora rilevare come tale riflessione, avviata proprio dall'individuazione dei "*rape myths*", abbia dato un impulso fondamentale a vari settori disciplinari, e in particolare quelli

---

rata una violazione dei diritti e della salute psicologica della vittima e maggiore è ritenuta la probabilità che la situazione sia scaturita da un malinteso. In questo senso, le donne stuprate da conoscenti sono ritenute maggiormente responsabili dell'accaduto. Cfr. S. Ben-David, O. Schneider, *Rape perceptions, gender role attitudes, and victim perpetrator acquaintance*, in *Sex Roles*, 2005, vol. 53, 385 ss. Ciò risponde, in fondo, a concezioni sessiste dei rapporti sessuali. Come già riportato altrove, il sessismo "benevolo" protegge le donne che si sono attenute alle regole di genere, di talché risulta incolpevole colei che viene violentata da un perfetto sconosciuto nel parcheggio di un supermercato; quello "ostile" invece punisce le donne che hanno tradito le aspettative di ruolo, magari bevendo alcol, accettando un passaggio a casa o di appartarsi con un uomo (v. *supra*, § 1).

[322] Cfr. J. Bourke, *Stupro. Storia della violenza sessuale dal 1860 ad oggi*, cit., 45 ss. Uno dei primi testi a far luce sull'argomento è il decisivo volume di S. Brownmiller, *Contro la nostra volontà*, cit., come si vedrà (v. *infra*, III, § 4 e 6).

[323] È nota la provocazione femminista secondo la quale, in una società ancora di stampo patriarcale, sarebbe difficile ipotizzare forme di sessualità autenticamente consensuali. La tesi, qui ridotta veramente al postulato essenziale, va a minare logicamente i presupposti di una ricerca diretta a rielaborare la definizione di violenza sessuale che ne sposti il baricentro dall'uso della forza fisica al consenso della vittima. Tale posizione sarà meglio affrontata e precisata nel proseguo dell'indagine, in particolare laddove si proverà a fissare alcuni punti fermi in tema di consenso (v. *infra*, III, §§ 6 e 7). Nel frattempo, per un'articolazione di questa critica all'interno del femminismo radicale, si rimanda a C. MacKinnon, *Feminism, Marxism, Method and the State: toward a feminist jurisprudence*, cit., 647.

delle scienze psicosociali e criminologiche, per enucleare, approfondire empiricamente e mettere in discussione tali miti[324].

In una dimensione legislativa e politico-criminale come quella nella quale si sta ancora muovendo il discorso, i profili che interessano maggiormente sono due: la pretesa istintività della resistenza e il pericolo delle false denunce.

Quanto al primo tema, non vi è bisogno di ripercorrere ciò che si è già ripetuto più volte. Nella concezione tradizionale, la resistenza è richiesta alla donna per proteggere beni giuridici sovraindividuali: se è assente, o quantomeno non sufficiente, significa che ha acconsentito al rapporto ed è complice della relazione sessuale illecita. In realtà, diversi studi della seconda metà del Novecento hanno evidenziato come, a livello empirico, una reazione assolutamente comune ad un inatteso costringimento sessuale da parte di una donna consista in una sorta di "congelamento". Si è parlato ad esempio di "immobilità tonica"[325], alludendo al fatto che, come altre specie animali, anche agli umani può capitare in situazioni altamente coartanti che vi sia un blocco totale del riflesso motorio, e, come conseguenza, di «*rape trauma syndrome*», mettendo in risalto gli effetti psicologici sulle vittime che, per paura di subire conseguenze peggiori o ritenendola superflua, si sono consegnate inermi senza opporre resistenza[326].

---

[324] Per una trattazione sistematica dei quali in chiave femminista si vedano K.E. Edwards, M.D. Macleod, *The reality and myths of rape: implications for the criminal justice system*, in *Expert Evidence*, 1999, vol. 7, 37 ss.

[325] Essa consiste in un blocco dei movimenti corporei, nell'incapacità di urlare, in una chiusura degli occhi, tremori diffusi su tutto il corpo, e in una riduzione della frequenza dei battiti cardiaci con contemporaneo incremento della temperatura corporea e della frequenza respiratoria. Si ha perciò una perdita delle energie, sia fisiche che psichiche, necessarie a opporre una resistenza fisicamente apprezzabile all'aggressione sessuale. In argomento, nella letteratura di settore, B.P. Marx, J.P. Forsyth, G.G. Gallup, T. Fusé, J.M. Lexington, *Tonic immobility as an evolved predator defense: implications for sexual assault survivors*, in *Clinical Psychology Science and Practice*, 2008, vol. 15, 74 ss. Per una valorizzazione in seno alla scienza penalistica, si veda ad esempio B. Hermann-Kolb, *Die Systematik der sexuellen Gewalt- und Missbrauchdelikte nach den Reformen 1997, 1998 und 2004*, Frankfurt, Peter Lang, 2005, 17.

[326] La «*rape trauma syndrome*» è un *post-traumatic stress disorder* conseguenza della violenza sessuale. Il termine è stato coniato da A. Wolbert Burgess, I. Lytle Holmstrom, *Rape trauma syndrome*, in *American Journal of Psychiatry*, 1974, 131 ss., nell'ambito di uno studio condotto su numerose vittime che si erano sottomesse agli atti sessuali sgraditi pur di evitare conseguenze ulteriori. La sindro-

La risposta passiva all'aggressione sessuale è spiegata anche come meccanismo autodifensivo di isolamento psicologico: una sorta di "dissociazione" mente-corpo proiettata a contenere l'intensità, almeno nell'immediato, del trauma[327]. È come se, in altre parole, la vittima si dissociasse dal proprio corpo durante lo stupro, divenendo un osservatore esterno della scena, come raccontato, per esempio, da alcune delle protagoniste dei casi illustrati nell'introduzione[328]. La strategia funziona per qualche tempo, ma poi lo "spirito" deve ricongiungersi al corpo, imponendo alla persona di fare i conti anche a livello psicologico con ciò che, inizialmente, solo il corpo ha subito[329].

Certamente la resistenza fisica esercitata al momento della coercizione aumenta le possibilità di riconoscimento dello stupro da parte dell'autore più della resistenza verbale[330]. Tuttavia, è ormai risaputo che le possibilità di evitare un'aggressione sessuale non dipendono dal grado di resistenza della vittima, ma dalle caratteristiche dell'aggressore[331]. In definitiva, gli uomini hanno per secoli preteso dalle donne una reazione ad una aggressione di tipo prettamente maschile[332], senza però che essa fosse realmente deterrente.

Anche che le donne siano di frequente portate a mentire, per rimpianto o per desiderio di vendetta, è un *topos* che non ha trovato riscontri dal punto di vista empirico[333]. Un'indagine tra le più estese

---

me è stata annoverata dagli autori anche quale causa che in molti casi può spiegare la tardività delle denunce, poiché chi è colpito dalla sindrome traumatica è portato a non denunciare l'episodio.

[327] Tra i punti di riferimento della letteratura scientifica in argomento il volume del neurofisiologo, S.W. Porges, *La teoria polivagale. Fondamenti neurofisiologici delle emozioni, dell'attaccamento, della comunicazione e dell'autoregolazione*, Roma, Fioriti Editore, 2014, ove si possono apprezzare spiegazioni neuroscientifiche sulle reazioni della persona in situazioni di pericolo.

[328] S.H. Pillsbury, *Crimes against the heart: recognizing the wrongs of forced sex*, in *Loyola at Los Angeles Law Review*, 2002, vol. 35, 845 ss., in particolare 893.

[329] *Ibidem*. Ma vedi anche *supra*, nota 326.

[330] Cfr. S. Osman, C.M. Davis, *Belief in toke resistance and type of resistance as predictors of men's perception of date rape*, in *Journal of Sex Education and Therapy*, 1999, vol. 24, 189 ss.

[331] Cfr. M.P. Koss, *The hidden rape victim: personality, attitudinal, and situational characteristics*, in *Psychology of Women Quarterly*, 1985, vol. 9, 193 ss.

[332] Lo rileva con grande lucidità ancora S. Estrich, *Real rape*, cit., 60.

[333] Una spiegazione della tenacia di tale falso mito è offerta da D. Kennedy, *Sexual abuse, sexy dressing and the eroticization of domination*, in *New England Law Review*, 1992, vol. 26, 1309 ss., in particolare 1322-23, dove spiega che l'esi-

tra quelle realizzate, ad esempio, ha stimato che in Inghilterra e Galles tra il 2005 e il 2006 la percentuale di falsi abusi era pari al 2% degli stupri denunciati[334]. Si tratta di una soglia senz'altro sotto controllo, che si presta ad essere ampiamente gestita (e smascherata) in sede giudiziaria, di talché il timore delle false denunce non sembra a tal punto fondato da rendere imprescindibile il requisito della violenza fisica al fine di prevenire errori di valutazione.

Il problema è semmai di segno opposto, atteso che da sempre la dottrina femminista guarda con preoccupazione ai "tassi di condanna" (c.d. "*conviction rates*"), che in relazione allo stupro continuano a risultare spaventosamente bassi, indicando ancora la deprecabile sopravvivenza di molti "*rape myths*"[335]. Da tempo, inoltre, è

---

stenza dello "*shrew myth*" (ovvero il "mito della bisbetica" che denuncia falsamente) aiuta la società a considerare gli stupri come eventi rari. Kennedy osserva che la rarità è importante perché se i casi non sono rari, è difficile sostenere l'idea che siano "anormali" e "patologici" ed è difficile sostenere l'idea che non giochino un ruolo strutturale significativo nelle relazioni tra uomini e donne "normali".

[334] Cfr. A. Walker, C, Kershaw, S. Nicholas, *Crime in England and Wales 2005/2006*, Home Office Statistical Bulletin, 2006, disponibile su *www.homeoffice.gov.uk*. Per statistiche in costante aggiornamento si veda il sito del RAINN (*Rape, Abuse & Incest National Network*), al sito internet https://www.rainn.org/statistics/criminal-justice-system

[335] Cfr., ad esempio, W. Larcombe, *Falling rape conviction rates: (some) feminist aims and measures for rape law*, in *Feminist Legal Studies*, 2011, vol. 19, 27 ss. Le motivazioni sono molteplici e non è certo questa la sede per tracciarne un quadro esaustivo, per il quale si rimanda a J. Temkin, B. Krahé, *Sexual assault and the justice gap: a question of attitude*, Oxford, Hart, 2008, nonché a K.A. Lonsway, J. Archambault, *The "justice gap" for sexual assault cases: future directions for research and reform*, in *Violence Against Women,* 2012, vol. 18, 145 ss., che analizzano l'intero *iter* processuale alla ricerca delle cause dello scarso tasso di condanne. Tuttavia, preme qui segnalare come la letteratura angloamericana si sia concentrata anche su aspetti problematici che da noi costituiscono oggetto di minor approfondimento. Da una parte, la presenza della giuria popolare nei processi per stupro ha indotto ad interrogarsi maggiormente su pregiudizi, stereotipi e precomprensione dei fatti, poiché, come preventivabile, la decisione basata sul verdetto di una giuria popolare è maggiormente esposta ad essere influenzata dai miti dello stupro (v., ad es., con riguardo al profilo della attribuzione di colpe nel caso in cui la vittima abbia fatto uso di alcolici, E. Finch, V.E. Munro, *Juror stereotypes and blame attribution in rape cases involving intoxicants: the findings of a pilot study*, in *British Journal of Criminology*, 2005, vol. 45, 25 ss.; mentre sul peso nel giudizio di una preesistente relazione tra le parti, L. Ellison, V.E. Munro, *Better the devil you know? "Real rape" stereotypes and the relevance of a previous relationship in (mock) juror deliberations*, in *International Journal of Evidence & Proof*, 2013, vol. 12, 299 ss.), rispetto a quella

stata messa in evidenza la c.d. "cifra oscura" che riguarda i delitti sessuali, che vengono portati all'attenzione delle autorità soltanto in un numero – in proporzione – assai limitato di casi[336], che anche da-

---

emessa da giudici togati, anche se, come noto, non mancano eccezioni alla regola (v. *infra*, § 10). Dall'altra, la spiccata attenzione degli studiosi angloamericani per il "*law enforcement*", cioè l'effettiva applicazione della legge, che non si limita alla fase giurisdizionale, ma esplora spesso anche quelle precedenti, ha portato ad approfondire anche il rapporto tra vittima denunciante e polizia, evidenziando talvolta delle criticità, prevalentemente dettate, anche in questo caso, dall'adesione a stereotipi di genere e a scarsa sensibilità. Tra i contributi inglesi più recenti in materia criminologica, J. Lovett, G. Hales, L. Kelly, A. Khan, M. Hardiman, L. Trott, *What can we learn from police data about timeliness in rape and serious sexual offence investigations in England and Wales?*, in *International Criminology*, 2022, vol. 2, 286 ss., anche per ulteriori riferimenti bibliografici. Più in generale, sulle possibili strategie per implementare denunce e condanne penali, C. Withey, *Female rape–an ongoing concern: strategies for improving reporting and conviction levels*, in *Journal of Criminal Law*, 2007, vol. 70, 54 ss.

[336] Per una base statistica dalla quale trarre spunti per una riflessione, utile anche per il riferimento a dati statunitensi, si veda il lavoro di E. Arcidiacono, R. Selmini, *Le denunce per violenza sessuale in Europa e negli Usa: alcuni spunti di riflessione*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 2014, vol. 37, n. 1, 5 ss. Non è semplice farsi un'idea precisa della quantità di casi "sommersi", ma un dato rimane costante nella storia recente come in quella meno recente: la maggioranza degli atti di violenza sessuale non viene né denunciata né registrata. In Gran Bretagna, secondo un sondaggio Gallup del 2000, circa il 25% di quanti dichiarano di essere stati vittime di abusi sessuali o di sapere di aggressioni sessuali nella propria famiglia non si è rivolto alla polizia (J. Bourke, *Stupro. Storia della violenza sessuale dal 1860 ad oggi*, cit., 17). In Italia, l'indagine condotta nel 2006 ad opera dell'Istat, mediante il metodo dell'intervista telefonica, presso oltre 25.000 donne fra i sedici e i settant'anni, rivela che nel nostro Paese sono rimaste prive di denuncia il 91,6% delle violenze sessuali e il 94,2% delle tentate violenze subite dalle donne lungo la vita (L. Goisis, *La violenza sessuale: profili storici e criminologici*, cit., 7). Tuttavia, per una critica delle modalità con cui tali statistiche vengono raccolte, R. Kölbel, "*Progressive" criminalization? A sociological and criminological analysis based on the German "no means no" provision*, in *German Law Journal*, 2021, vol. 22, 817 ss., in particolare 832, dove sottolinea che esse prescindono completamente da un accertamento giudiziario e dunque si tratta di dati di scarsa affidabilità, usati solo per scandalizzare sul divario tra abusi esistenti e azioni penali. A prescindere da tali osservazioni, sotto alcuni aspetti pure condivisibili, sembra innegabile quantomeno la presenza di tale divario, a prescindere dalla sua effettiva dimensione. Una delle cause principali delle mancate denunce è senz'altro la tendenza della donna, vittima (anche) di stereotipi culturali, a considerarsi responsabile di quanto accaduto. Il problema sarà affrontato anche in seguito (v. *infra*, II, § 13, al quale si rimanda anche per ulteriori riferimenti bibliografici), per il momento si rinvia alle considerazioni, tra gli altri, di C. Colombo, *Violenza sessuale e vittime del reato. Breve* excursus *giuridico-scientifico*, in *Riv. pen.*, 2006, 521 ss., in particolare 524. Sul tema,

ti raccolti da autorità ufficiali stimano attorno al 10 per cento[337]. La combinazione di questi due fattori ha portato di recente a calcolare attorno al 2,7 per cento il tasso di condanne rispetto al numero di stupri effettivamente avvenuti[338].

9. *La riforma dei reati sessuali nel 1996 tra statuizioni simboliche e «bassifondi della banalità». La sopravvivenza della costrizione violenta*

La seconda metà del XX secolo ha dunque segnato un profondo mutamento nei costumi sessuali[339] ed evidenziato l'anacronismo di molte incriminazioni presenti nel codice penale. L'approfondimento psicosociale e criminologico del tema dello stupro, diretta conse-

---

anche per un inquadramento generale delle cause della cifra oscura si rimanda altresì all'interessante ricerca, dal titolo alquanto evocativo, di P. Romito, *Un silenzio assordante. La violenza occultata su donne e minori*, Milano, Franco Angeli, 2005, che mette in rilievo le modalità di occultamento delle violenze a livello individuale e collettivo: dalla strategia della legittimazione di queste ultime, come il delitto d'onore, a quella della negazione, come nel caso dell'incesto. Tra le strategie di occultamento segnalate dall'Autrice anche l'eufemizzazione del linguaggio; la disumanizzazione delle vittime e la loro colpevolizzazione; le interpretazioni abusive in termini di psicologia individuale o di natura, e cioè psicologizzazione e naturalizzazione; la separazione delle varie tipologie di violenza in entità distinte.

[337] I dati riportati alla nota che precede sono infatti in linea con quelli raccolti dalle autorità inglesi a quasi dieci anni dall'entrata in vigore della riforma dei reati sessuali del 2003 (*Sexual Offences Act*). Cfr. Home Office, *Government Response to the Stern Report*, 2011, Londra.

[338] Così J. Herring, *Criminal Law. Text, Cases and Materials*, cit., 456, incrociando il numero di presunti stupri complessivi proveniente dalle statistiche sull'"*under reporting*" – in Inghilterra circa 85.000 all'anno – e i tassi di condanna dei documenti ufficiali di cui alla nota che precede.

[339] Una realtà in profondo mutamento è fotografata nel primo studio sul comportamento sessuale degli italiani, condotto su un significativo campione della popolazione da G. Caletti, G. Del Pra, A. Fojadelli, M.L. Gazerro, A. Serena, *Il comportamento sessuale degli italiani (indagine su campioni rappresentativi della popolazione)*, Bologna, Calderini, 1976. Il passaggio da una società prevalentemente agricola ad una industriale e cittadina proprio in quegli anni aveva effetti sull'approccio delle persone alla sessualità (7 ss.): da una parte l'abbandono della famiglia patriarcale contadina in favore di una struttura sociale basata su coppie, dall'altra il progressivo abbandono dei dogmi della fede e le rivendicazioni femministe, il tutto ancora contrassegnato da una diffusa ignoranza sulle questioni sessuali e da una cospicua serie di tabù.

guenza del riconoscimento delle forme di sessualità abusiva come unico campo di azione del diritto penale *liberale*, ha condotto alla revisione di molti schemi tradizionali, giungendo persino a mettere in discussione il dogma della costrizione violenta stabilitosi nei secoli precedenti.

Sulla scorta delle acquisizioni moderne e dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, la scienza penalistica ha iniziato a valorizzare l'ambiguo riferimento codicistico alla libertà sessuale, affermandola quale vero baricentro di protezione a discapito dell'inserimento nel titolo dedicato a buon costume e moralità pubblica, considerato ormai privo di rilievo sostanziale[340]. Parallelamente, invece, la giurisprudenza ha intrapreso un percorso di "spiritualizzazione" del requisito della violenza costrittiva, il cui significato è stato esteso per via interpretativa fino a ricomprendere nel perimetro applicativo degli artt. 519 e 521 c.p. anche ipotesi non strettamente caratterizzate dall'uso di forza fisica[341].

Il crescente divario tra la disciplina codicistica dei reati sessuali e il sentire sociale non poteva non richiamare anche l'attenzione del legislatore, che si è posata sulla possibilità di riformare la materia già a partire dalla fine degli anni Settanta[342]. Dopo una gestazione quasi

---

[340] In questo senso F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, cit., 372; E. Contieri, *La congiunzione carnale violenta*, cit., 10 ss.; ripresi successivamente ad esempio da F. Lemme, *Libertà sessuale*, cit., 555 ss.; G. Marini, *Violenza carnale (diritto penale)* (voce), in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Utet, 1975, 953 ss., in particolare 954-955; G. Fiandaca, *Buon costume: III) Moralità pubblica e buon costume (diritto penale)*, in *Enc. Giur*., Treccani, Roma, 1988, 2 ss.; ai quali si rinvia anche per l'esposizione delle tesi di diverso tenore ed i relativi riferimenti bibliografici. Sul punto, si veda anche l'attenta ricostruzione di D. Brunelli, *Bene giuridico e politica criminale nella riforma dei reati a sfondo sessuale*, in F. Coppi, *I reati sessuali. I reati di sfruttamento dei minori*, cit., 37 ss., in particolare 50 ss., che tra le altre cosa osserva come, dopo l'entrata in scena della Costituzione, fosse inammissibile una protezione della sessualità quale mero riverbero di tutela mediata del buon costume.

[341] Tale percorso sarà oggetto del capitolo che segue (v. *infra*, II).

[342] Il Parlamento italiano si è incominciato ad interessare della riforma dei reati sessuali nel corso della VIII Legislatura, allorché furono presentate ben nove proposte di legge, di cui la prima, dell'on. Bottari è datata 26 giugno 1979. Tali proposte dettero luogo ad un testo unificato redatto nell'ambito della Commissione giustizia della Camera, che ha segnato un importante punto di riferimento per i successivi lavori. A quel testo, infatti, risalgono tutti i punti più qualificanti della legge di riforma approvata nel 1996, come l'inserimento dei delitti sessuali tra quelli con-

ventennale[343], il 15 febbraio 1996 venne approvata la legge n. 66, le cui novità principali, come noto, furono rappresentate dallo spostamento dei delitti sessuali tra quelli contro la persona, dall'unificazione dei delitti di violenza carnale e atti di libidine violenti in unica fattispecie di "violenza sessuale", dalla previsione della violenza sessuale di gruppo e da un generale inasprimento sanzionatorio[344].

---

tro la persona, l'unificazione dei due delitti di violenza carnale e atti di libidine violenti, la previsione della violenza sessuale di gruppo, l'inasprimento sanzionatorio. Per un approfondito commento di tale testo, M. Bertolino, *I reati contro la libertà sessuale tra codice e riforma,* cit., 1464 ss.

[343] Un puntualissimo resoconto è offerto da D. Brunelli, *Bene giuridico e politica criminale nella riforma dei reati a sfondo sessuale*, cit., 38 ss., alla nota 2; nonché da M. Virgilio (a cura di), *Il cammino verso la riforma*, in A. Cadoppi (a cura di), *Commentario delle "Norme contro la violenza sessuale" (Legge 15 febbraio 1996, n. 66)*, cit., 481 ss. L'accidentato *iter* parlamentare è sintetizzato così da F. Coppi, *I reati sessuali e i reati di sfruttamento dei minori*, cit., 24: «la riforma è avvenuta a seguito di sussulti, ripensamenti, pause, richieste dettate dall'emozione suscitata da episodi raccapriccianti e infine da improvvise accelerazioni che hanno lasciato nella riforma lacune e segni di frettolosa improvvisazione».

[344] Oltre, naturalmente, alle modifiche al reato di corruzione di minorenne, alla previsione di non punibilità per taluni rapporti tra minorenni, all'eliminazione delle fattispecie di ratto. Per il commento della riforma, senza pretese di esaustività, G. Ambrosini, *Le nuove norme sulla violenza sessuale*, Torino, Utet, 1997; Id., *Violenza sessuale (voce)*, in *Digesto disc. pen*., IV ed., Torino, Utet, 1999, 286 ss.; G. Balbi, *Violenza sessuale*, cit.; S. Beltrani, R. Marino, *Le nuove norme sulla violenza sessuale. Commento sistematico alla L. 15 febbraio 1966, n. 66*, Napoli, Simone, 1997; M. Bertolino, *La riforma dei reati di violenza sessuale*, in *Studium Iuris*, 1996, 401 ss.; Id., *Garantismo e scopi di tutela nella nova disciplina dei reati di violenza sessuale*, in *Jus*, 1997, 51 ss.; A. Cadoppi, *Riflessioni critiche intorno alla nuova legge sulla violenza sessuale*, in *Critica dir.*, 1996, 127 ss.; A. Cadoppi, *Art. 3*, in Id. (a cura di), *Commentario delle "Norme contro la violenza sessuale" (Legge 15 febbraio 1996, n. 66)*, cit., 23 ss.; M. Cappai, *Guida alle norme contro la violenza sessuale*, Cagliari, Punto di fuga editore, 1997; A. Carmona, *Le nuove norme a tutela della libertà sessuale: problemi di diritto intertemporale*, in *Cass. pen.*, 1998, 992 ss.; A. Colli, *La tutela della persona nella recente legge sulla violenza sessuale all'epilogo di un travagliato cammino legislativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1163 ss.; G. Fiandaca, *Violenza sessuale* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffré, 2000, IV agg., 1153 ss.; F. Mantovani, *Appendice*, cit.; B. Mazza, *La libertà personale quale elemento centrale delle nuove norme sulla violenza sessuale: prime osservazioni*, in *Riv. pen.*, 1996, 129 ss.; S. Moccia, *Il sistema delle circostanze e le fattispecie qualificate nella riforma del diritto penale sessuale (l. 15 febbraio 1996, n. 66): un esempio paradigmatico di sciatteria legislativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1997, 395 ss.; G. Mulliri, *La legge sulla violenza sessuale. Analisi del testo, primi raffronti e considerazioni critiche*, in *Cass. pen.*, 1996, 734 ss.; V. Musacchio, *La nuova legge sulla violenza sessuale*, in *Riv. Pen.*, 1997, 257 ss.; Id., *Il delitto di violenza sessuale (art. 609-bis c.p.)*, Padova, Cedam, 1999; A. Nappi, *Commento alle*

La riforma ha attirato accese critiche da parte della dottrina penalistica[345], che ne ha immediatamente evidenziato il mero valore simbolico-ideologico[346], a fronte di modifiche di scarso significato sul piano della politica criminale e di quello pratico-applicativo[347].

La preponderanza dell'aspetto culturale si coglie dai due capisaldi dell'intervento di riforma, rimasti centrali nel corso dell'este-

---

nuove norme contro la violenza sessuale, in *Gazz. giur.*, 1996, n. 8, 1 ss., A. Pecoraro Albani, *Violenza sessuale e arbitrio del legislatore*, Napoli, Jovene, 1997; D. Petrini, *I reati contro la libertà sessuale*, in G. Flora, P. Tonini (a cura di), *Nozioni di diritto penale*, 1997, 321 ss.; P. Pisa, *Le nuove norme contro la violenza sessuale (commento alla l. 15 febbraio 1996 n. 66)*, in *Dir. pen. e proc.*, 1996, 3, 283 ss.; B. Romano, *Il rinnovato volto delle norme contro la violenza sessuale: una timida riforma dopo una lunga attesa*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1996, 1610 ss.; Id, *La tutela penale della sfera sessuale. Indagine alla luce delle recenti norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, Milano, Giuffré, 2000; M. Venditto, *La regolamentazione degli atti sessuali alla luce della legge 15 febbraio 1996, n. 66*, in *Rass. it. crim.*, 1997, 327 ss.; M. Venditto, P. Ricci, S. Bassi, *La violenza sessuale e risposta istituzionale. Considerazioni problematiche sulla normativa penale in materia*, in *Giust. pen.*, 1996, vol. 1, 366 ss.; M. Vessichelli, *Con l'aumento del minimo edittale a cinque anni ora più difficile la strada del "patteggiamento"*, in *Guida dir.*, 1996, 9, 21 ss.; M. Virgilio, *Corpo di donna e legge penale*, cit., 157 ss.

Per uno sguardo alla riforma con occhi stranieri, v. M. Acale Sánchez, *La riforma dei reati sessuali in Italia vista da occhi stranieri*, in *Osservatorio contro la violenza sulle donne*, n. 1/2020, in *Sistema penale*, 25 novembre 2020; R.A. Fenton, *Rape in Italian law: towards the recognition of sexual autonomy*, cit., 183 ss.

[345] Cfr., tra gli altri, G. Balbi, *Violenza sessuale*, cit., 4, che così riassume la delusione della dottrina: «il "messaggio" culturale trasmesso […] non appare munito di una matrice ideologica ben identificabile, né coerente con i suoi stessi *teloi* sostanziali di legittimazione: vuoto e ridondante manifesto di se stessa, la novella – permeata da inquietanti suggestioni allarmistiche, lusingata da quell'iperconsenso "cagliato" che tipicamente sorregge le più insidiose *law and order crusades*, apparentemente ignara della profonda inadeguatezza, in assenza di trattamento, di un'intimidazione e deterrenza rispetto ai reati sessuali, orientata a "strategie generalpreventive scientificamente screditate e di legittimità costituzionale assai dubbia – si colora di valenze meramente simbolico-repressive». Una vera e propria stroncatura della legge è contenuta anche nel volume di A. Pecoraro Albani, *Violenza sessuale e arbitrio del legislatore*, cit., *passim*.

[346] Per S. Moccia, *Il sistema delle circostanze e le fattispecie qualificate nella riforma del diritto penale sessuale*, cit., 395. la legge è la tipica espressione della normativa emergenziale, caratterizzata da «approssimazione, caoticità, rigorismo repressivo, sterile simbolicità, […] modestia di risultati sul piano dell'efficacia».

[347] In questo senso anche F. Mantovani, *Appendice*, cit., 2, che definisce la riforma un «esempio di inconcludenza parlamentare», una «montagna che partorisce il topolino», portatrice solo di «modifiche di bandiera, ideologiche o retoriche o di valore genericamente culturale», «prive di reale efficacia generalpreventiva» che «non ridurranno gli stupri di una unità».

nuante *iter* parlamentare in quanto tra quelli più profondamente intersecati alla matrice femminista della legge[348], vale a dirsi la nuova collocazione tra i delitti che offendono la persona e l'unificazione sotto un'unica fattispecie dei due delitti previsti nella versione originaria del codice Rocco.

Sotto il primo profilo, com'è noto, la riforma ha spostato le nuove incriminazioni nel capo III, dedicato ai delitti contro la libertà individuale, e più precisamente alla seconda sezione relativa ai reati contro la libertà personale, immediatamente dopo il sequestro di persona. Se era inevitabile e universalmente condivisa la scelta di liberare la violenza sessuale dalle ambivalenze pubblicistiche di cui l'aveva gravata il legislatore di epoche precedenti, l'attuazione concreta ha destato non poche perplessità. Gran parte della dottrina, infatti, facendo leva sugli angusti spazi di tutela tipici dei delitti contro la libertà personale e sulla tesi per cui nei delitti sessuali sarebbe prevalente una lesione dell'autodeterminazione, ha sostenuto che sarebbe stato più adeguato sistemare i nuovi delitti nell'ambito della tutela della libertà morale, accanto alla violenza privata, con la quale peraltro la fattispecie di cui all'art. 609-*bis* condivide lo schema costrittivo[349]. Al

---

[348] Per un approfondimento della dimensione politico-femminista della riforma si rinvia alle osservazioni, in gran parte critiche, di G. Balbi, *Violenza sessuale*, cit., 3. Per considerazioni dello stesso tenore si veda, inoltre, A. Manna, *La delinquenza sessuale: profili relativi all'imputabilità ed al trattamento sanzionatorio*, in *Ind. pen.*, 2004, n. 4, 855 ss.

[349] Come è noto, l'accezione di "libertà personale" recepita all'interno del nostro sistema codicistico è abbastanza angusta, in quanto tendenzialmente strutturata sulla libertà di movimento nello spazio e sulla facoltà di scegliere liberamente il luogo dove trovarsi (cfr. D. Brunelli, *Il sequestro di persone a scopo di estorsione*, Padova, Cedam, 1995, 176 ss.): non si tratta, in altre parole, della libertà di autodeterminarsi e di compiere liberamente le proprie scelte. È per questo che in dottrina si è notato che «la violenza sessuale non rappresenta del resto che un'ipotesi speciale di violenza privata, qualificata dalla natura dell'atto che la vittima è costretta a tollerare. In questo senso, la serie di incriminazioni […] avrebbe dovuto ricavare il proprio spazio topografico dopo l'art. 610 c.p.». Così già Tullio Padovani nella prima edizione del 1996 del *Commentario* curato da A. Cadoppi e poi anche in T. Padovani, *Pre-Art. 609*-bis *c.p. Commento ad Art. 2 l. 15 febbraio 1996, n. 66*, in A. Cadoppi (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, cit., 431 ss., in particolare 433; adesivamente: G. Balbi, *Violenza sessuale*, cit., 2; M. Bertolino, *La tutela penale della persona nella disciplina dei reati sessuali*, in L. Fioravanti (a cura di), *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, Milano, Giuffré, 2001, 159 ss., in particolare 164 ss.; S. Tordini Cagli,

contrario, l'inquadramento sotto la libertà personale e la vicinanza al sequestro di persona non possono non far pensare ai profondi legami criminologici, in una dimensione storica, tra la violenza sessuale ed il ratto, le cui figure delittuose sono state abrogate dalla riforma. Non si è mancato, poi, di evidenziare il paradossale destino della libertà sessuale, citata a sproposito nella versione del codice del 1930 e accantonata proprio nel momento in cui sembrava destinata a fungere da referente incondizionato di tutela[350].

A prescindere da questi aspetti, che saranno meglio messi a fuoco in seguito, ciò che occorre qui rilevare è che alla nuova collocazione sistematica non ha fatto seguito una rimodulazione della struttura della fattispecie incriminatrice, rimasta inalterata nei suoi contorni essenziali e, segnatamente, nella previsione della costrizione all'atto sessuale mediante violenza (o minaccia, o abuso d'autorità).

Da questa prospettiva, come si diceva, l'unica novità sostanziale è consistita nell'accorpamento degli artt. 519 e 521 c.p. sotto l'art. 609-*bis* c.p., che prevede, in luogo della congiunzione carnale e degli atti di libidine, la più generica dicitura di «atti sessuali»[351].

La *ratio* dell'intervento, per certi versi condivisibile[352], si è rivelata sotto altri aspetti a dir poco ingenua. Un argomento ricorrente

---

Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto, cit., 38. Dello stesso avviso, già prima della riforma, G. Fiandaca, *Prospettive di riforma dei reati sessuali: considerazioni problematiche*, cit., 405 ss., in particolare a 409. Più articolata la posizione di F. Mantovani, *Appendice*, cit., 4, il quale ammette che la violenza sessuale è una violenza privata qualificata dalla natura dell'atto, ma aggiunge che «è incontestabile che solo un'autonoma categoria di delitti contro la libertà sessuale può esprimere il particolare disvalore della violenza sessuale rispetto ad ogni altro tipo di violenza fisica o morale». In senso sostanzialmente concorde sul punto D. Brunelli, *Bene giuridico e politica criminale nella riforma dei reati a sfondo sessuale*, cit., 64, ma con la specificazione per cui sarebbe opportuno non frammentare eccessivamente la tutela penale della persona con l'introduzione di un nuovo titolo.

[350] Cfr. D. Brunelli, *Bene giuridico e politica criminale nella riforma dei reati a sfondo sessuale*, cit., 66.

[351] Per un'ampia trattazione delle problematiche interpretative promanate da questo specifico aspetto della riforma, si veda *infra*, II, § 12.

[352] Ad esempio, sottolinea A. Cadoppi, *Art. 3*, cit., 25, come, da un lato, al momento dell'approvazione della legge la separazione non fosse più considerata plausibile dalla coscienza sociale e, dall'altro, siano ipotizzabili "atti di libidine" anche più lesivi rispetto alla violenza carnale, in virtù del «rapporto tra autore e vittima od in base alla particolare intensità della coazione» (cfr. A. Cadoppi, *Riflessioni critiche intorno alla nuova legge sulla violenza sessuale*, cit., 131). Il corpo della donna, d'al-

nel dibattito, infatti, era che l'unificazione avrebbe risolto l'odioso problema della vittimizzazione secondaria processuale[353], poiché in grado di prevenire le approfondite indagini dibattimentali dirette a stabilire, nell'ottica della qualificazione del fatto tra le due fattispecie, se vi era stata o meno una forma penetrativa. Un'aspirazione che, tuttavia, come era stato sottolineato ancor prima della approvazione della riforma, è manifestamente incompatibile con un sistema processuale accusatorio, che impone di stabilire oltre ogni ragionevole dubbio la sussistenza di un atto di natura sessuale[354].

Un punto che, invece, si è conservato fermo nelle laceranti discussioni parlamentari è la dimensione violenta del reato. A dire il vero, un superamento della fattispecie imperniata sulla costrizione mediante violenza o minaccia era stato prospettato nello schema di disegno di legge delega per il nuovo codice penale elaborato dalla "Commissione Pagliaro", composta da alcuni dei più eminenti penalisti italiani[355]. Lo schema non solo utilizzava, secondo traiettorie di

---

tronde, non può essere «parcellizzato» e tutelato in modo settoriale e diversificato (cfr. M. Virgilio, *Corpo di donna e legge penale*, cit., 163). Più problematico se sia ammissibile sostenere che l'unificazione dei due delitti era conseguenza inevitabile alla luce della nuova collocazione codicistica e della mutata oggettività giuridica. Risponde affermativamente, ad esempio, B. Mazza, *La libertà personale quale elemento centrale delle nuove norme sulla violenza sessuale*, cit., 129 ss. *Contra*, anche con termini molto critici già durante l'*iter* legislativo, L. Monaco, *Itinerari e prospettive di riforma del diritto penale sessuale*, in *Studi urb.*, 1988-89/1989-90, 461.

[353] Sulla vittimizzazione secondaria, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, si rimanda *supra*, § 1. Qualcosa di simile è avvenuto anche nell'esperienza statunitense, quando si è provato a risolvere il problema della vittimizzazione processuale delle denuncianti non solo attraverso i c.d. "*rape shields*", "scudi" nei confronti di alcune domande, ma anche attraverso norme sostanziali. In proposito si veda *infra*, III, § 4.

[354] Così M. Bertolino, *I reati contro la libertà sessuale tra codice e riforma,* cit., 1478. L'indagine processuale, dunque, resta inevitabile – e talvolta pure più dettagliata, in quanto vi è da stabilire se l'atto ha superato quella incerta soglia oltre la quale può definirsi "sessuale", di talché la *ratio* dell'opzione legislativa, per quanto «teleologicamente nobile» (G. Balbi, *Violenza sessuale*, cit., 3), non riesce a giustificare gli spigolosi problemi sorti sul piano della determinatezza della fattispecie. La definizione di "atto sessuale" è probabilmente l'aspetto sul quale si è maggiormente soffermato il dibattito dottrinale. Verrà affrontato nel capitolo che segue (v. *infra*, II, § 12).

[355] Oltre al Presidente, professor Antonio Pagliaro, la commissione nominata dal Guardasigilli Giuliano Vassalli era composta dai Professori Franco Bricola, Angelo Raffaele Latagliata, Ferrando Mantovani, Mario Romano e Tullio Padovani,

"*labelling*"[356] coraggiose ed originali rispetto alla nostra tradizione, il termine "stupro" quale rubrica del reato, ma ravvisava il momento fondante dell'offesa nella mera presenza di un dissenso all'atto sessuale da parte della persona offesa[357]. Tale proposta, tuttavia, non è mai stata presa davvero in considerazione per via del modo di procedere dei lavori parlamentari succedutesi nelle varie Legislature, che hanno assunto un andamento "a scrematura" degli argomenti, sicché, una volta formatosi il consenso su uno di essi, la soluzione escogitata diveniva intoccabile[358].

È dunque pacifico che il legislatore si sia accontentato di un livello minimo di intervento, consegnando come prodotto finale più un messaggio simbolico che un rivoluzionato sistema normativo, purché si giungesse *comunque* ad una legge in materia, qualunque essa fosse[359].

D'altronde, una scelta di collocazione topografica all'interno del codice penale non è mai stata oggetto di una simile enfatizzazione[360]. A cominciare dallo stesso legislatore che, all'art. 1 della legge n. 66, ha perentoriamente previsto che «il capo I del titolo IX del libro secondo e gli articoli 530, 539, 541, 542, e 543 del codice penale sono abrogati». Come messo in luce da autorevole dottrina, l'inusuale

---

nonché da Antonio Fiorella quale segretario. Il decreto di nomina, dell'8 febbraio 1988, è ancora consultabile sul sito del Ministero della Giustizia (*www.giustizia.it*).

[356] Su tale concetto sia consentito rinviare a *infra*, II, § 12.

[357] Per l'art. 5 dello schema si sarebbe dovuti prevedere i seguenti delitti: «a) stupro, consistente nel fatto di chi, contro la volontà di una persona, si congiunge sessualmente con essa, o compie atti di identico significato offensivo; b) stupro di gruppo, consistente nel fatto di più persone che, in concorso tra loro, commettono personalmente e contestualmente il delitto di cui alla lettera a); c) molestia sessuale, consistente nel fatto di chi, contro la volontà di una persona, compie atti molesti di significato sessuale su di essa o diretti ad essa in sua presenza» (in *Documenti Giustizia*, 1992, fasc. 3, 420 ss.).

[358] Lo schema risaliva come detto al 1992, momento nel quale sulla questione era già calata la scure del "giudicato implicito". Cfr. D. Brunelli, *Bene giuridico e politica criminale nella riforma dei reati a sfondo sessuale*, cit., 43.

[359] *Ibidem*. Non è un caso, in effetti, che donne «giuriste, avvocate, magistrate» e rappresentanti di «centri e gruppi di donne» abbiano sottoscritto nel 1995 un appello nazionale contro l'approvazione della legge intitolato «*Meglio la legge attuale che una cattiva legge*» (riportato in *Critica dir.*, 1995, 247 ss.).

[360] Per la sottolineatura nel corso dell'*iter* di riforma dell'importanza della nuova catalogazione, anche come affermazione di principio, M. Virgilio, *Riforme penali, processi e violenza sessuale*, in *Pol. dir.*, 1983, 484.

precedenza della clausola abrogativa rispondeva ad un preciso significato politico, cioè dare conto del fatto che l'unico elemento di raccordo delle iniziative di riforma si è sempre espresso nel riconoscimento che i reati di violenza sessuale dovessero essere concepiti come reati contro la persona[361].

La questione nel complesso può apparire nominalistica, ma classificare teleologicamente un gruppo di fattispecie implica – o quantomeno dovrebbe implicare – il concepire e strutturare le singole norme incriminatrici in rapporto alla dimensione sistematica e alla corrispondente collocazione[362]. La fattispecie di cui all'art. 609-*bis* c.p., di contro, porta evidentemente i segni della tradizione precedente.

Attraverso la risistemazione nell'alveo dei reati contro la persona, seppur non ineccepibile sul piano tecnico-sistematico, è venuto a sanarsi il conflitto tra il modo di intendere la sessualità invalso nella seconda metà del XX secolo e le superate classificazioni introdotte dalle codificazioni ottocentesche, che, peraltro, come si è ricordato, erano servite a loro volta quale espresso riconoscimento di logiche di tutela già affermatesi da tempo, ma in qualche misura limitate dall'improprietà degli strumenti giuridici offerti dal diritto romano. È possibile che un percorso contrassegnato da simili oscillazioni e discrepanze tra oggetti di tutela, effettive strategie di protezione e substrati ideologici e sociali in mutamento, sia alla base dell'"ossessione" per il bene giuridico manifestata in occasione della approvazione della riforma.

In questa storia di contraddizioni, tuttavia, la legge n. 66 ne scava una nuova. Pur rinnegando l'impostazione tradizionale, la riforma non ha dato coerenza al proprio messaggio programmatico e, con scelta degna dei «bassifondi della banalità»[363], ha mantenuto intatta la centralità della costrizione violenta. Mancando di interro-

---

[361] Cfr. T. Padovani, *Pre-Art. 609*-bis *c.p. Commento ad Art. 1*, cit., 416; il quale ipotizza, con vivace ironia, come, iniziando la legge dall'abrogazione che, di solito, negli interventi normativi costituisce i piedi, essi possano aver preso parte alla scrittura delle disposizioni.

[362] *Ivi*, 420. Dello stesso avviso G. Fiandaca, *Relazione di sintesi*, cit., 239, che sottolinea come il problema non sia il bene giuridico, ma come esso si compenetra e si cala nella struttura del reato.

[363] Espressione di T. Padovani, *Violenza carnale e tutela della libertà*, cit., 1301.

garsi sulle mutanti "*social attitudes*", sulle più recenti acquisizioni del dibattito psicosociale e criminologico, ma anche sulla stessa coerenza sistematica della riforma, il legislatore ha finito per rimettere il problema all'elaborazione giurisprudenziale, sempre attenta a cogliere le emergenti istanze di tutela, anche a costo di "chiudere un occhio" rispetto a talune fondamentali garanzie penalistiche[364]. L'analisi del diritto vivente, come già anticipato, sarà oggetto del prossimo capitolo (v. *infra*, II). Ora, prima di trarre le fila del percorso che ha preso le mosse dal mito greco, proprio ai miti bisogna brevemente tornare, per completare il quadro con una dimostrazione concreta della loro pervicacia nella "*law in action*".

10. *L'onere di resistenza e la resistenza dei miti nella "sentenza sui* jeans*"*

Nonostante l'enfatizzazione del messaggio della legge n. 66, lo spettro di una concezione tralatizia della sessualità femminile si è riaffacciata sulla scena per opera di una nota sentenza di legittimità poco dopo la riforma, precisamente nel 1999, quando la Corte di Cassazione è tornata momentaneamente ad evocare un onere di strenua resistenza in capo ad una giovane violentata dal suo istruttore di guida[365].

---

[364] Cfr., ad esempio, F. Palazzo, *La tutela della persona umana. Dignità, salute, scelte di libertà*, in G. De Francesco, A. Gargani, D. Notaro, A. Vallini (a cura di), *La tutela della persona umana. Dignità, salute, scelte di libertà (per Francesco Palazzo). Atti del Convegno. Pisa, 12 ottobre 2018*, Torino, Giappichelli, 2019, 121 ss., in particolare 133-134, che individua una contrapposizione tra due forme di personalismo, uno delle garanzie ed uno che vede l'essere umano libero nella postmodernità, avvertendo come il primo, di matrice liberale, tende a cedere terreno al secondo sotto la spinta di ideologie vittimarie.

[365] Cass. pen., Sez. III, 6 novembre 1998 (dep. 10 febbraio 1999), n. 1636, Cristiano, *Foro It.*, 1999, II, 163, con nota di G. Fiandaca, *Violenza su donna* «in jeans» *e pregiudizi nell'accertamento giudiziario*, 165 ss. Per la sua rilevanza, mediatica e giuridica, la pronuncia è stata pubblicata e commentata (criticamente) su tutte le principali riviste penalistiche: 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

La motivazione della pronuncia contiene al proprio interno una collezione così varia e obsoleta di miti dello stupro che ha fatto notizia persino a livello internazionale[366], in particolare per via della grottesca affermazione per cui sarebbe impossibile stuprare una donna che indossa i *blue-jeans*.

Per percepire quanto a fondo alcuni pregiudizi abbiano condizionato l'estensore della decisione, al punto da indurlo ad anteporre le proprie convinzioni al compendio probatorio raccolto nei primi due gradi di giudizio, occorre dar conto sinteticamente dei fatti.

Una ragazza di 18 anni era stata prelevata a casa dal suo istruttore di guida, come già accaduto in altre occasioni. L'uomo, che era sposato, l'aveva portata fuori dal centro città in una strada isolata nei campi con il pretesto di passare a prendere un'altra ragazza per condividere la lezione. Lì l'aveva gettata a terra e, dopo averle sfilato i *jeans* da una gamba, l'aveva penetrata e aveva consumato un rapporto protetto. I due poi erano tornati in città in auto: l'uomo aveva personalmente condotto la vettura e aveva lasciato guidare la ragazza nell'ultimo tratto per non destare sospetti. Vedendola estremamente turbata, i genitori erano riusciti a farsi raccontare l'accaduto e la sera stessa la giovane aveva sporto denuncia.

La Suprema Corte ha annullato la condanna dell'uomo da parte della Corte di Appello di Potenza per l'erronea valutazione delle dichiarazioni della vittima, da considerarsi inattendibili, a giudizio dell'estensore che ha redatto la motivazione, sulla base dei seguenti ragionamenti:

a) «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»;

---

ss.; V. Carbone, *Alla ricerca dell'arte del giudicare: perché i giudici credono ancora alla* vis grata puellae*?*, in *Corr. giur.*, 1999, n. 3, 371 ss.; A. Nappi, *I* jeans *e la logica: tra legittimità e merito*, in *Gazz. giur.*, 1999, n. 42, 1 ss.; P. Renon, *I* jeans*… stanno stretti alla Cassazione (a proposito di una recente sentenza)*, *ivi*, 7 ss.

[366] Per l'eco che la decisione ha avuto a livello internazionale e, in particolare, negli Stati Uniti, v. A. Cadoppi, M. Vitiello, *A kiss is just a kiss, or is it? A comparative look at Italian and American sex crimes*, in *Seton Hall Law Review*, 2010, 191 ss. Per quanto riguarda le reazioni in Italia, v. G. Fiandaca, *Violenza su donna* «in jeans» *e pregiudizi nell'accertamento giudiziario*, cit. 165.

b) «la ragazza potrebbe aver accusato falsamente […] per giustificare con i genitori l'amplesso carnale […] che non si sentiva di tener celato perché preoccupata delle possibili conseguenze del rapporto carnale. Peraltro una tale ipotesi non appare inverosimile alla luce del comportamento tenuto dalla vittima dopo i fatti»;

c) «è istintivo, soprattutto per una giovane, opporsi con tutte le sue forze a chi vuole violentarla e […] è illogico affermare che una ragazza possa subire supinamente uno stupro, che è una grave violenza alla persona, nel timore di patire altre ipotetiche e non certo più gravi offese alla propria incolumità fisica»;

d) «è assai singolare che una ragazza dopo aver subito una violenza carnale, si trovi nelle condizioni d'animo che le consentano di porsi alla guida di una autovettura con accanto il suo stupratore […]».

L'architrave argomentativo, suffragato poi attraverso le altre "massime di (in)esperienza"[367], è il punto *sub c)*, ovvero che non vi sia male peggiore dello stupro e che, di conseguenza, la reazio-

[367] Vale qui la pena riportare alcuni passaggi del commento di Francesco Mauro Iacoviello alla pronuncia in esame, nei quali chiarisce le dinamiche della "precomprensione": «La siderale distanza dal fatto e l'esiguità delle informazioni possedute rendono fatalmente il giudice preda del proprio vissuto. Un tempo questa facoltà del giudice di cogliere repentinamente il fatto si chiamava "intuizione": parola nobile, che evocava la capacità prodigiosa di giungere al cuore delle cose. In un linguaggio più aggiornato, si chiama ora "precomprensione". Parola asettica, che serve ad etichettare una realtà molto poco asettica: una realtà che racchiude tutta l'esperienza umana del giudice, i suoi pre-giudizi, la sua morale, le sue convinzioni e – perché no? – le sue nevrosi. Insomma, nella precomprensione è racchiuso tutto il mondo psicologico e spirituale del giudice. Ora, ben si sa che la materia sessuale è uno dei più forti detonatori di quella miscela esplosiva che circola silente nelle fibre interiori di ogni giudice. Più i fatti – attraverso i gradi di giudizio – si selezionano e si scarnificano, più è la personalità del giudice ultimo a dare loro linfa e vitalità. Dunque, di tutti i giudici che giudicano il fatto, il giudice di legittimità è quello che è più ostaggio della propria precomprensione. Ma come agisce quest'ultima sulla decisione e sulla motivazione delle sentenze? Agisce in modo subdolo, inavvertito: il giudice si crea un modello di mondo e un modello di agente razionale in questo mondo. Elabora, dunque, propri schemi di azione e tutto giudica in base a tali schemi. […] Quando il giudice crea massime di esperienza, le trae non dall'esperienza del mondo ma dalla sua esperienza: la quale, essendo un minuscolo frammento dell'esperienza del mondo, è in fondo «inesperienza». Dunque, le massime di esperienza create dal giudice sono le massime della sua inesperienza. E la sentenza imputata è un monumento a tale inesperienza […]». F.M. Iacoviello, *Toghe e* jeans, cit., 2210-2211.

ne esigibile oltre che perfettamente naturale è una lotta con tutte le proprie forze, anche perché qualsiasi possibile conseguenza della resistenza – ad esempio una lesione dell'integrità fisica – non sarebbe comunque più intollerabile del rapporto sessuale indesiderato[368].

Questo «refolo di vento sessuofobico»[369], evidentemente debitore di una concezione della sessualità femminile quale bene "vincolato" (v. *supra*), ha riflessi sul piano sostanziale: la violenza sessuale è concepita solo come brutale forza fisica impiegata sulla vittima, alla quale, per sgombrare il campo da ogni eventuale dubbio circa il proprio effettivo dissenso, si richiede di soddisfare a pieno l'antico onere di resistenza.

Nel caso di specie, in assenza di elementi che provino una lotta disperata, la consensualità del rapporto viene suffragata – attraverso discutibili criteri di inferenza – da fatti insignificanti come i *jeans* solo in parte sfilati o la denuncia "ritardata" fino alla sera. Non solo: per sostituire il proprio convincimento a quello del giudice di merito – operazione peraltro teoricamente preclusa in sede di legittimità[370] – vengono utilizzati dall'estensore pure alcuni evidenti *bias* "processuali", come la manipolazione di fatti "ostili", o il silenzio rispetto a fatti "ostili" non manipolabili[371].

Sotto il primo profilo, mentre al punto *sub d)* si fonda la tesi della scarsa credibilità della testimone sul fatto che la ragazza si era messa alla guida come se nulla fosse al fianco del suo preteso violentatore, dai precedenti giudizi risultava in realtà che questa avesse guidato solo nell'ultimo tratto, su indicazione dell'imputato, attento a non alimentare sospetti. La seconda manipolazione, invece, è applicata *sub c)* sostenendo che non risultavano segni di colluttazione quando, al contrario, erano state riscontrate un'ecchimosi e due la-

---

[368] Cfr. G. Fiandaca, *Violenza su donna* «in jeans» *e pregiudizi nell'accertamento giudiziario*, cit. 168. M. Bertolino, *Libertà sessuale e* blue-jeans, cit., rileva come la sentenza faccia uso di un concetto ristretto di violenza in senso fisico, ormai superato dalla prassi.

[369] Espressione di F.M. Iacoviello, *Toghe e* jeans, cit., 2208.

[370] Come rilevato sia da G. Fiandaca, *Violenza su donna* «in jeans» *e pregiudizi nell'accertamento giudiziario*, cit. 166; che da F.M. Iacoviello, *Toghe e* jeans, cit., 2209 ss.

[371] Su tutti questi aspetti, ancora *ivi*, 2207 ss.

cerazioni dell'imene[372]. La stessa tecnica si manifesta in maniera ancora più sfacciata al punto *sub b)*, adombrando la possibilità di una falsa denuncia dettata dalla preoccupazione di una eventuale gravidanza, quando in realtà era stato lo stesso imputato ad aver confermato l'uso del preservativo.

Si è indugiato sulla "sentenza sui *jeans*" essenzialmente per due ragioni. Da una parte, la sua rappresentazione della potenza dei pregiudizi, che spingono un giudicante a plasmare i fatti e a rileggerli persino appoggiandosi ad inferenze illogiche e per molti versi grottesche. Dall'altra parte, l'esaminato apparato argomentativo della Corte mette icasticamente in luce i profondi legami tra il vecchio paradigma della resistenza e i falsi miti dello stupro che le scienze psicosociali hanno provato ad enucleare e, in qualche misura, a sfatare (v. *supra*, § 8). È la considerazione per la quale la ragazza avrebbe dovuto resistere all'aggressore perché non vi è nulla di più grave dello stupro che alimenta la successiva applicazione di tali stereotipi. Del resto, il percorso sin qui intrapreso ha evidenziato in maniera piuttosto incontrovertibile la genesi storicamente comune di tali falsi miti e del binomio costrizione violenta-resistenza.

Va infine sottolineato come l'«indifendibile»[373] "decisione dei *blue-jeans*" abbia attirato condanne senza appello tra gli addetti ai lavori e critiche talmente accese nell'opinione pubblica da lasciar pensare che, già in quel momento, le prevalenti "*social attitudes*" stavano prendendo le distanze da certi stereotipi. Non a caso, essa è rimasta un'eccezione, perlomeno a livello di giurisprudenza di legittimità (v. *infra*, II, § 9), nel processo di allontanamento dai concetti di coercizione violenta e resistenza (v. *infra*, II)[374].

---

[372] Forse, «l'immagine di slip insanguinati imbarazza troppo la nitida logica dell'algido giudice di legittimità», per dirla ancora con F.M. Iacoviello, *Toghe e* jeans, cit., 2207.

[373] Per riferirsi ancora al titolo dell'acuto scritto di F.M. Iacoviello, *Toghe e* jeans, cit.

[374] La Cassazione è infatti immediatamente «tornata sui suoi passi, rimediando alla *gaffe* giurisprudenziale» (A. Cadoppi, *Art. 3*, cit., 89) con la sentenza Cass. pen., Sez. III, 6 novembre 2001, Kamal, in *Foro it*., 2002, II, 287-288. Per una esaustiva rassegna delle pronunce che hanno espressamente contraddetto il precedente "Cristiano", si veda B. Romano, *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, 6ª ed., Milano, Giuffré, 2016, 114.

11. *Osservazioni di sintesi sulla costrizione violenta: un dogma penalistico dai molteplici retaggi applicativi; un corpo estraneo in un sistema di tutela complesso*

Si conclude dunque tra le goffe argomentazioni della sentenza "Cristiano" sulla necessità di una strenua resistenza da parte della vittima la ricerca delle radici culturali e giuridiche della costrizione violenta.

L'ipotesi di lavoro inizialmente prospettata, ovvero che il requisito della violenza fisica nel reato di violenza sessuale costituisca un retaggio storico-culturale piuttosto che il frutto di una puntuale valutazione politico-criminale "al passo coi tempi", pare a tutti gli effetti verificata. Come ampiamente esaminato nelle pagine che precedono, le modalità costitutive della condotta tipizzata dall'art. 609-*bis* c.p., e in particolare la costrizione violenta, costituiscono il corollario di una tradizione millenaria, nella quale la sessualità non era espressione di una libertà individuale, bensì un'attività vincolata al perseguimento di finalità politiche e, in particolare, della procreazione legittima. Ciò faceva della figura femminile e della sua volontà un centro di interessi meramente secondario, al quale era accordata tutela soltanto indiretta e solo quando la donna avesse dimostrato inequivocabilmente di esserne degna.

Fermi tali indissolubili legami, dall'indagine è emerso come la costrizione violenta debba la sua longevità in primo luogo alla capacità di rimodellarsi su una *ratio* di tutela di volta in volta diversa[375]. Irrilevante nel diritto ateniese (v. *supra*, § 3), essa acquisisce per la prima volta centralità in epoca romana, quando assume inizialmente le forme di un'esimente per la donna accusata di adulterio (v. *supra*, § 4). Complici anche le necessità demografiche dell'impero, lo stupro violento viene poi attratto nell'area applicativa del *crimen vis* e del *raptus*, delitti nei quali la violenza funge da elemento costitutivo primario e caratterizzante (v. *supra*, § 4). Nel diritto intermedio la nozione di costrizione violenta viene inizialmente dilatata per giustificare la repressione dello stupro semplice e, soprattutto, favorire l'accesso della giovane "sedotta" alle tutele civilistiche ad esso collegate, *in pri-*

[375] Lo rileva in particolare G. Balbi, *Violenza sessuale*, cit., 8.

mis il matrimonio riparatore (v. *supra*, § 5). In questa fase, la costrizione viene a coincidere con mere blandizie, persuasioni, induzioni seduttive. Nel Settecento, visto l'inasprirsi delle pene "secolari", i giuristi tornano a ricercare un concetto di violenza «vera ed effettiva», per circoscrivere la recrudescenza punitiva solo alle ipotesi nelle quali è stata dispiegata una forza fisica brutale (v. *supra*, § 5).

Si tratta di un inequivocabile segnale di crisi del sistema d'antico regime e infatti, nel momento in cui la riflessione illuminista e le esigenze politiche di contrastare i "*marriages clandestines*" convergono verso l'eliminazione dello stupro semplice, la violenza carnale rimane quale unico referente di tutela (v. *supra*, § 6). Le riflessioni di Francesco Carrara e di altri giuristi dell'epoca sul consenso della donna sembrerebbero rappresentare un punto di svolta in favore del riconoscimento dell'autodeterminazione sessuale (v. *supra*, § 6), ma le codificazioni di Ottocento e Novecento chiariscono quale sia, in realtà, il centro di tutela della incriminazione. Inserendo la violenza carnale nell'alveo dei reati contro il buon costume e la morale pubblica, se non contro l'ordine delle famiglie, i legislatori postunitari gravano la donna di un onere di difesa della propria castità, imponendo di resistere con tutte le forze ad unioni sessuali che non siano state legittimamente progettate (v. *supra*, § 7). Il requisito della costrizione violenta si risolve dunque nella codificazione di un dovere di resistenza rispetto a rapporti sessuali illegittimi, posto che laddove la medesima condotta sia realizzata in contesti "legittimi" – come l'alcova nuziale o una casa di prostituzione – nella prassi viene ritenuta penalmente irrilevante (v. *supra*, § 7). Tale onere di resistenza «costituiva il perno occulto di raccordo della libertà sessuale con la moralità pubblica»[376].

Quando, sulla scorta della prevalenza dell'approccio liberale e della conseguente riflessione multidisciplinare novecentesca su stupro e consenso femminile (v. *supra*, § 8), si prospetta una riforma dei delitti sessuali incentrata sulla tutela dell'autodeterminazione sessuale, la costrizione violenta si trasforma in indice esogeno dell'assenza del consenso della vittima tipizzato nella fattispecie incriminatrice dell'art. 609-*bis* c.p. (v. *supra*, § 9).

[376] Cfr. T. Padovani, *Pre-Art. 609-*bis *c.p. Commento ad Art. 1*, cit., 432.

Oltre ad una straordinaria flessibilità, la capacità di sopravvivere anche alle temperie innovatrici della fine del secolo scorso dimostra, forse in misura ancora maggiore, un elevatissimo grado di assorbimento da parte della cultura giuridica[377]. Nei lavori parlamentari della riforma il paradigma repressivo basato sulla violenza non è mai stato realmente in pericolo (v. *supra*, § 9), trattato alla stregua di un "dogma" penalistico[378], neppure minimamente scalfito dai venti riformatori nonostante le loro solide basi sociali e scientifiche (v. *supra*, § 8), né dal radicale mutamento di inquadramento consistito nell'ingresso del delitto di violenza sessuale nella parte del codice dedicata ai reati contro la persona (v. *supra*, § 9).

Pure la stessa scienza penalistica moderna ha a lungo mostrato una certa ritrosia a rinunciare al requisito della costrizione violenta[379], offrendo a sostegno argomentazioni tutt'altro che irresistibili,

---

[377] A giudizio delle studiose inglesi C. McGlynn, V.E. Munro, *Rethinking rape law: an introduction*, in Id. (a cura di), *Rethinking rape law*, cit., 1 ss., i principali ostacoli al riconoscimento del *rape* come qualsiasi atto sessuale non consensuale sono stati la storica concettualizzazione della donna come proprietà del padre o del marito e l'enfatizzazione del rapporto tra donna e onore familiare. Stratificazioni concettuali che hanno portato a teorizzare l'onere di resistenza.

[378] Cfr. F. Mantovani, *Appendice*, cit. 25, il quale rileva una vera e propria ossessione da parte dei lavori parlamentari per il mantenimento nella struttura della fattispecie della costrizione violenta.

[379] Cfr. ad esempio, G., Fiandaca, *Violenza sessuale* (voce 1993), cit., in particolare 955 e 960-961, che sottolinea l'elevata problematicità di un eventuale abbandono del requisito della violenza in favore di una definizione incentrata sulla volontà contraria della vittima. Una tale impostazione «appare meno giustificata se si tiene conto della complessa dinamica intersoggettiva che in realtà si sviluppa nella concreta esperienza del rapporto sessuale. A dispetto dei mutamenti in senso emancipativo intervenuti nel costume, e del diffondersi di una concezione laica della sessualità come attività intrinsecamente lecita e libera, la comunicazione e l'interazione tra i sessi continuano a svolgersi in forme non sempre chiare e nitide; anzi, la seduzione sessuale si avvale a tutt'oggi (e probabilmente continuerà ad avvalersi in futuro) di rituali e di segnali inevitabilmente ambigui, di tecniche di dissimulazione che espongono i partner al rischio di facili fraintendimenti. Di qui la oggettiva difficoltà di assumere il semplice, per quanto esplicito, "dissenso" di uno dei partner a presupposto sufficiente dell'illiceità del fatto: è ben possibile, in realtà, che un dissenso manifestato a parole o in forma remissiva sottintenda piuttosto una mossa tattica o una difesa apparente dettata dalle convenzioni o – peggio ancora – un astuto e sleale calcolo preordinato a strumentalizzare la denuncia penale di un falso stupro». Adesivamente, R. Borgogno, *Il delitto di violenza sessuale*, in F. Coppi (a cura di), *I reati sessuali*, cit., 81 ss., in particolare 90. Considerazioni non troppo lontane si ritrovano anche in M.C. Parmiggiani, Rape by omission*, ovvero lo "stupro omis-*

che denotano più che altro una certa titubanza ad allontanarsi dalle "riposanti" distese della normalità. Con ciò non si vuole negare che una struttura basata sulla coercizione fisica presenti diversi vantaggi in una prospettiva penalistica. Essa ha infatti il pregio di tracciare una linea oltre la quale la condotta sessuale diviene certamente illecita – una sorta di "*Rubicon function*", come direbbero gli americani[380] – con ovvi risvolti positivi sul piano della determinatezza della fattispecie ma anche dell'imputazione soggettiva e, in particolare, dell'accertamento del dolo[381]. La violenza fisica, dunque, è l'ultima

---

sivo": note a margine di un recente caso californiano, in *Ind. Pen.*, 2005, 311 ss., in particolare 347 dove esprime forti perplessità circa il possibile abbandono a livello normativo di violenza e minaccia. Lo stesso G. Balbi, *Violenza sessuale*, cit., 8, pur ammettendo che si tratti di un «paradigma ormai logoro», riconosce che non è del tutto «inopportuno per ragioni di determinatezza». Occorre evidenziare come taluni Autori sembrerebbero aver rivisto la propria posizione col passare degli anni in senso ampiamente favorevole ad una riscrittura della disposizione dell'art. 609-*bis* c.p. Si vedano ad es. G. Fiandaca, E Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II., tomo I, *I delitti contro la persona*, 7ª ed., Bologna, Zanichelli, 2020, 312; G. Balbi, *I reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale in una prospettiva di riforma*, in *Sistema penale*, 3 marzo 2020.

Da tempo favorevoli ad un cambio di paradigma, invece, T. Padovani, *Violenza carnale e tutela della libertà*, cit., *passim*; Bertolino, *Libertà sessuale e tutela penale*, cit., *passim*; e, come ribadito anche nel recentissimo volume, A. Cadoppi, *Il "reato penale". Teorie e strategie di riduzione della criminalizzazione*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2022, 304. Più di recente anche S. Tordini Cagli, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, cit., 39 e M.L. Mattheudakis, *L'imputazione colpevole differenziata. Interferenze tra dolo e colpa alla luce dei principi fondamentali in materia penale*, Bologna, Bononia University Press, 2020, 419 ss.; A.M. Maugeri, *I reati sessualmente connotati e diritto penale del nemico*, Pisa, Pisa University Press, 2021, 96 ss. Pur non schierandosi espressamente in tal senso, lascia intendere che la soluzione sarebbe stata più coerente con l'impianto della riforma, F. Palazzo, *Tendenze e prospettive nella tutela penale della persona umana*, in L. Fioravanti (a cura di), *La tutela penale della persona*, cit., 401 ss., in particolare 410.

[380] Per l'uso di tale espressione, nonché per alcune considerazioni sulle aspirazioni di certezza del diritto perseguite con la previsione della forza quale elemento costitutivo, D.P. Bryden, *Redefining rape*, in *Buffalo Criminal Law Review*, 2000, vol. 3, 317 ss., uno degli ultimi sostenitori della forza nel dibattito anglo-americano.

[381] Ad es., M. Donini, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, Cedam, 1996, 76, menziona il dolo di costrizione quale dolo particolarmente pregnante proprio per via della richiesta normativa che la condotta si svolga attraverso una costrizione violenta. In effetti, da questo punto di vista, chi esercita una forma di violenza per costringere ad un rapporto sessuale, difficilmente potrà sostenere di aver frainteso la volontà della persona offesa. Sottolinea il legame logico tra gli elementi

scheggia della impostazione tradizionale a sopravvivere negli ordinamenti moderni perché ha potuto saldarsi ad esigenze penalistiche dimostrative.

Nondimeno, come sottolineato nel dibattito internazionale, gli standard invalsi in altri settori del diritto penale non ricalcano il medesimo rigore che è, invece, richiesto per azionare la tutela della autodeterminazione sessuale[382]. Un rigore che, come si è analizzato, è andato formandosi fin dall'epoca medievale, attraverso la creazione di uno "*ius speciale*" basato sulle «congetture» (v. *supra*, § 5).

---

della violenza e della minaccia e l'imputazione dolosa anche M.L. Mattheudakis, *Un'indagine comparatistica sulla configurazione dei reati sessuali per colpa (grave) sui profili di consenso della vittima*, cit., 292, che, nella prospettiva di verificare gli spazi applicativi di un'imputazione colposa dei profili riguardanti l'assenza di consenso, osserva: «violenza e minaccia sono condotte che si abbinano difficilmente a una colpevolezza diversa da quella dolosa: esse sono particolarmente evocative di un dolo che permea di sé il fatto tipico».

[382] Ad es., S. Estrich, *Real rape*, cit., 40-41 fa i casi di violazione di domicilio, furto, consenso nell'attività medica, per sostenere che nelle altre fattispecie fondate sul binomio dissenso/assenza di consenso non si rinviene una simile presunzione di consensualità fintanto che non intervenga una condotta violenta; una presunzione che, peraltro, risulta quantomai problematica in relazione ad un ambito così intimo come la sfera sessuale. Nella dottrina italiana, per considerazioni simili, M. Bertolino, *Libertà sessuale e tutela penale*, cit., 126 ss. O ancora, in nessun'altra fattispecie di reato vittimologicamente orientata (in generale, sul tema, V. Del Tufo, *Profili critici della vittimo-dogmatica. Comportamento della vittima e delitto di truffa*, Napoli, Jovene, 1990) si impone alla persona offesa di lottare strenuamente a difesa del proprio interesse giuridico per "meritarsi" la tutela. Su quest'ultimo tema si vedano anche le considerazioni di A. Verza, *Aggredire attraverso l'immagine. Cristallizzazioni tecnologiche, genere e diniego di tutela nella logica disciplinante neoliberale*, in *Ragion pratica*, 2017, 467 ss., in particolare 488. Sebbene il saggio sia prevalentemente incentrato sulle vittime di lesioni arrecate mediante l'uso di immagini sessualmente esplicite, l'Autrice si sofferma anche sulla violenza sessuale classica, rinvenendo proprio nel tradizionale obbligo di resistenza la fonte culturale delle più recenti forme di "*victim blaming*". Per quanto riguarda il consenso ai trattamenti sanitari, come noto esso è stato oggetto di una disciplina organica con la legge n. 219 del 2017 (sulla quale, per tutti, S. Canestrari, *La legge n. 219 del 2017 in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, in *Leg. pen.*, 19 dicembre 2018, 1 ss.). Stabilire un parallelismo tra il consenso agli atti sessuali ed il suo equivalente in ambito sanitario è tutt'altro che semplice (per certi versi, anche pericoloso, posto che quest'ultimo deve necessariamente essere "informato" e potrebbe, di conseguenza, condurre ad una dimensione ipertrofica della rilevanza penale dell'inganno; sul punto v. *infra*, II, § 8.2, III, § 10.1), ma l'intervento legislativo del 2019 testimonia senza dubbio la crescente attenzione dell'ordinamento per i profili dell'autodeterminazione e del consenso.

Né sembrano decisive in proposito obiezioni attinenti al piano della prova giudiziale, che, qualora la fattispecie dovesse incentrarsi sulla comunicazione di un consenso tra le parti, cui di solito non partecipa alcun testimone, risulterebbe estremamente difficile. Come sottolinea autorevole dottrina tedesca, sarebbe fallace aspettarsi da questo punto di vista una marcata differenza tra il modello classico ed uno basato sul consenso[383]. Anche il primo, infatti, da sempre deve affrontare problemi probatori, dal momento che la minaccia è una forma di comunicazione, al pari del consenso, e che, in molti casi, neppure la violenza fisica lascia tracce tangibili[384].

Alla luce dell'approfondimento già svolto, non si può che rilevare come le radici di tale assetto normativo affondino nella storia dell'incriminazione. Le origini e l'evoluzione della costrizione violenta dimostrano chiaramente la profonda diffidenza che essa esprime nei confronti della donna, dei suoi pretesi atteggiamenti ambigui, dei suoi asseriti ripensamenti, della sua naturale propensione a produrre false accuse, della sua ricerca di protezioni immeritate. La necessità della violenza è infatti «figlia di una concezione dei rapporti sessuali ancora basata sull'idea della conquista della "preda" sessuale che, se non reagisce attivamente alle iniziative, si dimostra per ciò solo *in re ipsa* disponibile a cedere all'altrui volontà»[385] (v. *supra*, § 2). A partire dall'epoca romana, il diritto guarda ossessivamente allo stato mentale interiore della donna, cui richiede di estrinsecarsi in comportamenti che non lascino neppure il minimo margine di interpretazione. È un segno di sfiducia e di marcata diffidenza.

La storia che si è ricostruita, del resto, è anche – o forse soprattutto – una storia di falsi miti e stereotipi. Come si è più volte evidenziato, la costrizione violenta si afferma per la prima volta come unica prova possibile della innocenza della donna (v. *supra*, § 4) e ogni epoca giuridica successiva riannoda la propria riflessione sul tema a pregiudizi e considerazioni intrinsecamente colpevolizzanti. Il consenso femminile, anche nei periodi in cui viene esaltato (v. *supra*,

[383] Cfr. T. Hörnle, *The new German law on sexual assault and sexual harassment*, in *German Law Journal*, 2017, 1309 ss., in particolare 1317.

[384] *Ibidem*.

[385] Così, con la consueta lucidità, T. Padovani, *Pre-Art. 609*-bis *c.p. Commento ad Art. 2*, cit., 434.

§ 6), è ritenuto manifestazione colpevole di una volontà irregolare e deviante rispetto a quel doppio standard morale stabilito già a partire dalla Atene del V secolo (v. *supra*, § 3).

In questo senso, come noto, l'esigenza di affermare lo stato di coazione della vittima ha finito con lo spostare su di essa il baricentro dell'indagine processuale. Il *quantum* di violenza fisica impiegata dall'uomo e, soprattutto, il grado della resistenza approntata dalla donna si sono fusi in un'unica valutazione, spesso inquinata da concezioni "predatorie" della sessualità, già cristallizzate nel mito greco (v. *supra*, § 2) e sulle quali si tornerà anche in seguito (v. *infra*, II, §§ 2, 3, III, §§ 3 e 4).

Tutto ciò ha reso gli accertamenti giudiziari della violenza sessuale particolarmente permeabili da una molteplicità di retaggi culturali, spesso consolidatisi proprio a partire dalla riflessione giuridica.

Da questa angolazione, l'indagine svolta ha confermato le forti connessioni tra costumi sessuali, stereotipi culturali e norme penali prospettate sin dalle battute introduttive. Nel prisma di istanze dirette a costituire una etica sessuale "eteronormata" (v. *supra*, § 1), emerge con chiarezza come il contributo dei giuristi di ogni epoca sia stato fondamentale nel consolidare una visione sessuofobica della donna e un generalizzato sospetto riguardo alle sue denunce di abuso. Alle presunzioni più benevole del periodo medievale, comunque segnate da un marcato paternalismo sessista (v. *supra*, § 5), si contrappongono le regole sulla *pudicitia* dettate da Marco Porcio Latrone e Tertulliano (v. *supra*, § 4), le prevenute osservazioni della cancelleria imperiale su come una giovane può evitare di essere rapita (v. *supra*, § 4), le feroci invettive del Filangieri (v. *supra*, § 6), le costruzioni dogmatiche dei penalisti del primo Novecento per giustificare la non punibilità dello stupro coniugale (v. *supra*, § 7). Immagini immobili, come si avvertiva all'inizio, che talvolta fanno ancora capolino sulla scena, in modo più o meno celato, in decisioni giudiziarie che ritengono inattendibile la vittima che non abbia resistito a costo della propria integrità fisica ad una *avance* sessuale impropria (v. *supra*, § 10).

Tuttavia, come si è messo in luce anche non rinunciando a rappresentare una certa complessità, l'evoluzione storica della costri-

zione violenta è fatta pure di contraddizioni tra le finalità di protezione e le tecniche normative utilizzate. Ciò avviene già in epoca romana, quando la repressione dello stupro oscilla tra vari strumenti giuridici, ma soprattutto in età intermedia, quando il *crimen vis*, incriminazione plasmata sulla tutela dell'autonomia personale, è impiegato per difendere un sistema basato sullo stupro semplice e sul bene giuridico della verginità, costringendo i giuristi dell'epoca a ricorrere a fragili presunzioni (v. *supra*, § 5). Una vistosa asimmetria sistematica si ripropone anche successivamente, tra la riflessione ottocentesca che fa leva sul libero consenso per eliminare lo stupro semplice e le codificazioni immediatamente successive, le quali negano ogni rilievo alla libertà sessuale per tutelare beni sovraindividuali come l'ordine delle famiglie, il buon costume e la moralità pubblica (v. *supra*, §§ 6 e 7).

Come osservato, però, anche la stessa riforma del 1996, mantenendo intatto il dogma della costrizione violenta, scava una nuova contraddizione: non solo con riguardo ai risultati delle ricerche criminologiche del Novecento (v. *supra*, § 8), ma anche alla nuova collocazione sistematica del reato (v. *supra*, § 10), nonché, soprattutto, con l'approccio del diritto penale liberale al tema della sessualità, che fa del principio di autodeterminazione il criterio attraverso il quale orientare le proprie scelte politico-criminali (v. *supra*, § 8).

Tale iato è stato approfondito dagli interventi normativi successivi. Guardata nel complesso, infatti, la legislazione vigente in materia di delitti sessuali è un sistema articolato che, anche sulla scorta di obblighi assunti a livello internazionale[386], risponde sia al necessario adeguamento giuridico rispetto all'evoluzione culturale in materia di libertà di autodeterminazione sessuale e di violenza di genere, che alla necessità di prevedere regole eccezionali nel rito processuale[387],

[386] Per i quali, si rimanda a II, § 10.

[387] Aspramente critico rispetto alla possibilità di prevedere regole speciali sul piano processuale già M. Papa, *Osservazioni sulla disciplina dei reati sessuali quale "microsistema di tutela integrata"*, in A. Cadoppi (a cura di), *Commentario delle "Norme contro la violenza sessuale" (Legge 15 febbraio 1996, n. 66)*, cit., 427 ss.

per contenere i rischi di una ulteriore vittimizzazione sia primaria, assai probabile nei casi di violenza domestica, che secondaria[388].

[388] Negli ultimi anni si sono, come noto, susseguiti diversi interventi legislativi. Limitandosi agli ultimi anni, nonché agli interventi più rilevanti, si possono menzionare, oltre al più risalente d.l. n. 11 del 23 febbraio 2009, convertito con modifiche dalla legge n. 38 del 23 aprile 2009, il c.d. "decreto femminicidio", d.l. n. 93 del 14 agosto 2013, poi convertito con modifiche in legge n. 119 del 15 ottobre 2013, il d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 12, di recepimento e adeguamento alla direttiva 2012/29/EU, fino all'adozione della l. n. 69 del 19 luglio 2019, c.d. "Codice Rosso". Si tratta di interventi che hanno profondamento inciso anche su profili processuali e, in particolare, ad esempio, sulla partecipazione della persona offesa nel corso delle indagini e alle vicende cautelari, sul suo accesso alle informazioni, sui tempi e modi di acquisizione della prova testimoniale, sulla speditezza delle indagini preliminari. Per un affresco commentato delle novelle degli ultimi anni, si vedano nella letteratura penalistica, C. Pecorella, *Sicurezza vs Libertà? La risposta penale alle violenze sulle donne nel difficile equilibrio tra istanze repressive e interessi della vittima*, in *Dir. pen. cont.*, 5 ottobre 2016; nonché Id., *Violenza di genere e sistema penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 1181 ss.; O. Di Giovine, *I recenti interventi legislativi in materia di violenza contro le donne (perché il "dilemma del femminismo" è anche il "dilemma del diritto penale")*, in *Arch. pen.*, 1, 2017, 299 ss.; F. Basile, *La tutela delle donne dalla violenza dell'uomo: dal Codice Rocco… al Codice Rosso*, in *Dir. pen. Uomo*, 20 novembre 2019; B. Romano, *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, 7ª ed., Milano, Giuffré, 2022.

Si è menzionata anche la legge n. 38 del 23 aprile 2009 perché, oltre ad aver introdotto il controverso reato di atti persecutori (sul quale, per tutti, A. Maugeri, *Lo* stalking *tra necessità politico-criminale e promozione mediatica*, Torino, Giappichelli, 2010; G. De Simone, *Il delitto di atti persecutori*, Roma, Aracne, 2013), ha previsto quale circostanza aggravante che a commettere il reato sia il «coniuge, anche separato o divorziato» o «persona che è o è stata legata da relazione affettiva alla persona offesa». Tale previsione, oggi molto ricorrente nelle disposizioni che tutelano le donne, è stata poi estesa, col c.d. "decreto femminicidio" (sul quale, anche per riferimenti bibliografici, si veda, *infra*, II, § 10), anche alla violenza sessuale. Ciò è assai significativo perché segna, in qualche modo, la chiusura di un cerchio rispetto al superamento dell'idea che il marito non possa stuprare la propria moglie (alla questione si trovano riferimenti in tutto il lavoro, ma si vedano in particolare *infra*, II, § 3, III, § 2 e Sez. II). La c.d. "direttiva vittime" (sulla quale, L. Luparia [a cura di], *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, Padova, Cedam, 2015), invece, ha introdotto il concetto di "vittima vulnerabile". Nella letteratura penalistica sembrano per ora maggiormente approfonditi aspetti legati alla posizione processuale della vittima specialmente vulnerabile, ma il tema sta cominciando ad attrarre anche l'interesse dei sostanzialisti (si veda ad es., anche con accenti critici, M. Venturoli, *La vulnerabilità della vittima di reato quale categoria "a geometria variabile" del diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, 553 ss.), anche in virtù della centralità che la nozione acquisisce nelle fonti internazionali ed in alcune incriminazioni, come ad esempio i delitti di schiavitù e tratta di persone. In proposito, A. Peccioli, *La tutela delle vittime vulnerabili nei delitti di riduzione in schiavitù e di tratta*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 879 ss.;

Dal primo punto di vista, ad esempio, sono di recentissima introduzione due nuove fattispecie di reato che fanno di una condotta non consensuale il fuoco della tutela che intendono apprestare, vale a dirsi la diffusione (non consensuale) di immagini sessualmente esplicite *ex* art. 612-*ter* c.p.[389] e la costrizione (o induzione) al matrimonio *ex* art. 558-*bis* c.p.[390].

La previsione di entrambe le nuove fattispecie incriminatrici è altamente significativa, poiché sembra confermare lo spostamento del baricentro di tutela sempre più verso l'autodeterminazione, spezzando peraltro ogni legame con talune logiche tralatizie. Così, ad esempio, è ritenuta espressione della libertà sessuale positiva la realizzazione di un'immagine intima, senza che ciò precluda una

---

A. di Martino, *Stato di bisogno o condizione di vulnerabilità tra sfruttamento lavorativo, tratta e schiavitù. Contenuti e metodi fra diritto nazionale e orizzonti internazionali*, in *Arch. pen.*, 2019, n. 1, 1 ss.; K. Summerer, *I delitti di schiavitù e tratta di persone*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (diretto da), *Diritto penale*, Milano, Utet, 2022, 5592 ss. Quanto alle molteplici novità introdotte dal "Codice Rosso", per il dettaglio delle quali si rimanda al commentario della legge di B. Romano, A. Marandola (a cura di), *Codice Rosso. Commento alla l. 19 luglio 2019, n. 69, in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, Pisa, Pacini, 2020, oltre alle nuove fattispecie incriminatrici richiamate nel testo principale, a livello sostanziale si segnala anche una rilevante modifica alla disciplina della sospensione condizionale della pena, ampliando il novero degli obblighi ai quali è subordinata la sua concessione in caso di reati sessuali (e altri riconducibili alla violenza di genere), e nello specifico prevedendovi la necessaria partecipazione a corsi di recupero presso enti o associazioni che si occupano di prevenzione, assistenza psicologica e recupero di soggetti condannati per tali reati. In proposito, per un primo commento, D.M. Schirò, *La modifica all'art. 165 del codice penale in materia di sospensione condizionale della pena*, *ivi*, 57 ss.

[389] Sia consentito, per un commento della nuova fattispecie, il rinvio a G.M. Caletti, *Libertà e riservatezza sessuale all'epoca di* Internet, cit., 2045 ss. La struttura non consensuale del nuovo reato e i correlati problemi di imputazione soggettiva sono esaminati in particolare alle p. 2073 ss.

[390] Non sembra particolarmente rilevante ai nostri fini che il primo comma della nuova disposizione preveda quale condotta tipica principale la costrizione mediante violenza. In primo luogo, perché il secondo comma tipizza anche una fattispecie induttiva, che tiene conto di possibili alterazioni del consenso dovute a rapporti di potere tra le parti, e in secondo luogo perché si tratta, all'evidenza, di realtà fenomeniche assai diverse. Per un commento della nuova disposizione, la quale comunque presenta sul piano pratico diverse criticità, si vedano S. Bernardi, sub *art. 558*-bis *c.p.*, in E. Dolcini, G. Gatta (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. III, 5ª ed., Milano, Ipsoa, 2021, 643 ss.; L. Monticelli, *Costrizione o induzione al matrimonio (art. 558*-bis *c.p.)*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (diretto da), *Diritto penale*, cit., 4490 ss.

protezione nel momento in cui tale immagine viene diffusa in mancanza del consenso di chi vi è rappresentato[391]. Si fa riferimento a realtà criminologiche diverse, ma anche la struttura della fattispecie si pone in antitesi con quella dell'art. 609-*bis* c.p., poiché non presume la consensualità della condotta, ma si basa sulla mera assenza di un'espressione di volontà positiva da parte della persona offesa (v. anche *infra*, III, § 8.1)[392]. Dall'altra parte, invece, benché verosimilmente introdotta per contrastare il problema dei "matrimoni forzati", (ri)acuitosi per via delle trasformazioni multiculturali della società[393], la nuova fattispecie rinnega definitivamente quella vi-

[391] L'esposizione al rischio cui acconsente chi si presta a realizzare immagini sessualmente esplicite può costituire – e di fatto ha costituito – fonte di "*victim blaming*" per la vittima delle successive condotte di diffusione. La tesi di una parte della dottrina americana (e di buona parte dell'opinione pubblica) è che la creazione di materiali sessualmente connotati e, in misura ancor più rilevante, la condivisione con una persona attraverso il "*sexting*" equivalgano, di fatto, ad accettare il rischio di una pubblicazione a più ampio raggio di quei contenuti. Su tutti questi aspetti, sia consentito richiamarsi a G.M. Caletti, "Revenge porn" *e tutela penale. Prime riflessioni sulla criminalizzazione specifica della pornografia non consensuale alla luce delle esperienze angloamericane*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2018, n. 3, 63 ss., e in particolare 88 ss.

[392] Per questa interpretazione, G.M. Caletti, *Can affirmative consent save "revenge porn" laws? Lessons from the Italian criminalization of non-consensual pornography*, in *Virginia Journal of Law and Technology*, 2021, vol. 25, 3, 112 ss. Per un accoglimento della stessa nel dibattito internazionale, N. Henry, C. McGlynn, A. Flynn, K. Johnson, A. Powell, A.J. Scott, *Image-based sexual abuse. A study on the causes and consequences of non-consensual nude or sexual imagery*, Abingdon Oxon-New York, Routledge, 2021, 161 ss.

[393] Già diversi anni prima dell'introduzione del reato, E. Lanza, *Il matrimonio forzato tra problemi definitori e obbligo di penalizzazione*, in *Ind. pen.*, 2016, n. 1, 294 ss.; più di recente, cfr. A. Sbarro, *Il delitto di "costrizione o induzione al matrimonio" ex art. 558-bis c.p.: alcune riflessioni critiche*, in *Leg. pen.*, 22 febbraio 2022, 2. Peraltro, la Cassazione, in linea con le posizioni già espresse in altre occasioni in relazione a diverse fattispecie di reato, ha ribadito l'irrilevanza scriminante di tradizioni culturali qualora siano lesive della libertà individuale anche nell'ambito dei matrimoni forzati (da ultimo, Cass. pen., Sez. V, sent. 13 maggio 2021, n. 30538, in *Sistema penale*, 15 febbraio 2022, con commento di G. Pepè, *Matrimoni forzati e prezzo della sposa: la Cassazione ribadisce l'irrilevanza di tradizioni e culture lesive della libertà individuale*). Come noto, la motivazione culturale del reato è stata oggetto di ampio approfondimento da parte della scienza penalistica nel corso degli ultimi tre lustri, a ulteriore riprova dell'importanza che il dato culturale ricopre nelle incriminazioni inerenti alla sfera sessuale. Senza pretese di esaustività, si richiamano qui i lavori, condotti secondo accenti diversi, di F. Basile, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multicultu-*

sione, incontrata più volte sul ciglio del percorso qui sviluppato, secondo cui la volontà della donna si indirizza ineluttabilmente verso il matrimonio. Sulla scorta di tale presunzione, fino al 1981 esso ha rappresentato una vera e propria "riparazione" del delitto di violenza sessuale (v. *supra*, §§ 2, 3, 5, 7, ma anche *infra*, II, § 3).

Al centro del microcosmo normativo di contrasto alla violenza di genere rimane, tuttavia, il disposto dell'art. 609-*bis* c.p. imperniato sull'antico modello della costrizione violenta, retaggio storico di epoche lontane, espressione di sistemi assiologici decaduti, corpo estraneo in un moderno diritto penale sessuale.

Nel 1881 l'insigne giurista americano Wendell Holmes suggeriva che «*the substance of the law at any given time pretty nearly corresponds with what is then understood to be convenient; but its form and machinery, and the degree to which is able to work out desired results, depend very much upon its past*»[394]. Ebbene, la cultura giuridica è stata per secoli in grado di plasmare e riadattare il dogma della costrizione violenta a seconda delle proprie esigenze, ed anche oggi si è ritenuto che essa possa risultare funzionale a predisporre una, benché minima, difesa dell'autodeterminazione sessuale.

Quali siano in concreto i suoi risultati, se e quanto dipendano dal suo passato, sarà invece oggetto delle pagine che seguono.

---

rali, Milano, Giuffré, 2010; A. Bernardi, *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, Torino, Giappichelli, 2010; C. De Maglie, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa, ETS Edizioni, 2010; L. Stortoni, S. Tordini Cagli (a cura di), *Cultura, culture e diritto penale*, Bologna, Bononia University Press, 2013; M. Helfer, *I reati culturalmente motivati nel sistema penale italiano*, in E.M. Ambrosetti (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, 2017, 382 ss.; A. Provera, *Tra frontiere e confini. Il diritto penale dell'età multiculturale*, Napoli, Jovene, 2018. Per un recentissimo sguardo sulla prassi, C. Grandi, *I reati contro la famiglia e contro la persona culturalmente motivati: teoria ed evoluzione della prassi*, in *Arch. pen.*, 2022, n. 3, 1 ss.

[394] O. Wendell Holmes, *The Common Law*, Boston, Little Brown, 1981, 35. Il breve passo citato si può tradurre come segue: «a sostanza della legge in un determinato momento corrisponde sostanzialmente a ciò che si intende in quel momento come opportuno; ma la sua forma e i suoi meccanismi, e il grado di capacità di ottenere i risultati desiderati, dipendono in larga misura dal suo passato».

Capitolo II

IL CONSENSO NEL DIRITTO PENALE SESSUALE GIURISPRUDENZIALE

L'evaporazione del requisito della costrizione violenta nel diritto vivente tra tutela dell'autodeterminazione e legalità penale

«La violenza comincia dove non c'è il consenso […],
non è la violenza quella che rivela la mancanza del consenso […],
è la mancanza di consenso ciò che definisce la
relazione sessuale come violenta».

T. Pitch, *Un diritto per due* (1998)

Sommario: I. La struttura del dogma e l'interpretazione tradizionale. – 1. Premessa. La struttura coercitiva dell'art. 609-*bis* c.p. e la collocazione sistematica del consenso nella tipicità. – 2. La lunga stagione della "*vis atrox*" e dell'irrilevanza penale della "*vis grata puellis*". – 3. Un primo affievolimento del concetto di violenza. La giurisprudenza sulla forza di «qualsiasi intensità». (Parentesi: il riconoscimento della rilevanza penale dello stupro maritale). – II. L'abbandono del dogma: la tesi della violenza "impropria". – 4. La dematerializzazione della violenza per ampliare la tutela della libertà sessuale. – 4.1. I primi ambiti applicativi della violenza "impropria": gli atti sessuali "repentini" o a sorpresa e la violenza "potenziale" dei sanitari. – 4.2. (*segue*): la «costrizione ambientale». – 5. Il fondamento teorico della violenza "impropria": la generale «spiritualizzazione» del concetto penalistico di violenza (*Gewaltbegriff*) sulla scorta della riflessione tedesca. – III. La riformulazione della norma: dalla violenza al dissenso, fino al consenso espresso. – 6. Dalla costrizione "*in re ipsa*" al "mero" dissenso. – 6.1. Il caso del dissenso *in itinere*: "*rape by omission*" o "*post-penetration rape*". – 6.2. L'atto sessuale secondo modalità diverse da quelle acconsentite. Il fenomeno della rimozione non consensuale del preservativo (c.d. "*stealthing*"). – 7. Verso un modello di "*affirmative consent*"? Le più recenti sentenze della Cassazione in tema di assenza del consenso ed errore. – 8. Tracce di consenso nell'interpretazione giurisprudenziale delle forme di violenza sessuale diverse dalla costrizione violenta. – 8.1. L'evaporazione (anche) dell'induzione nei casi di incoscienza della vittima. La prospettiva della giurisprudenza italiana su "*Manada di Manresa*" e "*Stanford rape*". – 8.2. L'inganno quale vizio del consenso. – 8.3. Geome-

trie "consensualistiche" nell'interpretazione dell'abuso di autorità: l'intervento delle Sezioni Unite nel 2020. – 9. Le *resistenze* della giurisprudenza di merito ad applicare gli orientamenti della Cassazione. – IV. La riforma giurisprudenziale del diritto penale sessuale. Profili di legalità penale. – 10. Le influenze sovranazionali da Strasburgo e Istanbul per l'adozione di un modello consensualistico. Un inedito caso di interpretazione conforme ad un obbligo positivo di criminalizzazione? – 11. Il "diritto penale sessuale giurisprudenziale". «Tensioni immanenti» con riserva di legge e divieto di analogia. – 12. «Alla ricerca della tassatività perduta». Il problema della definizione di atti sessuali tra prevedibilità, proporzione e "*fair labelling*". – 13. Rilievi di sintesi sulla costrizione violenta nel diritto vivente: un dogma da abbandonare a tutela… del reo!

I. *La struttura del dogma e l'interpretazione tradizionale*

1. *Premessa. La struttura coercitiva dell'art. 609-*bis *c.p. e la collocazione sistematica del consenso nella tipicità*

Il capitolo che precede ha messo in luce le origini, l'evoluzione e la resistenza nel tempo del "dogma" penalistico della costrizione violenta nelle fattispecie di violenza sessuale, nonché la sua capacità di sopravvivere pure alle temperie innovatrici della fine del secolo. Occorre ora cambiare la prospettiva dell'indagine e abbandonare la dimensione legislativa per soffermarsi su quella applicativa[1], al fine di esaminare se, come e per quanto tempo l'antico schema della costrizione violenta sia riuscito a conservare la propria vitalità anche nella prassi.

Del resto, il "formante" giurisprudenziale[2], oltre ad aver assunto sempre maggior centralità secondo dinamiche per certi versi sovrapponibili a quelle della *common law*[3], è anche quello che spesso

[1] Come scrive A. Cadoppi, *Cassazione e legalità penale. Presentazione*, in Id. (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, Roma, Dike, 2017, 12, del resto «il giurista, e soprattutto il penalista, non deve solo "preoccuparsi della *law in action*, magari auspicando un diritto puro e ascetico, scevro da applicazioni giurisprudenziali! Deve soprattutto "occuparsi" di essa, ovvero del modo in cui i giudici applicano la legge».

[2] Sul tema, a dir poco centrale nella riflessione penalistica degli ultimi anni, si vedano gli approfondimenti, anche in chiave critica, del § 11.

[3] In proposito, V. Manes, Common law-isation *del diritto penale? Trasformazioni del* nullum crimen *e sfide prossime future*, in *Cass. pen.*, 2017, 955 ss., secondo il quale «quello che va profilandosi è ormai un *modello ibrido* di legalità, frutto di una contaminazione con moduli e dispositivi (originariamente) di *common law*,

è risultato più permeabile alle istanze di tutela della persona dettate dai mutamenti dei costumi sociali[4].

Anche per questa ragione, a partire dalla riforma del 1996 la ricerca si è incentrata prevalentemente sull'approfondimento del rapporto tra teoria e prassi e, in particolare, sull'interazione tra le novità legislative, le categorie dogmatiche e gli orientamenti interpretativi elaborati dalle Corti[5]. Già da tempo, infatti, l'esegesi giurisprudenziale della violenza carnale e degli atti di libidine si era mossa nel senso di adeguare i contenuti della descrizione normativa alle nuove esigenze di protezione legate al riconoscimento della libertà sessuale quale bene fondamentale per la persona[6]. In concreto, perlomeno in una prima fase, ciò è avvenuto mediante una interpretazione particolarmente ampia del concetto di violenza, tale da ricomprendere qualsiasi condotta costrittiva indipendentemente dalle modalità materiali[7].

---

dove taluni aspetti caratterizzanti il paradigma "continentale" del *nullum crimen sine lege* vengono modificati o sostituiti, in una cornice sempre meno "sistematica" e "scientifica"; e dove emerge con urgenza il problema di adattare gli ordinamenti giuridici declinati sul paradigma continentale della riserva di legge e della sottoposizione del giudice alla legge alla signoria del *judicial law-making*».

[4] Cfr., per tutti, F. Palazzo, *La tutela della persona umana. Dignità, salute, scelte di libertà*, in G. De Francesco, A. Gargani, D. Notaro, A. Vallini (a cura di), *La tutela della persona umana. Dignità, salute, scelte di libertà (per Francesco Palazzo). Atti del Convegno. Pisa, 12 ottobre 2018*, Torino, Giappichelli, 2019, 121 ss., in particolare 124, a giudizio del quale, posto che «la portata reale, effettiva della tutela non dipende solo dalle previsioni incriminatrici esistenti ma anche dall'applicazione-interpretazione che di esse fa la giurisprudenza», pare incontestabile che «anche per la tutela della persona umana, la giurisprudenza inclini verso una tendenza fortemente espansiva della tutela della persona».

[5] Constatando come il terreno dei reati sessuali continuasse a fungere da laboratorio particolarmente utile e significativo. In questi termini A. Cadoppi, *Presentazione*, in Id. (a cura di), *La violenza sessuale a cinque anni dalla legge n. 66/96. Profili giuridici e criminologici*, Padova, Cedam, 2001, 1 ss., in particolare 7, ma si rimanda anche a tutti gli altri contributi del *Volume* per un primo bilancio applicativo della legge n. 66/1996.

[6] Nel capitolo che precede, in particolare al § 9, si è dato conto dell'orientamento – dottrinale e giurisprudenziale – che riconosceva nella libertà sessuale la vera entità giuridica dei reati di violenza carnale e di atti di libidine; ciò a prescindere dalla loro collocazione tra i reati contro la moralità pubblica e il buon costume.

[7] Cfr., per tutti, M. Bertolino, *Libertà sessuale e tutela penale*, Milano, Giuffré, 1993, 74-75. Il processo di smaterializzazione della violenza è stato segnalato da moltissimi Autori, le cui opportune citazioni saranno disseminate lungo la trattazione successiva.

Come si osserverà, l'intervento legislativo del 1996 ha naturalmente dato ulteriore impulso al graduale[8] processo di volatilizzazione del concetto di violenza fisica già in atto, che, dopo aver vissuto fasi di convivenza tra diversi modelli interpretativi (v. *infra*, §§ 2 e 3) e anche inattesi passi indietro (v. *supra*, I, § 10), pare oggi essersi spinto in prossimità di scenari davvero sorprendenti se rapportati al quadro normativo tutt'ora vigente (v. *infra*, § 7).

Le pagine che seguono, dunque, mirano a mettere in luce lo scarto che è venuto a crearsi in tema di costrizione violenta tra *law in the books* e *law in action*, ricostruendo lo stato del c.d. "diritto vivente", come esso è venuto a consolidarsi e quali sono stati i fattori – anche sovranazionali – che hanno influenzato il percorso interpretativo che ha portato dalla richiesta di una forza fisica irresistibile (c.d. "*vis atrox*") agli attuali ragionamenti della Corte di Cassazione sull'assenza di consenso della vittima. L'approccio fortemente casistico permetterà anche di delineare quali sono (o almeno dovrebbero essere) i confini di una definizione della violenza sessuale incentrata sulla coazione violenta e quali ipotesi rimangono – o almeno dovrebbero rimanere – prive di tutela penale.

Proprio per questo, prima di procedere all'analisi, condotta intersecando binari cronologici e tematici, pare opportuno definire la base di partenza, ovvero i tratti sistematici del delitto di violenza sessuale e, segnatamente, il profilo strutturale della coercizione violenta[9]. Infatti, se molte pagine sono state già dedicate alle sue origini e alla sua funzione politico-criminale di delimitazione del perimetro della rilevanza penale, assai poco si è sin qui detto osservando più da vicino il "dogma".

Tradizionalmente la dottrina opera una distinzione tra "violenza-fine", orientata allo scopo di arrecare il danno insito nel suo uti-

[8] Definisce "graduale" il processo ad esempio S.R. Palumbieri, *Violenza sessuale*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (diretto da), *Diritto penale*, Milano, Utet, 2022, 6187 ss., in particolare 6245.

[9] Il punto di riferimento sarà principalmente l'art. 609-*bis* c.p., ma, come si è già precisato nel capitolo precedente, sul punto la struttura è pressoché coincidente con le disposizioni precedenti sia del codice Rocco (artt. 519 e 521) che del codice Zanardelli (artt. 331 e 333), di talché il discorso può fungere da base anche in relazione ai primi paragrafi che prendono in esame la giurisprudenza anteriore alla riforma del 1996.

lizzo, e "violenza-mezzo", impiegata per incidere sull'altrui volontà, annullandola o coartandola, affinché il soggetto faccia, ometta o tolleri qualche cosa[10]. La violenza cui si riferisce l'art. 609-*bis* c.p. appartiene indiscutibilmente alla seconda categoria, poiché è lo strumento col quale l'aggressore piega la vittima alla propria volontà[11].

Ciò significa, almeno secondo l'opinione prevalente, che per integrare la figura delittuosa la violenza deve necessariamente rappresentare un antecedente causale di due «progressivi effetti»: *a*) lo stato di coazione della vittima (compresa la sua consapevolezza di essere costretta all'atto sessuale); *b*) il «compiere o subire» l'atto sessuale[12]. La violenza, in altri termini, deve fungere da *condicio sine qua non* di un duplice evento[13] – la coazione psichica e l'atto sessuale compiuto o subìto – da accertare secondo il consueto giudizio controfattuale[14].

La nozione di costrizione esprime necessariamente la mancata adesione consensuale all'atto sessuale da parte del soggetto passivo[15]. Di conseguenza, essa – spesso indicata con l'espressione non

---

[10] Cfr. F. Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale*, Padova, Cedam, 1989, 48. Altra parte della dottrina, invece, propone una tripartizione della violenza nelle figure di reato in cui viene tipizzata, potendo essa operare come mezzo di costrizione, oppure come mera modalità della condotta, o ancora come violenza fine quando è usata per arrecare ad altri un danno. Cfr. G. De Simone, *Violenza (diritto penale)* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffré, 1993, 887.

[11] Così, ad esempio, A. Pecoraro Albani, *Violenza sessuale e arbitrio del legislatore*, Napoli, Jovene, 1997, 84.

[12] Cfr. F. Mantovani, *Diritto penale. Parte Speciale. I delitti contro la persona*, 7ª ed., Padova, Cedam, 2019, 447.

[13] Di avviso contrario, tuttavia, A. Cadoppi, *Art. 3*, in Id. (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, 3ª ed., Padova, Cedam, 2002, 27 ss., 127, che considera quello dell'art. 609-*bis* c.p. un reato di mera condotta.

[14] Sottolinea questo aspetto M. Vizzardi, *Violenza sessuale (art. 609-*bis*)*, in C. Piergallini, F. Viganò, M. Vizzardi, A. Verri (a cura di), *I delitti contro la persona. Libertà personale, sessuale e morale. Domicilio e segreti*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da G. Marinucci ed E. Dolcini, Padova, Cedam, 2015, 81, poiché la violenza può anche connotare un rapporto sessuale particolarmente "appassionato" senza ricoprire una funzione costrittiva, oppure, come si vedrà a breve, nel caso del "*bondage*" una modalità per incrementare il piacere nel rapporto (v. *infra*).

[15] Cfr. E. Contieri, *La congiunzione carnale violenta*, 2ª ed., Milano, Giuffré, 1967, 59.

del tutto appropriata di "dissenso"[16] – è considerata in dottrina una sorta di presupposto implicito del reato[17], come nella violenza privata (art. 610 c.p.)[18], che peraltro, a differenza della violazione di domicilio (art. 614 c.p.), condivide lo schema costrittivo dell'art. 609-*bis* c.p.[19].

La qualificazione del binomio "dissenso/assenza di consenso" come elemento implicito della fattispecie implica che, nelle ipotesi di consensualità dell'atto sessuale, a venire meno non sia l'antigiuridicità secondo il dettato dell'art. 50 c.p. («consenso dell'avente diritto»), bensì lo stesso fatto di reato[20]. Per tale ragione, non è affatto

---

[16] In questa fase, in linea con la sovrapponibilità nella dottrina prevalente dei due termini, si utilizzeranno le espressioni "dissenso" e "assenza di consenso" come sinonimi, pur nella consapevolezza che, come si vedrà nel proseguo del lavoro, tra le due fattispecie intercorrono significative differenze, soprattutto a livello di ricadute pratiche, che sono state valorizzate nel dibattito straniero sul tema (v. in particolare *infra*, III, Sez. III).

[17] Che anzi si desume proprio dalla costrizione mediante violenza o minaccia: E. Contieri, *La congiunzione carnale violenta*, cit., 59.

[18] Sul punto, cfr. M. Mantovani, *Violenza privata* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLVI, Milano, Giuffré, 1993, 930 ss., nonché V. Torre, *Violenza privata e minaccia*, in A. Manna (a cura di), *I delitti contro la persona*, Torino, Giappichelli, 571 ss.

[19] E. Contieri, *La congiunzione carnale violenta*, cit., 60. Non a caso, una delle principali obiezioni della dottrina italiana alla previsione della costrizione violenta nella tipicità del delitto di violenza sessuale è fondata sul paragone sistematico con l'art. 614 c.p., che non richiede forme di invasione del domicilio qualificate dal mezzo impiegato, ma soltanto il dissenso – anche implicito – del titolare dello *ius excludendi alios*. Sul punto, con la consueta lucidità, T. Padovani, *Violenza carnale e tutela della libertà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1302. Analogamente, M. Bertolino, *Libertà sessuale e tutela penale*, cit., 158. Sollevano perplessità sul parallelismo, invece, G. Fiandaca, *Prospettive di riforma dei reati sessuali: considerazioni problematiche*, in A. Cadoppi (a cura di), *Commentario delle "Norme contro la violenza sessuale" (Legge 15 febbraio 1996, n. 66)*, Padova, Cedam, 1996, 1ª ed., 414-415; e R. Borgogno, *Il delitto di violenza sessuale*, in F. Coppi (a cura di), *I reati sessuali. I reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali*, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 2007, 88-89.

[20] Cfr. E. Contieri, *La congiunzione carnale violenta*, cit., 60. La disciplina dell'art. 609-*bis* deve allora essere assimilata a quei reati, come la stessa violazione di domicilio, l'estorsione, ecc., nei quali il consenso viene menzionato nella descrizione delle singole fattispecie criminose. Tali ipotesi non rientrano nella previsione della scriminante *ex* art. 50 c.p., poiché in esse è senz'altro presupposto il dissenso del soggetto passivo. Al pari delle altre cause di giustificazione, infatti, il consenso dell'avente diritto interessa il diritto penale solo in presenza di un fatto in cui ricorrano tutti gli estremi di una figura criminosa: se mancasse anche solo un requisito

in discussione nella letteratura – non solo italiana[21] – in argomento che il consenso nelle relazioni sessuali integri un elemento che elide

costitutivo, la rilevanza penale del fatto sarebbe in radice esclusa. A questo proposito, Roland Riz ne *Il consenso dell'avente diritto*, Padova, Cedam, 1979, 58 ss., distingue le ipotesi in cui il consenso opera come causa di giustificazione e altre in cui non ha efficacia giustificante. Fra queste ultime ipotesi devono essere ricompresi i casi in cui il dissenso è elemento costitutivo del fatto illecito, quelli in cui la norma penale stessa dà rilevanza al dissenso e, infine, altre fattispecie in cui la legge considera circostanza costitutiva del reato il vizio del consenso (ad esempio la truffa). In questa prospettiva, in modo estremamente chiaro, già Cesare Pedrazzi: «bisogna distinguere: talvolta è richiesto che il fatto si svolga senza o contro la volontà del soggetto passivo, sì che un'adesione purchessia di quest'ultimo preclude la conformità al tipo, e il reato viene meno o muta titolo. Altre volte la fattispecie prevede un consenso viziato: viziato da violenza, come nei delitti che presuppongono una coazione del soggetto passivo (violenza privata, violenza carnale, estorsione, ecc.), oppure viziato da inganno (truffa, seduzione, ecc.), o da una peculiare condizione di inferiorità del soggetto passivo (usura, circonvenzione di incapaci): sì che la presenza di un consenso spontaneo, o quanto meno di un consenso immune dal vizio richiesto dalla fattispecie, impedisce che il fatto si adegui al modello legale. È però palese che, in ipotesi di questo tipo, il consenso del soggetto passivo non assume rilievo ai sensi dell'art. 50 c.p., bensì, prima ancora che venga in causa un'eventuale esclusione dell'antigiuridicità, ai sensi della norma incriminatrice che aspira a trovare applicazione» (C. Pedrazzi, *Il consenso dell'avente diritto* [voce], in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffré, 1961, 140 ss., in particolare 146).

Il tema chiama in causa le coordinate dell'area del fatto e dei confini che la separano dalla categoria dell'antigiuridicità, aspetto sul quale, come noto, la letteratura è oltremodo estesa. Si rinvia, pertanto, solo ad alcuni classici: G. Delitala, *Il "fatto" nella teoria generale del reato*, Padova, Cedam, 1930; P. Nuvolone, *I limiti taciti della norma penale*, Palermo, G. Priulla Editore, 1947, 13 ss.; M. Gallo, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, Giuffré, 1951, 19 ss.; G. Marinucci, *Antigiuridicità*, in *Digesto disc. pen.*, vol. I, Torino, Utet, 1987, 172 ss.; M. Romano, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 55 ss.; M. Donini, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, Giuffré, 1991, 109 ss. Nella dottrina più recente, si veda, in particolare, F. Consulich, *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, Torino, Giappichelli, 2018, 17 ss.

[21] In Germania, già H. Welzel, *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 6ª ed., Berlino, de Gruyter, 1958, 83, collocava il dissenso nel *Tatbestand* della violenza carnale. Più di recente, ad esempio, T. Weigend, *Germany*, in E. Hoven, T. Weigend (a cura di), *Consent and sexual offenses. Comparative perspectives*, Baden-Baden, Nomos, 2022, 183 ss., in particolare 186 ss. Per quanto riguarda la dottrina angloamericana, è opinione comune che l'assenza di consenso sia un elemento dell'"*actus reus*", ovvero la tipicità, anche se non manca qualche ambiguo (ed errato) riferimento alla "*defence of consent*", come sottolinea Andrew Ashworth in una delle passate edizioni del proprio noto manuale (A. Ashworth, *Principles of criminal law*, 3ª ed., Oxford, Oxford University Press, 1999, 209 ss.) Quella delle "*defences*", tuttavia, è una categoria estremamente eterogenea, che non

la tipicità del fatto e non una causa di giustificazione[22]. Qualora esso sia validamente prestato, il comportamento dell'agente va ritenuto un «normale accadimento della vita sociale o di relazione»[23].

Questa impostazione presenta effetti tutt'altro che trascurabili sul piano pratico. In primo luogo, la prova del dissenso o dell'assenza di consenso deve essere data dall'accusa e non, come nei casi di esistenza di una scriminante, dall'imputato[24]. In secondo luogo, è necessario che il dolo abbracci anche l'elemento del "dissenso/assenza di consenso" della persona offesa[25] e, nei casi di errore, risulta improprio parlare di erronea supposizione della scriminante, giac-

---

può essere equiparata a quella europea delle cause di giustificazione. Essa contiene, ad esempio, le scusanti e l'errore sul fatto ("*mistake of fact*"). Nella dottrina americana, P.H. Robinson, *Criminal law defences*, in *Columbia Law Review*, 1982, vol. 82, 199 ss., mentre in quella italiana, E. Grande, *Justification and excuse* (voce), in *Digesto disc. pen.*, vol. VII, Torino, Utet, 1993, 309 ss. Si segnala, nondimeno, una presa di posizione che, nei suoi fondamenti teorici, giunge ad un esito simile al posizionamento del consenso sul piano dell'antigiuridicità. Secondo J. Herring, M. Madden Dempsey, *Why sexual penetration requires justification*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2007, vol. 27, 467 ss., ogni atto sessuale richiederebbe una sorta di "giustificazione". Gli stessi Autori evidenziano come si tratti di una tesi largamente minoritaria.

[22] Senza pretese di esaustività, oltre allo stesso Contieri, si vedano M. Bertolino, *Libertà sessuale e tutela penale*, cit., 146 ss.; G. Flora, *La tutela della libertà personale ed i tormenti di Cupido nell'era postmoderna*, in G. De Francesco, A. Gargani, D. Notaro, A. Vallini (a cura di), *La tutela della persona umana*, cit., 19 ss.; V. Musacchio, *Il delitto di violenza sessuale (art. 609-bis c.p.)*, Padova, Cedam, 1999, 42 ss.; C. Pavarani, *Il mero dissenso della vittima nella violenza sessuale: profili di diritto italiano e anglosassone*, in *Ind. pen.*, 2002, n. 2, 771 ss., in particolare 801-802; P. Veneziani, *Note in tema di violenza di gruppo ed "*estrinsecazione iniziale*" del dissenso della vittima*, in A. Cadoppi (a cura di), *La violenza sessuale a cinque anni dalla legge n. 66/96*, cit., 167 ss., in particolare 169; M. Vizzardi, *Violenza sessuale (art. 609-*bis*)*, cit., 76. Nella manualistica, cfr. G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II., t. I, *I delitti contro la persona*, 7ª ed., Bologna, Zanichelli, 2020, 319.

[23] Cfr. M. Romano, *Commentario sistematico del Codice penale*, vol. I, *Art. 1-84*, 3ª ed., Milano, Giuffré, 2004, *sub* art. 50/4.

[24] E. Contieri, *La congiunzione carnale violenta*, cit., 61. Come noto, la tipicità "indizia" l'antigiuridicità, di talché secondo le logiche processuali di solito è l'accusato che tenta di dimostrare l'infondatezza dell'accusa mediante la prova dell'esistenza di una scriminante.

[25] Ritiene che il dolo dovrebbe insistere anche sul dissenso o sulla mancanza di consenso, benché requisito implicito, A. Cadoppi, *Art. 609-*bis *c.p.*, in Id. (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, 4ª ed., Padova, Cedam, 2006, 540 e 541.

ché il dolo e il suo "rovescio" hanno per oggetto un dato che appartiene direttamente al fatto di reato e non alla possibile esistenza di una causa di giustificazione[26].

Una casistica attinente alla sfera sessuale che, dal punto di vista dogmatico, presenta maggiori difficoltà di inquadramento è quella delle pratiche sadomasochistiche (tra cui, ad esempio, il c.d. "*bondage*"), nelle quali i partecipanti all'atto sessuale acconsentono anche a subire percosse e lesioni[27]. In tali ipotesi, il consenso dell'avente diritto *ex* art. 50 c.p. potrebbe essere richiamato a giustificazione non tanto dell'atto sessuale in sé (per il quale vale ciò che si è detto in precedenza), quanto piuttosto delle lesioni all'integrità fisica che caratterizzano questo tipo di interazioni sessuali. Tuttavia, sulla scorta della recente tendenza a classificare il consenso dell'avente diritto quale elemento negativo del fatto tipico[28], in dottrina sem-

[26] Cfr. P. Veneziani, *Note in tema di violenza di gruppo ed "*estrinsecazione iniziale*" del dissenso della vittima*, cit., 169. Sostanzialmente in questa direzione anche A.M. Dell'Osso, *Gli assensi artificiali: abuso di sostanze psicotrope e capacità di autodeterminazione nel prisma della violenza sessuale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2021, 409 ss., pubblicazione anticipata su *disCrimen*, 14 giugno 2021, 1 ss. In generale, sul tema dell'errore che ricade sulle scriminanti, si rimanda alle ampie indagini di C.F. Grosso, *L'errore sulle scriminanti*, Milano, Giuffré, 1961, in particolare da 56 ss.; A. Cavaliere, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale. Contributo ad una sistematica teleologica*, Napoli, Jovene, 2000, in particolare da 20 ss.; S. Canestrari, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, Giuffré, 1999, in particolare da 210 ss.

[27] Un approfondimento del significato dell'espressione inglese è offerto da M.L. Mattheudakis, *Il* bondage *e le "corde" dell'imputazione colpevole*, in *Ind. pen.*, 2017, n. 2, 549 ss., in particolare 550, dove si legge che «il *bondage* è un tipo di pratica consistente nella costrizione fisica, in particolare nella legatura del partner – il verbo inglese *to bind* vuol appunto dire vincolare, legare – in un contesto che può forse definirsi edonistico, spesso di intimità, erotico, anche se non necessariamente è accompagnato dal compimento di atti (più esplicitamente) sessuali. Trova le proprie radici in una pratica originata nel Giappone del XV secolo d.C., ove serviva inizialmente per gestire i prigionieri (che, appunto, venivano bloccati con delle corde), per poi influenzare le arti marziali e diventare un fenomeno artistico ed erotico».

[28] In Germania, la tradizionale distinzione tra "consenso quale causa di elisione della tipicità" (*Einverständnis*) da un lato, e "consenso giustificante" (*Einwilligung*) dall'altro – teorizzata nella prima metà degli anni Cinquanta – è stata ridimensionata da autorevoli studiosi, che privilegiano in via esclusiva la prima prospettiva, secondo una lettura che mira a ritenere esclusa la tipicità del fatto in ogni ipotesi di sussistenza del consenso della (apparente) persona offesa. In questo

bra prevalere l'opinione che nega che il fondamento della liceità del "*bondage*" vada individuato nella presenza di una causa di giustificazione. Il contesto di marcata intimità del fenomeno in esame, infatti, imporrebbe – secondo questa tesi – un arretramento del diritto penale già sul piano della tipicità[29].

---

senso M. Maiwald, *Die Einwilligung des Verletzten im deutschen Strafrecht,* in A. Eser, W. Perron, *Rechtfertigung und Entschuldigung. Deutsch-italienisch-portugiesisch-spanisches Strafrechtskolloquium 1990*, 3ª ed., Friburgo i B., 1991, 165 ss.; C. Roxin, *Über die Einwilligung im Strafrecht*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, vol. III, Coimbra, 1984, 396 ss., in particolare, 405 ss., anche in lingua italiana, in C. Roxin, *Sul consenso nel diritto penale*, in S. Moccia (a cura di), *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1996, 119 ss., in particolare, 126 ss. Nella dottrina italiana, su posizioni analoghe, ad esempio, S. Tordini Cagli, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, Bologna University Press, 2008, in particolare, 292 ss. Nella manualistica italiana, sembrano recepire le predette influenze d'oltralpe S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 2ª ed., Bologna, Il Mulino, 2017, 572 ss. Ciò detto, nonostante una recente critica della rigida separazione tra tipicità ed antigiuridicità (M. Donini, *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie. I bilanciamenti d'interessi dentro e oltre la giustificazione del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 698 ss., in particolare, p. 707 ss.), la dottrina italiana prevalente si mostra ancora propensa a procedere con soluzioni caso per caso, dipendenti in larga misura dalla formulazione della disposizione incriminatrice interessata. Se, come già riferito, è ritenuto pacifico che la presenza del consenso escluda la tipicità del delitto di violenza sessuale, diversamente per quanto riguarda lesioni personali e percosse, l'opinione più diffusa pare quella che considera "scriminato" il fatto. In questo senso si veda, anche per la ricostruzione delle diverse posizioni ed ulteriori riferimenti, F. Viganò, *Art. 50*, in E. Dolcini, G. Gatta (diretto da), *Codice penale commentato*, vol. I, 5ª ed., Assago, Ipsoa, 2021, 822 ss. Il problema, come noto, si è posto in particolare con riguardo al tema dell'autodeterminazione del paziente in ambito sanitario (sulla quale, S. Canestrari, *Principi di biodiritto penale*, Bologna, Il Mulino, 2015, pp. 12, 13 e 81 ss.) e, nella specie, con riguardo al delicato problema della rilevanza penale del trattamento sanitario arbitrario. In quel caso, tuttavia, la prospettiva è contraria a quella del *bondage*, poiché si tratta tutelare la libertà di autodeterminazione attraverso un'incriminazione del trattamento arbitrario e non di trovare il piano sistematico nel quale escludere la sussistenza del reato.

[29] In questo senso cfr. M. Pelissero, Bondage *e sadomasochismo: i limiti della responsabilità penale tra fine di piacere e libero consenso*, in *Cass. pen.*, 2017, 350 ss. (in particolare 356 e 357: «laddove il rapporto sia liberamente accettato, manca in radice l'offesa all'incolumità fisica ed il fatto non rappresenta altro che esplicazione del soggetto nell'ambito intangibile della sua sessualità […]. Nell'ambito dei rapporti sessuali, mi sembra che la piena autonomia del soggetto nell'esercitare la sua libertà di autodeterminazione e di disporre dei beni toccati dalla estrinsecazione della stessa (incolumità fisica, libertà personale, onore), senza il coinvolgimento

A conclusione della trattazione sul punto, va tuttavia sottolineato come la stessa omogeneità argomentativa non sia sempre riscontrabile in giurisprudenza. Capita non di rado, infatti, di individuare nelle motivazioni delle sentenze di merito e di legittimità sovrapposizioni tra i diversi piani della tipicità, della antigiuridicità e della colpevolezza[30], forse in qualche misura indotte dal frequente (e improprio) appellarsi dei difensori alla "scriminante putativa" del consenso della vittima[31].

---

di terzi non consenzienti, giustifichi l'inquadramento del consenso come elemento di esclusione dello stesso fatto tipico»); M.L. Mattheudakis, *Il* bondage *e le "corde" dell'imputazione colpevole*, cit., 563. Entrambi gli Autori si esprimono in relazione ad una sentenza della Cassazione (Cass. pen., V Sez., 21 settembre 2016, n. 44986), nella quale si è esclusa la responsabilità per omicidio preterintenzionale (con contestuale condanna per omicidio colposo) di un uomo che, nel corso di un incontro dai risvolti sadomasochistici, aveva finito per soffocare una delle due partner consenzienti per aver dimenticato in macchina il coltello con cui tagliare le corde in caso di emergenza. L'esito della decisione non è in contraddizione con l'opinione espressa da entrambi gli Autori, poiché esclude la sussistenza del reato di lesioni personali dolose, ma il percorso argomentativo per arrivare a tale soluzione appare assai meno lineare. La motivazione, infatti, sembra contenere alcuni riferimenti al consenso quale causa di esclusione della tipicità, ma non mancano considerazioni – talvolta prominenti – del consenso *ex* art. 50 c.p. quale scriminante o sull'assenza del dolo di lesioni. Del resto, il caso del *bondage*, oltre che sul piano del consenso, solleva interessanti questioni anche sul versante dell'imputazione soggettiva. In proposito, oltre ai due contributi già citati, si veda anche il lavoro, in proposito significativo già dal titolo, di V. Plantamura, *Morte a seguito di sesso "estremo" consensuale: dolo eventuale, preterintenzione o colpa cosciente?*, in *Ind. pen.*, 2013, 576 ss.

[30] Un esempio è proprio la sentenza citata alla nota precedente. Non si mancherà però di evidenziare la commistione anche in alcune delle pronunce menzionate nei paragrafi che seguono. Su questa confusione sistematica si vedano le considerazioni particolarmente critiche di A.M. Dell'Osso, *Gli assensi artificiali*, cit., 2 ss., secondo il quale essa sarebbe alla base di scelte applicative non condivisibili, soprattutto in relazione al tema della violenza sessuale su soggetto che ha fatto uso di sostanze psicotrope. Per superare la descritta difficoltà, l'Autore propone di marcare la differenza già sul piano terminologico, riferendosi all'"assenso" quale elemento che esclude il fatto tipico e al "consenso" quale causa di esclusione dell'antigiuridicità, distinzione che rievoca esplicitamente quella di C. Pedrazzi, *Il consenso dell'avente diritto*, cit., 146 ss., tra consenso "proprio", che incide sull'antigiuridicità, e "improprio" che rileva già sul piano della fattispecie incriminatrice.

[31] Si vedano, ad esempio, il caso commentato nel già citato lavoro di P. Veneziani, *Note in tema di violenza di gruppo ed "*estrinsecazione iniziale*" del dissenso della vittima*, cit.; nonché quello da cui prende le mosse il commento di C. Pavarani, *Il mero dissenso della vittima nella violenza sessuale*, cit.

2. *La lunga stagione della "*vis atrox*" e dell'irrilevanza penale della "*vis grata puellis*"*

Fissati i tratti essenziali del modello coercitivo, si procederà ora – in linea con quanto programmato – ad esaminare l'evoluzione del significato della violenza quale strumento di coazione della volontà della vittima di reati sessuali.

Come si ricorderà dall'analisi svolta nel primo capitolo, il requisito normativo della violenza si è affermato in un contesto nel quale un rapporto sessuale con una donna sposata o "da maritarsi" era intrinsecamente vietato (v. *supra*, I, § 7). Quale corollario di tale illiceità di base, alla vittima di una aggressione sessuale si richiedeva di lottare per difendere l'onore della propria famiglia e dimostrare di non essere compartecipe nel delitto di stupro; *conditio sine qua non*, quest'ultima, per l'accesso al sistema di protezioni predisposto dall'ordinamento civile.

Coerentemente col quadro generale, per molto tempo è prevalsa nella prassi una lettura particolarmente restrittiva del concetto di violenza, basata su due requisiti: l'estrinsecazione di una forza fisica sul corpo della vittima e l'impiego di una forza di tale intensità (la c.d. "*vis atrox*") da non poter essere vinta in alcun modo dalla persona aggredita[32].

Il rigoroso accertamento di una violenza fisica "irresistibile" fungeva da garanzia, oltre che della pienezza del dolo dell'autore del reato[33], anche dell'assenza di una adesione interna della donna al rapporto sessuale, a prescindere da una sua eventuale resistenza "di facciata".

Poco dopo l'entrata in vigore del codice Rocco, la Cassazione specificava come non fosse sufficiente, per integrare il delitto di vio-

[32] Come si avrà modo di precisare (v. *infra*, § 5), a ben vedere i requisiti sarebbero tre, dal momento che l'estrinsecazione di energia fisica e l'impatto sul corpo della vittima sono elementi che la dottrina, in particolare tedesca, ha tradizionalmente tenuto quali componenti distinte del concetto di violenza.

[33] La seria e costante resistenza da parte della persona offesa rendeva, a giudizio di Carrara, «indubitato il dolo» dell'aggressore e «tranquilla la coscienza» del giudicante. Cfr. F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale dettato nella R. Università di Pisa*, *Parte speciale*, vol. II, 3ª ed., Lucca, Giusti, 1873, 309. Considerazioni dello stesso tenore sono menzionate anche *supra*, I, § 11., al quale si rinvia anche per riferimenti bibliografici più recenti.

lenza carnale, «la *sola* violenza necessaria a vincere la difesa naturale o *simulata* opposta per istinto o per *disegno*»[34].

La richiesta di un grado *qualificato* di forza finiva per generare una sorta di inversione dell'onere della prova[35], trasferendo sulla vittima il compito di provare di essere stata «ben determinata a resistere con tutti i mezzi consentiti dalle sue condizioni fisiche e psichiche» e di essere stata «vinta» soltanto da una forza insuperabile[36].

Il costante riferimento di dottrina e giurisprudenza a resistenze simulate e finte riluttanze riecheggia le logiche della ovidiana "*vis grata puellae*", cioè l'antica idea che un minimo di forza iniziale non sia affatto sgradito alle fanciulle ("*haud ingrata"*), poiché consentirebbe loro di dissimulare i propri reali desideri dietro un fittizio adempimento del dovere di ritrosia al rapporto, codificato come prerogativa femminile dalla coscienza sociale già a partire dai miti greci (v. *supra*, I, § 2). La verifica giudiziale, dunque, si faceva particolarmente minuziosa per escludere la rilevanza penale nelle ipotesi in cui «la vittima, dopo aver opposto resistenza alla violenza usata, lasciandosi infine travolgere dall'amore e dall'eccitazione dei sensi, si sia abbandonata all'amplesso»[37].

Anche la dottrina del primo Novecento, in continuità con quella della fine del secolo precedente[38], negava la rilevanza penale della "*vis grata puellis*". Secondo il Manzini, ad esempio, «la violenza carnale che non "costringe", ma "induce" o "conquista" o "seduce", che dà il viatico al pudore sopraffatto dagli stimoli della già desta e ine-

---

[34] Cass. pen., 7 febbraio 1934, in *Giust. pen.*, 1934, II, 1334. Corsivi di chi scrive.

[35] Sulla sovversione dei ruoli processuali, T. Padovani, *Violenza carnale e tutela della libertà*, cit., 1304. Si veda anche M. Vizzardi, *Violenza sessuale (art. 609-*bis*)*, cit., 85.

[36] Cass. pen., 10 maggio 1948, in *Riv. pen.*, 1949, II, 34. Richiede una violenza alla quale è impossibile resistere o sottrarsi anche Cass. pen., Sez. III, 6 novembre 1950, in *Giur. compl. corte cass. pen.*, 1950, XXXL, 3, 447, n. 6888.

[37] Cass. pen., 18 maggio/marzo 1954, in *Giust. pen.*, 1954, II, 706. Su considerazioni di questo tipo alleggia ancora lo spettro del mito per cui sarebbe impossibile realizzare un rapporto sessuale con una donna che realmente non lo vuole. Cfr. M. Bertolino, *Libertà sessuale e tutela penale*, cit., 64 ss.

[38] Secondo Carrara era regola di esperienza che «sotto la larva di un esteriore renitente celasi spesso vivissimo desiderio contrario». F. Carrara, *Programma*, cit., *Parte speciale*, II, 309. Per maggiori riferimenti alla dottrina ottocentesca, v. *supra*, I, § 6.

briante libidine, che soddisfa l'amor proprio e acquieta la coscienza della donna, che vince quella riluttanza fatta di civetteria e di desiderio che la donna ostenta come le femmine di molte specie animali, questa dolce violenza seduttrice, ma non coercitrice, questa *vis grata puellis*, non è certo la violenza necessaria a rendere punibile il congiungimento carnale». E concludeva perentoriamente che «l'agente non è penetrato a forza; egli si è limitato a spingere una porta socchiusa, se non addirittura spalancata»[39].

Intesa nelle forme della "*vis atrox*", la violenza richiesta per la commissione dei reati sessuali veniva quasi a confondersi con quella propria dell'istituto del costringimento fisico[40]. Non pare casuale che, ancora negli anni Sessanta, il termine "costringimento" venisse utilizzato da taluni Autori in luogo di quello codicistico di "costrizione"[41], svelando le reali sembianze che il concetto di violenza finiva per assumere in questa prima fase interpretativa, ovvero quelle della violenza "irresistibile" *ex* art. 46 c.p.[42]. Ciò, peraltro, appare in linea con la complessiva riflessione penalistica sul concetto di violenza, che solo in quel momento cominciava ad ammettere che dall'impiego di energia fisica potessero derivare gradi di coazione diversa, e nella specie assoluta e relativa[43].

---

[39] V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. VI, Torino, Utet, 1922, 512. L'estratto riportato nel testo prosegue poi nelle varie edizioni del *Trattato* ed è presente anche in quella del 1984: V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano. Parte speciale*, vol. VIII, Torino, Utet, 1984, 311. Su una posizione analoga, ancora nel 1986, il manuale dell'Antolisei, nel quale si afferma che: «non può ravvisarsi il reato nel caso, tutt'altro che raro nella pratica, della *violentia haud ingrata* (la *vis grata puellis* di cui parlavano i Pratici), e precisamente di quella violenza che in realtà è desiderata dalla paziente per salvare le apparenze, oppure per sedare gli scrupoli della propria coscienza» (v. F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. I, 9ª ed., Milano, Giuffré, 1986, 437). Dello stesso avviso, ancora più recentemente, V. Musacchio, *Il delitto di violenza sessuale*, cit., 44.

[40] Sui nessi tra la violenza prevista dall'art. 46 c.p. e le altre forme di violenza regolate dall'ordinamento si rimanda a T. Padovani, *Costringimento fisico e psichico*, in *Digesto disc. pen.*, vol. III, Torino, Utet, 1987, 209 ss.

[41] Utilizza più volte il termine "costringimento" E. Contieri, *La congiunzione carnale violenta*, cit., 61 ss.

[42] Aspetto che si ritrova ancora evidenziato in diverse pronunce degli anni Ottanta. V. *infra*, § 3.

[43] In precedenza, infatti, Sulla scorta di un'antica tradizione, in dottrina e in giurisprudenza si era soliti contrapporre a una "*vis physica*" una "*vis moralis*" o "*compulsiva*" (corrispondente alla minaccia), identificandole rispettivamente con

Ad ogni buon conto, l'orientamento della "*vis atrox*" è stato seguito per decenni dalle Corti italiane ed è stato abbandonato gradualmente solo a partire dagli anni Sessanta (v. *infra*, § 3). Tuttavia, la sua dialettica, e in *primis* quella della necessaria irrilevanza penale della *vis grata puellae*, ha continuato a riemergere ciclicamente in alcune decisioni, al punto che ancora nel 1986 la Corte di Cassazione si sentiva tenuta a specificare la non necessarietà di una resistenza «vivida» e «costante», condotta fino ai limiti della forza fisica della donna[44]. In alcuni giudizi di merito, infatti, riaffioravano in superficie ragionamenti come quello che segue: «un iniziale atto di forza o di violenza […] non costituisce violenza vera e propria, dato che la donna, soprattutto fra la popolazione di bassa estrazione sociale o di scarso livello culturale, vuole essere conquistata anche con maniere rudi, magari per crearsi una sorta di alibi al cedimento ai desideri dell'uomo»[45].

3. *Un primo affievolimento del concetto di violenza. La giurisprudenza sulla forza di «qualsiasi intensità». (Parentesi: il riconoscimento della rilevanza penale dello stupro maritale)*

L'interpretazione tradizionale della nozione di violenza è stata rimessa in discussione a partire dalla metà degli anni Sessanta, allorché alcune decisioni della Suprema Corte, parallelamente all'affermarsi della libertà sessuale quale bene giuridico di riferimento (v. *supra*, I, § 9), hanno iniziato ad abbandonare la pretesa di una forza "inarrestabile".

---

la "*vis absoluta*" e con la "*vis relativa*": l'una eliminerebbe del tutto la volontà del costretto, l'altra la lascerebbe in parte sopravvivere, incidendo soltanto sulla sua libertà di decisione ("*coactus voluit, sed voluit*"). Più ampiamente sul tema G. De Simone, *Violenza (diritto penale)*, cit., 893 e 902. In effetti, proprio nel 1937 la Cassazione del Regno aveva definito la violenza come l'impiego di energia fisica da parte dell'agente, adoperata personalmente o per mezzo di altri, in modo che ne derivi una coazione personale fisica, assoluta o relativa. V. Cass. pen., 28 aprile 1937, in *Giust. pen*., 1937, II, 1353.

[44] Cass. pen., Sez. III, 20 gennaio 1986 (dep. 8 marzo 1986), n. 1903, in *Cass. pen.*, 1987, 753.

[45] L'argomentazione è di Trib. Bolzano, 30 giugno 1982, in *Giur mer*., 1984, II, 135 ss., con nota decisamente critica di L.D. Cerqua, *Considerazioni in tema di violenza carnale*. Per maggiori riferimenti al caso concreto si veda *infra*, § 9.

Il modello della "*vis atrox*" si è evoluto in uno meno rigoroso, comunque basato sull'uso della forza fisica. Dei due elementi della definizione restrittiva di violenza – l'estrinsecazione di un'energia sul corpo della vittima e la natura irresistibile della stessa – è sopravvissuto soltanto il primo: come specificato dalla Cassazione, per la consumazione del reato era da ritenersi sufficiente l'impiego di una forza «di qualsiasi grado ed intensità» purché «sovrapposta alla resistenza fisica dell'altra parte»[46]. Sulla base di tali presupposti, è stata ad esempio esclusa per difetto di sussistenza del requisito della violenza la responsabilità di un uomo che aveva eiaculato sulle gambe di una donna approfittando del sovraffollamento di un mezzo di trasporto pubblico[47].

In questa prima fase di "ritrattazione" dell'orientamento tradizionale, il limite minimo dell'oscillazione interpretativa era ancora costituito dalla "*vis grata puellae*", di cui alcune pronunce continuavano ad escludere la rilevanza penale in quanto forma di violenza "minore"[48], mentre l'onere di resistenza rimaneva saldo in capo alla figura femminile, ancora chiamata a *meritare* la tutela penale[49].

La violenza, da esaminare secondo criteri relativistici, doveva essere idonea a vincere nel caso concreto la resistenza della vittima, senza che fosse più richiesto che il soggetto passivo non potesse in alcun modo sottrarsi alla forza dispiegata dall'aggressore[50]. Ciò perché, come espressamente evidenziato da alcune pronunce, lo schema coattivo previsto nelle disposizioni che si sono succedute nella repressione della violenza sessuale non presuppone un totale annul-

---

[46] In questo senso Cass. pen., 19 novembre 1965, in *Giust. pen.*, 1966, 464.

[47] Cfr. Cass. pen., 19 novembre 1965, cit.

[48] V. Cass. pen., Sez. I, 20 febbraio 1967, in *Giust. pen.*, 1967, II, 1400.

[49] Secondo Cass. pen., 19 dicembre 1967, in *Giust. pen.*, 1969, II, 752, per la sussistenza del reato di violenza carnale occorreva «la piena prova di una congiunzione carnale avvenuta non soltanto nel dissenso, ma anche nel vano tentativo di una resistenza effettiva e concreta, sopraffatta dalla violenza dell'agente». Per alcune considerazioni sul legame tra violenza-minaccia, resistenza e meritevolezza della tutela, v. M. Virgilio, *Violenza sessuale e norma. Legislazioni penali a confronto*, Ancona, Casa ed. Nuove Ricerche, 1997, 66 ss.

[50] Sulla valutazione relativa della violenza, Cass. pen., Sez. III, 29 marzo 1965, in *Giust. pen*., 1965, 910.

lamento della volontà dell'offeso secondo quanto richiesto, invece, dal costringimento fisico *ex* art. 46 c.p.[51].

Naturalmente, essendo richiesta l'estrinsecazione di un *minimum* di forza fisica, il mero dissenso della persona offesa non poteva da solo connotare negativamente l'atto sessuale[52]. Ciò, a maggior ragione, nelle ipotesi in cui il dissenso fosse sopravvenuto durante il coito, venendo meno in questo caso l'antecedente causale della costrizione all'atto sessuale[53] (v. meglio *infra*, § 6.1).

Il paradigma della forza di qualsiasi intensità costituisce senz'altro un affievolimento rispetto alla precedente interpretazione della nozione di violenza. Esso, nondimeno, rigettando l'idea che il «qualunque grado» potesse confondersi con l'energia fisica occorrente per l'atto sessuale[54], manteneva intatto il modello della coartazione violenta previsto dalla legge.

Il progressivo mutare dei costumi sociali e del clima culturale, ben riflesso in questo primo affievolimento delle rigidità del passato, è testimoniato anche dal riconoscimento della illiceità dello stupro commesso dal marito nei confronti della moglie, a lungo considerato un comportamento privo di rilievo sul piano della responsabilità penale[55]. La svolta si è registrata nel 1976, quando

---

[51] In questo senso, tra le altre, Cass. pen., 9 luglio 1984, in *Cass. pen.*, 1986, 295: «ai fini della configurabilità del delitto di violenza sessuale, non è necessario che la coartazione fisica o morale, posta in essere dall'agente, sia tale da annullare del tutto la volontà della vittima, ma è sufficiente, invece, che la condotta violenta o minacciosa abbia limitato la libera determinazione della persona offesa, che sia stata messa in condizioni di non potersi sottrarre alla volontà dell'agente, e, quindi, esista un nesso eziologico tra la condotta violenta o minacciosa e l'apparente venir meno del dissenso». In dottrina, E. Contieri, *La congiunzione carnale violenta*, cit., 70.

[52] Così, a commento della giurisprudenza di questo periodo, T. Padovani, *Violenza carnale e tutela della libertà*, cit., 1302.

[53] Come sottolineato nella coeva dottrina. V., ad esempio, E. Contieri, *La congiunzione carnale violenta*, cit., 63.

[54] In molti ordinamenti la giurisprudenza ha talvolta ceduto alla tentazione di ritenere sussistente il requisito della violenza nella mera realizzazione dell'atto sessuale. Negli Stati Uniti, ad esempio, tale impostazione ha preso il nome di tesi della "*inherent force*". Per un approfondimento del tema si rimanda a *infra*, III.

[55] La liceità della violenza sessuale commessa ai danni della moglie faceva già parte del patrimonio giuridico dei romani (v. *supra*, I, § 4). Essa ha resistito fino al Novecento inoltrato e si è già avuto modo di vedere quali fossero le argomentazioni che la dottrina proponeva per giustificare lo stupro maritale (v. *supra*, I, § 7).

la Suprema Corte ha affermato a chiare lettere la rilevanza penale delle aggressioni sessuali tra coniugi, sancendo la natura incoercibile del diritto alle prestazioni sessuali inquadrabili nel c.d. "debito coniugale"[56].

II. *L'abbandono del dogma: la tesi della violenza "impropria"*

4. *La dematerializzazione della violenza per ampliare la tutela della libertà sessuale*

A mettere inizialmente in crisi il requisito legale della costrizione violenta è stata la sua scarsa adattabilità ad una serie di fattispecie reiteratamente poste all'attenzione degli interpreti dalla prassi. Si tratta di una casistica piuttosto riconoscibile, nella quale l'atto sessuale avviene non in conseguenza di una effettiva costrizione violenta ma perché l'agente ha approfittato della situazione di incapa-

[56] Cfr. Cass. pen., Sez. III, 16 febbraio 1976, n. 12855 in *Cass. pen*., 1978, 72 ss.; e molto più di recente Cass. pen., Sez. III, 12 luglio 2007, n. 36962, in *Riv. pen.*, 2008, 2, 158, ai sensi della quale «in tema di violenza sessuale, l'esistenza di un rapporto di coniugio non esclude, di per sé, la configurabilità del reato, dovendosi ritenere, alla luce di quanto stabilito dall'art. 143 c.c. in materia di diritti e doveri dei coniugi, che non sussista un diritto assoluto del coniuge al compimento di atti sessuali come mero sfogo dell'istinto sessuale anche contro la volontà dell'altro coniuge, tanto più in un contesto di sopraffazioni, infedeltà e violenze». Per uno studio dedicato al tema, apprezzabile anche per l'impostazione comparata, cfr. A. Szegö, *Quando lo stupro è legale: la "*marital rape exemption*"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 853 ss. Sembra peraltro il caso di ricordare che fino al 1981 è rimasto in vigore l'art. 544 c.p., che disciplinava l'istituto del matrimonio "riparatore", prevedendo l'estinzione del reato di violenza sessuale e di corruzione di minorenni qualora l'autore sposasse poi la persona offesa, "salvandone" così l'onore. Una disposizione che, come osserva F. Basile, *Violenza sulle donne: modi e limiti dell'intervento penale*, in *Dir. pen. cont.*, 11 dicembre 2013, 2, poneva la donna su un piano di inferiorità rispetto all'uomo. L'"*overruling*" in tema di violenza coniugale sessuale è stato di poco preceduto dalla affermazione della punibilità dello stupro commesso ai danni della prostituta (v. Cass. pen., 16 dicembre 1966, in *Cass. pen. mass.*, 1967, 1145), rispetto al quale, fin dal diritto intermedio (v. *supra*, I, § 5), la tradizione giuridica aveva sempre chiuso un occhio per via dell'asserita assenza di lesioni ai beni giuridici difesi dal reato di violenza carnale come la castità, l'ordine delle famiglie, il buon costume e così via (v. anche *supra*, I, § 7).

cità della vittima di opporre resistenza o comunque di esprimere un preventivo dissenso esplicito.

Per far fronte ad alcune vistose lacune nella tutela della libertà sessuale, la giurisprudenza ha dunque notevolmente stemperato i confini della violenza, ravvisandone gli estremi anche nei casi di compimento insidiosamente rapido dell'azione criminosa (v. *infra*, § 4.1), oppure nel fatto di agire occultando il proprio intento libidinoso con l'inganno (v. *infra*, § 4.1) o profittando di una situazione di difficoltà e timore del soggetto passivo (v. *infra*, § 4.2).

La nozione "smaterializzata" si è poi affermata come modello principale anche al di fuori della casistica originaria. Quale punto di svolta viene spesso indicata una pronuncia della Corte di Cassazione del 1986, che non solo infrange lo storico legame tra violenza sessuale ed onere di resistenza della persona offesa, ma amplia lo spettro delle forme di violenza punibili stabilendo che «non occorre […] 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»[57].

Tuttavia, prima di approfondire la matrice teorica e le contraddizioni della definizione dilatata di violenza, pare opportuno soffermarsi brevemente sugli specifici ambiti casistici nei quali la violenza "impropria" si è primariamente affermata, in modo da individuare i ragionamenti sottesi all'estensione dei contorni applicativi della fattispecie.

---

[57] Cfr. Cass. pen., Sez. III, 20 gennaio 1986, cit., 753. La Corte aveva preso in esame un caso in cui una donna era venuta a trovarsi sola alla mercé dell'agente, in casa di costui, in piena notte, in località isolata, circostanze ritenute idonee a far ritenere pericolosa alla vittima una resistenza ad oltranza. Menzionano la sentenza in quanto rilevante nel percorso di smaterializzazione della violenza, F. Mantovani, *Diritto penale. Parte Speciale. I delitti contro la libertà e l'intangibilità sessuale. Appendice ai delitti contro la persona*, Padova, Cedam, 1998, 27 (d'ora in avanti cit. come *Appendice*); M. Vizzardi, *Violenza sessuale (art. 609*-bis*)*, cit., 86; D. Bartolucci, C. Parziale, *La violenza sessuale tra le avances e le molestie*, Milano, Munari Cavani Publishing, 2020, 17.

4.1. *I primi ambiti applicativi della violenza "impropria": gli atti sessuali "repentini" o a sorpresa e la violenza "potenziale" dei sanitari*

Il primo ambito applicativo, se non altro a livello cronologico[58], nel quale la giurisprudenza ha affermato la sussistenza della violenza a prescindere dall'effettivo dispiego di forza fisica è quello degli atti sessuali commessi dal soggetto agente a sorpresa o con "subdola e insidiosa" rapidità, in modo da eludere ogni possibile opposizione del soggetto passivo[59]. Trattasi, in altre parole, di tutte quelle ipotesi – toccamenti imprevedibili, palpeggiamenti fugaci, pizzicotti "repentini", baci "rubati", "mani morte" sui mezzi pubblici, ma anche penetrazioni digitali improvvise – in cui l'autore, approfittando della calca o di altri fattori, tocca furtivamente la vittima senza che questa possa prevenire o accorgersi dell'azione insidiosa, risultando così *costretta* a subire il toccamento verosimilmente sgradito[60].

Sul piano astratto, la riconducibilità di tali condotte al paradigma della costrizione violenta dell'art. 609-*bis* c.p. (e, nella precedente sistematica dei delitti sessuali, dell'art. 521 c.p.) appare assai problematica. Risulta difficile, infatti, sottrarsi alla logica stringente dell'argomentazione per la quale la violenza verrebbe a coincidere in siffatte ipotesi con lo stesso atto di libidine – coincidenza che, come appena esaminato, dottrina e giurisprudenza tendevano ad escludere anche una volta abbandonata la "*vis atrox*", in quanto abrogativa

[58] I prodromi di questo orientamento si intravedono già in una isolata pronuncia della Cassazione del 1951, nella quale si affermava che «bene è affermata la responsabilità per violenza carnale nel fatto di chi, agendo di sorpresa, produce una forte emozione alla donna, che riesce a possedere perché priva di sensi e di ogni possibilità di resistere». Cfr. Cass. pen., Sez. III, 3 aprile 1951, n. 1468, in *Giur. compl. corte cass. pen.*, 1951, XXXII, 439.

[59] Tra i contributi dedicati al tema, G. Francolini, *Ai limiti della violenza sessuale: il dibattuto problema della rilevanza penale dei toccamenti repentini ed insidiosi*, in *Riv. pen.*, 2006, 716 ss.; M. Vizzardi, *Il bidello e la bambina: i baci "a sorpresa" al banco di prova del principio di legalità*, in *Cor. mer.*, 2007, n. 11, 1297 ss. Per maggiori riferimenti bibliografici, in particolare in relazione al problema della rilevanza penale del bacio "rubato" o "a sorpresa", si vedano anche i numerosi scritti citati al § 12.

[60] Cfr. A. Cadoppi, *Art. 609*-bis *c.p.*, cit., 501.

della struttura coercitiva[61]. E, comunque, anche a voler ritenere sussistente una forma di costrizione, essa non sarebbe il risultato di una violenza bensì della sorpresa e dell'imprevedibilità con cui è realizzata la condotta[62].

Nondimeno, a partire dagli anni Settanta, la Corte di Cassazione ha adottato un orientamento diverso, riconoscendo 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»[63]. Ciò perché, come più di recente si è argomentato, «la rapidità e la silenziosità dei gesti integrano violenza in quanto non mettono i soggetti passivi in condizioni di esprimere tempestivamente il loro dissenso»[64].

Analogamente, in giurisprudenza si è riconosciuta la sussistenza della violenza anche nelle più gravi ipotesi di atti sessuali commessi da sanitari che, simulando necessità terapeutiche, avessero abusato sessualmente della paziente[65]. In tali frangenti, connotati da un rag-

---

[61] Ad esempio, R. Pannain, *Delitti contro la morale pubblica e il buon costume*, Torino, Utet, 1952, 40. In giurisprudenza, oltre alle pronunce già citate, si vedano anche Cass. pen., Sez. III, 21 giugno 1968, in *Cass. pen.*, 1969, 763; Cass. pen., Sez. III, 13 gennaio 1967, in *Giust. pen.*, 1967, II, 1097. Di recente, sul punto anche S.R. Palumbieri, *Violenza sessuale*, cit., 6248, secondo il quale nel caso dei toccamenti repentini viene meno il nesso causale tra violenza e costrizione. In giurisprudenza, in questi termini, Trib. Palermo, Sez. II, 20 maggio 2004, n. 1115, in *Riv. pen.*, 2006, 704 ss., con nota di G. Francolini, *Ai limiti della violenza sessuale*, cit.

[62] Che, come si rilevava in dottrina, è cosa diversa dalla violenza. Cfr. E. Contieri, *La congiunzione carnale violenta*, cit., 63.

[63] Cfr. Cass. pen., 26 febbraio 1980, in *Cass. pen.*, 1981, 1241. Nello stesso senso già Cass. pen., Sez. III, 20 gennaio 1972, Broggi, in *Mass. dec. pen.*, 1972, 441; Cass. pen., Sez. III, 21 maggio 1973, Milani, in *Mass. dec. pen.*, 1973, 891; Cass. pen., Sez. III, 5 ottobre 1973, Pirone, in *Mass. dec. pen.*, 1974, 309; Cass. pen., Sez. III, 9 aprile 1976, Azzani, in *Mass. dec. pen.*, 1977, 185.

[64] Cfr. Cass. pen., Sez. III, 30 marzo 2000, n. 1405, Delle Donne, in *Riv. pen.*, 2000, 687.

[65] Tra le prime pronunce in proposito, Cass. pen., 9 aprile 1976, in *Giust. pen.*, 1977, II, 353. Successivamente anche il piuttosto noto caso Loré, nel quale un medico endocrinologo indusse la paziente a compiere un'automasturbazione accampando inesistenti finalità diagnostiche (v. Cass. pen., Sez. III, 16 aprile 1999, n. 1431, Loré, in *Riv. pen.*, 1999, 967). La casistica in questione è generalmente ritenuta più grave in quanto, non di rado, essa si è rivelata maggiormente intrusiva della corporeità della vittima rispetto ai palpeggiamenti repentini, consistendo

giro più che da una forma di violenza[66], le pronunce superavano la mancata tipizzazione dell'inganno generico[67] attraverso il richiamo ad una «violenza potenziale»[68]. Le due casistiche peraltro vengono spesso anche ad intersecarsi, poiché in alcuni casi il sanitario sfrutta non (solo) l'inganno, ma anche la repentinità dell'azione, agevolata da contesti nei quali la vittima è spogliata o comunque in uno stato in qualche misura di soggezione[69].

Fatte salve alcune prese di posizione di segno critico[70], la dottrina prevalente ha guardato con una certa benevolenza a queste solu-

---

talvolta anche in vere e proprie penetrazioni, sfregamenti tra organi genitali, leccamenti vaginali (come nel caso, ad esempio, di Cass. pen., Sez. III, 13 ottobre 2010, n. 40919 in *Dejure*).

[66] Cfr., per tutti, A. Cadoppi, *Art. 609*-bis *c.p.*, cit., 501.

[67] La modalità dell'inganno non era prevista (né in relazione alla violenza carnale né agli atti di libidine) nel sistema precedente, mentre in quello attuale l'unica forma tipizzata è quella della sostituzione di persona di cui al n. 2 del comma 2 dell'art. 609-*bis* c.p. (v. *infra*, § 8.2). Per una rassegna delle pronunce su questa casistica immediatamente successiva alla riforma del 1996, si veda S.R. Palumbieri, *Rassegna di giurisprudenza, edita ed inedita, in materia di reati sessuali*, in A. Cadoppi (a cura di), *La violenza sessuale a cinque anni dalla legge n. 66/96*, cit., 81 ss., in particolare 112 e 114-115.

[68] Così ad esempio Cass. pen., 2 marzo 1986, in *Cass. pen.*, 1987, 715.

[69] Ad esempio, Cass. pen., Sez. III, 27 gennaio 2004, (dep. 19 febbraio 2004), n. 6945, in *Cass. pen.,* 2005, 1278, o Cass. pen., Sez. III, 13 ottobre 2010, n. 40919, cit., chiamata a pronunciarsi su un caso nel quale un medico convenzionato, approfittando della circostanza di dover praticare un'iniezione ad una paziente nel proprio ambulatorio, l'aveva indotta a spogliarsi e, repentinamente, palpeggiandole i seni, aveva avvicinato il proprio organo genitale a quello della donna. Di recente, Cass. pen., Sez. III, 4 marzo 2010, n. 14837, Cardinali (durante una visita neurologica, il medico – senza alcuna esigenza diagnostica – sottopone con repentina insidiosità la malcapitata paziente a palpeggiamenti ed esplorazioni rettali e vaginali); Cass. pen., Sez. III, 13 ottobre 2010, n. 43235, in *Dejure*.

[70] Si vedano G. Balbi, *Violenza sessuale*, in *Enc. Giur.*, Treccani, Roma, 1998, 9 ss.; A. Pecoraro Albani, *Violenza sessuale e arbitrio del legislatore*, cit., 85 ss.; S. Tabarelli De Fatis, *Sulla rilevanza penale del «bacio» come atto di libidine prima e dopo la riforma dei reati sessuali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 965 ss., in particolare 975 ss.; Id., *Molestie sessuali e l. n.66/96: un'occasione mancata, ma forse non ancora perduta*, in A. Cadoppi (a cura di), *La violenza sessuale a cinque anni dalla legge n. 66/96*, cit., 133 ss., in particolare 144 ss., quest'ultima nella prospettiva di una espressa incriminazione delle molestie sessuali quale alternativa alla dilatazione del concetto di violenza. Più di recente anche R. Bartoli, *Lettera, precedente, scopo. Tre paradigmi interpretativi a confronto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, n. 4, 1769 ss., in particolare 1786-1787, ove si legge che «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'ipo-

zioni, per quanto indiziate di tradursi in interpretazioni analogiche *in malam partem*. L'estensione della violenza alla casistica illustrata è stata giustificata anche su un piano sostanziale[71], ma principalmente per ragioni di "*realpolitik*" quale soluzione obbligata a fronte di esigenze di tutela che altrimenti non verrebbero soddisfatte[72], neppure a seguito dell'introduzione dell'art. 609-*bis* c.p.[73]. Ed anzi, la riforma del 1996, assorbendo gli atti di libidine all'interno della fattispecie unificata di violenza sessuale, ha aggravato le tensioni con il principio di legalità dovute alla punibilità degli atti repentini, intrecciando la questione con la problematica individuazione di una soglia minima di definizione dell'atto sessuale (v. *infra*, § 12).

---

tesi 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 l'implicita riserva, più avanti nel corso dello scritto, l'Autore osserva che, nel caso della violenza sessuale, la giurisprudenza «si assesta su un tipo criminoso difforme da quello legale» (1790).

[71] Osserva in proposito A. Cadoppi, *Art. 609*-bis *c.p.*, cit., 502, che simili interpretazioni «estensive» del concetto di violenza hanno il pregio di tenere conto del rapporto interpersonale nell'ambito dell'identificazione dell'oggetto della tutela: l'azione rapida ed insidiosa può infatti, in determinati contesti, considerarsi equivalente a quella violenta *tout court*. Ha accolto questa tesi, già esposta nelle precedenti edizioni del *Commentario*, A. Fanelli, *Sulla rilevanza penale del «bacio rubato»*, in *Gazz. giur.*, 1998, n. 30, 8 ss.

[72] Così ad es. R. Borgogno, *Il delitto di violenza sessuale*, cit., 116; nonché A. Nappi, *I reati contro la moralità pubblica e il buon costume*, in F. Bricola, V. Zagrebelsky (diretta da), *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, vol. IV, 2ª ed., Torino, Utet, 1996, 368.

[73] La riforma del 1996, come noto, non ha tipizzato la sorpresa nella fattispecie di violenza sessuale, come avvenuto in Germania (v. *infra*, III, § 9) e in Francia, dove già il Codice napoleonico annoverava tra le ipotesi di aggressione sessuale anche la sorpresa (come ricorda A. Pecoraro Albani, *Violenza sessuale e arbitrio del legislatore*, cit.). È così che anche la giurisprudenza successiva alla riforma ha proseguito decisa nel ritenere integrata la violenza nei casi di atti repentini e di "violenza potenziale". Cfr., tra le altre, Cass. pen., 21 novembre 2000 (dep. 15 gennaio 2001), n. 255, Vannetiello, in *Guida dir.*, 2001, n. 8, 86; Cass. pen., Sez. III, 24 novembre 2000 (dep. 1 febbraio 2001), in *Riv. pen.*, 2001, 561 (caso di palpeggiamenti repentini ed improvvisi al seno ad opera di un impiegato di un istituto scolastico nei confronti di alcune studentesse); Cass. pen., 30 marzo 2002, n. 1405, Delle Donne, in *Riv. pen.*, 2000, 687 (caso di palpeggiamenti «repentini e silenziosi» delle natiche, tali da non mettere in condizioni il soggetto di esprimere il dissenso); Cass. pen., Sez. III, 5 aprile 2007, n. 19718, in *Foro it.*, 2008, 3, 178 (caso in cui l'imputato, dopo essere sceso dal ciclomotore, «stringeva fulmineamente il seno» sinistro di una passante).

4.2. *(*segue*): la «costrizione ambientale»*

Un ulteriore ambito casistico nel quale si è affermata la nozione smaterializzata di violenza è quello individuato in dottrina con la locuzione «costrizione ambientale»[74].

Con tale espressione, come noto coniata nel settore dei reati contro la pubblica amministrazione[75], si fa riferimento a quei casi in cui il soggetto passivo realizza o subisce atti sessuali sgraditi per via di una soggezione psicologica non determinata da una violenza o una minaccia in atto, bensì sulla base di altri fattori coartanti, quali, ad esempio, minacce o violenze precedenti, la condotta aggressiva o prevaricatrice del soggetto, o ancora la presenza di altre circostanze fattuali intimidatorie (il buio, l'ora notturna, l'isolamento, l'assenza di vie di fuga, uno squilibrio di poteri tra i due soggetti) che indeboliscono la posizione della vittima e le sue possibilità di dissentire all'atto sessuale[76].

Sebbene, per ovvie ragioni[77], si parli in maniera sistematica di «costrizione ambientale» soltanto a partire dalle sentenze pronunciate successivamente alla riforma del diritto penale sessuale del 1996, è possibile rintracciare le prime applicazioni della violenza

---

[74] Cfr. ad esempio, G. Ambrosini, *Le nuove norme sulla violenza sessuale*, Torino, Utet, 1997, 19; A. Cadoppi, *Art. 609*-bis *c.p.*, cit., 510, il quale peraltro tratta la casistica nella parte dedicata all'abuso di autorità. Tra i lavori dedicati al tema, F. Macrì, *Costrizione "ambientale" agli atti sessuali: la tutela del dissenso tra legalità ed esigenze repressive in un raffronto tra codice penale italiano e* StGB *tedesco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1492 ss.

[75] Peraltro, la genesi della concussione ambientale, sulla quale, per tutti, G. Forti, *L'insostenibile pesantezza della «tangente ambientale»: inattualità di disciplina e disagi applicativi nel rapporto corruzione-concussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 476 ss.; e V. Manes, *La «concussione ambientale» da fenomenologia a fattispecie* «extra legem», in *Foro it.*, 1999, vol. 2, 645 ss., per certi versi ricorda proprio quella della forma di violenza sessuale in oggetto, atteso che entrambe sono fattispecie "*extra legem*", frutto di interpretazioni creative che hanno eroso l'originaria tipicità – da una parte del concetto di "violenza", dall'altra parte della condotta di "induzione" allora prevista dall'art. 317 c.p.

[76] C'è chi parla in proposito di «intimidazione costrittiva astenica». Cfr. F. Mantovani, *Diritto penale. Parte Speciale*, 7ª ed., cit., 446.

[77] Solo in quegli anni, infatti, era andata consolidandosi la giurisprudenza sulla costrizione ambientale e la relativa denominazione nell'ambito dei reati contro la pubblica amministrazione. In proposito si rimanda agli Autori citati alle note precedenti.

smaterializzata in questi frangenti già molti anni prima. Nel 1969 la Corte di Cassazione affermava 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 continuità»[78].

L'anno successivo, invece, la Corte riteneva sufficiente, ai fini dell'integrazione della violenza richiesta dagli artt. 519 e 521 c.p.p., l'approfittarsi «dello stato di prostrazione e d'incapacità fisica a resistere nel quale la vittima sia venuta a trovarsi per il complesso di manifestazioni aggressive poste in essere in precedenza dall'agente stesso»[79].

Se ne può dedurre che già agli inizi degli anni Settanta, in contemporanea con la genesi dell'orientamento giurisprudenziale sugli atti repentini, la Cassazione ha iniziato ad allargare lo spettro della violenza "costrittiva" anche a situazioni ambientali "coartanti", connotate dall'assenza di una vera e propria violenza tra i due corpi (la "*vis corporis corpori data*"), onde garantire una più incisiva tutela al bene giuridico della libertà sessuale. Tuttavia, se con riguardo agli atti a sorpresa vi è stato perlomeno il tentativo di giustificare la sussistenza della violenza attraverso l'insidiosità dell'azione (v. *supra*, § 4.1), nel caso della costrizione ambientale risulta ancora più esplicita la dematerializzazione del requisito della *vis*. La ricostruzione, infatti, è venuta gradualmente ad incentrarsi solo sul risultato di coartazione della volontà ottenuto dall'agente piuttosto che sull'intensità della forza fisica impiegata, finendo per sovrapporre i due piani e ottenere identità tra la causa (la violenza) ed il suo effetto (la costrizione)[80].

---

[78] Cass. pen., Sez. III, 28 marzo 1969, Rampo, cit. da A. Nappi, *ult. op. cit.*, 369.

[79] Cass. pen., Sez. III, 1 aprile 1970, Zagni, cit. da A. Nappi, *ult. op. cit.*, 369.

[80] È così che ad esempio si è ritenuta violenta la condotta di chi realizzi un rapporto sessuale su una donna venuta a trovarsi sola nella sua abitazione, in piena notte, in località isolata: «circostanze… idonee a fare ritenere pericolosa al soggetto passivo una resistenza ad oltranza» (Cass. pen., 20 gennaio 1986, cit., 69).

Non a caso, circa vent'anni più tardi, quando si è assistito alla definitiva cristallizzazione di tale orientamento, la Corte ha motivato la sussistenza della fattispecie incriminatrice non sulla base di una forzata equiparazione delle ipotesi di costrizione ambientale alla violenza, quanto sul piano della validità del consenso. Si è così affermato che l'illecito sussisterebbe «anche quando la vittima si sia concessa solo per porre termine ad una situazione per lei angosciosa ed insopportabile, poiché tale tipo di consenso non è libero consenso, bensì consenso coatto, che ricade sotto la nozione di violenza di cui all'art. 519 c.p.»[81].

Come noto, il richiamo alla costrizione ambientale ha caratterizzato numerose sentenze in materia di violenza sessuale pronunciate in relazione a contesti di violenza domestica, nei quali capita di frequente che la vittima accondiscenda ai desideri sessuali del partner per scongiurare prevedibili rappresaglie da parte di costui, talvolta anche nei confronti dei figli[82]. Nel corso degli anni, peraltro, la giurisprudenza ha ampliato il novero dei fattori coartanti, riconoscendo rilevanza anche a fattori *strictu sensu* ambientali, come l'isolamento dell'abitazione nella quale si sono svolti i fatti[83].

---

[81] V. Cass. pen., 22 novembre 1988, in *Riv. pen.*, 1990, 565. Quasi con gli stessi termini la successiva Cass. pen., Sez. III, 10 dicembre 1990 (dep. 8 febbraio 1991), n. 1778, Moisè, in *Giust. pen.*, 1991, II, 366, secondo la quale «non esiste valido consenso alla congiunzione se il soggetto passivo abbia ceduto alle voglie dell'aggressore solo per porre fine ad una situazione divenuta angosciosa ed insopportabile a causa del comportamento dell'agente stesso […] sicché il rapporto sessuale non voluto integra gli estremi del reato *de quo*, anche quando si sia consumato approfittando della situazione di difficoltà e dello stato di diminuita resistenza in cui la vittima si sia trovata».

[82] In questo senso, nel caso di una donna che aveva deciso di non opporsi ad un rapporto sessuale con l'ex coniuge che in passato si era dimostrato violento, Cass. pen., Sez. III, 20 settembre 2007 (dep. 21 novembre 2007), n. 42979, in *Foro it.*, 2008, n. 3, 164. In proposito, ricorre nei giudizi di legittimità la massima per la quale: «in tema di reati contro la libertà sessuale, nei rapporti di coppia di tipo coniugale non ha valore scriminante il fatto che la donna non si opponga palesemente ai rapporti sessuali e li subisca, quando è provato che l'autore, per le violenze e minacce precedenti poste ripetutamente in essere nei confronti della vittima, aveva la consapevolezza del rifiuto implicito della stessa agli atti sessuali» (Cass. pen., Sez. III, 7 marzo 2006 (dep. 12 maggio 2006), n. 16292).

[83] Così ad es. Cass. pen., Sez. III, 12 gennaio 2010 (dep. 18 febbraio 2010), n. 6643.

5. *Il fondamento teorico della violenza "impropria": la generale «spiritualizzazione» del concetto penalistico di violenza ("*Gewaltbegriff*") sulla scorta della riflessione tedesca*

Come si accennava, questa fase del processo di smaterializzazione della costrizione violenta nei delitti sessuali si inserisce in realtà in un contesto di generale spiritualizzazione ("*Vergeistigung*") o dissoluzione ("*Auflösung*") del concetto di violenza – tra i più diffusi della "parte speciale" – nel diritto penale.

Fin dagli albori degli studi giuridici, tale concetto è stato contaminato da interpretazioni volte ad ampliare il suo spettro operativo, allargandolo ad ipotesi non strettamente connotate dall'impiego di energia fisica, che è invece il nucleo distintivo del significato che (ancora oggi) il termine assume nel linguaggio comune[84]. Come si è già potuto apprezzare, la riflessione dei giuristi del periodo "intermedio" aveva prodotto la nozione di "*vis compulsiva*", che nell'ambito dei *delicta carnis* era stata funzionale a giustificare la rete di protezioni civilistiche ricollegate alle diverse figure di stupro[85]. Tale riflessione, peraltro, ha costituito la matrice dell'elaborazione della nozione di minaccia, che ha affiancato in molte fattispecie criminose – tra cui quelle che qui interessano – la violenza[86].

---

[84] In proposito, si veda la approfondita voce enciclopedica di Giulio De Simone, che prende le mosse da alcune definizioni del concetto di violenza, e in particolare quelle filosofica, sociologica, politica e criminologica. Cfr. G. De Simone, *Violenza (diritto penale)*, cit., 882.

[85] V. in particolare *supra*, I, § 5, ma anche II, § 3, nelle note.

[86] Come ha da ultimo ricordato Gian Luigi Gatta in un approfondito studio monografico sulla minaccia come modalità della condotta penalmente rilevante, la tradizione giuridica qualifica la "violenza" come un concetto di genere riferibile tanto a quella fisica quanto a quella morale. Già nel diritto romano la minaccia viene enucleata «proprio dal tronco della violenza (*vis*), per staccarvisi e affiancarvisi, come *species*, su un piano di tipo psicologico. Diversa è infatti la sfera di incidenza: la minaccia è una *vis moralis* non *corpori* ma *animo illata*; affatto estranea alla minaccia è l'idea dell'aggressione fisica – del passaggio alle vie di fatto e del mettere le mani addosso –, che rappresenta invece il nucleo significativo di un concetto restrittivo di violenza». Cfr. G.L. Gatta, *La minaccia. Contributo allo studio delle modalità della condotta penalmente rilevante*, Roma, Aracne, 2013, 18. Tali origini spiegano, a giudizio dell'Autore, come mai in molte fattispecie – si pensi, oltre ai delitti sessuali, all'esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza (art. 393 c.p.) o alla violenza privata (art. 610 c.p.) – le due modalità della condotta siano affiancate, poiché, in fondo, anche la minaccia, al pari della violenza in senso stretto,

Non suscita dunque meraviglia che, nella prassi applicativa, sia stato proprio il concetto di violenza l'elemento nel quale fare breccia per superare i confini delle fattispecie tipizzate dal legislatore, allo scopo di soddisfare le nuove, più o meno meritevoli, istanze di tutela sollevate dalla società moderna.

Sembra condivisibile l'affermazione per cui la storia recente del concetto di violenza è la storia del suo progressivo ampliamento attraverso la svalutazione di quelli che in origine furono considerati i suoi requisiti fondamentali: l'estrinsecazione di forza fisica e l'influsso corporeo, corrispondenti alle nozioni tedesche di "*Kraftentfaltung*" e "*körperliche Einwirkung*"[87]. Nel diritto penale, infatti, il nucleo essenziale della violenza era tradizionalmente definito come «*vis corpore corpori afflicta*» e richiedeva, pertanto, un'azione violenta esercitata *con* il corpo *su* un altro corpo[88].

La dottrina formatasi sotto l'impero del codice Zanardelli ed anche una parte di quella sviluppatasi agli inizi della vigenza del codice Rocco erano concordi nel riconoscere al termine violenza il significato di «impiego di energia fisica»[89]. Sulle stesse traiettorie si poneva l'interpretazione giurisprudenziale: la Cassazione del Regno, infatti, definiva la violenza come l'impiego di energia fisica da parte dell'agente, adoperata personalmente o per mezzo di altri, in modo che ne derivi una coazione personale fisica, assoluta o relativa[90].

è «forma di *aggressione all'individuo*, di sopraffazione prepotente di un uomo su un altro» (*ivi*, 19, corsivi nell'originale).

[87] Cfr. G. De Simone, *Violenza (diritto penale)*, cit., 893.

[88] Tuttavia, occupandosi qui di reati sessuali, pare opportuno specificare che il contatto fisico corporeo tipico dell'atto sessuale non andrebbe confuso con la fisicità del mezzo utilizzato per ottenere tale contatto tra corpi. Ciò in qualche misura è avvenuto quale risultato della smaterializzazione della violenza dovuta all'affermarsi della "teoria della coazione" (v. *infra*). La sovrapposizione è stata proposta, come si vedrà con scarso successo, anche negli Stati Uniti per aggirare la richiesta normativa della forza. La tesi ha preso il nome di "*inherent force*". V. *infra*, III.

[89] Per la quale si rimanda alla ricca ricostruzione di M. Mantovani, *Violenza privata* (voce), cit., 930 ss., anche per gli opportuni riferimenti bibliografici. Come osserva, tuttavia, F. Viganò, *La tutela penale della libertà individuale*, vol. I, *L'offesa mediante violenza*, Milano, Giuffré, 2002, 3 ss., già in questo periodo le definizioni dei penalisti italiani danno i primi segni dell'imminente convergenza del concetto di violenza verso la mera coazione personale.

[90] Cfr. Cass. pen., 28 aprile 1937, in *Giust. pen.*, 1937, II, 1353.

Il requisito, tuttavia, si è gradualmente affievolito. Inizialmente, ritenendo sufficiente per l'integrazione della violenza l'esplicazione di un'energia fisica di qualsiasi grado o intensità, esattamente come avvenuto per la violenza sessuale (v. *supra*, § 3); poi spostando l'asse sull'idoneità della condotta a produrre un effetto di coazione personale. La "svalutazione" del requisito è dunque divenuta più evidente in molte decisioni, nelle quali si è affermato che nel concetto di violenza rientra ogni mezzo posto in essere dall'agente, suscettibile di togliere al soggetto passivo la capacità di determinarsi e di agire secondo la propria volontà[91]. Essa, come noto, costituisce il fulcro della libertà morale e l'oggetto di tutela del reato di violenza privata *ex* art. 610 c.p.[92].

La dottrina ha legittimato l'evoluzione della prassi: in alcuni dei più autorevoli scritti penalistici ha fatto capolino la distinzione tra «violenza propria» e «violenza impropria», con la prima che comprenderebbe «ogni energia fisica adoperata dal soggetto sul paziente per annullarne o limitarne la capacità di autodeterminazione», mentre alla seconda sarebbero da ricondursi, in via residuale, tutte le ipotesi nelle quali, con qualsiasi altro mezzo, si ottiene il medesimo risultato[93].

Il fondamento normativo della nozione di violenza in senso lato è stato ravvisato nell'art. 613 c.p., disposizione che si occupa, come letteralmente risulta dalla rubrica, dello «stato di incapacità procurato mediante violenza». Fra i mezzi mediante i quali si cagiona det-

---

[91] Ad esempio, Cass. pen., 17 marzo 1950, in *Giur. compl. cass. pen.*, 1950, I, 297; conf. Cass. pen., 4 dicembre 1968, in *Cass. pen. mass.*, 1970, 108.

[92] Per la libertà morale intesa quale libertà di autodeterminarsi secondo le proprie scelte, G.M. Flick, *Libertà individuale (delitti contro la) (voce)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffré, 1974, 535 ss. Per la precisione, secondo dottrina autorevole, tale libertà si articola nella facoltà di formare liberamente la propria volontà e quella di orientare i propri comportamenti in conformità delle determinazioni prese. Fra i due profili summenzionati, è il secondo quello spiccatamente afferente al momento "esterno" della libera estrinsecazione del proprio comportamento, quello cui ha riguardo la tutela predisposta dall'art. 610 c.p. In questo senso, G. Vassalli, *Il diritto alla libertà morale (Contributo alla teoria dei diritti della personalità)*, in Aa.Vv., *Studi giuridici in memoria di F. Vassalli*, vol. II, Torino, Utet, 1960, 1629 ss., in particolare 1652; nonché lo stesso G.M. Flick, *op. cit.*, 546.

[93] Per la tesi antoliseiana della violenza "impropria", cfr. F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. I, 8ª ed., Milano, Giuffré, 1981, 123 ss.

to stato, la fattispecie annovera la «suggestione ipnotica o in veglia», la «somministrazione di sostanze alcooliche o stupefacenti», nonché (con onnicomprensiva formula di chiusura) «qualsiasi altro mezzo», con cui si produca il medesimo effetto; sicché, collegando il termine «violenza», che compare nella rubrica, con l'elencazione dei mezzi contenuta nella norma, attraverso i quali lo stato di incapacità può essere determinato, si potrebbe dedurre che per violenza deve appunto intendersi l'impiego di uno qualsiasi fra tutti i mezzi predetti, purché ne consegua il risultato indicato[94].

Privilegiando spesso questa tesi[95], la giurisprudenza si è trovata a ritenere sussistente il requisito della violenza in una vasta e variopinta serie di casi provenienti dai settori, ad esempio, della circolazione stradale e degli scioperi sindacali[96]. Relativamente a quest'ultimo, come noto, sono state ritenute esplicazioni della violenza di cui all'art. 610 c.p. manifestazioni ostruzionistiche di picchettaggio come la formazione di "barriere umane" da parte degli scioperanti[97],

---

[94] Questa la ricostruzione di M. Mantovani, *Violenza privata* (voce), cit., 935, al quale si rimanda anche per alcune, più che condivisibili, osservazioni critiche, tra le quali quella per cui l'art. 613 c.p. è evidentemente privo di aspirazioni di carattere generale, in particolare in relazione ad una definizione del concetto di violenza. Sulla spiritualizzazione della costrizione nel reato di violenza privata, si veda anche A. Nisco, *La tutela penale dell'integrità psichica*, Torino, Giappichelli, 2012, 89 ss.

[95] Secondo la giurisprudenza, la violenza "impropria" si esplicherebbe «attraverso l'uso di mezzi anomali diretti ad esercitare pressioni sulla volontà altrui al fine di annullarla, sottometterla o comunque impedirne una libera determinazione» (Cass. pen., 1 marzo 1979, in *Giust. pen.*, 1979, II, 701; Cass. pen., 7 ottobre 1980, in *Cass. pen.*, 1982, 110; Cass. pen., 11 febbraio 1989, in *Riv. pen.*, 1989, 1191).

[96] Con riguardo al primo, si veda l'ampia rassegna di pronunce realizzata da G. De Simone, *Violenza (diritto penale)*, cit., 894, dalla quale emerge che il requisito della violenza è stato ravvisato, ad esempio, nelle seguenti condotte: l'automobilista che, con idonea manovra, obbliga il conducente di altro veicolo a fermarsi contro la sua volontà o che compie deliberati atti emulativi tali da interferire (consistentemente) nella condotta di guida di altro utente della strada, costringendolo a determinarsi in modo diverso dal proprio volere; colui che, invitato da un agente di polizia a fermarsi, gli dirige contro la propria autovettura costringendolo a scansarsi; chi esegue manovre dirette a provocare la collisione tra il mezzo inseguito e il mezzo inseguitore.

[97] Sul problema, risolto poi prevalentemente dalle Corti sul piano dell'antigiuridicità, si veda il saggio di D. Pulitanò, *Picchettaggio e categorie penalistiche: per una riconsiderazione del reato di violenza privata*, in *Riv. giur. lav.*, 1984, 351 ss., divenuto un vero e proprio classico sul concetto penalistico di violenza in quanto uno dei primi ad attirare l'attenzione della dottrina italiana sui problemi cui conduce l'interpretazione in senso lato di violenza, in particolare, come si vedrà tra poco,

fino alla semplice condotta di distendersi sul manto stradale davanti ad una base militare per impedire ai mezzi di accedervi realizzata da un gruppo di pacifisti[98].

Come viene segnalato da attenti studiosi, minimo comune denominatore – e risultato – di queste applicazioni giurisprudenziali della teoria della violenza "impropria" è la sovrapposizione tra la violenza e la coazione, ovvero tra (quella che dovrebbe essere) la causa e il suo effetto[99]. Al contrario, come si è già accennato (v. *supra*, § 1), la struttura delle fattispecie imperniate sulla "violenza-mezzo" richiederebbe che essa funga da antecedente dello stato di coazione dell'altrui volere. Per questo, la nozione in senso lato di violenza si espone alle critiche di una parte della scienza penalistica, che da tempo evidenzia come essa, annullandone la capacità selettiva dei fatti penalmente rilevanti, faccia venire meno le funzioni di tassatività e frammentarietà per le quali viene inserito il requisito legale all'interno delle fattispecie incriminatrici[100]. Nondimeno, la giurisprudenza ha proseguito su questa strada, in alcune occasioni anche dando conto della diversità di vedute che intercorre con la dottrina[101].

---

rispetto a frammentarietà-sussidiarietà, tassatività, imprevedibilità della decisione, analogia. Il saggio, peraltro, si caratterizza anche per la proposizione di una complessa via intermedia, imperniata sull'idea di una normativizzazione del concetto di violenza. La condotta violenta sarebbe caratterizzata dalla rottura unilaterale delle modalità normali (buone o meno buone) e della dialettica dei rapporti soggettivi, traducendosi in un modo di risoluzione dei conflitti interpersonali anormale, socialmente inadeguata rispetto al contesto. In questa prospettiva l'autorevole studioso esclude la rilevanza penale del picchettaggio sulla base della sua adeguatezza sociale.

[98] V. Trib. Ragusa, 14 aprile 1984, in *Foro it.*, 1985, II, 22 ss.

[99] In questo senso, proprio con riferimento ai reati sessuali, già A. Pecoraro-Albani, *Il concetto di violenza nel diritto penale*, Milano, Giuffré, 1962, 53 e, in precedenza, Id., *Atti di libidine violenti*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffré, 1959, 14. Più di recente, M. Mantovani, *Violenza privata* (voce), cit., 930 ss., e F. Viganò, *La tutela penale della libertà individuale*, cit., in particolare 142 ss.

[100] Oltre agli Autori citati nella nota precedente, si veda anche G. De Simone, *Violenza (diritto penale)*, cit., 896.

[101] Cfr., ad esempio, 26 gennaio 2006 (dep. 9 giugno 2006), n. 19808, in *Guida dir.*, 2006, n. 37, 94, dove si ricorda «che – secondo parte della dottrina – il concetto di violenza è ben diverso da quelli della sorpresa e dell'insidia, pure essendo manifestazioni di immoralità e spesso di degenerazione, riconducibili eventualmente ad altre ipotesi di reato. La giurisprudenza di questa Corte, invece, è orientata nel senso che la violenza richiesta per l'integrazione del reato non è soltanto quella che pone il soggetto passivo nell'impossibilità di opporre tutta la resistenza voluta, tanto da realizzare un vero e proprio costringimento fisico, ma anche quella che si

Naturalmente, come si è in parte già analizzato, la tesi della violenza "impropria" ha trovato applicazione anche nell'ambito dei reati sessuali, portando a ravvisare la sussistenza della violenza in ipotesi nelle quali la condotta, ancorché non violenta secondo canoni rigorosi, finisce per coartare la volontà della vittima. Oltre alle situazioni descritte in precedenza, la giurisprudenza ha ritenuto violenti gli atti sessuali realizzati approfittando dello stato di semicoscienza della vittima[102], o del suo stato di diminuita capacità di resistere[103], o quando la vittima si sia concessa per porre fine ad una situazione per lei angosciosa ed insopportabile[104]. Si tratta di ricostruzioni in cui la ricerca della violenza si fonde con l'accertamento di uno stato costrittivo, risultando dunque "*in re ipsa*".

Peraltro, come osservato da qualcuno, i reati sessuali sono uno degli ultimi ambiti nei quali la nozione in senso lato di violenza è riuscita ad affermarsi[105]. Ciò è senz'altro dovuto alle incrostazioni culturali di cui si è a lungo parlato nel capitolo precedente, che hanno reso la costrizione violenta in ambito sessuale un dogma molto tenace, ben più difficile da tralasciare rispetto al requisito della violenza previsto dall'art. 610 c.p. Basti pensare che lo stesso Antolisei, tra i principali fautori della tesi della violenza "impropria", è rimasto a lungo fedele all'idea della *vis grata puellae* e, ovviamente, della sua irrilevanza penale[106].

Il dibattito sulla smaterializzazione della violenza affonda le proprie radici culturali nella riflessione sviluppatasi in Germania sul "*Gewaltbegriff*" (lett. "concetto di violenza"), come si è provato ad anticipare con l'utilizzo nel testo anche delle relative espressioni tedesche.

L'informazione non è fine a sé stessa, ma si ritiene che lo sviluppo del presente lavoro possa giovarsi sotto diversi aspetti di un

---

manifesta nel compimento insidiosamente rapido dell'azione criminosa, così venendosi a superare la contraria volontà del soggetto passivo».

[102] Trib. Crema, 14 gennaio 1987, in *Foro it.*, 1988, II, 243.

[103] Ad esempio, Cass. pen., 10 dicembre 1990, in *Cass. pen.*, 1992, 1244.

[104] Poiché tale tipo di consenso non è libero consenso, bensì consenso coatto, che ricade sotto la nozione di violenza di cui all'art. 519 c.p. Cfr. Cass. pen., 16 novembre 1988, in *Cass. pen*., 1990, 66.

[105] Cfr. M. Bertolino, *Libertà sessuale e tutela penale*, cit., 115-130, anche per una più specifica trattazione della teoria della violenza "impropria" nell'ambito dei reati sessuali.

[106] V. *supra*, § 3.

breve riferimento a quanto accaduto oltralpe. In questa prospettiva, non sembra il caso di ripercorrere l'evoluzione della dottrina e della giurisprudenza tedesche sul "*Gewaltbegriff*", rinviando ai pregevoli affreschi già esistenti nella letteratura italiana[107], ma di concentrarsi su un solo frammento specifico di tale evoluzione, vale a dirsi gli interventi della Corte costituzionale tedesca negli anni Ottanta e Novanta ed i relativi riflessi sulla giurisprudenza ordinaria.

In Germania, la Corte costituzionale ha la possibilità di sindacare il rispetto del principio di legalità da parte degli orientamenti maturati in seno alla giurisprudenza, anche relativamente ad eventuali operazioni di carattere analogico[108]. Nel 1986, alcuni ricorrenti lamentavano la violazione del principio di determinatezza (o precisione)[109] del § 240 *StGB* (violenza privata), nonché la trasgressione, da parte della sua interpretazione, del divieto di analogia. Quattro giudici hanno ritenuto fondata quest'ultima censura, ritenendo che la punibilità venisse estesa analogicamente anche a condotte non violente. Al contrario, gli altri quattro componenti del collegio, sottolineando la polisemia del termine "violenza" e la sua capacità di abbracciare molteplici significati, hanno ritenuto legittima l'interpretazione estensiva, senza ravvisare problemi neppure sul piano della riconoscibilità tra lecito e illecito per via della presenza di una giurisprudenza consolidata. Vista la situazione di parità, il ricorso fu respinto[110].

---

[107] Cfr. M. Mantovani, *Violenza privata* (voce), cit., 932; G. De Simone, *Violenza (diritto penale)*, cit. In modo ancor più approfondito, data la sede monografica, F. Viganò, *La tutela penale della libertà individuale*, cit. Ancor più di recente, A. Nisco, *La tutela penale dell'integrità psichica*, cit., 89 ss.

[108] Per un contributo dedicato a questo profilo, M. Scoletta, *Sulla sindacabilità dell'interpretazione imprevedibile e dell'applicazione analogica della legge penale*, in R. Acquaroli, E. Fronza, A. Gamberini (a cura di), *La giustizia penale tra ragione e prevaricazione. Dialogando con Gaetano Insolera*, Roma, Aracne, 2021, 441 ss.

[109] La differente terminologia è dovuta all'esistenza di più classificazioni dottrinali in merito all'esigenza che le disposizioni penali siano formulate in maniera chiara. A tal proposito, i più sembrano riferirsi alla determinatezza della fattispecie; altri preferiscono parlare di precisione della previsione normativa, ritenendo che la determinatezza sia piuttosto il carattere di accertabilità processuale (o comunque concreta) del fatto pur chiaramente descritto dalla legge. In questo senso, come noto, G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *Manuale di Diritto Penale*, 8ª ed., Milano, Giuffré, 2019, 69 ss.

[110] Cfr. BVerfGE 73, 206 ss. Ampiamente sulla pronuncia, F. Viganò, *La tutela penale della libertà individuale*, cit., 86 ss. La censura relativa all'assenza di precisione da parte della fattispecie incriminatrice fu invece respinta in maniera unanime.

La Corte tedesca è tornata ad esprimersi su un'analoga questione nel 1995, questa volta accogliendo le doglianze e dichiarando incostituzionale l'interpretazione in senso lato di violenza. Secondo i giudici costituzionali, l'interpretazione non era di per sé in contrasto col significato letterale di violenza, e dunque non analogica, ma sottraeva al requisito ogni capacità selettiva, trasformando la violenza privata in un reato a forma libera, imperniato sulla causazione di un effetto coattivo, e rendendo impossibile per il cittadino orientare la propria condotta sulla base di ragionevoli ed affidabili previsioni[111].

L'intervento della Corte ha avuto un impatto piuttosto modesto e non ha portato ad una stabile riaffermazione nell'ordinamento di una definizione restrittiva di violenza[112]. La decisione, tuttavia, ha spinto la dottrina ad un recupero perlomeno della dimensione corporea, sfociata nella teoria della «coazione mediata dal corpo»[113], ma soprattutto ha avuto importanti riflessi sulla successiva giurisprudenza in tema di reati sessuali[114]. Le Corti, infatti, hanno adottato una nozione «cautamente restrittiva» di violenza, con esiti molto diversi da quelli cui era pervenuta – e continua a pervenire, seppure in modo diverso – la Corte di Cassazione italiana.

Si è affermato, nello specifico, che la violenza deve necessariamente consistere in un dispiegamento di forza corporea ulteriore rispetto a quella necessaria a porre in essere l'atto sessuale. Tale dispiegamento di forza – viene sottolineato – deve raggiungere un certo grado di intensità, non essendo ad esempio sufficiente lo sforzo minimo di divaricare le gambe di una donna. Viene esclusa espressamente la sussistenza della violenza negli atti a sorpresa e nell'approfittamento di una situazione in cui la vittima non sia, per qualsiasi ragione, in grado di opporre resistenza all'atto sessuale[115].

---

[111] BVerfGE 92, 1 ss. 90 ss. Per un ampio commento, nonché per molteplici riferimenti bibliografici agli Autori che hanno commentato la decisione, cfr. F. Viganò, *La tutela penale della libertà individuale*, cit., 95 ss.

[112] *Ivi*, 118.

[113] *Ivi*, 130 ss.

[114] *Ivi*, 114 ss.

[115] In perfetta simmetria con la giurisprudenza di altri settori, però, costituiscono violenza trasportare una donna in luogo isolato senza il suo consenso e la limitazione della sua libertà di movimento.

In sostanza, le ipotesi attorno alle quali si è sviluppata la tesi della violenza "impropria" nell'ambito dei reati sessuali sono rimaste, in Germania, prive di una protezione penale. Non a caso, per risolvere il problema, è intervenuto più volte il legislatore, che attraverso diversi provvedimenti ha dapprima tipizzato espressamente condotte come quelle realizzate avvalendosi di una situazione ambientale coartante per la vittima, e poi elaborato una complessiva riforma incentrata sul riconoscibile dissenso della persona offesa (v. *infra*, III, § 9).

Le pronunce della Corte costituzionale di Karlsruhe, dunque, separano in qualche misura le strade dell'ordinamento italiano e di quello tedesco, che fino a quel momento avevano proceduto parallelamente. In particolare, la decisione del 1995 sembra aver dato impulso ad un opportuno ripensamento legislativo della materia, mentre in Italia la Cassazione è rimasta libera di applicare la nozione smaterializzata di violenza.

Peraltro, più recentemente, la Corte si è spinta decisamente oltre.

III. *La riformulazione della norma: dalla violenza al dissenso, fino al consenso espresso*

6. *Dalla costrizione "*in re ipsa*" al "mero" dissenso*

Col passare del tempo, infatti, le pronunce di legittimità denotano uno spostamento del "baricentro" argomentativo dalle logiche della violenza "impropria" al semplice dissenso della vittima, che, come esaminato (v. *supra*, § 1), nello schema coercitivo integrerebbe un mero presupposto tacito della condotta[116]. In questa nuova "fase", l'estensione dei limiti applicativi dell'art. 609-*bis* c.p. avviene quale diretta conseguenza della presenza di un dissenso della persona offesa, senza che la soluzione venga ammantata di considerazioni sull'impiego di una presunta violenza intesa in senso ampio, se non del tutto "smaterializzato".

[116] Sulla coincidenza venuta a realizzarsi tra violenza e dissenso, a scapito «del compianto cadavere della *vis*», già F. Mantovani, *Diritto penale. Parte Speciale*, 7ª ed., cit., 445.

Con largo uso di approssimazione, può farsi risalire l'inizio di questa nuova tendenza interpretativa all'incirca alla riforma del 1996. Come si è già precisato in altre occasioni, non si tratta di periodi scanditi da mutamenti di orientamento netti e ben definiti, bensì di un'evoluzione graduale nella quale non è affatto raro trovare sentenze che, a differenza di quelle più recenti (v. *infra*, § 7), mescolino la ricerca del dissenso con il richiamo a forme di violenza "*in re ipsa*". Sembra tuttavia adeguato fissare lo spartiacque nelle vicinanze della riforma perché, come si lascia intendere nel tessuto di diverse motivazioni, essa avrebbe dato un deciso impulso a questo ulteriore "cambio di passo" nella tutela penale dell'autodeterminazione sessuale[117].

A riprova di quanto si sta sostenendo, si prenda la massima di una pronuncia della Suprema Corte del 2000: «non è necessario che il dissenso della vittima si manifesti per tutto il periodo di esecuzione del delitto, essendo sufficiente che si estrinsechi all'inizio della condotta antigiuridica. La persona offesa deve ritenersi non consenziente anche quando è stata posta in una situazione che non le ha consentito un'efficace e valida difesa. Inoltre, la vis fisica o morale posta in essere dagli agenti è idonea a integrare il delitto *de quo* non soltanto quando abbia annullato del tutto la volontà della parte lesa, ma anche qualora ne abbia minato la libera determinazione all'atto sessuale»[118].

Il caso deciso dalla Corte aveva ad oggetto una violenza di gruppo[119], nella quale la vittima aveva inizialmente chiesto di desiste-

---

[117] Ad esempio, in Cass. pen., Sez. III, 3 dicembre 1999, n. 1382, i supremi giudici rilevano esplicitamente «che la nuova legge sulla violenza sessuale persegue il fine di adottare nell'ordinamento penale una più moderna concezione della libertà personale, che in linea di principio risulta ugualmente offesa sia da coiti non consensuali sia da altri atti sessuali violenti o arbitrari».

[118] Cass. pen., Sez. III, 21 gennaio 2000 (dep. 29 febbraio), n. 2512, Scotti, in *Ind. pen.*, 2002, n. 2, 767 ss., con nota di C. Pavarani, *Il mero dissenso della vittima nella violenza sessuale*, cit., 771 ss.

[119] Come noto, la fattispecie descritta dall'art. 609-*octies* c.p. mutua parte significativa della propria tipicità, compresi i requisiti della coercizione qui in esame, dall'art. 609-*bis* c.p. In proposito, tra gli altri, M. Donini, *Art. 609*-octies, in A. Cadoppi (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, 4ª ed., Padova, Cedam, 2006, 761 ss.; nell'immediatezza della riforma, M.N. Masullo, *Nuove prospettive (e nuovi problemi) nella tutela della libertà sessuale: la violenza di gruppo*, in *Cass. pen.*, 1997, 2917 ss.; più di recente, Fr. Mazzacuva, *Violenza sessuale di gruppo*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (diretto da), *Diritto penale*, cit., 2022, 6417 ss.

re, divincolandosi mentre veniva spogliata e palpeggiata, ma si era poi rassegnata e mostrata collaborante in alcuni atti successivi. La conferma della sentenza di condanna passa in primo luogo per la valorizzazione dell'iniziale dissenso espresso della vittima, ritenuto *da solo* sufficiente a fondare l'illiceità della condotta degli imputati. Quanto agli atti sessuali successivi, invece, la Corte evidenzia come, ancorché collaborativa, la ragazza non fosse davvero consenziente poiché posta in una situazione – ora notturna, assenza di possibili soccorritori, presenza di più aggressori – tale da non permetterle alcuna reazione, sicché l'eventuale consenso tardivo a determinati atti sessuali è da ritenersi inefficace, in quanto non libero e volontario[120]. *A fortiori*, poi, si aggiunge il riferimento alla «*vis* morale» e alla sua forza coartante, che sembra tuttavia poter essere ascritto, più che ad una reale necessità argomentativa, alla prassi delle pronunce di legittimità di "ricalcare" precedenti massime anche se non del tutto pertinenti.

Ad ogni modo, a fronte dell'ambigua commistione di piani nelle motivazioni di queste prime pronunce, la giurisprudenza di legittimità successiva si è assestata su una definizione di violenza sessuale basata sul consenso della vittima e, segnatamente, sull'estrinsecazione di un dissenso. La conferma è data dall'applicazione del reato a due ipotesi rispetto alle quali la struttura coercitiva dell'art. 609-*bis* c.p. risulterebbe difficilmente sussumibile: si tratta del caso del dissenso sopravvenuto a rapporto sessuale iniziato e del caso dell'atto realizzato secondo modalità diverse da quelle acconsentite.

6.1. *Il caso del dissenso in itinere: "*rape by omission*" o "*post-penetration rape*"*

Poco dopo l'inizio nel nuovo millennio, ha destato interesse anche presso la dottrina italiana una pronuncia emessa dalla Suprema Corte della California nel 2003, la quale, rovesciando diversi prece-

[120] Del resto, come si è già cursoriamente segnalato (v. *supra*, § 4.2.), alcune pronunce dell'inizio degli anni Novanta in tema di costrizione ambientale avevano già iniziato ad impostare il problema in termini di invalidità del consenso piuttosto che dilatare la definizione di violenza.

denti di segno contrario, aveva stabilito che «durante il compimento di atti sessuali consensuali, la revoca del consenso annulla quello antecedentemente prestato ed integra la fattispecie del reato di violenza sessuale, qualora il soggetto attivo non interrompa l'atto sessuale divenuto non consensuale»[121].

In effetti, il sopravvenire del dissenso nel corso di un rapporto sessuale iniziato consensualmente solleva non pochi problemi interpretativi, specie in relazione ad una tipicità ritagliata sulla costrizione violenta[122].

Secondo l'opinione tradizionale, infatti, il dissenso sopravvenuto «durante il coito» sarebbe da ritenersi irrilevante, poiché difetterebbe la condotta tipica costrittiva che, come messo in luce (v. *supra*, § 1), deve costituire l'antecedente eziologico dello stato di coazione della vittima e del successivo atto sessuale[123]. A ben vedere, questa struttura risponde a una prospettiva ancora intimamente legata alla penetrazione quale momento consumativo[124], che portava a

---

[121] V. *The People v. John Z.*, 6 gennaio 2003, annotata da M.C. Parmiggiani, Rape by omission*, ovvero lo "stupro omissivo": note a margine di un recente caso californiano*, in *Ind. Pen.*, 2005, 311 ss., alla quale si deve anche la massima riportata nel testo. Il fatto, in verità piuttosto articolato, riguardava la condotta di un giovane californiano, John Z., il quale, dopo essere riuscito a convincere la coetanea Laura ad iniziare un rapporto sessuale, nonostante questa avesse per tre volte chiesto di fermarsi (perché «si era fatto tardi», «doveva andare a casa»), aveva proseguito l'atto per un minuto e mezzo dall'ultima richiesta. La decisione si è concentrata su questo profilo, ma va specificato che poco prima Laura aveva già rifiutato di avere un rapporto sessuale col suo fidanzato Juan, che aveva accompagnato a casa di John, e aveva altresì declinato la richiesta congiunta dei due di realizzare un rapporto sessuale a tre.

[122] «*Quid iuris* – si chiedeva già qualche anno prima Giovanni Fiandaca – nel caso in cui la donna ritiri il consenso *in itinere*, cioè nel corso di un rapporto sessuale iniziato in maniera consensuale?». Cfr. G. Fiandaca, *Prospettive di riforma dei reati sessuali: considerazioni problematiche*, cit., 411.

[123] Cfr. E. Contieri, *La congiunzione carnale violenta*, cit., 63.

[124] La dottrina tradizionale, ovviamente, si sviluppa attorno al disposto dell'art. 519 c.p., che, come ampiamente esaminato nel capitolo precedente, richiedeva la congiunzione carnale tra autore e soggetto passivo della condotta. «Il centrale rilievo dato al requisito della penetrazione si spiegava con la genesi storica dello "stupro" quale "reato peccato" che si manifestava con ogni semplice violazione, anche al di fuori di una qualsiasi violenza, delle regole stabilite dalla Chiesa in materia», secondo A. Cadoppi, *Art. 3*, cit., 32. La centralità della penetrazione nei delitti sessuali è stata aspramente criticata dalla dottrina femminista, in quanto ritenuta l'espressione di un punto di vista strettamente maschile della sessualità e delle

ritenere che il dissenso della donna all'atto sessuale dovesse esistere «fino al momento dell'unione dei sessi, cioè fin quando, accaduti entrambi gli stadi della condotta, il delitto era perfetto»[125]. Per la stessa ragione, si considerava sufficiente una *vis iniziale*, esplicata per raggiungere il momento penetrativo, e non necessaria, al contrario, una *vis perdurante*[126].

Il problema si era posto in termini analoghi anche nel caso americano, poiché la legge californiana disponeva che il reato di «*rape*» («stupro») si perfezionasse al momento della penetrazione («*any sexual penetration, however slight, is sufficient to complete the crime*»)[127]. La formulazione non mancava di una buona dose di ambiguità, poiché il verbo «*to complete*» poteva essere interpretato anche nel senso che il reato, consumandosi nel preciso istante di inizio della penetrazione, si esaurisse in quel momento (si "completasse"), privando di tipicità («*actus reus*») l'eventuale fatto successivo nel caso di revoca del consenso[128].

---

violazioni sessuali. Per tutti, C. MacKinnon, *Feminism, Marxism, method and the State: toward a feminist jurisprudence*, in *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, 1983, 8, 635 ss., in particolare 649.

[125] E. Contieri, *La congiunzione carnale violenta*, cit., 122, anche per ulteriori riferimenti bibliografici più risalenti nel tempo.

[126] Cfr. F. Mantovani, *Appendice*, cit., 28 anche per ulteriori richiami ad opere precedenti.

[127] V. *Section* 263 del *Penal Code*, richiamata da M.C. Parmiggiani, Rape by omission, cit., 331.

[128] La Corte californiana non pare essersi soffermata sull'ambiguità che il verbo "*to complete*" poteva ingenerare. Altre Corti, al contrario, si erano dimostrate più attente alla questione. Nel caso *Kaitamaki v. the Queen* (1985, AC 147; 1984, 2 All ER 435, PC), ad esempio, il *Judicial Commettee* del *Privy Council* di Londra (organo al quale si ricorreva in ultima istanza in Nuova Zelanda, così come in altri Paesi del *Commonwealth*, prima che la Suprema Corte neozelandese si stabilisse nel 2003) aveva chiarito che con la *section* 127 del *New Zealand Crimes Act* del 1961, che testualmente recitava che «*sexual intercourse is complete on penetration*», il legislatore volesse intendere il che il verbo «*to complete is used in the sens of having come into existence, not in the sens of being at an end*». Anche in Inghilterra, l'emendamento del 1994 (*Criminal Justice and Public Order Act*) alla definizione di *rape* contenuta nel *Sexual Offences Act* del 1956 utilizza la medesima terminologia. Si segnala che, per risolvere alla radice il problema, la legge inglese del 2003 (sulla quale, v. *infra*, III, §§ 10, 10.1) ha precisato alla *section* 79(2) che: «*penetration is a continuing act from entry to withdrawal*». Del resto, la prassi, ricalcando l'interpretazione di *Kaitamaki*, aveva chiarito che scopo del legislatore fosse quello di togliere ogni dubbio circa la condotta minima sufficiente per integra-

Pur senza offrire argomentazioni dirimenti[129], la Corte californiana si è discostata dal proprio ultimo precedente (*Vela*)[130], per appoggiarsi a quanto stabilito nel *leading-case* neozelandese *Kaitamaki*, anch'esso relativo ad una revoca del consenso avvenuta "*in itinere*"[131].

In quell'occasione, la Corte d'appello aveva ravvisato la responsabilità dell'imputato sulla base della qualificazione della penetrazione come atto "di durata" (secondo gli schemi della "*continuing act doctrine*"), ma al tempo stesso aveva enfatizzato anche la componente omissiva insita nella condotta di mancata interruzione di un rapporto sessuale alla manifestazione del dissenso, suggerendo l'accattivante espressione, a prima vista ossimorica, «*rape by omission*»[132]. Infatti, se il reo avesse *agito* interrompendo immediatamente gli atti sessuali nel momento in cui veniva a conoscenza della revoca, non sarebbe stata configurabile una condanna a suo carico[133].

---

re il reato di stupro, che non termina, ma viene in esistenza con la penetrazione, a prescindere da quanto invasiva sia (*R. v. Cooper and Schaub*, 1992, 138 SJ LB 11, 1995, *Criminal Law Review*, 531).

[129] Per una critica della pronuncia, N. Burkholder Walsh, *The collusion of consent, force, and mens rea in withdrawal of consent rape cases: the failure of In Re John Z*, in *Whittier Law Review*, 2004-2005, vol. 26, 224 ss. In effetti, lungi dal costituire un punto fermo, la pronuncia della Corte californiana ha di fatto dato avvio ad un acceso dibattito nella dottrina statunitense (v. *infra*).

[130] Che, un po' superficialmente, aveva escluso la sussistenza del *rape* sulla base della considerazione per cui se una donna presta il consenso alla penetrazione, non può subire uno *choc* particolare dal fatto che l'uomo poi non voglia interrompere il rapporto. V. *People v. Vela* (1985) 172 Cal. App. 3d 237, 218 Cal. Rprt. 161.

[131] V. *Kaitamaki v. the Queen*, cit.

[132] L'espressione risale dunque alla sentenza di appello del 1981, poi confermata nella sostanza dalla già menzionata decisione del *Privy Council* di Londra, sulla quale, in dottrina, il lavoro, evocativo già dal titolo, di M.J. Kennedy, B.J. Brown, *Rape by omission*, in *Criminal Law Journal*, 1981, vol. 5, 280 ss.

[133] È singolare che questo originale spunto dogmatico provenga dalla cultura giuridica di *common law*, che è da sempre particolarmente restia alla criminalizzazione di condotte omissive. Cfr. S. Vinciguerra, *Introduzione del diritto penale inglese. I principi*, Padova, Cedam, 1992, 147 ss. Tuttavia, le cose sono di molto cambiate negli ultimi anni, soprattutto per il costante aumento della *statute law*, che ha introdotto una molteplicità di obblighi in grado di giustificare sanzioni penali in caso di omissione, di talché anche nella letteratura di lingua inglese iniziano ad esservi i primi approfondimenti sulla responsabilità omissiva, come ad esempio A. Ashworth, *Positive obbligations in criminal law*, Oxford, Hart Publishing, 2015.

Tuttavia, come è stato evidenziato in dottrina, una soluzione simile non sarebbe prospettabile nel nostro ordinamento[134]. Benché la linea di demarcazione tra azione ed omissione perda in questa ipotesi nettezza e precisione[135], la legge non contempla una forma omissiva di violenza sessuale, a differenza ad esempio di quanto avviene all'art. 614 c.p. per la violazione di domicilio, norma spesso messa a confronto con l'art. 609-*bis* c.p.[136], che punisce anche chi si trattiene presso il domicilio – *omettendo* dunque di "uscirne" – dopo la manifestazione di una volontà di segno contrario[137].

Atteso che il delitto di violenza sessuale non fa (più) dipendere la tipicità dall'inizio della penetrazione, rimarrebbe comunque insuperabile, perlomeno ragionando sulla *law in the books*, la struttura della fattispecie incentrata sulla costrizione violenta quale antecedente dell'atto sessuale, di talché la condotta di protrazione del rapporto sessuale a seguito di revoca del consenso risulterebbe atipica, sempre se non accompagnata da gesti violenti dalla (nuova) efficacia costrittiva.

Il diritto vivente, tuttavia, si è orientato diversamente.

---

[134] In questo senso, M.C. Parmiggiani, Rape by omission, cit., 348-349.

[135] Sul punto, con riguardo alla casistica in esame, si possono profilare due conclusioni. Da una parte, se si accoglie che, dal punto di vista naturalistico, interrompere il proseguimento degli atti sessuali costituisce una condotta attiva ("fuoriuscire"), si potrebbe affermare che il soggetto che non agisce in tal senso pone in essere una condotta omissiva ed inquadrare, di conseguenza, questa omissione tra quelle pure o proprie, perché non sembrerebbe esserci alcun evento da scongiurare, ma soltanto un invito al quale non si è obbedito. Dall'altra parte, pur non negando quella dimensione parzialmente omissiva della condotta che, rispetto alla previsione tradizionale di cui all'art. 609-*bis* c.p., sussiste ontologicamente nel fatto di chi non interrompe l'atto sessuale dopo la revoca *in itinere* del consenso del partner, si potrebbe collocare dogmaticamente quella fattispecie nel quadro di una responsabilità commissiva. L'attenzione dovrebbe, allora spostarsi sul piano della violenza e della minaccia, cui si attribuirebbe rilevanza decisiva.

[136] V. *supra*, § 1.

[137] L'art. 614, comma 2, c.p. punisce anche la condotta di colui che «si trattiene nei detti luoghi contro l'espressa volontà di chi ha il diritto di escluderlo». La dottrina è da tempo concorde nell'inquadrare la fattispecie in termini di omissione propria, in quanto tipizzata dal legislatore e non produttiva di un evento. Il paragone tra i due delitti è senz'altro suggestivo, ma ne vanno sottolineate le differenze: nell'ambito dello stupro, ad esempio, si è inevitabilmente in presenza la situazione "dinamica", che non solo implica necessariamente la prosecuzione dell'attività sessuale da parte dell'agente, ma è anche ricca di sfumature sul piano psicologico e comportamentale.

Già nel 2004 la Corte di Cassazione affermava sottoforma di *obiter dictum* che «il consenso agli atti sessuali deve perdurare nel corso dell'intero rapporto senza soluzione di continuità, con la conseguenza che 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 modalità di consumazione dell'amplesso»[138]. Sebbene elaborata in relazione ad un particolare caso di atti sessuali estremi, la massima è stata presto utilizzata quale vera e propria *ratio decidendi* di casi analoghi a quello californiano ed è oggi assai comune imbattersi in statuizioni dello stesso tenore, se non ancora più esplicite, nelle pronunce più recenti[139].

La questione della revoca del consenso dimostra, una volta di più, la difficoltà del dogma della costrizione violenta ad offrire una regolamentazione degli abusi sessuali in armonia con il sentire sociale moderno, specie se si considera la dinamicità delle interazioni sessuali[140]. Se applicato alla lettera, infatti, lo schema tradizionale presuppone una sorta di irrevocabilità del consenso prestato, finen-

---

[138] Cfr. Cass. pen., Sez. III, 24 febbraio 2004, n. 25727, Guzzardi, in *Cass. pen.*, 2005, 25 ss.

[139] Più di recente, si veda invece Cass. pen., Sez. III, 11 dicembre 2018 (dep. 5 aprile 2019), n. 15010, secondo la quale «in tema di reati contro la libertà sessuale, nei rapporti tra maggiorenni, il consenso agli atti sessuali deve perdurare nel corso dell'intero rapporto senza soluzione di continuità, con la conseguenza che integra il reato di cui all'art. 609 *bis* cod. pen. 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».

[140] Sulla «dinamicità intersoggettiva» delle interazioni sessuali si vedano le considerazioni di G. Fiandaca, *Prospettive di riforma dei reati sessuali: considerazioni problematiche*, cit., 411, il quale, tuttavia, privilegia un punto di vista ancora legato al mantenimento all'interno della tipicità del requisito della violenza, per quanto smaterializzato, che appunto sarebbe utile per fare chiarezza in un contesto così dinamico. Per una originale ricostruzione del delitto di violenza sessuale in termini di illiceità del «rapporto interpersonale» instaurato dal soggetto agente con quello passivo, cfr. L. Picotti, *Il delitto sessuale: da sfogo «non autorizzato» della libidine a «rapporto interpersonale» illecito. Spunti di riflessione sull'evoluzione e la riforma dei reati sessuali*, in A. Cadoppi (a cura di), *Commentario delle "Norme contro la violenza sessuale" (Legge 15 febbraio 1996, n. 66)*, cit., 419 ss., spec. 423 ss.; Id., *Profili generali di diritto penale sostanziale*, in A. Cadoppi (a cura di), *La violenza sessuale a cinque anni dalla legge n. 66/96*, cit., 19 ss., e in particolare 30 ss.

do per "calpestare" l'autodeterminazione sessuale. In questo senso, l'offensività della condotta di chi non interrompa un atto sessuale è di tutta evidenza: si pensi, per estremizzare, ad una ragazza alla prima esperienza sessuale che, provando dolore, chieda al partner di interrompere la penetrazione a cui aveva inizialmente acconsentito[141]. Ritenendo il contrario, come ad esempio che non sia esigibile che l'uomo si interrompa una volta iniziato l'atto penetrativo[142], si finisce per riproporre il mito dell'"*unstoppable male*" che, come si è esaminato, affonda le sue radici addirittura nella cultura greca e, segnatamente, nella impetuosa forza ispiratrice di Eros (v. *supra*, I, § 2).

Alla luce delle problematiche applicative analizzate, risulta chiaro come solo una definizione in termini consensualistici ("*consent-based*") della violenza sessuale sia in grado di attirare anche il "*rape by omission*" all'interno del perimetro di tipicità del reato. Da questo punto di vista, non pare casuale che l'impulso dogmatico all'incriminazione dello stupro omissivo provenga dagli ordinamenti angloamericani, nei quali, come si vedrà meglio (v. *infra*, III), già da tempo sono adottate disposizione penali che incriminano l'atto sessuale sulla base di una mera presenza di un dissenso o dell'assenza di un consenso espresso. Ciononostante, peraltro, anche in tempi recenti il "*post-penetration rape*" – come viene ora chiamato con altra terminologia controversa che pone l'accento sul fatto che la condot-

[141] Tuttavia, la possibilità di revocare il consenso va riconosciuta anche in altri frangenti e a prescindere dalle motivazioni che sorreggono la decisione. Fermo quanto si dirà in seguito sul tema dell'imputazione soggettiva, è importante che la revoca sia chiaramente percepibile da parte del soggetto agente.

[142] Cfr. M.C. Parmiggiani, Rape by omission, cit. 353, che scomoda addirittura la categoria dell'inesigibilità quale causa "preterlegale" di esclusione della colpevolezza (sulla quale, come noto, l'indagine di G. Fornasari, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, Cedam, 1990). Il richiamo appare qui decisamente fuori luogo, non solo perché, diversamente da quanto sostenuto, non risulta in alcun modo «innaturale» una pretesa di interruzione del rapporto, la quale non comporterebbe «un costo sociale troppo elevato», ma anche perché, riferendosi al concreto caso californiano, si sostiene che l'imputato potesse nutrire «un'aspettativa» di conclusione del rapporto sessuale (355). In proposito, basti pensare che i due non si frequentavano stabilmente, che era la loro prima interazione sessuale e, per di più, neanche mezz'ora prima la ragazza aveva rifiutato di avere un rapporto sessuale sia con il proprio fidanzato che con entrambi i giovani contemporaneamente.

ta abusiva è successiva all'iniziale penetrazione[143] – continua a sollevare notevoli incertezze applicative in tali ordinamenti[144], al punto che taluni si sono muniti di una disposizione *ad hoc* per la continuazione di un rapporto (divenuto) sgradito[145].

Diversamente, in Italia, a fronte di un dibattito scientifico limitatosi al commento della sentenza californiana, la giurisprudenza da tempo afferma che il consenso deve sussistere all'inizio dell'atto sessuale e protrarsi per tutto il compimento dello stesso. In caso contrario, l'intervenire del dissenso, anche laddove non sia esplicito, rende illecito il rapporto sessuale[146].

---

[143] L'espressione, che è la più diffusa soprattutto negli Stati Uniti, è stata coniata da A. McLellan, *Post-penetration rape. Increasing the penalty*, in *Santa Clara Law Review*, 1991, vol. 31, 779 ss. Altre espressioni proposte sono state "*initial consent rape*" (B.M. Kyker, *"Initial consent" rape: inherent and statutory problems*, in *Cleveland State Law Review*, 2005-2006, vol. 53, 161 ss.) e "*revoked consent*" (A.O. Davis, *Clarifying the issue of consent: the evolution of post-penetration rape law*, in *Stetson Law Review*, 2005, vol. 34, 729 ss.).

[144] Il dibattito è risultato assai acceso negli Stati Uniti. Oltre ai riferimenti contenuti alla nota precedente, si vedano M.R. Lyon, *No means no?: withdrawal of consent during intercourse and the continuing evolution of the definition of rape*, in *Journal of Criminal Law & Criminology*, 2004, vol. 95, 1, 277 ss.; E.G. Palmer, *Antiquated notions of womanhood and the myth of the unstoppable male: why post-penetration rape should be a crime in North Carolina*, in *North Carolina Law Review*, 2003- 2004, vol. 82, 1258 ss.; T. Bohn, *Yes, then no, means no: current issues, trends, and problems in post-penetration rape*, in *Northern Illinois University Law Review*, 2004-2005, vol. 25, 151 ss.; N. Burkholder Walsh, *The collusion of consent, force, and mens rea in withdrawal of consent rape cases*, cit., 224 ss.; D. Vetterhoffer, *No means no: weakening sexism in rape law by legitimizing post-penetration rape*, in *St Louis University Law Journal*, 2004-2005, vol. 49, 1229 ss.; M.D. Albert, *State v Baby: one step forward for Maryland. Protecting a woman's right to withdraw consent, but sending a conflicting message to appellate courts reviewing multiple-conviction cases*, in *Maryland Law Review*, 2009, vol. 68, 1019 ss.; S.O. Parker, *No means no… sometimes: developments in post-penetration rape law and the need for legislative action*, in *Brooklyn Law Review*, 2012-2013, vol. 78, 3, 1067 ss.

[145] Ciò è avvenuto in particolare in alcune giurisdizioni australiane. In proposito si veda il recente articolo di T. Bennett, *Consent interruptus: rape law and cases of initial consent*, in *Flinders Law Journal*, 2017, vol. 19, 145 ss.

[146] Cass. pen., Sez. III, 20 novembre 2019, n.7590, in *Guida dir.*, 2020, fasc. 21, 103, che stabilisce che «nei rapporti sessuali tra persone maggiorenni, il compimento di atti sessuali deve essere sorretto da un consenso che deve sussistere al momento iniziale e deve permanere durante l'intero corso del compimento dell'atto sessuale, sicché la manifestazione del dissenso, che può essere anche non esplicita, ma per fatti concludenti chiaramente indicativi della contraria volontà e può intervenire in itinere, esclude la liceità del compimento dell'atto sessuale».

L'approdo della Corte non va sottovalutato. Anzitutto da un punto di vista pratico, dal momento che il principio può risultare decisivo anche in tutti quei casi nei quali il dissenso della vittima all'atto sessuale, seppur presente sin dall'inizio, si rende noto in modo inequivocabile all'agente soltanto "in corso d'opera"[147]. Secondo un altro profilo, quello più rilevante ai fini del discorso sviluppato in queste pagine, l'orientamento della Suprema Corte sul dissenso "*in itinere*" certifica non solo il definitivo allontanamento dal fatto tipico descritto dall'art. 609-*bis* c.p., ma anche dagli orientamenti smaterializzanti della violenza sviluppatisi tra gli anni Settanta e gli anni Novanta. Questi sono stati abbandonati in favore di una rilettura della norma in senso consensualistico e del tutto emancipata dalle logiche della costrizione, con la conseguenza che, per affermare la responsabilità penale, è sufficiente accertare la mera presenza del dissenso della persona offesa.

6.2. *L'atto sessuale secondo modalità diverse da quelle acconsentite. Il fenomeno della rimozione non consensuale del preservativo (c.d. "*stealthing*")*

Un'altra fattispecie controversa che la giurisprudenza si è trovata ad affrontare è quella della realizzazione di un atto sessuale secondo *modalità* differenti da quelle inizialmente concordate o comunque acconsentite dal partner.

La casistica è piuttosto frastagliata e, sotto molteplici profili, presenta tratti comuni con l'ipotesi di revoca del consenso esamina-

[147] Lo stesso vale per i casi nei quali, a fronte di una situazione "nebulosa" iniziale, nella quale non si riesce ad appurare con certezza se l'imputato avesse realmente percepito il dissenso, la consapevolezza dello stesso è dimostrabile solo ad atto sessuale iniziato. Un caso simile si era posto all'attenzione in Cass. pen., Sez. III, 11 dicembre 2007, n.4532, in *Cass. pen*., 2009, 1056. Il dissenso, presente fin da subito, si era però manifestato in maniera inequivocabile all'imputato soltanto a rapporto sessuale iniziato, di talché la Corte ha usato il principio in tema di revocabilità del consenso per rinforzare la propria argomentazione, ricordando che «integra il reato di violenza sessuale la condotta di colui che prosegua un rapporto sessuale quando il consenso della vittima, originariamente prestato, venga poi meno a causa di un ripensamento ovvero della non condivisione delle forme o delle modalità di consumazione del rapporto, ciò in quanto il consenso della vittima agli atti sessuali deve perdurare nel corso dell'intero rapporto senza soluzione di continuità».

ta nel paragrafo precedente, perlomeno in relazione alla presenza di un consenso "iniziale".

Sul punto, la Corte ha precisato che tale iniziale disponibilità al rapporto sessuale non è sufficiente a "coprire" anche eventuali mutamenti nelle modalità di esecuzione e ha ritenuto legittima l'applicazione di una misura cautelare nei confronti di un minorenne che, dopo aver concordato un rapporto a pagamento con una donna, si era fatto raggiungere da un amico insieme al quale aveva consumato un rapporto con forme e modalità non volute dalla vittima, peraltro consistenti anche nella videoripresa dell'episodio[148]. *A fortiori*, lo stesso principio è stato affermato nei casi in cui tali modalità consistano in pratiche di "*bondage*", rispetto alle quali è irrilevante il consenso inizialmente prestato in vista di un rapporto sessuale "tradizionale"[149].

Di recente, la Cassazione si è trovata a dover valutare la sussistenza del delitto di violenza sessuale nell'ipotesi di un uomo che porti a compimento il rapporto sessuale con un'eiaculazione in vagina non condivisa dalla donna[150]. Più che la massima, in questo caso,

---

[148] V. Cass. pen., Sez. III, 21 settembre 2007, n. 39428, in *Cass. pen.*, 2008, 2892, secondo la quale «il consenso iniziale all'atto sessuale non è sufficiente quando quest'ultimo si trasformi, "in itinere", in atto violento, consumando il rapporto con forme e modalità non volute dalla vittima». Dello stesso tenore anche la massima di Cass. pen., Sez. III, 11 dicembre 2007 n. 4532, Bonavita, in *Cass. pen.*, 2009, 1056, pur trattandosi – a ben vedere – di un caso di violenza sessuale "*ab origine*". Una posizione simile è tenuta anche in Cass. pen., Sez. III, 16 dicembre 2010, n. 5340, in *DeJure*, laddove all'interno della motivazione si afferma espressamente che: «episodi di violenza possono consistere anche nel superamento delle resistenze rispetto alle *modalità* dei rapporti sessuali» (corsivo di chi scrive). In proposito, sembra il caso di precisare che il termine "violenza" non è impiegato per riferirsi alla violenza quale modalità costrittiva prevista dall'art. 609-*bis* c.p., bensì genericamente al delitto di violenza sessuale, in linea con la giurisprudenza del nuovo millennio che, come si è già riferito, non utilizza più la maschera della violenza "impropria" per ragionare di consenso e dissenso.

[149] In questo senso, ancora relativamente ad un rapporto sessuale a pagamento, v. Cass. pen., Sez. III, 16 dicembre 2020, n. 11631, in *DeJure*.

[150] Cass. pen., Sez. III, 18 marzo 2015, n. 9221, in *Guida dir.*, 2016, n. 17, 62, massimata come segue: «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 (fattispecie in cui la Corte ha ritenuto ravvisabile il reato nel comportamento di chi, secondo la prospettazione accusatoria, contro la volontà della donna, aveva consumato il rapporto sessuale con l'eiaculazione in vagina, non condivisa dalla donna)».

sono significativi alcuni passaggi della motivazione e conviene pertanto esaminarli sinteticamente.

La vicenda riguardava una coppia appena separatasi per via della «morbosa e pressante» gelosia dell'uomo. La donna aveva poi denunciato l'*ex* compagno per atti persecutori e violenza sessuale, ma il Tribunale aveva accolto la richiesta di riesame dell'indagato avverso la misura cautelare richiesta dal Pubblico Ministero. I fatti erano piuttosto complessi e nebulosi e, come spesso accade, era controverso se il rapporto sessuale intrattenuto dai due nei sedili posteriori dell'auto dell'uomo fosse stato consensuale o meno. Dalle indagini sembrava al contrario accertato che l'indagato avesse eiaculato nella vagina della ex senza esservi stato autorizzato, ma, secondo il collegio, tale condotta aveva solo «suscitato nella ragazza un senso di rammarico rispetto a quel modo di completamento dell'atto sessuale», sicché il consenso iniziale al rapporto sessuale «non poteva dirsi venuto meno solo per effetto di quella particolare conclusione dell'amplesso».

A giudizio della Corte, la conclusione del Tribunale è da ritenersi «semplicistica ed errata in diritto in quanto mostra di non tenere in alcun conto gli arresti giurisprudenziali, pur menzionati, ma evidentemente non elaborati a sufficienza dal punto di vista interpretativo, che pongono l'accento sulla presenza necessaria del consenso durante l'intero arco del rapporto sessuale da parte della vittima senza interruzioni ed esitazioni o resistenze di sorta». Ragionando come il Tribunale, infatti, «si frammenta il concetto di atto sessuale che va riguardato in modo globale ed in ogni sua componente per essere giudicato non voluto o meno»[151].

Tutto ciò premesso, pur serbando molte riserve sulla valutazione operata dal Tribunale circa la scarsa attendibilità della vittima[152],

[151] Questa valutazione complessiva va svolta – avvisa la Corte – con ancora maggiore attenzione e prudenza nelle ipotesi in cui «il contesto è decisamente conflittuale da tempo e caratterizzato, per un verso, dalla decisione di un partner di interrompere la relazione e, per altro verso, dalla decisione dell'altro partner di proseguire ad ogni costo il rapporto interrotto».

[152] Espresse in modo inequivocabile nel seguente passaggio: «è infatti lo stesso Tribunale a riportare la frase contenuta nella memoria del telefono, attribuita alla ragazza con la quale costei manifesta la sua totale disapprovazione "Mi sei arrivato dentro contro voglia ed io non volevo farlo": così come l'espressione attribuita al

la motivazione si sofferma ancora sulle modalità non acconsentite del rapporto, osservando che «anche a voler ammettere, per mera ipotesi di scuola, l'iniziale consenso sulla base di quei dati passati in rassegna dal Tribunale e considerati lo specchio della inattendibilità della ragazza, non può non considerarsi l'epilogo dell'atto sessuale che la ragazza non ha mai condiviso e del quale vi è ampia traccia in atti». Da questo punto di vista, la Corte definisce «assolutamente arbitraria, e persino mortificante per la libertà di autodeterminazione della persona offesa, l'affermazione del Tribunale secondo cui l'eiaculazione interna avrebbe provocato solo un senso di rammarico nella ragazza, quasi che il rapporto sessuale non tenesse conto anche del modo di conclusione». Ciò in quanto «non può negarsi che rientri nella libertà di autodeterminazione di uno dei partner quello di concludere il rapporto sessuale senza l'eiaculazione interna, pur desiderando l'amplesso, sicché è evidente che laddove l'eiaculazione avvenga contro la volontà del partner dissenziente, questo caratterizza in negativo il rapporto sessuale che il partner aveva accettato (o anche desiderato) a determinate condizioni»[153]. Ammettere il contrario, «e dunque ricondurre un rapporto sessuale di tal fatta nell'alveo della normalità, significa vanificare la libertà di autodeterminazione del partner, laddove è proprio il bene della libertà della persona a costituire, rispetto al passato, il bene giuridico protetto dalla norma».

La Corte poi richiama espressamente la giurisprudenza precedente, concludendo per l'annullamento dell'ordinanza di riesame che aveva ritenuto insussistente la gravità indiziaria, poiché «le co-

giovane al termine del rapporto sessuale ("Ora ti ho rovinata") riportata fedelmente nell'ordinanza impugnata è stata valutata in modo assai superficiale dal Tribunale che mostra chiaramente di non avere contestualizzato l'episodio».

[153] La Corte specifica, in modo ancora più approfondito, che «l'eiaculazione interna rappresenta, peraltro, una delle tante modalità di conclusione di un rapporto sessuale che può incidere sulla sua spontaneità e libertà reciproca fino a trasformarlo in atto sessuale contrario alla volontà di uno dei due protagonisti. Né può ridursi il momento dell'eiaculazione ad un segmento "neutro" dell'atto sessuale, soprattutto se non desiderato o comunque condiviso dal partner, in quanto l'eiaculazione in vagina, in determinati contesti spazio-temporali, può avere conseguenze significative tali da trasformare un rapporto sessuale voluto in uno non voluto: ed è indubbio che il modo di conclusione del rapporto può assumere un significato invasivo tale da incidere sulla iniziale libertà di autodeterminazione del partner».

stanti precisazioni di questa Corte Suprema sul tema dell'abuso sessuale determinato da un mutamento dell'originario consenso iniziale, fanno sì che anche una conclusione del rapporto sessuale, magari inizialmente voluto (il che non pare essere accaduto nella specie), ma proseguito con modalità sgradite o comunque non accettate dal partner, rientri a pieno titolo nel delitto di violenza sessuale».

A ben vedere, l'incriminazione della condotta oggetto di decisione si sarebbe potuta motivare attraverso le logiche della violenza "impropria" e della teoria della coazione (v. *supra*, § 5): in fin dei conti, l'imputato aveva in qualche modo *costretto* la vittima a tollerare un atto sessuale sgradito come l'eiaculazione interna. Nell'intera motivazione, tuttavia, non c'è traccia di riferimenti alla costrizione violenta, neppure in senso "spiritualizzato"; essi lasciano il campo ai ragionamenti in tema di consenso-dissenso riproposti nelle diffuse citazioni della pronuncia, che servono a fondare l'illiceità dell'eiaculazione in vagina, rispetto alla quale la ragazza aveva rappresentato un previo dissenso[154].

In questo come in altri casi, la Corte dimostra una certa sensibilità rispetto a quella che nei Paesi angloamericani viene definita "contestualità" del consenso, ovvero il suo essere limitato alla specifica situazione nella quale viene prestato, senza che possa essere presuntivamente esteso a situazioni ed atti contigui[155], nonché per una considerazione complessiva del rapporto sessuale in senso dinamico e relazionale. Si tornerà a breve su questi profili, immediatamente dopo aver messo "sul tappeto" anche un altro caso problematico.

La finalità principale di questo approfondimento era mettere in luce lo spostamento da parte della Corte dalle logiche estensive (o analogiche?) della costrizione violenta ad una definizione di violenza sessuale incentrata sul dissenso della persona offesa. La casistica esaminata, tuttavia, permette anche di fare un cenno ad

---

[154] Come lasciava pensare il suo messaggio all'imputato di poco successivo al fatto: «mi sei arrivato dentro contro voglia ed io non volevo farlo», già menzionato nelle note precedenti.

[155] Sul concetto di "contestualità" del consenso, seppure in relazione ad altro ambito, come quello della *privacy*, H. Nissenbaum, *Privacy in context. Technology, policy, and the integrity of social life*, Stanford, Stanford University Press, 2010; D.J. Solove, *The future of reputation: gossip, rumor, and privacy on the Internet*, New Haven, Yale University Press, 2007.

una problematica di grande attualità, rispetto alla quale sembra opportuno aprire sin d'ora una breve parentesi poiché potrebbe costituire in futuro terreno fertile per l'approccio "situazionale" della Corte.

Negli ultimi anni si è posta all'attenzione dei giudici penali di numerosi ordinamenti la questione della possibile responsabilità del soggetto che, a rapporto sessuale iniziato, si sfila non consensualmente il preservativo senza che il partner se ne renda conto. Tale pratica, molto vicina a quella appena analizzata poiché spesso si conclude proprio con l'eiaculazione dentro o sulla vittima, anche nella scienza penalistica americana viene indicata con il nome gergale, già invalso a livello mediatico, di "*stealthing*"[156].

Parte della dottrina tedesca ha inquadrato la fattispecie in termini di inganno, adducendo che non sarebbe possibile rifarsi al momento della prima penetrazione poiché essa costituirebbe un atto sessuale precedente e distinto, e comunque acconsentito. A venire in rilievo, invece, sarebbe la seconda (ri)penetrazione dopo aver sfilato la protezione, che avviene con il consenso del partner all'atto sessuale ma ottenuto fraudolentemente perché questi non è a conoscenza della rimozione del preservativo[157].

A ben vedere, però, pare preferibile affrontare il problema in una dimensione che valorizzi le diverse modalità con le quali viene consumato il rapporto sessuale rispetto a quelle concordate. Come messo in rilievo anche da una recente pronuncia del *Kammergericht* berlinese, nel caso dello *stealthing* l'inganno non raggiunge mai la

---

[156] Cfr. A. Brodsky, *Rape-Adjacent: imagining legal responses to nonconsensual condom removal*, in *Columbia Journal of Gender and Law*, 2017, vol. 32, 2, 183 ss.

[157] In questo senso, ad esempio, K. Franzke, *Zur Strafbarkeit des so genannten "Stealthings"*, in *Bonner Rechtsjournal*, 2019, 114 ss., in particolare 118. Nella dottrina italiana, invece, parrebbe inquadrare lo *stealthing* nell'ambito delle condotte fraudolente Paolo Caroli, in P. Caroli, J. Geneuss, *La rimozione fraudolenta del preservativo come aggressione sessuale. Lo* Stealthing *davanti al giudice penale*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2021, n. 1, 136 ss., in particolare ai paragrafi 3.1. e 3.2, nel quale l'Autore si sofferma su altre forme di inganno e sulla disciplina italiana in tema di violenza sessuale commessa con sostituzione di persona. Inquadra lo "*stealthing*" come vizio del consenso dovuto ad inganno, ad esempio, l'ordinamento polacco. Cfr. W. Jasiński, K. Kremens, *Poland* (National report), in E. Hoven, T. Weigend (a cura di), *Consent and sexual offenses. Comparative perspectives*, cit., 231 ss.

sfera conoscitiva della persona offesa, che dunque non esercita la propria autodeterminazione sessuale sulla base di esso[158].

Più semplicemente, l'atto sessuale che viene realizzato è *diverso* poiché, anche a prescindere dalle sue fondamentali funzioni anticoncezionali e di prevenzione delle patologie veneree[159], la presenza del profilattico costituisce una barriera fisica che, in qualche misura, presuppone un grado di intimità inferiore del rapporto sessuale[160].

Rispetto all'atto consumato diversamente, può esservi a seconda dei casi un espresso dissenso da parte del partner oppure una assenza di consenso. Nella prima ipotesi, la vittima della condotta di *stealthing* ha in precedenza chiarito espressamente di accettare un rapporto sessuale esclusivamente "protetto"; nella seconda ipotesi, invece, la relazione si è sviluppata "per fatti concludenti" nella direzione di un rapporto protetto, con l'agente che ha indossato il preservativo prima di procedere alla (prima) penetrazione[161].

---

[158] KG Berlin, 27 luglio 2020 - (4) 161 Ss 48/20 (58/20), disponibile sul sito *www.gerichtsentscheidungen.berlin-brandenburg.de.* I primi due gradi di giudizio sono stati decisi da Amtsgericht (AG) Berlin-Tiergarten, 11 dicembre 2018 - (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18); Landgericht (LG) Berlin, 27 novembre 2019 - 284 Js 118/18. Ampiamente, sulla sentenza P. Caroli, J. Geneuss, *La rimozione fraudolenta del preservativo come aggressione sessuale*, cit., 136 ss.

[159] In passato la giurisprudenza italiana, attribuendo importanza a tali funzioni, aveva riconosciuto la responsabilità di un aggressore nonostante la donna, dopo vari tentativi di divincolarsi, prima che venisse consumato il rapporto, gli avesse porto un preservativo. Il gesto si presta ovviamente a diverse interpretazioni, compresa, in astratto, la possibilità che la donna partecipasse infine adesivamente al contatto sessuale, ma nel caso di specie è stata correttamente letta come una volontà di evitare, se non il congiungimento, quantomeno una gravidanza indesiderata o eventuali malattie. Cfr. Trib. Genova, 26 giugno 2001, in *Giur. mer*., 2022, 508. La sentenza è utilizzata da G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 312-313 come caso di scuola emblematico della necessità di interpretare in maniera ampia il requisito della violenza (320).

[160] In questo senso, proprio commentando la pronuncia del *Kammergericht* berlinese, J. Makepeace, "I'm not sure this is rape, but…" *Zur Strafbarkeit des "Stealthing" nach dem neuen Sexualstrafrecht*, in *Kriminalpolitische Zeitschrift*, 2021, 10 ss., in particolare 13-14.

[161] Non vi sarebbe invece dubbio alcuno sul fatto che la rimozione del preservativo integri certamente una violenza sessuale, nel caso in cui il partner si renda conto della rimozione del preservativo e mostri dissenso; è quanto è avvenuto ad esempio di recente nel Regno Unito, cfr. nella cronaca A. Forrest, *Man who removed condom during intercourse with sex worker jailed for rape*, in *The Independent*, 24 aprile 2019.

Sembra ragionevole ipotizzare che laddove la giurisprudenza italiana si trovasse a dover decidere della sussistenza della violenza sessuale nei casi di *stealthing*, la Suprema Corte sarebbe portata, in applicazione dei principi stabiliti in merito all'eiaculazione non consentita in vagina, ad affermare la responsabilità *ex* art. 609-*bis* c.p. dell'autore della condotta[162]. La conclusione appare ovviamente fuori di dubbio nei casi in cui, dopo lo *stealthing*, l'agente concluda il rapporto emettendo sperma dentro o sul corpo del partner, ma altamente probabile anche ove ciò non accada.

Come accennato, infatti, la motivazione della pronuncia del 2015 oggetto del presente paragrafo dimostra l'utilizzo da parte della Corte di un approccio che si potrebbe definire "olistico" in relazione alla complessiva interazione sessuale, ma "situazionale" (o "particolarizzato"[163]) in relazione al consenso. Il rapporto sessuale viene considerato in modo globale, come una relazione progressiva e dinamica, nella quale, tuttavia, non è detto che il consenso prestato per una *situazione* specifica ne copra meccanicamente una diversa

---

[162] Si è già avuto modo di esprimere questa "previsione" in G.M. Caletti, *Italy* (National report), in E. Hoven, T. Weigend (a cura di), *Consent and sexual offenses. Comparative perspectives*, cit., 199 ss. Di diverso avviso, tuttavia, P. Caroli, J. Geneuss, *La rimozione fraudolenta del preservativo come aggressione sessuale*, cit., 146, che sottolineano, non senza ragione, che una simile applicazione da parte della Corte di Cassazione avrebbe sembianze analogiche. Il discorso qui sviluppato nel testo non scende nel merito di una possibile tensione con il principio di legalità, esaminata in una fase più avanzata del lavoro (v. *infra*, §§ 11, 12, 13), ma prova a calarsi in una dimensione pragmatica e disincantata, intravvedendo la concreta possibilità che, alla luce di pronunce come Cass. pen., Sez. III, 18 marzo 2015, n. 9221, cit., la giurisprudenza possa in futuro svolgere considerazioni analoghe anche in relazione al problema dello *stealthing*. Si veda anche Cass. pen., Sez. III, 20 novembre 2012 (dep. 3 aprile 2013), n. 15334, in *Guida dir.*, 2013, n. 21, 64, secondo la quale: «integra il reato di violenza sessuale la condotta di colui che prosegua un rapporto sessuale quando il consenso della vittima, originariamente prestato, venga poi meno a causa di un ripensamento *ovvero della non condivisione delle forme o delle modalità di consumazione del rapporto*, ciò in quanto, il consenso della vittima agli atti sessuali deve perdurare nel corso dell'intero rapporto senza soluzione di continuità» (corsivi di chi scrive).

[163] Per l'uso di questa espressione, ad esempio, S. Mayr, K. Schmoller, *Particularized consent and non-consensual condom removal*, in E. Hoven, T. Weigend (a cura di), *Consent and sexual offenses. Comparative perspectives*, cit., 95 ss. Parla invece di consenso «condizionato», proprio facendo un breve riferimento al problema della rimozione del preservativo, G. Flora, *La tutela della libertà personale ed i tormenti di Cupido nell'era postmoderna*, cit., 22.

che si sviluppa nell'evoluzione del rapporto. Ed è proprio tale evoluzione, nelle sue concrete modalità, ad esprimere la consensualità o meno degli atti realizzati.

Nel caso dello *stealthing* la realizzazione del rapporto avviene secondo modalità imposte fraudolentemente dal soggetto agente. Pare improbabile che la Cassazione, come evidenziato più volte sempre molto attenta alla tutela del bene giuridico dell'autodeterminazione sessuale, non colga il disvalore insito in tale condotta, che costituisce una pratica spesso dettata da logiche di sopraffazione maschile, cioè di imposizione di modalità sgradite del rapporto[164].

Peraltro, non sembra essere rilevante ai fini della decisione che si versi nell'ipotesi di un previo dissenso al rapporto non protetto o nell'ipotesi di semplice assenza di consenso all'abbandono del preservativo. Se, infatti, nella prima fase di allontanamento giurisprudenziale dalla costrizione violenta la giurisprudenza ha valorizzato la presenza del dissenso della vittima, il diritto vivente sembra essersi assestato negli ultimi due o tre anni su una posizione ancora diversa e persino più rigorosa (v. *infra*, § 7).

Chiaramente, la previsione di una probabile applicazione dell'art. 609-*bis* c.p. allo *stealthing* solleva diverse perplessità. In primo luogo, in relazione al rispetto del principio di legalità; in secondo luogo, per via della possibile applicazione dello stesso delitto a ipotesi dal diverso disvalore, come una condotta abusiva come quella di sfilarsi il preservativo di nascosto e uno stupro violento, nel quale non è la modalità ad essere sgradita ma l'atto in sé a non essere in alcun modo voluto. Tuttavia, non è ancora questo il momento per esprimere considerazioni di segno critico, per le quali è bene prima concludere l'affresco del "diritto penale sessuale giurisprudenziale" (v. *infra*, §§ 10, 11, 12). A cominciare da quelle pronunce recentissime che sembrano declinare il tema del consenso in ambito sessuale secondo un paradigma ancora diverso da quello incentrato sull'espressione di un dissenso da parte della vittima.

---

[164] Sul fatto che le donne vivono il fenomeno come grave violazione della loro dignità e autonomia decisionale, cfr. A. Brodsky, *Rape-Adjacent: imagining legal responses to nonconsensual condom removal*, cit., in particolare 185 ss.

7. *Verso un modello di "*affirmative consent*"? Le più recenti sentenze della Cassazione in tema di assenza del consenso ed errore*

Negli ultimissimi anni, la Suprema Corte sembra essersi mossa in direzione di una definizione di stupro basata sulla mera assenza del consenso all'atto sessuale[165].

Una pronuncia del marzo del 2019 ha espressamente stabilito che «integra l'elemento oggettivo del reato di violenza sessuale *non soltanto* la condotta invasiva della sfera della libertà ed integrità sessuale altrui realizzata in presenza di una manifestazione di dissenso della vittima, ma anche quella posta in essere *in assenza* del consenso, non espresso neppure in forma tacita, della persona offesa»[166]. Tale consenso, peraltro, riprendendo le specificazioni già esaminate negli ultimi paragrafi, «deve essere validamente prestato e deve permanere durante tutto l'arco di tempo in cui sono compiuti gli atti sessuali»[167].

Secondo la giurisprudenza di legittimità, dunque, ai fini dell'integrazione del delitto di cui all'art. 609-*bis* c.p. non sarebbe più necessario che la vittima opponga un dissenso esplicito, ma è sufficiente che essa non abbia aderito – neppure in modo tacito, ad esempio partecipandovi attivamente – all'atto sessuale. Le implicazioni potrebbero sembrare di poco conto, ma così non è, specie per quanto riguarda il versante dell'imputazione soggettiva che, come noto, costituisce in molti procedimenti un punto nevralgico dell'accertamento giudiziario della responsabilità per violenza sessuale.

In proposito, la medesima pronuncia della Corte del 2019 chiarisce – allineandosi letteralmente alla massima di una sentenza di poco precedente relativa a un caso di atto sessuale praticato su don-

---

[165] A dire il vero non si rinviene ancora nella dottrina italiana una vera e propria presa d'atto di questo ulteriore cambio di paradigma, se non nelle intuizioni di G. Flora, *La tutela della libertà personale ed i tormenti di Cupido nell'era postmoderna*, cit., 21; e di A.M. Maugeri, *I reati sessualmente connotati e diritto penale del nemico*, Pisa, Pisa University Press, 2021, 101.

[166] Cass. pen., Sez. III, 19 marzo 2019, n. 20780, in *Dejure* (corsivi di chi scrive). Attraverso questa argomentazione la Corte ha rigettato il ricorso di un uomo condannato nei precedenti gradi di giudizio per aver, una volta rimasti soli presso la propria abitazione, chiuso a chiave la porta di casa e costretto la vittima a rapporti sessuali orali, vaginali e anali.

[167] Cass. pen., Sez. III, 19 marzo 2019, n. 20780, cit.

na in stato di incoscienza dovuta all'assunzione di alcol e altre sostanze psicotrope[168] – che «l'esimente putativa del consenso dell'avente diritto non è configurabile nel delitto di violenza sessuale, in quanto la mancanza del consenso costituisce requisito esplicito della fattispecie e l'errore sul dissenso si sostanzia, pertanto in un errore inescusabile sulla legge penale»[169].

In relazione al dolo, invece, una decisione di fine 2019, dopo aver richiamato la massima del marzo precedente nella parte in cui ridefinisce la tipicità dell'art. 609-*bis* c.p. in termini di assenza di consenso, precisa che «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»[170]. Tale argomentazione è stata utilizzata dalla Corte per rigettare il ricorso in un caso scaturito dalla denuncia di una ragazza che, addormentatasi a seguito di una cena a casa di un'amica e dell'abbondante consumo di sostanze alcoliche, si era svegliata nel letto del padre dell'amica mentre questi la penetrava da dietro palpeggiandole il seno[171].

---

[168] Cass. pen., Sez. III, 11 luglio 2018, n. 43565, in *Dejure*. La vicenda oggetto di decisione riguardava la condotta di un uomo che, dopo una serata per locali, si proponeva di accompagnare due ragazze a casa. Mentre queste dormivano nei sedili posteriori, l'imputato aveva arrestato la vettura, si era spostato nel retro dell'auto e aveva cominciato una penetrazione digitale nei confronti di una delle due, al contempo masturbandosi.

[169] Cass. pen., Sez. III, 19 marzo 2019, n. 20780, cit.

[170] Cass. pen., Sez. III, 20 novembre 2019, n. 10372, in *Guida dir.*, 2020, n. 25, 102 (corsivi di chi scrive). Negli stessi termini, ancor più di recente, Cass. pen., Sez. III, 19 novembre 2021 (dep. 17 gennaio 2022), n. 1559, in *Dejure*. A dire il vero, la pronuncia del 2019 specifica altresì che «la nozione di violenza non è limitata all'esplicazione di energia fisica direttamente posta in essere verso la persona offesa, ma comprende qualsiasi atto o fatto cui consegua la limitazione della libertà del soggetto passivo, costretto a subire atti sessuali contro la propria volontà, rientrando così in tale nozione anche le modalità repentine ed insidiose della condotta, posta in essere senza accertarsi del consenso della persona destinataria, o, comunque, prevenendone la manifestazione di dissenso». Ciò a dimostrazione del fatto che, come si è evidenziato più volte, i cambi di paradigma operati dalla Corte sono sempre accompagnati da periodi di commistione, nei quali talvolta vengono richiamate "*a fortiori*" le concezioni smaterializzate di violenza.

[171] Cass. pen., Sez. III, 20 novembre 2019, n. 10372, cit.

Il principio, in realtà, era già stato affermato negli stessi termini dalla Corte nel 2016, allorquando aveva confermato la condanna di un uomo in un caso di repentinità consistita nell'afferrare, abbracciare la vittima e, sollevati la maglietta ed il reggiseno, nel toccarla e baciarla sul seno e sulla bocca[172]. In tale occasione l'imputato si era difeso adducendo 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 persona offesa e come tale percepito dall'agente, a tale intromissione»[173]. L'obiezione, che in effetti appare fondata sugli orientamenti tenuti dalla giurisprudenza fino a poco prima[174], è stata superata dalla Corte sottolineando «come non sia ravvisabile in alcuna fra le disposizioni legislative introdotte a seguito della entrata in vigore della L. n. 66 del 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»[175].

---

[172] Cass. pen., Sez. III, 9 marzo 2016, n. 49597, in *Dejure*.

[173] Cass. pen., Sez. III, 9 marzo 2016, n. 49597, cit.

[174] Tra le sentenze che richiedono alla persona offesa la manifestazione del dissenso si veda, tra le altre, Cass. pen., Sez. III, 6 dicembre 2011, n. 10516, in *Dejure*, secondo la quale «in tema di violenza sessuale, per riconoscere la responsabilità dell'imputato non è sufficiente la sussistenza di lesioni da «atto sessuale» sul corpo della vittima, allorché il comportamento di quest'ultima sia stato invece ambiguo e comunque non ostativo delle pulsioni sessuali dell'imputato (nella specie, la Corte ha ritenuto illogica e immotivata le sentenza di condanna dei giudici del merito, atteso che dalle motivazioni non risultava alcun gesto, atto o frase con cui la donna avesse manifestato all'imputato il suo dissenso né risultava che l'imputato si fosse comunque reso conto di tale dissenso, mentre era stata rilevata la presenza di elementi di segno contrario interpretabili come manifestazioni di consenso che, seppur finte, erano in concreto sussistenti, quali le esplicite espressioni di sottomissione, o, ancora, il fatto che la donna aveva invitato l'imputato ad essere presente mente si cambiava il vestito)».

[175] Cass. pen., Sez. III, 9 marzo 2016, n. 49597, cit. Proseguendo nel ragionamento, la Corte precisa che «si deve, piuttosto, ritenere che tale dissenso sia da presumersi, laddove non sussistano indici chiari ed univoci volti a dimostrare la esistenza di un, sia pur tacito ma in ogni caso inequivoco, consenso».

Dunque, sistematizzando gli indizi neppure troppo celati nelle menzionate decisioni della Corte di Cassazione, l'assetto dell'art. 609-*bis*, comma 1, c.p. raggiunto in via interpretativa risulta ora il seguente.

È responsabile di violenza sessuale chiunque realizzi – o faccia realizzare – un atto sessuale senza aver prima registrato una chiara ed inequivocabile manifestazione di consenso, ancorché non verbale, da parte del partner all'atto sessuale consumato. Tale consenso deve essere prestato validamente e non quale conseguenza di circostanze coartanti la volontà della vittima.

Sul piano dell'imputazione colpevole, è sufficiente che il reo abbia avuto la consapevolezza che il soggetto passivo non avesse espresso, verbalmente o attraverso azioni incompatibili con la non volontà di realizzare l'atto, un valido consenso. Per escludere il dolo, il soggetto agente non può invocare la presenza di un errore basato sul fatto che la vittima non abbia opposto un dissenso che fosse per lui percepibile, perché, costituendo l'assenza di consenso l'elemento fondante la tipicità della fattispecie, aver ritenuto necessaria la manifestazione di una volontà contraria, costituisce un errore sul "precetto" e dunque generalmente irrilevante[176]. In altri termini, l'imputato che lamenti di non aver realizzato dolosamente il fatto per via dell'assenza di un inequivocabile dissenso da parte della persona offesa, commette un errore sulla conformazione dell'art. 609-*bis* c.p., a norma della quale invece – almeno nell'ultima interpretazione della Corte – costituirebbe violenza sessuale ogni atto realizzato senza una manifestazione *affermativa* del consenso[177].

Pare assai significativo, nella prospettiva di evidenziare l'ulteriore mutamento di paradigma punitivo, che la giurisprudenza escluda che il reo possa appellarsi alla scriminante putativa del consenso dell'avente diritto. L'elemento dell'assenza del consenso non può essere oggetto di erronea presunzione da parte del sog-

[176] Per la delimitazione delle due categorie, E.R. Belfiore, *Contributo alla teoria dell'errore in diritto penale*, Torino, Giappichelli, 1997.

[177] Sul punto si vedano le note critiche di G. Flora, *La tutela della libertà personale ed i tormenti di Cupido nell'era postmoderna*, cit., 22, secondo il quale bisognerebbe invece enfatizzare l'errore di fatto per via delle molteplici ambiguità della seduzione.

getto agente, poiché, costituendo un elemento *tipizzato* dalla fattispecie, anche in questo caso si verserebbe in un'ipotesi di errore inescusabile sulla configurazione della fattispecie incriminatrice e dunque irrilevante ai sensi dell'art. 5 c.p. Come illustrato in precedenza (v. *supra*, § 1), infatti, nonostante da tempo la dottrina suggerisse l'improprietà dei riferimenti difensivi all'art. 50 c.p. sulla scorta dell'argomento per cui il dissenso costituisce elemento *implicito* del fatto, la Corte aveva proseguito nel mantenere un approccio sistematico piuttosto ambiguo. Nelle ultime pronunce, al contrario, l'orientamento non pare allinearsi integralmente alla posizione della dottrina, secondo la quale l'assenza di consenso è corollario sottointeso della coercizione all'atto sessuale, ma va oltre, riconoscendo all'elemento un ruolo centrale ed *esplicito* nella struttura della fattispecie.

Ne consegue che l'unica forma di errore ammissibile è quella che ricade su un'ambigua manifestazione di assenso da parte della vittima[178]. Come precisato dalla Corte stessa, infatti, se è «irrilevan-

[178] Grazie a queste letture interpretative della Corte, l'area di rilevanza dell'errore nei reati sessuali viene, dunque, ulteriormente a contrarsi. Come noto, infatti, il settore prevede già un'esplicita deroga alla disciplina ordinaria dell'errore all'art. 609-*sexies* c.p. (rubricato ancora «Ignoranza dell'età della persona offesa»), che oggi dispone che: «Quando i delitti previsti negli articoli 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*octies* e 609-*undecies* sono commessi in danno di un minore degli anni diciotto, e quando è commesso il delitto di cui all'articolo 609-*quinquies*, il colpevole non può invocare a propria scusa l'ignoranza dell'età della persona offesa, salvo che si tratti di ignoranza inevitabile». Il testo attuale si distingue notevolmente dalla formulazione originaria, non tanto per l'espansione del catalogo dei reati a cui si riferisce o per l'innalzamento della soglia d'età (non più quattordici, ma diciotto anni), quanto per l'inciso finale, che fa salva l'«ignoranza inevitabile» dell'età della persona offesa. Prima della legge dell'1 ottobre 2012, n. 172, di attuazione della Convenzione di Lanzarote del 2007 (sulla quale, ad esempio, G. Cocco, *La lotta senza esclusione di colpi contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile. Le questioni dell'*error aetatis *e del concetto di pornografia minorile*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 1802 ss.), tale ignoranza non poteva mai essere invocata a propria scusa. Nemmeno la riforma organica del 1996 era intervenuta sul punto (cfr. in senso critico, A. Cadoppi, *Art. 7*, in Id. (a cura di), *Commentario delle "Norme contro la violenza sessuale" (Legge 15 febbraio 1996, n. 66)*, cit., 185 ss.; A. di Martino, *Commento all'art. 7 l. 15 febbraio 1996, n. 66*, in *Leg. pen.*, 1996, 456 ss.), lasciando intatta una delle più vistose ipotesi di responsabilità oggettiva dell'ordinamento (successivamente, sulle aspettative di superamento della responsabilità oggettiva, l'ampia critica di L. Risicato, Error aetatis *e principio di colpevolezza: un* perseverare diabolicum*?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 584 ss.).

te l'eventuale errore sull'espressione del dissenso anche ove questo non sia stato esplicitato», può invece essere preso in considerazione un «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»[179].

Un siffatto assetto ricorda il modello di incriminazione della violenza sessuale più punitivo tra quelli teorizzati nei sistemi anglo-americani, conosciuto come "*affirmative consent*" ("consenso affermativo") e sintetizzato con il moderno brocardo "*(only) yes means yes*" (ovvero "solo sì vuole dire sì"). Con tale incisiva espressione, contrapposta a "*no means no*" che individua invece il paradigma incentrato sulla formulazione di un dissenso, si indica l'incriminazione di qualsiasi atto sessuale penetrativo realizzato senza la previa affermazione – verbale o implicita a seconda delle declinazioni del modello di consenso affermativo prescelto – di un autentico "*yes*"[180].

Un fondamentale impulso a rimodulare la norma era giunto anche dalla Corte Costituzionale che, con un cambio di rotta rispetto ad un controverso precedente del 1983 sull'art. 539 c.p. (v. Corte cost., 30 giugno 1983, n. 209, in *Foro it.*, 1983, vol. 1, 2651 ss., con commento critico di G. Fiandaca, *Inescusabilità dell'errore sull'età della persona offesa nella violenza carnale e principi costituzionali*, 2652 ss.; per critiche dello stesso tenore anche T. Padovani, *L'intangibilità sessuale del minore degli anni quattordici e l'irrilevanza dell'errore sull'età: una presunzione ragionevole ed una* fictio assurda, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 429 ss.), pur in una sentenza di inammissibilità, aveva segnalato la compatibilità costituzionale con il principio di colpevolezza solo ammettendo la scusabilità dell'ignoranza inevitabile (v. Corte cost., 11 luglio 2007, n. 322, sulla quale, L. Risicato, *L'errore sull'età tra* error facti *ed* error iuris*: una decisione "timida" o "storica" della Corte costituzionale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 1465 ss.). Per un'ampia trattazione dell'art. 609-*sexies* c.p. quale ipotesi di imputazione colpevole differenziata, si veda oggi M.L. Mattheudakis, *L'imputazione colpevole differenziata. Interferenze tra dolo e colpa alla luce dei principi fondamentali in materia penale*, Bologna, Bononia University Press, 2020, 367 ss.

[179] Così Cass. pen., Sez. III, 9 marzo 2016, n. 49597, cit. (corsivi di chi scrive), sul punto ripresa poi da Cass. pen., Sez. III, 14 ottobre 2020, n. 6520, in *Dejure*.

[180] Per una prima illustrazione dei due modelli e delle loro differenze nella letteratura italiana, si veda M.L. Mattheudakis, *Un'indagine comparatistica sulla configurazione dei reati sessuali per colpa (grave) sui profili di consenso della vittima*, in *Revista de Direito Brasileira*, 2020, vol. 25 (10), 280 ss., pubblicato anche in *disCrimen*, 2 dicembre 2020, in particolare da 286 ss.

Nel proseguo dell'indagine ci sarà modo di osservare più da vicino questi due modelli elaborati nelle esperienze giuridiche di *common law* e oggi "importati" da numerosi ordinamenti europei quali alternative al tradizionale dogma della coercizione violenta, di delinearne i punti di forza e debolezza ed esaminarne le ricadute pratiche e sistematiche (v. *infra*, III). In questa fase del lavoro, ciò che si vuole sottolineare è l'approdo, mediante le ultime decisioni, del diritto vivente agli antipodi della descrizione legale ancora vigente della violenza sessuale, che richiederebbe la violenza quale modalità vincolata di condotta del delitto. Il modello dell'"*(only) yes means yes*", che postula non solo l'esistenza di un consenso effettivo ma anche la manifestazione affermativa dello stesso per ritenere legittimo un atto sessuale, costituisce, all'evidenza, l'estremo opposto rispetto al fatto tipico di partenza, nel quale l'assenza di consenso è desunta dalla presenza di indici esogeni di costrizione. Esso offre la massima tutela della autodeterminazione in ambito sessuale, anche in quelle situazioni di incertezza nelle quali non emerge con chiarezza un rifiuto da parte del soggetto passivo, di fatto gravando l'agente dell'onere di accertare il consenso prima di procedere al rapporto sessuale.

Si tratta, come si analizzerà meglio, di uno schema repressivo altamente controverso che, presupponendo uno "scatto" culturale notevole, ha sollevato accesi dibattiti, soprattutto negli Stati Uniti. In Italia, invece, la consacrazione del paradigma dell'*affirmative consent* sta avvenendo per via giurisprudenziale, nel silenzio del legislatore, quale assestamento del diritto vivente.

Nell'illustrare quest'ultimo orientamento non si è tralasciato di accennare al fatto concreto dal quale sono scaturite le diverse decisioni. La scelta, portata avanti anche a costo di "appesantire" il testo, non è certo fine a se stessa. La Corte ha applicato il nuovo modello a cominciare da un caso di "atti repentini"[181], per poi consolidarlo in relazione ad ipotesi di "costrizione ambientale"[182] e di stato di incoscienza della vittima dovuta a sostanze psicotrope[183]. Il

[181] Cass. pen., Sez. III, 9 marzo 2016, n. 49597, cit.

[182] Cass. pen., Sez. III, 19 marzo 2019, n. 20780, cit.

[183] Cass. pen., Sez. III, 11 luglio 2018, n. 43565, cit.; Cass. pen., Sez. III, 20 novembre 2019, n. 10372, cit.

minimo comune denominatore di queste fattispecie risiede nell'impossibilità per la persona offesa di opporre un rifiuto espresso agli atti sessuali: per impossibilità materiale, vista la repentina insidiosità dell'atto; per paura, come quando le circostanze concrete la intimoriscono; o per incapacità assoluta di farlo, come nei casi di grave intossicazione.

Ora, lasciando per un momento da parte quest'ultima ipotesi che verrà approfondita tra poco (v. *infra*, § 8.1), e che comunque rappresenta un fenomeno piuttosto recente, risulta chiaro come si tratti nientemeno che della casistica rispetto alla quale era originariamente sorta la necessità di stemperare la capacità selettiva della violenza (v. *supra*, §§ 4.1 e 4.2). Non a caso, si rinvengono sentenze nelle quali il paradigma del consenso affermativo ha trovato applicazione anche in relazione a casi di violenza sessuale inserita in un contesto di violenza domestica[184] o di atti "abusanti" da parte di professionisti sanitari[185]. Casistiche anch'esse già familiari, visto che in passato la Corte si sforzava di punire tali ipotesi dilatando i confini della nozione di violenza. Nelle pronunce contemporanee, al contrario, la responsabilità viene motivata *expressis verbis* sulla base della mera assenza di consenso, che nella giurisprudenza più risalente fungeva soltanto da "sottointeso" dei ragionamenti "estensivi" contenuti nelle motivazioni[186].

Un discorso analogo si può sviluppare anche per l'ipotesi di abuso sessuale su persona in stato di incoscienza e, di conseguenza, di incapacità di esprimere non solo un dissenso esplicito ma anche di prestare un valido consenso. Se nel 2018 la Corte ha motiva-

[184] Ipotesi, come già precisato, ricondotta in passato nell'alveo proprio della costrizione ambientale. Per un caso recente, si veda Cass. pen., Sez. III, 14 ottobre 2020, n. 6520, cit.

[185] Cass. pen., Sez. III, 22 febbraio 2019, n. 18864; Cass. pen., Sez. III, 13 dicembre 2019, n. 15219, che chiarisce che «sussiste violenza sessuale se la persona offesa, sottoposta a manipolazioni da uno osteopata, non è stata preventivamente informata che i massaggi avrebbero interessato il seno e il pube e, conseguentemente, la stessa non ha espresso il consenso a subire trattamenti invasivi della propria sfera sessuale».

[186] Lo intuiva già R. Borgogno, *Il delitto di violenza sessuale*, cit., 90, secondo il quale, a livello interpretativo il modello basato sul costringimento si avvicinava, se non addirittura si sovrapponeva, a quello dell'assenza di consenso.

to la punibilità sulla base dell'assenza di consenso[187], in precedenza la repressione avveniva ampliando i confini della condotta induttiva della violenza sessuale *ex* art. 609-*bis*, comma 2. Proprio alle forme diverse dalla "costrizione violenta", ammesso che se ne possa ancora parlare in questi termini, conviene volgere ora lo sguardo, a completamento della panoramica del diritto vivente, al fine di ottenere ulteriori prove del fatto che nell'ordinamento italiano è già in vigore un sistema di criminalizzazione degli abusi sessuali fondato su basi consensualistiche.

8. *Tracce di consenso nell'interpretazione giurisprudenziale delle forme di violenza sessuale diverse dalla costrizione violenta*

Com'è noto, l'art. 609-*bis* c.p. prevede due forme di commissione del delitto di violenza sessuale, quella coercitiva, prevista dal primo comma della disposizione, e quella induttiva, prevista invece dal secondo comma.

La punibilità della costrizione è – o, forse, a questo punto è più corretto dire, *sarebbe* – vincolata alla sussistenza di una delle modalità elencate dalla fattispecie incriminatrice, ovvero la violenza, la minaccia o l'abuso di autorità. Nel caso dell'induzione, invece, è richiesto che ad essa si accompagni l'ulteriore (1) abuso delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa, oppure (2) inganno mediante sostituzione di persona.

L'indagine si è sin qui polarizzata sulla violenza sessuale per coercizione violenta, vera e propria fattispecie base del delitto, che ha visto trasfigurare la propria fisionomia in favore di una lettura consensualistica dell'illecito. Poco si è detto anche della stessa minaccia, modalità di realizzazione della costrizione prevista – secondo cadenze pressoché "endiadiche" – in tutte le legislazioni tradizionali in materia di stupro e non solo in Italia (v. *supra*, I). Curiosamente, peraltro, mentre nelle normative che si sono succedute nel nostro ordinamento la minaccia ha sempre formalmente rivestito

[187] Cass. pen., Sez. III, 11 luglio 2018, n. 43565, cit.

una sua autonomia concettuale[188], in altri sistemi giuridici, come la Germania o alcune giurisdizioni statunitensi, per dare luogo al reato essa doveva avere ad oggetto una grave violenza, finendo per conferire ancora più centralità (e selettività) al concetto di forza fisica[189].

In realtà, dottrina e giurisprudenza hanno spesso fatto un uso promiscuo delle due condotte alternative[190], specie con riguardo ad ipotesi liminari, come quella in cui l'agente usa violenza su un terzo,

---

[188] In argomento, G. Neppi Modona, *Sulla posizione della «violenza» e della «minaccia» nella struttura delle fattispecie criminose*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, 522 ss.; F. Dassano, *Minaccia (diritto penale)* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Giuffré, 1976, 333 ss.

[189] In Germania, prima della recente riforma il § 177 *StGB* richiedeva che la minaccia riguardasse la vita o l'incolumità fisica della persona offesa. Diversamente, la minaccia per ottenere atti sessuali che avesse ad oggetto altri beni veniva ricondotta al reato di violenza privata. Il passato è ancora visibile nella disposizione attuale, poiché il § 177 (5) *StGB* prevede una pena non inferiore ad un anno qualora vi sia stata la minaccia di un pericolo attuale per la vita o per l'integrità fisica, ancora parificando l'ipotesi a quella di stupro violento. La disposizione, infatti, recita «*Auf Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr ist zu erkennen, wenn der Täter 1. gegenüber dem Opfer Gewalt anwendet; 2.dem Opfer mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben droht oder* […]». Ampiamente sul punto, *infra*, III, § 9. Per molto tempo anche negli Stati Uniti le leggi scritte ("*statutes*") si sono orientate in questo modo, rendendo lecito ogni rapporto sessuale ottenuto con una minaccia diversa da quella dell'uso della violenza fisica. Per le problematiche pratiche di questo indirizzo legislativo, si veda *infra*, III, § 4. Nella dottrina italiana, sulle origini della minaccia nella *common law* e sulla peculiare forma che essa assume negli Stati Uniti, A. Nisco, *La tutela penale dell'integrità psichica*, cit., 177.

[190] Sul tema si rinvia, anche per gli opportuni richiami bibliografici, agli spunti critici di G. De Simone, *Violenza (diritto penale)*, cit., 896 ss., e anche 902 ss., che osserva come, venuta meno la tradizionale contrapposizione tra "*vis physica*" o "*absoluta*", corrispondente alla violenza, e "*vis moralis*" o "*relativa*", corrispondente alla minaccia, il criterio più appropriato per distinguere tra i due mezzi di costrizione sia quello dell'attualità del male: la minaccia consisterebbe nella prospettazione di un male, la violenza di un male già in atto. La drastica contrapposizione tradizionale, secondo la quale la violenza eliminerebbe del tutto la volontà del costretto mentre la minaccia la lascerebbe in parte sopravvivere incidendo solo sulla libertà di decisione («*coactus voluit, sed voluit*»), si è dimostrata del tutto priva di fondamento. Da un lato, infatti, anche la violenza può inquadrarsi benissimo nel meccanismo della coazione relativa; dall'altro un effetto di coazione assoluta può anche derivare dalla semplice minaccia, come nel caso in cui essa determini uno stato di terrore paralizzante (ad es. il rapinatore che punta l'arma all'aggredito privandolo di ogni libertà di scelta). Per una ricostruzione del concetto di minaccia nel diritto penale si veda anche l'articolata indagine di G.L. Gatta, *La minaccia. Contributo allo studio delle modalità della condotta penalmente rilevante*, cit., che, come già segnalato, mette in rilievo la genesi della minaccia quale forma di violenza morale (v. *supra*, nota 86).

ad esempio un bambino, quale "minaccia" per costringere la madre ad un rapporto sessuale[191]. Gradualmente, inoltre, la dilatazione dei confini della violenza ed il suo identificarsi con ogni forma di coazione (v. *supra*, § 5) ha finito per assorbire molte ipotesi di minaccia, relegando tale mezzo di coercizione ad un ruolo del tutto subalterno nella prassi[192].

Solo di recente si assiste ad un ritorno delle contestazioni per violenza sessuale mediante minaccia grazie al diffondersi del fenomeno della c.d. "*sextortion*", ovvero la pratica di minacciare la divulgazione di immagini sessualmente esplicite per ottenere varie forme di "profitto"[193]. Quando l'autore di questa forma di estorsione

[191] È discusso in dottrina se il destinatario della violenza debba essere necessariamente la persona costretta a compiere o subire l'atto sessuale – integrando pertanto la violenza su altre persone gli estremi della minaccia – oppure se la condotta violenta possa essere commessa anche su terzi. A sostegno della prima tesi, tra gli altri, F. Gabrieli, *Violenza carnale* (voce), in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XII, Torino, Utet, 1940, 1069 ss., in particolare 1071. Di diverso avviso, G. Marini, *Violenza carnale (diritto penale)* (voce), in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Utet, 1975, 953 ss., in particolare 960. La questione rimane comunque "in bilico". Da una parte, la lettera della norma non sembra imporre che il destinatario della violenza sia la vittima dell'atto sessuale, postulando semplicemente che essa produca l'effetto costrittivo. Tuttavia, è verosimile che in ipotesi concrete di violenza su terzi l'atto violento rappresenti una minaccia "implicita" di prosecuzione dell'offesa, oppure si accompagni ad una minaccia esplicita. Cfr. M. Vizzardi, *Violenza sessuale (art. 609*-bis*)*, cit., 91.

[192] Come rilevato in modo critico da A. Pecoraro-Albani, *Il concetto di violenza nel diritto penale*, cit., 13. La costruzione della violenza-coazione, nota l'Autore, «non può condividersi, perché la violenza non si identifica con il risultato, con la coazione del volere. Ne discende che la minaccia non può essere mezzo "fungibile" di essa: non può essere mezzo di ciò che è già mezzo: la violenza».

[193] L'espressione deriva dalla crasi di "*sexual*" ed "*extortion*". Come risulta da studi criminologici angloamericani la casistica di riferimento è assai vasta ed eterogenea, ricomprendendo anche ipotesi nelle quali le immagini sono carpite fraudolentemente (attraverso *hackeraggi* o introducendosi nelle telecamere di dispositivi o pc) e successivamente oggetto di minaccia per ottenere denaro o altre immagini. Lo schema tuttavia più frequente, che per la nostra giurisprudenza integra i canoni della violenza sessuale (v. nota successiva), è quello nel quale viene creato materiale sessualmente esplicito all'interno di una coppia. Quando uno dei partner pone fine al rapporto, l'altro minaccia di diffondere le immagini o per mantenere viva la relazione, di talché il possesso delle immagini diviene strumento di controllo "domestico", o per ottenere ulteriori sporadici rapporti sessuali. In argomento, nella dottrina giuridica americana D.K. Citron, *Sexual Privacy*, in *Yale Law Journal*, 2019, 1895 ss.; nella dottrina australiana N. Henry, A. Powell, *Sexual violence in the digital age: The scope and limits of criminal law*, in *Social & Legal Studies*, 2016, vol. 25, 4, 397 ss.; in quella inglese, C. McGlynn, E. Rackley, R. Houghton,

prospetta alla vittima la diffusione delle immagini per ottenere vantaggi di natura sessuale, la giurisprudenza è incline a riconoscere la sussistenza della violenza sessuale, poiché l'atto è ritenuto coartato dalla minaccia di un pregiudizio grave[194].

Ad ogni buon conto, la stessa sorte della minaccia è spettata anche ad altre forme di commissione del reato, i cui stringenti requisiti hanno indotto la giurisprudenza a trascinare ipotesi problematiche nell'alveo della fattispecie base (v. *infra*, §§ 8.1 e 8.2). La sistematica suggerirebbe di procedere concludendo l'analisi delle fattispecie coercitive e dunque accordando precedenza al tema dell'abuso di autorità, che ha subìto una notevole evoluzione in tempi recentissimi per via di un importante intervento delle Sezioni Unite. Tuttavia, si ritiene preferibile non lasciare in sospeso il discorso sulla condizione di ubriachezza della vittima avviato nel paragrafo che precede e, pertanto, prendere le mosse dalle fattispecie induttive.

8.1. *L'evaporazione (anche) dell'induzione nei casi di incoscienza della vittima. La prospettiva della giurisprudenza italiana su "*Manada di Manresa*" e "*Stanford rape*"*

Tra le ipotesi di violenza sessuale più controverse degli ultimi lustri vi è senza dubbio quella in cui la persona offesa non oppone resi-

---

Beyond "revenge porn": The continuum of image-based sexual abuse, in *Feminist legal Studies*, 2017, 25 ss., le quali offrono una sistematizzazione interessante della *sextortion* collocandola, in virtù della comunanza del danno subito con altre forme di abuso basato su immagini sessuali come la creazione e la divulgazione non consensuale, nell'"*Image-based sexual abuse*", categoria già teorizzata, in opposizione alla stringente e limitante definizione di "*revenge porn*" nel precedente scritto C. McGlynn, E. Rackley, *Image-Based Sexual Abuse*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2017, vol. 37, 3, 534 ss. Si vedano altresì i *report* di B. Wittes, C. Poplin, Q. Jurecic, C. Spera, *Sextortion: Cybersecurity, teenagers, and remote sexual assault*, in *Brookings Center for Technology Innovation*, 2016, 5, 1 ss.; e J. Wolak, D. Finkelhor, *Sextortion: Findings from a survey of 1,631 victims*, disponibile sul sito del *Crime Against Children Research Center* dell'università del New Hampshire (*www.unh.edu/ccrc/*), quest'ultimo basato su un'indagine empirica condotta su adolescenti. Nella dottrina italiana, qualche riferimento in più si trova in G.M. Caletti, *Libertà e riservatezza sessuale all'epoca di* Internet. *L'art. 612*-ter *c.p. e l'incriminazione della pornografia non consensuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 2045 ss.

[194] Si veda la rassegna di pronunce di S.R. Palumbieri, *Violenza sessuale*, cit., 6251 ss.

stenza o un netto rifiuto al rapporto perché in una condizione di alterazione psicofisica dovuta all'effetto di sostanze alcoliche o stupefacenti. Si tratta di una casistica che ha richiamato una crescente attenzione per via del continuo aumento, soprattutto tra le fasce più giovani della popolazione, dei fenomeni del c.d. "*binge drinking*" (i.e. bere per ubriacarsi) e del c.d. "*hooking up*" (i.e. intrattenere rapporti sessuali con partner occasionali conosciuti la sera stessa), dalla cui intersezione, secondo le rilevazioni empiriche, possono derivare anche situazioni di equivoco sulla presenza del consenso agli atti sessuali[195].

A dire il vero, gli aspetti giuridicamente più problematici di tali casi sono stati enucleati in prevalenza dalla dottrina straniera[196], anche in forza di episodi eclatanti, finiti sotto i riflettori dei media, come la "*Manada di Manresa*" in Spagna[197] o lo "*Stanford rape*" negli Stati Uniti[198].

---

[195] Cfr. A.M. Dell'Osso, *Gli assensi artificiali*, cit., 2.

[196] In effetti, a parte il lavoro citato alla nota che precede e quelli delle note che seguono, il tema non è stato oggetti di particolare sviluppo nella dottrina nostrana. Al contrario, come visto *supra* (I, § 8), la questione della violenza sessuale commessa su persona incosciente è stata centrale nella riflessione angloamericana sull'autodeterminazione sessuale. Nondimeno, ha destato qualche interesse tra i penalisti italiani la provocazione femminista secondo cui il finale della favola di Biancaneve – nel quale, come noto, il principe sveglia la giovane sotto effetto dell'incantesimo con un bacio – sarebbe diseducativo, in quanto atto sessuale privo di consenso (si veda, ad esempio, M. Basile, *Polemica a Disneyland, il bacio del principe a Biancaneve non è consensuale*, in *www.repubblica.it*, 4 maggio 2021). In proposito, si vedano le note ironiche di T. Guerini, *Il bacio di vero amore. Un grave fatto di cronaca fiabesca*, in *disCrimen*, 10 maggio 2021.

[197] Nel 2016 a Manresa, in Catalogna, una ragazza di 14 anni in stato di fortissima intossicazione da alcool e droghe era stata vittima di un abuso sessuale perpetrato a turno da 5 uomini, ribattezzati "*Manada*" probabilmente sulla scorta del caso molto simile avvenuto nello stesso anno a Pamplona (v. *supra*, I, § 1), nel quale gli aggressori si erano autodefiniti "*Manada*" (lett. "mandria", "branco") in una chat *WhatsApp*. Pure in questo caso, che pure sembrava più semplice dell'altro per via del forte stato di alterazione della ragazza, la mancata necessità di ricorrere ad atti violenti o a minacce esplicite ha determinato il giudice di primo grado ad una condanna degli imputati a pene detentive tra i 10 e i 12 anni di reclusione per il reato di *abuso sexual*, fattispecie meno grave, nel sistema all'epoca vigente, della *agresión sexual*. Cfr. Audiencia Provincial de Barcelona, Sec. XXII, 31 ottobre 2019, n. 813, consultabile all'indirizzo *www.audiencias.vlex.es/vid/828174517*. Per un commento critico, ad esempio, M. Acale Sánchez, *La miopia di "vostro onore"*, in *Criminal Justice Network*, 10 novembre 2019.

[198] I fatti sono già stati sinteticamente descritti in fase introduttiva. Per comodità di apprezzamento, vengono ora riproposti, peraltro con alcuni riferimenti più

Comune denominatore di entrambi gli episodi è lo stato di scarsa coscienza o (a seconda delle ricostruzioni, di vera e propria) incoscienza della persona offesa, stordita al momento della realizzazione degli atti sessuali dalla previa assunzione volontaria di sostanze psicotrope.

Ancorché all'apparenza di semplice risoluzione per via dell'evidente lesione all'autodeterminazione sessuale[199], l'ipotesi contrasse-

precisi allo stato di incoscienza della vittima. All'alba del 18 gennaio 2015, lo studente dell'Università di Stanford Brock Turner veniva trovato da altri studenti sdraiato su una ragazza in stato di incoscienza all'interno del *campus*. Alla vista dei colleghi, Turner era scappato, ma questi lo avevano rincorso, bloccato e trattenuto fino all'arrivo di un ufficiale di polizia. All'arrivo dell'agente, la giovane donna era ancora incosciente e si era poi rivelata incapace di parlare a segno per le successive tre ore dal ritrovamento. Nonostante le successive discrepanze processuali, alcuni fatti sembrano incontestati. La vittima e sua sorella, nessuna delle quali studiava a Stanford, avevano preso parte alla festa di una confraternita. Le due ragazze avevano bevuto volontariamente ingenti quantità di alcol insieme a Turner, e una delle due si era poi appartata insieme al giovane. Da qui le versioni divergono, ma gli esami del sangue della vittima mostravano come il suo livello alcolemico superasse di tre volte quello legale per mettersi alla guida. Gli inquirenti avevano poi fatto cadere l'accusa di *rape*, non essendovi la prova di una penetrazione con il pene, ma la prova di altri atti sessuali, come una penetrazione digitale, aveva condotto alla condanna di Turner da parte della giuria per varie forme di *sexual assault*. In realtà, le polemiche relative alla vicenda si sono scatenate dopo la sentenza, ritenuta particolarmente favorevole a Turner, vista la condanna a 6 mesi di reclusione, poi scontati effettivamente solo nella metà. La vicenda verrà ripresa nel proseguo del lavoro, in quanto altamente paradigmatica delle distorsioni che lo strumento processuale può portare in un caso nel quale, forse, forme di giustizia alternativa avrebbero determinato conseguenze meno mortificanti per entrambi i protagonisti della vicenda (v. *infra*, III, 13). Sulla vicenda dello "*Stanford rape*", con accenti diversi, J. Sweeney, *"Brock Turner is not a rapist": the danger of rape myths in character letters in sexual assault cases*, in *University of Missouri – Kansas City Law Review*, 2020, vol. 89, 121 ss., che attribuisce la scarsa severità della sentenza di condanna ai miti dello stupro, e in particolare al fatto che la vittima si era volontariamente ubriacata; e M. Vitiello, *Brock Turner: sorting through the noise*, in *University of the Pacific Law Review*, 2018, vol. 49, 631 ss., il quale evidenzia che, anche se la storia di Turner potrebbe a prima vista sembrare un classico caso di "*rape culture*" americana – Turner era uno studente bianco e benestante, atleta di uno dei *college* più prestigiosi del Paese –, tutti i tentativi di fare chiarezza sul caso sono stati inibiti dall'accusa di realizzare "*victim blaming*". Tuttavia, ricostruire con esattezza le condizioni della vittima in un caso del genere, non è funzionale a biasimarla, ma ad accertare la colpevolezza dell'imputato.

[199] Sui rapporti tra atti sessuali compiuti nei confronti di una persona incosciente e principio di offensività, si veda l'interessante analisi di A. Spena, *Harmless rapes? A false problem for the harm principle*, in *Dir. & quest. pubb.*, 2010, 497 ss., che, in maniera condivisibile, ravvisa comunque una violazione del diritto all'autodeterminazione sessuale (524). Analogamente M.L. Mattheudakis, *Un'indagine*

gnata dallo stato di incoscienza della vittima risulta alquanto problematica alla luce della cornice normativa vigente.

Paradossalmente, la disciplina originaria del codice Rocco offriva una soluzione certa, che comportava indubbiamente la punibilità degli atti sessuali realizzati su persone in stato di incoscienza. Il n. 3 del comma 2 dell'art. 519 c.p. (richiamato dall'art. 521 per gli atti di libidine) puniva chi si congiungesse carnalmente con persona che al momento del fatto fosse «malata di mente, ovvero *non* […] *in grado di resistergli* a cagione delle proprie condizioni di inferiorità psichica o fisica, anche se questa è indipendente dal fatto del colpevole». L'utilizzo dell'espressione in corsivo si inseriva adeguatamente nel tessuto moralistico del codice Rocco (v. *supra*, I, § 7), in quanto connessa all'assunto di fondo per cui ogni attività sessuale al di fuori del matrimonio era da considerarsi illecita[200]. Tuttavia, essa finiva per tutelare indirettamente anche la libertà sessuale della persona in stato di incoscienza, in quanto non in grado di resistere per via della temporanea condizione di incapacità psicofisica, pure nei casi in cui la stessa non fosse dipesa da una condotta del reo.

A complicare il quadro è stata la riforma del 1996 che, volendo comprensibilmente superare la totale intangibilità sessuale del «malato di mente» e approntare una disciplina meno arretrata a livello culturale, ha, da un lato, eliminato ogni riferimento all'impossibilità di resistere, e dall'altro inserito le condotte di abuso delle condizioni di inferiorità e di induzione alla realizzazione di atti sessuali.

È quest'ultimo requisito della nuova disciplina a risultare particolarmente problematico nelle ipotesi di fortissima intossicazione o di vera e propria incoscienza. Esso può essere superato nei casi in cui sia l'agente ad indurre all'assunzione della sostanza: si potreb-

---

comparatistica sulla configurazione dei reati sessuali per colpa (grave) sui profili di consenso della vittima, cit., 284.

[200] I compilatori del codice del 1930, nel prevedere tale sottofattispecie, avevano attinto all'esperienza del passato: anche nel codice Zanardelli, e persino in taluni codici preunitari si trovano infatti analoghe disposizioni, volte soprattutto a reprimere fatti gravi, già posti all'attenzione dei giuristi dell'epoca, come la "narcotizzazione insidiosa" o l'ipotesi di sanitario che abusa di paziente in stato di incoscienza. La disposizione del Trenta derivava infatti dal n. 4 dell'art 331 del codice del 1889, la cui formulazione era abbastanza simile (v. *supra*, I, § 7). Per ulteriori considerazioni sulla genesi storica della fattispecie, cfr. A. Cadoppi, *Art. 609*-bis *c.p.*, 513 ss.

be infatti dire, interpretando estensivamente il verbo "indurre", che l'induzione all'assunzione della sostanza, se strumentale al successivo approfittarsi di condizioni di inferiorità, costituisce una sorta di induzione «indiretta» all'atto sessuale[201].

Al contrario, nelle ipotesi caratterizzate da una volontaria assunzione delle sostanze, si potrà al più ravvisare l'abuso, ma non l'induzione, neppure estensivamente intesa[202].

Nondimeno, la giurisprudenza di legittimità successiva alla approvazione della riforma, in relazione al caso di una turista inglese costretta a subire atti sessuali di vario tipo da parte di un amico (il quale si era introdotto nella stanza d'*hotel* nella quale la donna era crollata addormentata per via dei numerosi *drink* bevuti in diversi locali di Capri), ha osservato che «l'induzione punibile, attuata mediante l'abuso nei confronti del soggetto che si trovi in stato di "inferiorità fisica o psichica", non si configura come attività di persuasione, cui corrisponde la "volontaria" adesione del soggetto più debole, bensì come vera e propria sopraffazione nei confronti della vittima, la quale non è in grado di aderire perché convinta, ma soggiace al volere del soggetto attivo, ridotta a strumento di soddisfazione delle sue voglie»[203].

Tale interpretazione della Corte, che evidentemente porta a sovrapporre l'abuso e la condotta induttiva e a considerare di fatto quest'ultima pleonastica nell'economia della fattispecie, si è consolidata negli anni. A tal punto che nelle pronunce più recenti appartenenti a questo filone interpretativo non si fa più nemmeno menzione dell'induzione, concentrando l'accertamento soltanto sull'abuso delle condizioni di inferiorità. Si prenda ad esempio una sentenza del 2018, relativa ad un caso nel quale la persona offesa, secondo la testimonianza degli amici, «non si reggeva in piedi», che afferma: «se non può esservi dubbio sul fatto che tra le condizioni di "inferiorità psichica" rientrino anche quelle conseguenti all'ingestione di alcolici o all'assunzione di stupefacenti e se, non di meno, rientrano tra le condizioni di "inferiorità psichica o fisica", previste dall'art. 609-*bis* c.p.,

---

[201] In questo senso, sebbene riferendosi ad una sostanza narcotizzante, A. Cadoppi, *Art. 609*-bis *c.p.*, 523.

[202] *Ibidem*.

[203] V. Cass. pen., Sez. III, 16 dicembre 2003 (dep. 27 gennaio 2004), n. 2646, in *Cass. pen.*, 2005, n. 3, 867.

comma 2, n. 1, anche quelle conseguenti alla volontaria assunzione di alcolici o di stupefacenti, in quanto anche in tali casi la situazione di menomazione della vittima, a prescindere da chi l'abbia provocata, può essere strumentalizzata per il soddisfacimento degli impulsi sessuali dell'agente appare, in tali casi, realizzarsi quel doloso sfruttamento, da parte dell'autore del reato, delle condizioni di menomazione della vittima, la quale viene così strumentalizzata con l'obiettivo di accedere alla sua sfera intima a fini di soddisfacimento degli impulsi sessuali, che rappresenta la ratio della fattispecie in oggetto»[204].

È così che, quando gli echi del dibattito sulla "*Manada di Manresa*" sono giunti fino in Italia, in dottrina si è osservato che nell'ordinamento italiano i fatti sarebbero stati agevolmente inquadrati nella fattispecie più grave di violenza sessuale di gruppo, la cui tipicità è integrata anche nelle ipotesi di abuso delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa, ai sensi dell'art. 609-*bis*, comma 2, c.p., da intendersi richiamato anche nell'ambito dell'art. 609-*octies* c.p.[205].

Negli ultimissimi anni, tuttavia, come si è già esaminato (v. *supra*, § 7), il nuovo modello della violenza sessuale *ex* art. 609-*bis*, comma 1, c.p. rivisto dalla Suprema corte in termini di assenza del consenso sembrerebbe aver assorbito anche fatti del tutto analoghi a quelli descritti nel presente paragrafo.

L'operazione interpretativa è tutt'altro che banale, specie se si considera che, nell'ambito del trattamento chirurgico arbitrario su paziente sotto effetto di anestesia, si è esclusa la configurabilità dell'art. 610 c.p. (come rilevato più volte contrassegnato da una

---

[204] Cfr. Cass. pen., Sez. III, 13 febbraio 2018, n. 16046, in *Dejure*. La motivazione espressamente richiama, quanto alla riconducibilità alla nozione di inferiorità psichica, anche uno stato temporaneo conseguente all'abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti: Cass. pen., Sez. III, 21 giugno 2016, n. 39800; Cass. pen., Sez. III, 11 luglio 2007, n. 38059; Cass. pen., Sez. III, 19 aprile 2012, n. 40565; Cass. pen., Sez. III, 15 luglio 2011, n. 30547; Cass. pen., Sez. III, 23 novembre 2011, n. 1183 e Cass. pen., Sez. III, 27 gennaio 2004, n. 2646, cit. Quanto all'irrilevanza di chi abbia provocato lo stato di incapacità, la Corte richiama espressamente anche Cass. pen., Sez. III, 11 gennaio 2017, n. 45589.

[205] Cfr. G.L. Gatta, *Atti sessuali su minore incosciente per effetto dell'uso di alcool e droga: violenza o abuso sessuale? Il caso spagnolo della "*Manada de Manresa*", nella prospettiva del penalista italiano. Sui confini dei concetti di violenza e minaccia*, in *Criminal Justice Network*, 10 novembre 2019.

struttura molto simile a quella dell'art. 609-*bis* c.p.), proprio per il difetto della costrizione dello stesso[206].

A livello pratico, non sembrano esservi ricadute sostanziali, attesa l'identità di pena tra il primo ed il secondo comma dell'art. 609-*bis* c.p. Nell'economia dell'itinerario qui proposto, invece, possono essere tratte indicazioni che confermano l'inequivocabile direzione consensualistica intrapresa dal diritto vivente. La ricerca di una effettiva tutela dell'autodeterminazione sessuale ha progressivamente fatto evaporare il concetto di violenza ma, a partire dal 1996, nella stessa sorte è incappata anche l'induzione, dapprima sovrapposta all'abuso e poi completamente scomparsa dalle motivazioni.

Da un'opera di "ortopedia ermeneutica" ad un'altra, lo spostamento sotto il primo comma della casistica degli atti sessuali praticati su persona incosciente – ipotesi paradigmatica di assenza di consenso, perché un consenso *non può* essere prestato – conferma l'adozione da parte della Cassazione di un paradigma di incriminazione consensualistico.

L'attrazione all'interno del modello generale potrebbe semmai aprire una questione in prospettiva *de iure condendo*, ovvero se la casistica qui esaminata vada trattata all'interno della definizione base (e più grave) di violenza sessuale – il che peraltro sembra difficile in un sistema basato sull'espressione di un dissenso –, oppure nell'ambito di una sottofattispecie relativa al più generale problema del consenso viziato dall'assunzione di sostanze alcoliche.

8.2. *L'inganno quale vizio del consenso*

Come è già in parte emerso affrontando la questione dello *stealthing* (v. *supra*, § 6.2), un approccio alla repressione della violenza sessuale calibrato sul consenso dischiude il problema della rilevanza dell'inganno quale possibile fattore in grado di viziare la spontaneità dell'adesione all'atto sessuale. La modernità offre una

[206] Cfr. ad esempio, Cass. pen., Sez. un., 18 dicembre 2008, n. 2437, in *Cass. pen.*, 2009, 1793 ss. Sulla sentenza, si vedano le note di S. Tordini Cagli, *Profili penali del trattamento medico-chirurgico in assenza di consenso*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 1060 ss.

pluralità di ipotesi di non semplice risoluzione[207], ma, per il momento, l'obiettivo è aggiungere un ulteriore tassello al mosaico che si sta componendo, raffigurante un diritto vivente che adotta in modo inequivocabile, a discapito del dato legale, una definizione "*consent-based*" di violenza sessuale.

Nel merito, l'attuale cornice normativa dei reati sessuali applica un approccio particolarmente restrittivo. Il codice, infatti, prevede la rilevanza penale di un'unica forma di inganno, consistente nella sostituzione di persona. Si tratta della seconda sottofattispecie di violenza sessuale per induzione, che si realizza «traendo in inganno la persona offesa per essersi il colpevole sostituito ad altra persona».

L'ipotesi era contenuta già nel codice Rocco in termini identici, precisamente all'art. 519, comma 2, n. 4, c.p., ma visto lo scarso impiego nella prassi se ne era vaticinata la probabile abrogazione per mano della riforma[208]. Tuttavia, benché la disposizione evochi racconti dal sapore boccaccesco[209] e trovi applicazione assai sporadica[210], il legislatore del 1996 ha mantenuto ferma l'incriminazione, probabilmente in forza della difficile sussunzione della fattispecie nelle altre forme codificate di violenza sessuale[211].

---

[207] Nella dottrina internazionale recente, ad esempio, N. Scheidegger, *Balancing sexual autonomy, responsibility, and the right to privacy: principles for criminalizing sex by deception*, in *German Law Journal*, 2021, vol. 22, 769 ss.

[208] Secondo L. Monaco, *Itinerari e prospettive di riforma del diritto penale sessuale*, in *Studi urb.*, 1988-89/1989-90, 403 ss., la fattispecie sarebbe stata ripudiata dal legislatore: «la sua pressoché totale latitanza nella prassi giurisprudenziale ne ha verosimilmente decretato l'abbandono».

[209] Nella seconda novella della terza giornata del *Decamerone*, intitolata *La moglie del re e il palafreniere*, Pampinea narra di uno scaltro scudiero del re longobardo Agilulfo che, innamoratosi della regina Teodolinda, si congiunge con lei dopo essere entrato di notte nella sua stanza travestito con abiti simili a quelli regali e aver bussato alla porta due volte con una bacchetta, proprio come faceva il re.

[210] L'ultima applicazione di cui si ha notizia nei commentari in tema di reati sessuali è Trib. Ferrara, 27 settembre 1954, in *Riv. pen.*, 1955, II, 187, il cui caso è, invero, particolare: un giovane, «dopo aver allettato e condotto la fidanzata in un campo di grano, di notte si sottrae al congresso carnale e induce un suo amico, preventivamente nascosto in quel campo, a giacere con la ragazza ignara».

[211] Questa l'opinione, favorevole all'opportunità di riproporre la norma, di A. Cadoppi, *Art. 609*-bis *c.p.*, cit., 524, secondo il quale una fattispecie di rara applicazione non creerà mai intasamento delle aule giudiziarie, mentre l'assenza della fattispecie potrebbe creare, a fronte del caso peculiare («e la realtà – avverte l'Autore – è molto più fantasiosa della fantasia nella casistica del diritto penale»), o ingiu-

Del resto, la stessa genesi dell'incriminazione era stata di tipo "pretorio": sia in Italia che altrove, l'assenza di una disposizione *ad hoc* aveva spinto i giudici ad ampliare l'area di punibilità dello stupro attraverso operazioni di tipo analogico, al fine di reprimere l'ipotesi specifica dell'uomo che entra di soppiatto nell'abitazione di un altro uomo, magari intento a bere e giocare a carte in osteria, e fingendosi quest'ultimo col favore delle tenebre, si congiunge con sua moglie[212]. La concessione di una tutela alla vittima che si accorge troppo tardi del "misfatto" appare coerente con il sistema tradizionale imperniato sulla violenza (v. *supra*, I): alla donna è perdonata la mancata resistenza poiché ha ragionevolmente creduto di realizzare l'atto sessuale col proprio marito. Il raggiro, in altre parole, cade sulla *legittimità* del rapporto sessuale, che ha costituito per secoli il principale oggetto della tutela penale.

A fronte di un simile quadro normativo, per ampliare la rilevanza penale dell'inganno la giurisprudenza ha operato secondo due diverse strategie: da una parte, dilatando il concetto di sostituzione di persona per ricomprendervi altre ipotesi diverse da quella originaria; dall'altra parte, similmente a quanto avvenuto per l'altra forma di induzione (v. *supra*, § 8.1), sopperendo in alcuni casi più gravi con l'applicazione della violenza sessuale per costrizione, ormai completamente depurata delle modalità attuative della violenza e della minaccia.

Sotto il primo profilo, si è posta la questione se al tipo criminoso in commento possa ricondursi anche la condotta del soggetto che non si sostituisce ad altra persona, ma si attribuisce un falso stato o false qualità, come nel caso in cui si finga medico per praticare atti sessuali su un'inconsapevole "paziente". Già a partire dalla fine degli anni Cinquanta, per estendere l'area applicativa del previgente n. 4 del comma 2 dell'art. 519 c.p. alcune pronunce hanno fatto leva

---

sti esiti assolutori o, più probabilmente, sconfinamenti giurisprudenziali dai confini della fattispecie. Più scettico sulla conferma dell'incriminazione, invece G. Balbi, *Violenza sessuale*, cit., 11.

[212] Sul punto si veda la notevole ricostruzione di A. Cadoppi, *La genesi delle fattispecie penali. Una comparazione tra* civil law *e* common law, in G. Fiandaca (a cura di), *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Padova, Cedam, 1997, 164 ss. Il legislatore del 1930 ha poi "obliterato" l'orientamento giurisprudenziale, inserendo la fattispecie all'art. 591 c.p.

sulla nozione di sostituzione di persona contenuta all'art. 494 c.p., che contempla non solo le ipotesi in cui il soggetto attivo «sostituisce illegittimamente la propria all'altrui persona», ma anche le ipotesi in cui attribuisce «a sé o ad altri un falso nome, o un falso stato, ovvero una qualità a cui la legge attribuisce effetti giuridici»[213].

L'orientamento si è consolidato con l'avvento della nuova disciplina, cui sono seguite letture talmente ampie del concetto di "sostituzione" da sollevare notevoli perplessità, come nel caso dell'applicazione della sottofattispecie alla vicenda di un fotografo che, con la scusa di procurare lavoro a giovani aspiranti *soubrette*, le induceva con l'inganno a compiere e subire atti sessuali[214].

Come già rilevato per la costrizione violenta (v. *supra*, § 6), anche nella giurisprudenza sull'induzione mediante sostituzione la riforma del 1996 ha costituito una sorta di "*turning point*" sul piano argomentativo. Il cuore della motivazione dell'ultima pronuncia menzionata, infatti, affermando espressamente che «la sostituzione di persona che *invalida il consenso* comprende e riflette una vasta gamma di rapporti vari, che non sempre hanno una forma giuridica e che differiscono anche nettamente tra loro con la comune caratteristica di trarre in inganno la vittima *viziandone il consenso*»[215], sembra suggerire in un certo senso l'efficacia invalidante *tout court* dell'inganno[216].

---

[213] Sicché – si è detto – l'ipotesi di violenza carnale o atti di libidine mediante sostituzione di persona costituirebbe un reato complesso *ex* art. 84 c.p., dotato degli elementi costitutivi che integrerebbero il delitto di cui all'art. 494 c.p. V. Cass. pen., Sez. III, 16 gennaio 1958, Cornaro, in *Giust. pen.*, 1959, II, 138. V. anche Cass. pen., 20 dicembre 1961, in *Giust. pen.*, 1962, II, 764. La soluzione è condivisa in dottrina da G. Ambrosini, *Violenza sessuale (voce)*, in *Digesto disc. pen.*, 4ª ed., Torino, Utet, 1999, 286 ss., in particolare 292; e B. Romano, *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, 2ª ed., Milano, Giuffré, 2002, 82. Critico rispetto a questa ricostruzione S.R. Palumbieri, *Violenza sessuale*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, vol. IX, Torino, Utet, 2011, 17 ss., in particolare 89 (d'ora in poi S.R. Palumbieri, *Violenza sessuale*, cit., 2011, per differenziarlo dall'omonimo testo del 2022). Sottolinea la natura analogica dell'operazione interpretativa della Cassazione, G. Fiandaca, *Violenza sessuale* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffré, 1993, 953 ss., in particolare 962.

[214] Cfr. Cass. pen., Sez. III, 21 novembre 2000 (dep. 15 gennaio 2001), n. 250 (del 2001).

[215] Cass. pen., Sez. III, 21 novembre 2000, cit. Corsivi di chi scrive.

[216] Coglie questa indicazione dalla sentenza A. Cadoppi, *Art. 609*-bis *c.p.*, cit., 525.

L'estensione della punibilità al raggiro sulle qualità del soggetto agente si è perpetuata anche in sentenze decisamente più recenti, relative a casi del tutto analoghi, e sembra costituire anch'essa ormai un punto fermo nel diritto vivente[217].

Come già accennato, invece, in alcuni casi di inganno dall'elevato disvalore ma sprovvisti della falsa attribuzione di qualifiche o altre qualità in capo all'agente, la giurisprudenza ha supplito con il richiamo alla fattispecie di cui al comma 1. Ad esempio, un giudice di merito ha ravvisato la sussistenza della violenza sessuale, commessa sia con abuso di autorità che con violenza "potenziale", nel caso di un carabiniere che aveva indotto una donna a spogliarsi e ad assumere atteggiamenti provocanti dietro la finestra di casa con lui presente, facendole credere che tale comportamento fosse necessario per catturare il molestatore telefonico che da qualche tempo la perseguitava. Peraltro, lo "*stalker*" – come si direbbe oggi – era il carabiniere stesso[218].

---

[217] Nella recente giurisprudenza di merito si veda Trib. Bassano del Grappa, GIP, 20 dicembre 2012, e la successiva Corte App. Venezia, Sez. III Penale, 20 giugno 2013, entrambe in *Dir. pen. cont.*, 23 gennaio 2014, con nota di M. Montanari, *Adescamento di minorenni tramite Facebook: tra tentativo di violenza sessuale mediante induzione con inganno e nuovo art. 609-undecies c.p.*, contributo successivamente pubblicato in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2014, n. 2, 218 ss. Il caso riguardava un ventiseienne che aveva contattato sul *social network Facebook* una quindicenne, spacciandosi per il rappresentante di un'agenzia di moda e, in cambio di atti sessuali (mai avvenuti), aveva promesso il superamento del provino e la realizzazione gratuita di un "*book*" di immagini professionali della ragazza. Naturalmente la contestazione aveva ad oggetto la violenza sessuale nella forma tentata. Il caso era precedente all'introduzione nel codice penale (avvenuta con la legge del 1° ottobre 2012, n. 172, di ratifica della Convenzione di Lanzarote) del reato di adescamento di minorenne all'art. 609-*undecies* c.p., sul quale, per tutti, l'indagine monografica di I. Salvadori, *L'adescamento di minori. Il contrasto al* child-grooming *tra incriminazione di atti preparatori ed esigenze di garanzia*, Torino, Giappichelli, 2018.

Nella giurisprudenza di legittimità, invece, si rimanda a Cass. pen., Sez. III, 21 giugno 2017, n. 43164, in *Dejure*, che ha confermato l'estensione della sostituzione di persona anche alle ipotesi di falsa attribuzione di qualifiche professionali in relazione ad una vicenda nella quale il ricorrente, fingendo di essere un datore di lavoro, richiedeva alla vittima di fare un colloquio ed un provino tramite il sistema di *web chat* "*Skype*", tentando, al contempo, di convincerla a compiere atti sessuali su sé stessa quale contropartita dell'assunzione.

[218] V. Trib. Rieti, 20 febbraio 2003, in *Giur. mer.*, 2004, n. 9 (II), 1785, con nota di G. Mulliri, *La nuova fattispecie di violenza sessuale messa alla prova da un caso piuttosto singolare*, 1794 ss., il quale sottolinea come il giudice abbia rintracciato gli estremi della violenza e della costrizione in una ipotesi di mera indu-

La breve rassegna di pronunce mostra come pure in un ambito come quello dell'inganno a sfondo sessuale, nel quale peraltro la necessità di procedere con cautela alla criminalizzazione sarebbe ancora più impellente[219], l'area della punibilità risulti ben più ampia di quella legalmente prevista. Ciò, ancora una volta, avviene in forza del richiamo al consenso della persona offesa e, segnatamente, all'invalidità del consenso dovuta alle manovre fraudolente realizzate dal soggetto agente.

8.3. *Geometrie "consensualistiche" nell'interpretazione dell'abuso di autorità: l'intervento delle Sezioni Unite nel 2020*

Istanze "consensualistiche" sembrano animare anche una recentissima pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione in tema di violenza sessuale costrittiva mediante abuso di autorità. La pronuncia ha sciolto un nodo interpretativo formatosi fin dall'introduzione dell'art. 609-*bis* c.p. nel 1996, così riassunto nel quesito formulato dall'ordinanza di remissione: «se l'abuso di autorità di cui all'art. 609-*bis*, comma primo, c.p., presupponga nell'agente una posizione autoritativa di tipo formale e pubblicistico o se, invece, si riferisca anche a poteri di supremazia di natura privata di cui l'agente abusi per costringere il soggetto passivo a compiere o subire atti sessuali»[220].

La nozione di abuso di autorità e la sua estensione sono state fin da subito esposte a forti oscillazioni giurisprudenziali, principalmente perché la fattispecie è stata vista come l'erede dell'art. 520

---

zione mediante inganno. Il caso peraltro solleva interessanti problemi anche in relazione alla stessa definizione di atto sessuale (v. *infra*, § 12).

[219] Sul punto si vedano le condivisibili osservazioni di A. Cadoppi, *Art. 609-*bis *c.p.*, cit., 526, alle quali aderisce anche M. Vizzardi, *Violenza sessuale (art. 609-*bis*)*, cit., 132. Considerazioni analoghe, nella dottrina tedesca, si trovano nello scritto, interamente dedicato al tema della punibilità dell'inganno, di E. Hoven, T. Weigend, *Zur Strafbarkeit von Täuschungen im Sexualstrafrecht*, in *Kriminalpolitische Zeitschrift*, 2018, 156 ss., in particolare 158, laddove escludono che, ad esempio, false identità, nobili origini, o false intenzioni di matrimonio dovrebbero rilevare ai fini della affermazione della responsabilità penale.

[220] Cfr. Cass., Sez. III, ord. 4 ottobre 2019 (dep. 24 gennaio 2020), n. 2888, Pres. Izzo, Rel. Andronio, in *Sistema penale*, 20 febbraio 2020, con scheda di S. Finocchiaro, *L'abuso di autorità dell'insegnante privato tra violenza sessuale (art. 609-*bis*) e atti sessuali con minorenne (art. 609-*quater*): la parola alle Sezioni unite*.

c.p., rubricato «congiunzione carnale con abuso della qualità di pubblico ufficiale», i cui elementi costitutivi erano la qualifica di pubblico ufficiale del soggetto attivo e la congiunzione carnale (o altri atti di libidine) con una persona arrestata o detenuta, della quale l'agente avesse la custodia per ragioni del suo ufficio[221].

Si trattava di una disposizione ormai desueta, che vedeva coesistere finalità eterogenee. Se leggendo l'abrogato art. 520 c.p. con una sensibilità moderna si sarebbe portati ad individuare quale obiettivo primario dell'incriminazione la tutela dell'autodeterminazione della persona in custodia, ad uno sguardo più approfondito del dato letterale si colgono venature anacronistiche dettate da quella «ossessione del prestigio della pubblica amministrazione» che pervade il codice del Trenta[222]. Il termine "abuso", ad esempio, compariva soltanto nella rubrica della disposizione e non tra i requisiti tipizzati. Di conseguenza, il delitto si perfezionava anche senza bisogno di accertare in concreto alcuna forma abusiva da parte del pubblico ufficiale, dando luogo ad una presunzione di violenza nei confronti della persona detenuta. La fattispecie era tuttavia punita in modo decisamente meno severo dell'ipotesi violenta di cui all'articolo precedente, con due conseguenze negative: da un lato, risultava punibile anche il pubblico ufficiale che, per avventura, fosse stato sedotto dalla persona affidata o custodita[223]; dall'altro, lo stesso pubblico ufficiale violento o minaccioso avrebbe potuto facilmente cavarsela con l'applicazione del reato minore di cui all'art. 520 c.p., senz'altro di più agevole dimostrazione processuale[224].

---

[221] O, comunque, con una persona a lui affidata in esecuzione di un provvedimento dell'Autorità competente. Sulla fattispecie incriminatrice previgente, si veda il commento di A. Pecoraro-Albani, *Congiunzione carnale commessa con abuso della qualità di pubblico ufficiale*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffré, 1961, 1075 ss.

[222] Cfr. C. Pedrazzi, *Millantato credito,* trafic d'influence, influence peddling, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, 914; nonché F. Bricola, *Tutela penale della pubblica amministrazione e principi costituzionali*, in *Temi*, 1968, 566 ss.

[223] La critica era già presente nell'opera di Carrara, che scriveva: «il carceriere che si presti alle turpi voglie di una Messalina consegnata alla sua custodia viene posto alla pari, nella nozione e nella pena, con i più brutali violentatori di femmine». V. *Programma del corso di diritto criminale dettato nella R. Università di Pisa. Parte speciale*, vol. II, 9ª ed., Firenze, F.lli Cammelli, 1908, § 1518, 339.

[224] Cfr. A. Cadoppi, *Art. 609*-bis *c.p.*, cit., 504 ss., al quale si rimanda anche per maggiori dettagli sulla genesi, addirittura borbonica, della disposizione e la sua

Ad ogni modo, l'impronta pubblicistica del reato precedente si è proiettata nella giurisprudenza successiva alla riforma in tema di abuso di autorità. Nonostante in dottrina prevalesse l'opinione di segno contrario[225], persino le Sezioni Unite della Corte nel 2000 hanno incidentalmente avallato l'orientamento che limitava all'autorità pubblica la sfera applicativa della norma[226], aprendo un contrasto trascinatosi a lungo[227].

---

evoluzione. L'Autore rileva altresì che tale struttura della norma mirava a prevenire trattamenti di favore per il pubblico ufficiale, poiché, unita ad una cornice edittale inferiore, spingeva il giudice a farsi meno scrupoli nel punire il p.u.

[225] In questo senso, M. Vessichelli, *Con l'aumento del minimo edittale a cinque anni ora più difficile la strada del "patteggiamento"*, in *Guida dir.*, 1996, n. 9, 22; A. Cadoppi, *Art. 609*-bis *c.p.*, cit., 509; G. Fiandaca, *Violenza sessuale* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffré, 2000, IV agg., 1153 ss., in particolare 1159; B. Romano, *La tutela penale della sfera sessuale. Indagine alla luce delle recenti norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, Milano, Giuffré, 2000, 75. *Contra*, tuttavia, G. Balbi, *Violenza sessuale*, cit., 10-11.

[226] Cass., Sez. Un., 31 maggio 2000, n. 13, Bove, in *Cass. pen.*, 2001, 427, con nota (sebbene incentrata soprattutto su aspetti diversi da quelli che qui strettamente interessano) di G. Marra, *La nozione di sfruttamento nel delitto di pornografia minorile e la «terza via» delle Sezioni unite*, 428 ss. La pronuncia, infatti, è nota più che altro per le sue statuizioni in tema di pedopornografia, ed in particolare per aver affermato che «indefettibile presupposto perché possa configurarsi la fattispecie criminosa di cui all'art. 600 *ter* c.p. è la sussistenza di concreto pericolo di diffusione del materiale pornografico nel circuito perverso della pedofilia: in caso contrario, gli atti sessuali non violenti con soggetto minorenne potranno configurare il diverso reato di cui all'art. 609 *quater* c.p.». Tale principio è stato rimesso presto in discussione dalle nuove tecnologie, che rendono di fatto "immanente" il pericolo di diffusione di immagini intime, di talché la Corte, anche a Sezioni Unite, è tornata diverse volte sul tema, anche in tempi recentissimi (v. ad es., G. Amarelli, *Pornografia minorile: le Sezioni unite elidono retroattivamente il pericolo di diffusione*, in *Giur. it.*, 2019, n. 5, 1207 ss.). Per un affresco di questa evoluzione giurisprudenziale, si veda B. Romano, *La pornografia minorile nella (nuova) lettura delle Sezioni unite: dal pericolo concreto al reato di danno*, in *Cass. pen.*, 2019, 601 ss. Ad ogni modo, in relazione al problema della natura dell'autorità suscettibile di dare luogo ad abuso costrittivo, la sentenza "Bove" aveva stabilito che «l'abuso di autorità di cui all'art. 609-*bis* comma 1 c.p. presuppone nell'agente una posizione autoritativa di tipo formale e pubblicistico» in relazione ad un'ipotesi in cui l'agente aveva compiuto atti sessuali con un minore degli anni sedici che gli era stato affidato, nella sua qualità di insegnante privato, per ragioni di istruzione ed educazione. La Corte aveva conseguentemente ritenuto corretta la decisione del giudice di merito che aveva qualificato il fatto come atti sessuali con minorenne (art. 609-*quater* c.p.) anziché come violenza sessuale.

[227] Seguono l'orientamento "restrittivo" della sentenza "Bove": Cass. pen., Sez. III, 19 giugno 2002, n. 32513, in *Cass. pen.*, 2003, 3844 (titolare di un corso

Chiamata a ripronunciarsi sulla questione a distanza di ventun anni, la Corte nella sua massima composizione nomofilattica ha optato invece per la soluzione "privatistica", esprimendo il seguente principio di diritto: «l'abuso di autorità cui si riferisce l'art. 609-*bis*, comma primo, c.p., 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»[228].

La Corte motiva l'adesione alla concezione estensiva di autorità anzitutto attraverso l'applicazione di una pluralità di criteri interpre-

---

di formazione privato di estetica); Cass. pen., Sez. IV, 19 gennaio 2012, n. 6982, in *Dejure* (caso di professore con una studentessa); Cass. pen., Sez. III, 04 ottobre 2012, n. 47869, in *Dejure* (responsabile volontario di un centro di accoglienza); Cass. pen., Sez. III, 24 marzo 2015 (dep. 17 aprile 2015), n. 16107, in *Dejure* (medico con una paziente).

Aderiscono alla posizione "estensiva", invece: Cass. pen., Sez. III, 03 dicembre 2008, n. 2119, in *Dejure* (caso relativo all'abuso da parte del convivente della madre); Cass. pen., Sez. III, 19 aprile 2012, n. 19419, in *Dejure* (marito della sorella maggiore); Cass. pen., Sez. III, 27 marzo 2014, n. 36704, in *Dejure* (datore di lavoro); Cass. pen., Sez. III, 30 aprile 2014, n. 49990, in *Foro it*., 2015, 7-8, II, 472 (datore di lavoro); Cass pen., Sez. III, 8 marzo 2016, n. 33042, in *Dejure* (insegnante con ex alunna); Cass. pen., Sez. III, 17 maggio 2016, n. 33049, in *Guida dir*., 2016, n. 41, 76 (cappellano in carcere).

[228] Cass., Sez. un., sent. 16 luglio 2020 (dep. 1 ottobre 2020), n. 27326, Pres. Fumu, Est. Ramacci, in *Sistema penale*, 5 ottobre 2020, con scheda di S. Finocchiaro, *Le Sezioni unite sul concetto di "abuso di autorità" nel delitto di violenza sessuale mediante costrizione*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, n. 1, 45 ss., con nota di S. Braschi, *La violenza sessuale con abuso di autorità al vaglio delle sezioni unite*; nonché in *Pen. dir. proc.*, 17 dicembre 2020, con nota di Y. Parziale, *Abuso di autorità dell'insegnante privato nei confronti del minorenne: per le Sezioni Unite è violenza sessuale*. La questione assumeva rilevanza nella fattispecie oggetto di giudizio dal momento che l'imputato era un insegnante privato di due alunne infraquattordicenni, sicché un'interpretazione restrittiva dell'art. 609-*bis* c.p. avrebbe imposto una riqualificazione del fatto nel meno grave reato di atti sessuali con minorenne di cui all'art. 609-*quater* c.p. Per un commento si vedano anche A. Abukar Hayo, *L'abuso di autorità e l'abuso di poteri nei delitti di violenza sessuale*, in *Leg. pen.*, 28 gennaio 2021; A. Ferrato, *Il concetto di abuso: l'arbitraria utilizzazione della qualifica autoritativa nella violenza sessuale*, in *Arch. pen*. (*web*), 2021, n. 1.

tativi (storico[229], sistematico[230], letterale[231]) dalla quale non emerge nessun elemento in favore della tesi pubblicistico-formale.

Successivamente, le Sezioni unite introducono un argomento di carattere teleologico, imperniato sulla «massima tutela della libertà

[229] Viene anzitutto richiamato un dato storico, imperniato sul confronto con il previgente art. 520 c.p., ove si faceva espresso riferimento al «pubblico ufficiale» quale soggetto attivo del reato. Curiosamente, l'argomento era stato in realtà impiegato dalle Sezioni unite nella sentenza del 2000 per sostenere esattamente la tesi opposta, cioè che l'autorità cui si fa riferimento è quella pubblicistica. La sentenza del 2020 smentisce quella lettura e afferma come sia proprio l'introduzione dell'art. 609-*bis* c.p. e la sua qualificazione come delitto comune contro la libertà personale a dimostrare la volontà legislativa di svincolare il reato in esame dal riferimento alla figura del pubblico ufficiale.

[230] Il secondo argomento adoperato dalla Corte è di tipo sistematico. La norma viene infatti messa a confronto con l'art. 608 c.p. («abuso di autorità contro arrestati o detenuti»), da un lato, e con gli artt. 61, n. 11 (aggravante dell'abuso di autorità), 571 («abuso dei mezzi di correzione e disciplina»), 600-*octies*, comma 1 («impiego di minori nell'accattonaggio»), 600 («riduzione o mantenimento in schiavitù») e 601 («tratta di persone»), dall'altro. La prima disposizione è richiamata per evidenziare che quando il legislatore ha inteso riferirsi a soggetti che rivestono una posizione autoritativa formale e pubblicistica lo ha fatto espressamente: si tratta del classico argomento dell'*ubi lex voluit dixit ubi noluit tacuit*. Le altre sono invece menzionate per sottolineare come il concetto di autorità sia già inteso in senso ampio in relazione ad altre fattispecie incriminatrici, come comprensivo anche di posizioni di preminenza non pubblicistica.

Un confronto ritenuto poco significativo dalla Corte è quello con la fattispecie di cui all'art. 609-*quater* c.p. (atti sessuali con minorenne), che, oltre a contenere una clausola di riserva espressa, è connotata da una diversa formulazione, che si riferisce non all'abuso di autorità, ma all'abuso di poteri. Tale differenza, nella prospettiva dell'orientamento restrittivo, era stata valorizzata per sostenere che l'autorità, a differenza dei poteri, fosse da intendersi come pubblicistica. In proposito la Corte evidenzia la profonda diversità strutturale delle due fattispecie: la condotta sanzionata dall'art. 609-*quater* c.p. non è costrittiva e il bene giuridico tutelato non è la libertà di autodeterminazione del minore, bensì la sua integrità psicofisica e il corretto sviluppo della sua sessualità. Ai fini dell'art. 609-*quater* c.p., infatti, l'atto del minore è esplicitamente o implicitamente consenziente, sebbene l'ordinamento presuma che quel consenso non sia validamente espresso, in ragione della minore età del soggetto che lo presta. Diversamente, esorbita dal paradigma tipico dell'art. 609-*bis*, primo comma, c.p. l'ipotesi in cui la vittima fosse consenziente, giacché il costringimento implica necessariamente un'assenza di volontà.

[231] Su un piano essenzialmente letterale, la Corte osserva che nessun dato testuale induce a concludere che l'autorità debba avere esclusivamente natura formale e pubblicistica perché l'autorità è in generale un concetto di natura relazionale e semplicemente «presuppone un rapporto tra più soggetti, sostanzialmente caratterizzato dal fatto che colui che riconosce l'autorità di chi la esercita subisce, senza reagire, gli atti che ne derivano».

sessuale della persona che la legge persegue»[232]. Tale *ratio* verrebbe in qualche misura frustrata da una interpretazione restrittiva e formale del concetto di autorità che escludesse «rapporti di natura privatistica o di mero fatto, come i rapporti di lavoro dipendente (anche irregolare)» oppure «situazioni di supremazia riscontrabili in ambito sportivo, religioso, professionale ed all'interno di determinate comunità, associazioni o gruppi di individui». Si tratta di frangenti nei quali la volontà del soggetto passivo rischia di essere coartata con facilità, poiché «l'autorità ha natura relazionale e presuppone un rapporto tra più soggetti, sostanzialmente caratterizzato dal fatto che colui che riconosce l'autorità di chi la esercita subisce, senza reagire, gli atti che ne derivano».

Aderendo alla interpretazione restrittiva, infatti, la prevaricazione del soggetto agente privato finirebbe per risultare punibile soltanto quando viene a coincidere con una minaccia esplicita o con l'abuso di condizioni di inferiorità psichica, rimanendo esclusi i casi nei quali la coartazione è il frutto della prevaricazione di colui che versa nella posizione di preminenza[233].

Il rilievo attinente alla *voluntas legis* di massimizzare la tutela di chi venga indotto o costretto a subire atti sessuali viene altresì impiegato dalle Sezioni unite per affermare che l'autorità "privata" rilevante ai sensi dell'art. 609-*bis* c.p. non è solo quella conferita dal-

---

[232] L'argomento era già stato accennato dalla Corte laddove aveva preso le distanze dall'art. 520 c.p., affermando che «la collocazione del delitto di violenza sessuale tra quelli contro la libertà personale e la pacifica natura di reato comune rendono evidente l'intenzione del legislatore di ampliare l'ambito di operatività della fattispecie e svincolano del tutto l'art. 609-*bis* cod. pen. dai riferimenti alla figura del pubblico ufficiale di cui all'abrogato art. 520 cod. pen.» (§ 6).

[233] In proposito va sottolineato come la Corte avesse preso le mosse nelle sue argomentazioni da una opportuna distinzione tra la condotta costrittiva abusiva e quella, invece, realizzata mediante minaccia. Una distinzione non certo agevole che, come da sempre sottolineato in dottrina (in merito, si rinvia alle lucide considerazioni di A. Cadoppi, *Art. 609*-bis *c.p.*, cit., 510), corre lungo una linea sottile, tracciata dalle le Sezioni unite nel modo seguente (§ 5 della sentenza): mentre la minaccia determina «un'efficacia intimidatoria diretta sul soggetto passivo», l'abuso di autorità si risolve in una «strumentalizzazione di una posizione di supremazia» originata da un «particolare contesto relazionale di soggezione tra autore e vittima del reato determinato dal ruolo autoritativo del primo»; un contesto tale da creare le condizioni per cui alla persona offesa «non residuano valide alternative di scelta rispetto al compimento o all'accettazione dell'atto sessuale».

la legge, ma anche l'autorità di fatto, comunque determinatasi. Tale posizione di preminenza – soggiunge in *obiter* la Corte – potrebbe peraltro anche essere venuta meno, purché permanga al momento del fatto una condizione di soggezione psicologica derivante dall'autorità esercitata; o potrebbe anche essere esercitata in forma "indiretta", quando colui che abusa della propria posizione di preminenza concorra con un terzo che compie l'atto sessuale non voluto dalla persona offesa. Sembra con ciò volersi ribadire che ad assumere rilievo non è tanto la qualifica soggettiva dell'agente, restando il delitto di natura "comune", quanto la modalità vincolata della condotta, che connota di disvalore il reato sul piano oggettivo[234].

L'ordito argomentativo della sentenza, in particolare in queste ultime considerazioni sul protrarsi della condizione della soggezione psicologica, tradisce una volta di più la preoccupazione della Corte di non lasciare vuoti di tutela in situazioni di concreta prevaricazione da parte del soggetto in posizione di autorità. Sebbene, in questo caso, senza fare uso di applicazioni analogiche[235], ed anzi accompagnate all'insolito invito ad accertare con rigore la condotta costrittiva, le motivazioni delle Sezioni unite sembrano orientate a riconoscere massima protezione alle ipotesi nelle quali, a prescindere dalla natura dell'autorità, vi sia stato un atto non consensuale in quanto coartato dall'abuso. Alla luce dell'ampia panoramica già svolta sul diritto penale sessuale giurisprudenziale italiano, la presa di posizione delle Sezioni unite risulta tutt'altro che imprevedibile: essa si mi-

[234] A quest'ultimo riguardo assume allora particolare pregnanza la dinamica fattuale che risulta in ultima analisi tracciata dall'odierna sentenza; una dinamica che impone all'interprete un accertamento scandito nella verifica: *a*) della sussistenza del rapporto autoritario come sopra definito; *b*) dell'arbitraria utilizzazione del potere da parte dell'agente; *c*) della correlazione intercorrente tra l'abuso e le conseguenze sulla capacità di autodeterminazione della persona offesa, rifuggendosi da qualsivoglia presunzione di costrizione legata alla mera posizione autoritativa dell'agente.

[235] Critica, tuttavia, S. Braschi, *La violenza sessuale con abuso di autorità al vaglio delle sezioni unite*, cit., 54, la quale sostiene che «la soluzione proposta dalle Sezioni Unite si pone in tensione col principio di legalità sotto il profilo della tassatività-determinatezza: da un lato, la sentenza amplia il concetto di "autorità" ai casi in cui, sebbene sussista uno stato di soggezione psicologica, non è possibile affermare che l'agente esercita i poteri tipici del rapporto autoritativo; dall'altro, affida l'individuazione del perimetro operativo della fattispecie a elementi inafferrabili e comunque dotati di scarsa verificabilità giudiziale».

metizza coerentemente in un diritto vivente sempre più orientato a riconoscere la centralità di un consenso autentico quale unico *discrimen* tra l'attività sessuale lecita e quella illecita.

9. *Le* resistenze *della giurisprudenza di merito ad applicare gli orientamenti della Cassazione*

L'analisi delle pronunce della Corte di Cassazione in tema di reati sessuali non evidenzia soltanto il graduale spostamento della giurisprudenza su una definizione della violenza sessuale di natura consensuale. Se si prende attentamente in considerazione lo svolgimento processuale che nelle varie vicende concrete porta al giudizio di legittimità, affiorano in superficie anche decisioni di merito che sembrano tutt'altro che osservanti dei principi ricostruiti nei paragrafi che precedono[236].

Una ricostruzione esaustiva del diritto vivente, dunque, deve – nei limiti del possibile – volgere lo sguardo anche alle pronunce di prime (e seconde) cure, per stabilire se gli insegnamenti della Cassazione abbiano un effettivo riscontro nomofilattico.

D'altronde, a differenza dell'«algido giudice di legittimità»[237], il giudice che emette la pronuncia di primo grado si trova di regola in prossimità dei fatti e a stretto contatto con i suoi protagonisti, ed è pertanto più esposto al rischio non solo di offrirne una lettura meno asettica e condizionata dagli stereotipi, ma anche di dar corso ad interpretazioni dettate da insidiose scorciatoie cognitive[238].

Come in ogni evoluzione del diritto vivente, dunque, anche nel percorso giurisprudenziale di "evaporazione" della violenza nei reati sessuali si registrano battute di arresto. Su una di queste, la più eclatante, ci si è già soffermati (v. *supra*, I, § 10). Altre, provenien-

---

[236] Tra le decisioni già esaminate, ad esempio, Cass. pen., Sez. III, 18 marzo 2015, n. 9221, cit., a proposito dell'eiaculazione in vagina non consensuale (v. *supra*, § 6.2).

[237] Per riprendere F.M. Iacoviello, *Toghe e jeans. Per una difesa (improbabile) di una sentenza indifendibile*, in *Cass. pen.*, 1999, 2194 ss., 2207.

[238] Per maggiori considerazioni, si rimanda al capitolo che precede, in particolare *supra*, I, §§ 1 e 10.

ti appunto da Corti di merito, si sono già incontrate lungo l'itinerario sviluppato, come ad esempio nel 1982, quando, a "violenza" ormai quasi del tutto smaterializzata dalla Cassazione, il Tribunale di Bolzano ha assolto due uomini che avevano condotto e violentato una giovane in un luogo isolato a margine di una serata sulla base della mancata resistenza, ritenuta inutile dalla vittima alla luce delle condizioni nelle quali si era venuta a trovare[239]. O ancora, una pronuncia del Tribunale di Palermo del 2004, che, in decisa controtendenza con la giurisprudenza della Cassazione consolidata da decenni, ha dichiarato insussistente la costrizione in un'ipotesi di atti repentini[240].

Non sono mancati, tuttavia, anche casi più recenti che, vista la progressione della Corte verso modelli sempre più marcatamente consensualistici, fanno registrare uno iato ancora maggiore rispetto alla giurisprudenza di legittimità.

Si ha infatti notizia di pronunce nelle quali l'imputato viene assolto perché la persona offesa, alterata dall'alcol, non ha saputo manifestare sufficientemente il proprio dissenso[241], o, in modo ancora più sorprendente, di decisioni che escludono la rilevanza penale dei c.d. "atti repentini" (v. *supra*, § 4.1).

È il caso, ad esempio, di una recentissima sentenza del Tribunale di Busto Arsizio, che ha assolto un uomo accusato di aver molestato una donna in occasione di un incontro di lavoro, perché la vittima non aveva espresso istantaneamente il proprio dissenso[242].

---

[239] In tale occasione, peraltro, l'estensore era scaduto pure nella considerazione per cui alle donne «di bassa estrazione sociale» piace essere sedotte con metodi rudi, anche per precostituirsi una sorta di alibi. Cfr. Trib. Bolzano, 30 giugno 1982, cit., con nota critica di L.D. Cerqua, *Considerazioni in tema di violenza carnale*, cit.

[240] V. Trib. Palermo, Sez. II, 20 maggio 2004, n. 1115, cit., con nota di G. Francolini, *Ai limiti della violenza sessuale*, cit.

[241] V. GUP Trento, 22 maggio 2014, n. 366, inedita, citata da E. Biaggioni, *Reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale, tra esigenze reali e stereotipi*, in C. Pecorella (a cura di), *Donne e violenza. Stereotipi culturali e prassi giudiziarie*, Torino, Giappichelli, 2021, 55 ss., in particolare 68.

[242] V. Trib. Busto Arsizio, sent. 26 gennaio 2022, in *Sistema penale*, 8 marzo 2022, con nota di A.N. Pinna, *Violenza sessuale e ricerca del dissenso della vittima: la difficoltà dei giudici di merito a recepire gli insegnamenti della Corte di Cassazione*.

Nello specifico, era accaduto che una assistente di volo si rivolgesse all'imputato, un sindacalista, per sottoporgli la sua situazione e riceverne una consulenza. Durante l'incontro, avvenuto nell'ufficio di un aeroporto, l'uomo aveva chiuso la porta d'improvviso, e dopo essersi avvicinato alla vittima da dietro l'aveva baciata e massaggiata sul collo, per poi toccarle i seni, fino ad arrivare a infilare le mani negli *slip*, «tirandoli come per farla alzare». La reazione della donna era arrivata appena trenta secondi dopo, quando, superata la paura e lo sgomento, aveva trovato il coraggio di intimargli di fermarsi. Quella manciata di secondi, tuttavia, è bastata al collegio giudicante per escludere la rilevanza penale della condotta, sia sul versante oggettivo che su quello soggettivo. Da un lato, i giudici hanno ritenuto insussistente l'elemento della costrizione, specificando che la condotta dell'uomo non poteva qualificarsi come repentina e insidiosa perché si era protratta «per circa trenta secondi, in cui [la donna] aveva continuato a sfogliare e a leggere i documenti, senza manifestare alcun dissenso»; dall'altro, la mancata esplicitazione del dissenso, unitamente alla posizione dell'uomo – che trovandosi alle spalle della donna non avrebbe potuto percepire eventuali espressioni di contrarietà sul suo volto – hanno indotto il Tribunale a ritenere carente anche il dolo, quasi fosse usuale, durante un colloquio di lavoro con un'estranea avvicinarsi da dietro, massaggiarle il collo e infilarle le mani all'interno del reggiseno.

Il ragionamento del Tribunale appare già distonico rispetto agli orientamenti sulla violenza "impropria" affermatisi diversi decenni fa (v. *supra*, § 4.1), ma la frattura risulta ancora più ampia rispetto alla giurisprudenza di legittimità più recente che, come esaminato (v. *supra*, § 7), ha rovesciato definitivamente la presunzione della sussistenza del consenso, accontentandosi per considerare il fatto tipico che non sia stato esplicitamente manifestata una volontà positiva all'interazione sessuale[243].

[243] Come si ricorderà, in una delle pronunce analizzate in precedenza (v. *supra*, § 7), a fronte dell'obiezione difensiva dell'imputato, secondo la quale il delitto di violenza sessuale si concretizzerebbe soltanto in presenza di un dissenso esplicito, la Corte aveva rilevato che non è «ravvisabile in alcuna fra le disposizioni legislative introdotte a seguito della entrata in vigore della L. n. 66 del 1996, con la quale è stata apportata la radicale riforma dei reati connessi alla violenza sessuale […], un

In altri casi, il giudice di merito non si discosta in modo così plateale dall'interpretazione consensualistica della Cassazione, ma, nell'applicazione concreta, deduce il consenso della persona offesa da elementi che, se non analizzati sotto l'influenza di antichi pregiudizi, porterebbero alla conclusione contraria. Ciò è avvenuto, ad esempio, in una recente pronuncia della Corte d'Appello di Torino che ha riformato la condanna di primo grado nei confronti di un giovane uomo che, dopo aver accompagnato per gentilezza fino alla soglia del bagno di un locale una amica di vecchia data, peraltro in stato di sensibile alterazione dovuta all'alcol, approfittava della situazione precaria della donna per introdursi anche lui nel bagno e costringerla a subire atti sessuali[244]. L'accesso e il bagno stesso erano entrambi «di dimensioni molto anguste» e la denunciante aveva chiesto all'amico di tenerle la borsa e, successivamente, di porgerle da fuori dei fazzoletti. Tale condotta viene letta dal collegio in chiave responsabilizzante: «si trattenne nel bagno senza chiudere la porta, così da fare insorgere l'idea che questa fosse l'occasione propizia che la giovane gli stava offrendo». Parole che riportano alla mente quelle lontane considerazioni del Manzini a difesa della non punibilità della *vis grata puellae*: «l'agente non è penetrato a forza; egli si è limitato a spingere una porta socchiusa, se non addirittura spalancata»[245].

Talvolta, peraltro, l'adesione ad antichi falsi miti si riverbera sul merito del giudizio senza che venga presa posizione sull'inter-

---

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» (Cass. pen., Sez. III, 9 marzo 2016, n. 49597, cit.). Pure l'argomentazione relativa all'assenza del dolo pare incompatibile con i recenti insegnamenti della Cassazione, secondo i quali, come visto, «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» (Cass. pen., Sez. III, 20 novembre 2019, n. 10372, cit., corsivo di chi scrive).

[244] C. App. Torino, Sez. IV penale, 31 marzo 2022, n. 2277, in *Sistema penale* 22 luglio 2022, con nota critica di E. Biaggioni, *La difficile posizione delle vittime di violenza sessuale. L'insostenibile confronto con il pregiudizio sulla scarsa attendibilità della persona offesa e lo stereotipo dello stupratore modello*.

[245] V. *supra*, § 2. Non mancano poi le solite considerazioni sul comportamento successivo della persona offesa, che, visto il grave stato di alterazione, si era fatta aiutare a contattare alcuni familiari per farsi venire a prendere.

pretazione sostanziale del reato, ma soltanto sull'attendibilità della vittima-testimone. È il caso, ad esempio, di una recente sentenza del Tribunale di Lodi, riformata dalla Corte d'Appello di Milano con sentenza poi confermata dalla Cassazione, nella quale il consenso al rapporto sessuale era stato desunto dal fatto che, dopo l'interazione asseritamente non voluta, la donna si era fatta riaccompagnare a casa in automobile[246]. O ancora, di una pronuncia della Corte d'Appello di Ancona del 2017, poi annullata dalla Cassazione[247], che aveva espresso un giudizio negativo sull'attendibilità della persona offesa, fondato non tanto su riscontri esterni ed oggettivi, quanto su valutazioni di ordine "estetico": «non è possibile escludere che sia stata proprio N. a organizzare la nottata "goliardica", trovando una scusa con la madre, bevendo al pari degli altri per poi iniziare a provocare M. (al quale la ragazza neppure piaceva, tanto da averne registrato il numero di cellulare sul proprio telefonino con il nominativo di "N. Vikingo", con allusione a una personalità tutt'altro che femminile, quanto piuttosto mascolina, che la fotografia presente nel fascicolo processuale appare confermare) inducendolo ad avere rapporti sessuali per una sorta di sfida».

Come noto, non è semplice conoscere nel dettaglio la giurisprudenza di merito e le sue le posizioni. Tuttavia, il quadro che emerge dalla essenziale disamina proposta rappresenta una certa reticenza da parte delle Corti di primo e secondo grado ad uniformarsi ai più recenti orientamenti della Cassazione[248]. Va sottolineato come ciò

---

[246] V. Cass. pen., Sez. III, 16 ottobre 2019 (dep. 12 febbraio 2020), n. 5512, in *Sistema Penale*, 28 aprile 2020, con nota di F. Fedorczyk, *Attendibilità della vittima e accertamento del consenso nel reato di violenza sessuale*.

[247] V. Cass. pen., Sez. III, 5 marzo 2019, n. 15683, in *Guida dir.*, 2019, n. 27, 62, la quale ha stabilito che, «ai fini della valutazione della credibilità delle dichiarazioni rese dalla vittima di violenza sessuale, il giudice non può dar rilievo al suo aspetto fisico, trattandosi di elemento del tutto irrilevante e non decisivo per vagliarne l'attendibilità».

[248] Si veda anche la rassegna di A.N. Pinna, *Uno sguardo sulla prassi. Considerazioni a margine di una ricerca empirica sulla giurisprudenza del Tribunale di Milano*, in *Osservatorio contro la violenza sulle donne*, n. 1/2020, in *Sistema penale*, 25 novembre 2020. In generale, sulle difficoltà della Cassazione ad esercitare la funzione di nomofilachia, nonché sulle ragioni di tali difficoltà, si vedano le considerazioni del Presidente Emerito della Corte, E. Lupo, *Cassazione e legalità penale. Relazione introduttiva*, in A. Cadoppi (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, cit., 27 ss., in particolare da 33. Interessante in proposito anche il fatto che

non avvenga – o perlomeno non se ne ha notizia – sulla base di un espresso richiamo al principio di legalità. Le posizioni della Cassazione sul consenso vengono alle volte contraddette in modo diretto, come nel caso della pronuncia di Busto Arsizio, ma ancor più di frequente aggirate attraverso ricostruzioni del consenso assai discutibili o considerazioni prevenute sull'attendibilità della vittima, entrambe viziate da stereotipi culturali.

Per quanto la Corte di Cassazione si sia dimostrata particolarmente attenta a non dare spazio a tali falsi miti, in particolare dopo la "scandalosa" sentenza sui *jeans*, le oscillazioni delle Corti di merito non sono certo a "costo zero". Tra i molteplici aspetti problematici, basti pensare al fatto che, coerentemente con quanto più volte ribadito dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, per riformare *in peius* una sentenza assolutoria il giudice di appello deve assumere direttamente la testimonianza della persona offesa, ritenuta inattendibile in primo grado, al fine di valutarne la credibilità sotto il profilo oggettivo e soggettivo[249]. Di conseguenza, una pronuncia di primo grado inquinata da stereotipi e pregiudizi, ancorché evidenti, rende necessaria, per un *overturning* dal proscioglimento alla condanna,

---

una percentuale non trascurabile (ben il 19%) dei ricorsi presentati si risolve con l'annullamento della pronuncia di merito. Cfr. G. Canzio, *Crisi della nomofilachia e prospettive di riforma della Cassazione*, *ivi*, 329 ss., in particolare 332.

[249] L'art. 603, comma 3-*bis* c.p.p. impone la rinnovazione dell'istruttoria in sede di gravame nel caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa. La disposizione, che è stata inserita dall'art. 1, comma 58, della L. 23 giugno 2017, n. 103, va tuttavia contemperata con l'art. 190-*bis,* comma 1-*bis*, che prevede particolari cautele nell'esame di persone offese particolarmente vulnerabili, volte a ridurne quanto più possibile l'assunzione dell'esame testimoniale. Il rapporto tra le due previsioni non è del tutto lineare, ma sul punto, già prima dell'introduzione del comma 3-*bis*, le Sezioni unite avevano stabilito che «per quanto riguarda, in particolare, la figura del soggetto vulnerabile (come per i minori, soprattutto se vittime di reati) non sussistono valide ragioni per ritenere inapplicabile la preclusione di un ribaltamento *ex actis* del giudizio assolutorio. Peraltro, in questa speciale situazione è rimessa al giudice la valutazione circa l'indefettibile necessità di sottoporre il soggetto debole, sia pure con le opportune cautele, a un ulteriore stress al fine di saggiare la fondatezza dell'impugnazione proposta avverso la sentenza assolutoria». Cfr. Cass. pen., Sez. un., 28 aprile 2016, n 27620. Per un'analisi dell'evoluzione giurisprudenziale in merito, H. Belluta, L. Luparia, *La parabola ascendente dell'istruttoria in appello nell'esegesi "formante" delle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim*., 2017, n. 3, 151 e ss.

la rinnovazione dell'esame della vittima. In questo contesto, risulta dunque assai problematico contemperare l'esigenza di immediatezza e oralità del processo con la protezione delle vittime vulnerabili da eventuali rischi di vittimizzazione secondaria[250].

IV. *La riforma giurisprudenziale del diritto penale sessuale. Profili di legalità penale*

10. *Le influenze sovranazionali da Strasburgo e Istanbul per l'adozione di un modello consensualistico. Un inedito caso di interpretazione conforme ad un obbligo positivo di criminalizzazione?*

Esaurita anche quest'ultima parentesi sulla giurisprudenza di merito, tutte le tessere del mosaico sembrerebbero ora al loro posto. Pare opportuno, tuttavia, prima di formulare alcune considerazioni sullo stato del diritto vivente, alzare la lente di ingrandimento per osservare la specifica situazione italiana in una dimensione più ampia, che tenga conto delle fonti e della giurisprudenza europee, forse in grado di consegnare elementi utili a contestualizzare la «deriva creazionista»[251] della nostra giurisprudenza nell'ambito del "diritto penale sessuale"[252].

Come noto, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo fu firmata a Roma nel 1950 ed è entrata in vigore nel 1953, in un periodo nel quale, come ampiamente esaminato nel capitolo precedente (v.

---

[250] Bisogna infatti coniugare due interessi primari rispondenti, il primo, al valore garantistico della presunzione di innocenza e alla connessa esigenza di oralità del giudizio di secondo grado, ed il secondo all'esigenza di assistenza e protezione della persona offesa, in conformità alla direttiva 2012/29/UE, che all'art. 20, lett. b) prevede che «il numero delle audizioni della vittima sia limitato al minimo e le audizioni abbiano luogo solo se strettamente necessarie ai fini dell'indagine penale». Per alcuni riferimenti bibliografici si veda *supra*, I, § 11.

[251] Per dirla con L. Ferrajoli, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Quest. giust*., 2016, n. 4, 13 ss.

[252] Si tratta di un passaggio ormai imprescindibile ai fini di una esaustiva trattazione di qualsivoglia questione interna. Sul ruolo che la scienza penalistica deve assumere a fronte del nuovo scenario di un sistema giuridico ormai a tutti gli effetti «multilivello», per tutti, V. Militello, *L'identità della scienza giuridica penale nell'ordinamento multilivello*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, n. 1, 106 ss.

supra, I, §§ 7, 8), vi era ancora scarsa attenzione per i diritti delle donne e per il contrasto alle forme di violenza di genere. L'impianto della Convenzione, in effetti, riflette in larga misura la marginalizzazione femminile propria di quel preciso momento storico[253], non annoverando tra i diritti tutelati l'autodeterminazione sessuale.

È stata nel tempo la Corte EDU, fornendo un'interpretazione evolutiva di alcune disposizioni, a sviluppare una tutela delle vittime di violenza sessuale all'interno della cornice dei diritti umani[254],

---

[253] Come osservato da H. Charlesworth, *The mid-life crisis of the Universal Declaration of Human Rights*, in *Washington and Lee Law Review*, 1998, vol. 55, 3, 781 ss., in particolare 782. Nella dottrina italiana, descrive la difficile affermazione della tutela dalla violenza di genere nelle fonti sovranazionali, G. Morgante, *Dalla Convenzione di Istanbul alle Corti Europee: il difficile cammino del diritto nella prevenzione e repressione della violenza di genere*, in C. Veltri (a cura di), *Riscrivere. Principi, pratiche e tratti fondanti dei Centri antiviolenza dieci anni dopo la redazione della Carta nazionale*, Città di Castello, SetteNove, 33 ss.

[254] Cfr. P. Londono, *Defining rape under the European Convention on Human Rights: torture, consent and equality*, in C. McGlynn, V.E. Munro (a cura di), *Rethinking rape law*, Abingdon Oxon, Routledge, 2010, 109 ss. A ben vedere, il processo rispecchia la più generale tendenza della giurisprudenza di Strasburgo ad avvicinarsi a prospettive "vittimocentriche". Sul punto, si vedano le accese critiche di V. Valentini, *Legalità penale convenzionale e obbligo d'interpretazione conforme alla luce del nuovo art. 6 TUE*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2012, n. 2, 167 ss. Il "protagonismo" delle vittime è stato indiscutibilmente favorito anche dalla giurisprudenza sovranazionale, ma è un *trend* generale già da tempo segnalato, ed indagato, dalla dottrina italiana. Sul tema, senza pretese di esaustività, secondo un ordine cronologico che già dai titoli delinea il percorso dalla vittima dimenticata al suo protagonismo, Aa.Vv., *La vittima del reato, questa dimenticata* (Roma 5 dicembre 2000), Roma, Atti Convegni Lincei, 2001; S. Tordini Cagli, *Condotta della vittima ed analisi del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, n. 3, 1148 ss.; E. Venafro, C. Piemontese (a cura di), *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2004; A. Pagliaro, *Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 41 ss.; L. Cornacchia, *La vittima nel diritto penale contemporaneo. Tra paternalismo e legittimazione del potere coercitivo*, Roma, Aracne, 2012; Id., *Vittima e giustizia criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1760 ss.; M. Venturoli, *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, Napoli, Jovene, 2015; G. Minicucci, *Il diritto penale della vittima. Ricadute sistematiche e interpretative*, in *Riv. pen.*, 2020, 1041 ss., anche in *diScrimen*, 27 ottobre 2020, 1 ss.; M.F. Cortesi, E. La Rosa, L. Parlato, N. Selvaggi (a cura di), R. Flor (coord.), *Sistema penale e tutela delle vittime tra diritto e giustizia*, Milano, DiPLaP, 2015. Relativamente a questo processo, non va peraltro sottovalutata la centralità della vittima nel diritto dell'Unione Europea. In proposito, oltre agli Autori citati relativamente alla direttiva sulle vittime vulnerabili (*supra*, I, § 11), si vedano, per tutti, anche per ulteriori riferimenti, S. Allegrezza, *La riscoperta della vittima nella giustizia penale europea*, in S. Allegrezza, H. Belluta, M. Gialuz, L.

con decisioni che, peraltro, in alcune occasioni hanno rappresentato veri e propri *leading cases* anche in relazione a problematiche di carattere generale[255].

Per diversi decenni, tuttavia, la riflessione si è polarizzata su stupri maturati nell'ambito di conflitti o di occupazioni straniere, in procedimenti che dunque vedevano una contrapposizione tra due stati membri[256]. Ciò ha fatto sì che, quando ha iniziato ad occuparsi anche di violenze sessuali commesse da individui privati, la Corte abbia differenziato le due ipotesi, riconducendo queste ultime al diritto al rispetto della vita privata *ex* art. 8 e, invece, al divieto di tortura *ex* art. 3 le violenze sessuali perpetrate da pubblici ufficiali[257].

Il diverso trattamento, e in particolare il maggior disvalore riconosciuto alle ipotesi di abusi perpetrati da soggetti provvisti di una

---

Luparia, *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Giappichelli, 2012, 1 ss.; M. Venturoli, *La tutela della vittima nelle fonti europee*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2012, n. 3-4, 86 ss.

[255] Oltre a *X e Y c. Paesi Bassi*, della quale si dirà più avanti, si veda ad esempio *S.W. c. Regno Unito*, 22 novembre 1995, ove fu esclusa la violazione dell'art. 7 CEDU, dal momento che il mutamento giurisprudenziale *in malam partem* dal quale derivava la condanna dell'imputato (l'abbandono, da parte della giurisprudenza inglese, del principio di *common law* secondo il quale il marito non poteva essere considerato autore di violenza sessuale a danno della moglie) fu giudicato dalla Corte ragionevolmente prevedibile al momento della commissione del fatto, stante la mutata sensibilità sociale sulla questione. Per ampi riferimenti alla pronuncia, si veda D. Perrone, Nullum crimen sine iure. *Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative* in malam partem *e nuove istanze di garanzia*, Torino, Giappichelli, 2019, in particolare 135 ss. Per ulteriori riferimenti bibliografici relativi all'art. 7 CEDU si veda *infra*, § 11.

[256] Ad es., *Cipro c. Turchia*, 10 luglio 1976 (con sentenza poi emessa nel 1982). Tale pronuncia peraltro è nota per non aver qualificato alcuni stupri di massa avvenuti durante l'occupazione turca di Cipro come torture, bensì come trattamenti inumani e degradanti, anch'essi vietati dall'art. 3. Il principio è stato poi contraddetto in *Aydin c. Turchia*, 25 settembre 1997, originata dal ricorso di una giovane donna vittima di violenza sessuale mentre era in custodia del suo aggressore. Per diffuse considerazioni su tale pronuncia ed un esame delle decisioni successive, cfr. C. McGlynn, *Rape, torture and the European Convention on Human Rights: expanding the boundaries*, in *International Criminal Law Quarterly*, 2009, vol. 58, 1 ss.

[257] Cfr., ad esempio, P. Londono, *Defining rape under the European Convention on Human Rights*, cit., 112. Nella dottrina italiana, sulla tendenza della giurisprudenza di Strasburgo a offrire protezione alla sfera sessuale sotto l'art. 8 CEDU, M. Bonetti, A. Galluccio, *Profili specifici sull'Art. 8*, in G. Ubertis, F. Viganò (a cura di), *Corte di Strasburgo e diritto penale*, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 2022, 327 ss., in particolare da 336 ss.

qualifica pubblicistica, ha attirato le critiche della dottrina internazionale, che ha accusato la Corte di concentrarsi troppo sullo *status* del soggetto agente anziché sulla natura dell'atto realizzato, sottolineando altresì come il riferimento alla *privacy* stenti a racchiudere le profonde sofferenze patite dalle vittime di violenza sessuale[258]. L'inquadramento della violenza sessuale all'interno dell'art. 3, inoltre, ha aperto un dibattito che ancora divide la letteratura femminista sull'opportunità di qualificare lo stupro come una tortura[259].

---

[258] Queste le tesi di C. McGlynn, *Rape, torture and the European Convention on Human Rights*, cit., *passim*.

[259] Un dibattito che è possibile qui ricostruire solo per sommi capi. La nota studiosa femminista Catharine MacKinnon ha sostenuto che ogni "*rape*" dovrebbe essere di per sé qualificato come una tortura (C. MacKinnon, *On torture*, in Id., *Are women human? And other international dialogues*, Cambridge Massachusetts, Harvard University Press, 17 ss.). Di contro, altre studiose hanno messo in dubbio che sia una strategia vincente quella di accostare un termine "*gender-neutral*" come tortura ad una condotta come lo stupro che è essenzialmente di genere, col potenziale rischio di offuscare tale aspetto cruciale (in questo senso, C. McGlynn, *Rape as "torture"? Catharine MacKinnon and questions of feminist strategy*, in *Feminist Legal Studies*, 2008, vol. 16, 71 ss., in particolare 77). Una soluzione potrebbe essere quella, se è vero che la tortura è una sofferenza inflitta per uno scopo (cfr. A. Cassese, *The prohibition on torture or inhuman or degrading treatment or punishment*, in R.S.J. MacDonald, F, Matscher, H. Petzold (a cura di), *The European system for the protection of human rights*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 225 ss., 241), di ritenere che quest'ultimo si traduca nella discriminazione della donna. Cfr. McGlynn, *Rape, torture and the European Convention on Human Rights*, cit., 16 ss. In questa prospettiva, una recente tendenza della Corte, in qualche misura innescata anche dal dibattito in esame, è quella di ritenere integrata nei casi di violenza di genere anche una violazione del divieto di discriminazione di cui all'art. 14 CEDU. Si veda, ad esempio, *Tunikova e altri c. Russia*, 14 dicembre 2021, con commento di M. Botto, G.M. Caletti, *Osservatorio Corte europea dei diritti dell'uomo (Art. 3)*, in *Ind. pen.*, 2022, n. 1, *on-line*, 7 ss.

A livello pratico, la riflessione sulla violenza sessuale come possibile tortura si riverbera sulla possibilità di contestare entrambe le fattispecie in regime di concorso di reati. Tale soluzione ha di recente ricevuto una significativa apertura da parte della Corte di Cassazione, la quale, richiamando la giurisprudenza della Corte europea e nella specie *Aydin c. Turchia*, cit., ribadisce che «anche la violenza sessuale può assurgere a tortura», laddove l'atto sessuale imposto alla vittima sia accompagnato dalla privazione della libertà e abbia causato «acute sofferenze fisiche o un verificabile trauma psichico». Cass., Sez. III, 25 maggio 2021 (dep. 31 agosto 2021), n. 32380, in *Sistema Penale*, 28 ottobre 2021, con nota di F.R. Garisto, *Quando i maltrattamenti diventano tortura: la Cassazione riconosce il concorso tra 572 e 613-bis in un caso di reiterate violenze alla partner*. Per un tentativo da parte della dottrina italiana di ricostruire il dibattito in oggetto, nonché le sue recenti declinazioni concrete nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, si veda M. Bot-

Nonostante queste incertezze, agli inizi del nuovo secolo la Corte ha, dapprima, riconosciuto una violazione dell'integrità fisica riconducibile all'art. 3 in relazione ad un caso inglese di prolungato abuso sessuale intrafamiliare[260], estendendo pertanto la proibizione della tortura anche a soggetti privi della qualifica di pubblici ufficiali, e in seguito affermato nella sentenza *M.C. c. Bulgaria* che sugli Stati contraenti incombe il dovere, discendente dagli artt. 3 e 8 della Convenzione, di adottare disposizioni penali che tutelino in maniera effettiva l'autodeterminazione in materia sessuale, nonché di applicarle in concreto attraverso un effettivo svolgimento delle indagini e dell'azione penale[261].

La sentenza risulta di fondamentale rilevanza perché, oltre a costituire in capo agli Stati obblighi positivi di criminalizzazione[262], sia

---

TO, Rape as torture: *la lotta alla* gender-based violence *che passa attraverso la proibizione della tortura*, in *Criminalia*, 2022, (in corso di pubblicazione).

[260] *E c. Regno Unito*, 26 novembre 2002.

[261] «The Court reiterated that, under Articles 3 and 8 of the Convention, Member States had a positive obligation both to enact criminal legislation to effectively punish rape and to apply this legislation through effective investigation and prosecution». *M.C. c. Bulgaria*, 4 dicembre 2003. Ampiamente sul caso, C. PITEA, *Rape as a human rights violation and a criminal offence: the European Court's judgement in M.C. v. Bulgaria*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2005, vol. 3, 447 ss.; P. LONDONO, *Positive obligations, criminal procedure and rape cases*, in *European Human Rights Law Review*, 2007, vol. 2, 158 ss.; I. RADACIC, *Rape cases in the jurisprudence of the European Court of Human Rights: defining rape and determining the scope of the State's obligations*, in *European Human Rights Law Review*, 2008, vol. 3, 357 ss. Data la sua indiscutibile rilevanza, la decisione della CEDU ha ricevuto particolari attenzioni anche oltreoceano. Un'ampia trattazione si trova, ad esempio, in S.H. KADISH, S.J. SCHULHOFER, C.S. STEIKER, R.E. BARKOW, *Criminal Law and its processes. Cases and materials*, New York, Wolters Kluwer, 2012, 370-371.

[262] È opinione ormai condivisa che dalle disposizioni della Convenzione derivino in capo agli Stati obblighi positivi di tutela, anche con riguardo a lesioni realizzate da individui terzi. In proposito, costituisce un *leading case* la pronuncia della Corte di Strasburgo *X e Y c. Paesi Bassi*, 26 marzo 1985, relativa al caso di una ragazza diciassettenne diversamente abile vittima di abusi sessuali. Dal momento che la vigente legislazione olandese, da un lato, condizionava la punibilità della gran parte dei delitti sessuali alla querela di parte e, dall'altro, prevedeva che tale manifestazione di volontà potesse provenire dai genitori solo nelle ipotesi di vittime infrasedicenni, nel caso concreto non era stato possibile perseguire penalmente l'autore del fatto. La Corte, pur riconoscendo che la scelta dei mezzi idonei ad assicurare il rispetto della vita privata «ricade nel margine di apprezzamento dei singoli stati», ha nondimeno affermato l'insufficienza del diritto civile in relazione ad offese come quella arrecata alla giovane olandese. Sulla dottrina delle "*positive obligations*"

sostanziali che procedurali[263], stabilisce che l'unica definizione di violenza sessuale in sintonia con i principi sanciti dai menzionati artt. 3 e 8 della Convenzione – da intendersi a presidio del rispetto dell'integrità fisica e della riservatezza – è quella che punisce il semplice compimento di atti sessuali con la persona dissenziente (o il cui consenso è viziato), senza alcun limite legato alle modalità della condotta.

Il caso riguardava una ragazza di quattordici anni, che aveva accusato di violenza sessuale due giovani poco più grandi di lei, che, nel tragitto tra un locale notturno ed un altro, l'avevano condotta in un luogo appartato e l'avevano costretta, a turno, ad intrattenere rapporti sessuali[264]. Le indagini avevano stabilito la rottura dell'ime-

---

nella letteratura italiana, E. Nicosia, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2006, 255 ss.; G. de Vero, *La giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in G. de Vero, G. Panebianco, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle Corti europee*, Torino, Giappichelli, 2007, 11 ss., in particolare da 28 ss.; C. Paonessa, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, ETS Edizioni, 2009, 167 ss.; F. Viganò, *Obblighi convenzionali di tutela penale?* in V. Manes, V. Zagrebelsky (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, Giuffré, 2011, 243 ss.; Id., *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in M. Bertolino, L. Eusebi, G. Forti (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, Napoli, Jovene, 2011, 2645 ss.; V. Manes, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, Dike, 2012, in particolare 114 ss.; V. Valentini, *Le garanzie liberali e il protagonismo delle vittime. Uno schizzo sistemico dell'attuale giustizia penale europea*, in *Ius17@unibo.it*, 2011, 97 ss.; S. Manacorda, *«Dovere di punire?». Gli obblighi di tutela penale nell'era della internazionalizzazione del diritto*, in A.M. Stile, S. Manacorda, V. Mongillo (a cura di), *I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, 107 ss. Con riguardo ai più specifici obblighi positivi in materia di violenza sessuale, P. Londono, *Positive obligations, criminal procedure and rape cases*, cit., 158 ss.; I. Radacic, *Rape cases in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, cit., 357 ss.

[263] Nella prospettiva sostanziale, grava sugli ordinamenti statuali l'obbligo di prevedere come illeciti penali determinate condotte, nonché di stabilirne la punizione con sanzioni adeguate. Sotto il profilo processuale, o dinamico, la Corte di Strasburgo fa discendere dai diritti fondamentali convenzionali il dovere per le autorità statali di condurre indagini effettive e di celebrare i relativi processi, al fine di verificare le eventuali responsabilità degli autori delle condotte lesive di tali diritti. Cfr., ad esempio, V. Manes, M. Caianiello, *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, istituti, casi*, Torino, Giappichelli, 2020, 170-171.

[264] Per la precisione, questa la ricostruzione dei fatti realizzata dalla Corte basata sulla testimonianza della ragazza: «*M.C. claimed that, on 31 July 1995, she went to a disco with the two men and a friend of hers. She then agreed to go on to*

ne della ragazza, ma non era stata provata alcuna forma di resistenza da parte della giovane e nemmeno un tentativo di chiedere aiuto. Basandosi sulla disciplina bulgara, imperniata sul requisito della violenza, e sulla interpretazione della giurisprudenza interna secondo la quale essa avrebbe fondato un onere di resistenza in capo alla persona offesa, il procuratore distrettuale aveva dunque archiviato il caso[265].

Nelle motivazioni della sentenza *M.C. c. Bulgaria* si rileva che, storicamente, la prova dell'uso della forza fisica da parte dell'autore e della resistenza da parte della vittima sono stati per molto tempo elementi centrali nella struttura del reato di violenza sessuale, ricorrenti nelle leggi domestiche di numerosi Paesi membri. Nondimeno, viene osservato che, da un esame delle diverse *law in action*, può concludersi che tali requisiti non sono più effettivamente richiesti per l'integrazione del delitto. In molte giurisdizioni, a cominciare da quelle di *common law*, il riferimento alla forza fisica è stato infatti rimosso attraverso riforme legislative. In altre, comprese alcune di *civil law*, invece, l'indagine realizzata dalla Corte di Strasburgo mostra come sia stata la stessa *case-law* a stemperare il richiamo normativo agli indici coercitivi della violenza e della minaccia e ad adottare una definizione di stupro basata sull'assenza del consenso.

Alla luce del percorso di ricerca qui proposto, pare incontrovertibile che il riferimento dei giudici sovranazionali abbia ad oggetto anche l'Italia. Nel 2003, infatti, la giurisprudenza italiana aveva già

---

another disco with the men. On the way back, A. suggested stopping at a reservoir for a swim. M.C. remained in the car. P. came back before the others, allegedly forcing M.C. to have sexual intercourse with him. M.C. maintained that she was left in a very disturbed state. In the early hours of the following morning, she was taken to a private home. She claimed that A. forced her to have sex with him at the house and that she cried continually both during and after the rape. She was later found by her mother and taken to hospital where a medical examination found that her hymen had been torn».

[265] Risulta di qualche interesse segnalare che, nel ricorso alla Corte di Strasburgo, M.C. aveva allegato il parere di alcuni esperti secondo cui la "*frozen fright*" (*traumatic psychological infantilism syndrome*) sarebbe la risposta più comune allo stupro, con la vittima che – terrorizzata – si sottomette passivamente agli atti sessuali dissociandosi psicologicamente dal proprio corpo oggetto di violenza. Dei 25 casi analizzati nello studio allegato, relativi a stupri ai danni di giovani donne bulgare tra i 14 e i 20 anni, 24 vittime avevano reagito in quel modo. Sul tema, più ampiamente *supra*, I, § 8.

portato a compimento il processo di spiritualizzazione della nozione di violenza (v. *supra*, § 4), aveva da tempo rinnegato la necessità di resistenza da parte della vittima e, proprio in quegli anni, cominciava a spostare il baricentro sulla presenza del dissenso della persona offesa (v. *supra*, § 6).

La Corte inoltre segnala che, nonostante l'indicazione proveniente dal diritto vivente di numerosi Paesi contraenti, gli Stati membri del Consiglio d'Europa avevano appena concordato sul fatto che la criminalizzazione di ogni atto non consensuale, a prescindere dalla resistenza della vittima, fosse l'unica strategia utile a garantire una effettiva protezione alle donne dalla violenza sessuale, e che in quest'ambito fosse pertanto ancora necessaria una densa attività di riforma. In effetti, risale proprio al 2002 la raccomandazione n. 5 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, relativa alla protezione delle donne dalla violenza, nella quale si raccomanda espressamente agli Stati membri di criminalizzare ogni forma di sessualità non consensuale[266].

Come noto, la riflessione in seno al Consiglio d'Europa, dopo altri documenti programmatici[267], ha portato alla redazione della "Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica", meglio conosciuta come Convenzione di Istanbul[268]. Il contenuto fondamentale e la natura degli obblighi internazionali degli Stati contraenti sono precisati all'art. 5 della Convenzione («*States obligations and due diligence*»), ove, all'obbligo generale di astensione da condotte integrative di violenza contro le donne direttamente o indirettamente imputabili ad organi statali, si accompagna la pre-

[266] Council of Europe Committee of Ministers, *Recommendation Rec (2002) 5 of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the protection of women against violence*. Letteralmente, la raccomandazione è di: i) «*penalise sexual violence and rape between spouses, regular or occasional partners and cohabitants*»; ii) «*penalise any sexual act committed against non-consenting persons, even if they do not show signs of resistance*»; iii) «*penalise sexual penetration of any nature whatsoever or by any means whatsoever of a non-consenting person*».

[267] Council of Europe, *Recommendation 1847 combating violence against women: towards a Council of Europe Convention*, 2008.

[268] Council of Europe, *Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, che è stata aperta alla firma l'11 maggio 2011 ad Istanbul.

scrizione di uno standard di *due diligence* nel prevenire, indagare, punire i responsabili e riconoscere alle vittime adeguate misure di riparazione per i casi di violenza imputabili a soggetti privati.

Per quanto riguarda il diritto sostanziale, al capitolo V della Convenzione il testo include specifiche clausole volte a sancire obblighi di penalizzazione di condotte costitutive di fattispecie di violenza, ovvero lesive di diritti fondamentali e discriminatorie nel senso precisato dalla Convenzione[269]. Relativamente alla violenza sessuale, all'art. 36, comma 1, la Convenzione obbliga le parti ad adottare «misure legislative o di altro tipo necessarie per perseguire penalmente i responsabili dei seguenti comportamenti intenzionali: a) atto sessuale non consensuale con penetrazione vaginale, anale o orale compiuto su un'altra persona con qualsiasi parte del corpo o con un oggetto; b) altri atti sessuali compiuti su una persona senza il suo consenso; c) il fatto di costringere un'altra persona a compiere atti sessuali non consensuali con un terzo». Il secondo comma invece, specifica che «il consenso deve essere dato volontariamente, quale libera manifestazione della volontà della persona, e deve essere valutato tenendo conto della situazione e del contesto»[270].

Come noto, l'Italia ha sottoscritto e ratificato il trattato[271], impegnandosi dunque, tra le altre cose, a riformulare il reato di violenza sessuale in linea con le indicazioni contenute nella Convenzione, che prevedono inequivocabilmente l'obbligo di conformarsi ad una definizione "*consent-based*" di stupro. Al momento, sono stati ottempe-

[269] L'art. 3 prevede alcune definizioni preliminari. In particolare, ai fini della Convenzione, «con l'espressione "violenza nei confronti delle donne" si intende designare una violazione dei diritti umani e una forma di discriminazione contro le donne, comprendente tutti gli atti di violenza fondati sul genere che provocano o sono suscettibili di provocare danni o sofferenze di natura fisica, sessuale, psicologica o economica, comprese le minacce di compiere tali atti, la coercizione o la privazione arbitraria della libertà, sia nella vita pubblica, che nella vita privata»; mentre «l'espressione "violenza contro le donne basata sul genere" designa qualsiasi violenza diretta contro una donna in quanto tale, o che colpisce le donne in modo sproporzionato».

[270] Sottolinea l'importanza della Convenzione di Istanbul per la riforma del diritto penale sessuale tedesco, T. Hörnle, *The new German law on sexual assault and sexual harassment*, in *German Law Journal*, 2017, 1309 ss., in particolare 1315.

[271] La firma è avvenuta già in data 27 settembre 2012, mentre la ratifica è avvenuta l'anno successivo con legge n. 77 del 27 giugno 2013.

rati altri impegni provenienti dalla Convenzione, ma non la riforma dei delitti sessuali[272]. Perlomeno a livello legislativo.

[272] Con inconsueta rapidità, l'Italia ha approvato il d.l. n. 93 del 14 agosto 2013, poi convertito in legge n. 119 del 15 ottobre 2013. L'intervento ha apportato limitate innovazioni di diritto penale sostanziale, agendo principalmente sulla leva sanzionatoria di talune fattispecie con l'introduzione di nuove aggravanti. Di maggiore incisività le disposizioni con ricadute sul diritto processuale, che hanno previsto un ampliamento dei casi di arresto obbligatorio in flagranza, l'introduzione della misura dell'allontanamento dalla casa familiare, oltre ad un potenziamento della tutela processuale delle persone offese. Sono state poi ampliate ipotesi in cui il questore può procedere all'ammonimento, in particolare in relazione a casi di violenza domestica. Per una panoramica dell'intervento legislativo, tra gli altri, E. Lo Monte, Repetita (non) iuvant*: una riflessione "a caldo" sulle disposizioni penali di cui al recente d.l. n. 93/13, con. in l. n. 119/13 in tema di "femminicidio"*, in *Dir. pen. cont.*, 12 dicembre 2013; F. Macrì, *Le nuove norme penali sostanziali di contrasto al fenomeno della violenza di genere*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, I, 11 ss.; F. Lolli, *La Convenzione di Istanbul: profili penali*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, *Trattato di diritto penale*, vol. *Riforme 2008-2015*, 2015, Milano, Utet, 17 ss. Come si desume dai commenti citati, il decreto è stato oggetto di aspre critiche da parte della dottrina, in particolare perché ennesimo esempio di una legislazione realizzata in presenza di (presunte) situazioni "emergenziali", in grado di giustificare la scarsa valutazione criminologica delle novità introdotte e un costante inasprimento sanzionatorio. Su questa tendenza si vedano le considerazioni di S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 1ª ed., Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997. Sul tema, più di recente, A. Sessa, *La fisiologica sistematicità dell'emergenza: tendenze autoritarie nel diritto giurisprudenziale penale compulsivo*, in *Ind. pen.*, 2016, n. 3, 785 ss.

Per quanto riguarda la violenza sessuale, le modifiche apportate dalla legge di attuazione della Convenzione, lungi dal concentrarsi sulla struttura della fattispecie imperniata sulla costrizione violenta, si sono appuntate sull'art. 609-*ter* c.p., che prevede le circostanze aggravanti della violenza sessuale (sulla norma, per esempio, A. Melchionda, *Art. 609-ter c.p.*, in A. Cadoppi [a cura di], *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, cit., 559 ss.). Appare significativa l'introduzione di un'aggravante fondata sulla previa esistenza di relazione, anche coniugale, tra l'autore e la vittima (comma 5-*quater*), che si pone come l'antitesi della "*marital exemption*" vigente per anni nel diritto vivente italiano (v. *supra*, § 3). Il provvedimento è stato oggetto di severe critiche da parte della dottrina, in particolare per la sua venatura emergenziale. Peraltro, il decreto era stato presentato come necessario per il contrasto al "femminicidio", pur non essendovi alcuna disposizione ad esso relativa. Sul punto, nonché sui legami tra femminicidio e violenza di genere, precipuo oggetto della normativa, A. Merli, *Violenza di genere e femminicidio*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2015, n. 1, 430 ss.

Un ulteriore tassello nell'adeguamento interno alla Convenzione è, come noto, l'incriminazione dei "matrimoni forzati", realizzata mediante l'introduzione dell'art. 558-*bis* c.p. per opera dell'art. 7, comma, 1 della l. 19 luglio 2019 n. 69. Per gli opportuni riferimenti bibliografici sia consentito il richiamo a quelli già indicati *supra*, I, § 11.

Occorre infatti chiedersi se le prese di posizione della giurisprudenza della Corte EDU e la Convenzione di Istanbul abbiano ricoperto un ruolo nel legittimare o incentivare le riletture dell'art. 609-*bis* c.p. da parte della Corte di Cassazione. Come si è esaminato, del resto, è nei primi anni del nuovo millennio – in coincidenza con la sentenza *M.C. c. Bulgaria* – che la giurisprudenza abbandona l'architettura interpretativa della violenza "impropria" per spostarsi sull'elemento del dissenso (v. *supra*, § 6). Ed è proprio negli ultimi anni – dopo la ratifica della Convenzione di Istanbul – che il paradigma muta nuovamente in direzione dell'*affirmative consent* (v. *supra*, § 7).

Nel 2003, come detto, la Corte EDU dà conto e trae linfa da un'evoluzione interpretativa, ravvisata in molti Stati tra cui l'Italia, che affievolisce la violenza fisica e annulla ogni onere di resistenza. È possibile che da allora sia avvenuto l'inverso, ovvero che l'ordinamento interno abbia provato a conformarsi alla definizione di violenza sessuale promossa da *M.C. c. Bulgaria* attraverso un adeguamento del diritto vivente? O che i giudici di legittimità ignorino il requisito della coercizione violenta, ancora previsto dalla fattispecie incriminatrice domestica, in ossequio agli obblighi punitivi provenienti da Istanbul?

Da una attenta analisi delle pronunce di legittimità non emergono indicazioni in questo senso. I riferimenti al quadro internazionale sono assai sporadici: sia la giurisprudenza della Corte EDU che la Convenzione di Istanbul sono richiamate quasi esclusivamente in relazione a questioni processuali, con quest'ultima che, a livello sostanziale, è ricordata soltanto quando nella vicenda concreta la violenza sessuale si intreccia ad altre fattispecie introdotte, o "potenziate", dalla legge che ha adeguato il diritto interno al trattato. Non sono stati riscontrati casi nei quali l'adozione di un modello consensualistico viene motivata sulla base delle indicazioni sovranazionali. Al contrario, il richiamo è costantemente ai precedenti interni alla stessa Corte di Cassazione.

Ciononostante, nell'epoca del "dialogo tra le corti" non si può escludere che, anche in difetto dell'esplicitazione di logiche basate sulla prevalenza gerarchica, Strasburgo e Istanbul abbiano avuto un'influenza sulla giurisprudenza domestica[273].

[273] Cfr. ancora V. Militello, *L'identità della scienza giuridica penale nell'ordinamento multilivello*, cit., 109, secondo il quale: «il confronto con lo scenario generale dell'ordinamento multilivello, interessa la scienza penale su molteplici te-

In effetti, lo iato tra la disciplina italiana e la cornice sovranazionale pone il giudice penale di fronte ad una sorta di conflitto tra "obblighi di fedeltà", essendo da un lato tenuto ad interpretare la norma interna in modo conforme alla Convenzione europea[274] (o alla Convenzione di Istanbul[275]), e dall'altro soggetto ai principi costituzionali e, nella specie, al rispetto della riserva di legge e al principio di tassatività o determinatezza che, come ha stabilito la Corte Costituzionale, rappresentano il limite che la stessa Convenzione deve rispettare per avere ingresso nell'ordinamento interno[276].

---

mi essenziali: dai rapporti fra fonti nazionali e sopranazionali con il connesso problema del senso attuale del principio di legalità, alla interazione fra corti di diversa collocazione ordinamentale, ma che concorrono nella tutela dei diritti fondamentali. Ne deriva una dinamica nuova dell'ordinamento, che pone in dubbio gerarchie consolidate tanto fra fonti normative, quanto dei rapporti fra autorità giudicanti: in entrambi i casi non valgono più le tradizionali logiche deduttive di prevalenza gerarchica, ma si affermano nuove forme di influenza reciproca e di interazione».

[274] Come noto, con le sentenze n. 348 e 349 del 2007 (le c.d. "sentenze gemelle"), la Corte costituzionale ha riconosciuto alla CEDU la collocazione nella gerarchia ordinamentale di fonte "subcostituzionale" e, nello specifico, di "parametro interposto di legittimità costituzionale" per il tramite dell'art. 117 Cost. (sulle due pronunce, per tutti, M. Cartabia, *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost*., 2007, 3564 ss.). Ciò comporta che, a fronte di un contrasto tra una legge ordinaria ed una disposizione della Convenzione, spetterà anzitutto al giudice ordinario provare ad offrire una "interpretazione conforme", o "convenzionalmente orientata", della norma interna. Ove non sia possibile realizzare una lettura adeguatrice della norma, il giudice potrà/dovrà sollevare questione di legittimità costituzionale ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost. Su questi profili, per tutti, F. Viganò, *L'adeguamento del sistema penale italiano al "diritto europeo" tra giurisdizione ordinaria e corte costituzionale*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2014, n. 2, 167 ss.

[275] In questo senso, ad esempio, le Sezioni unite della Corte di Cassazione che, in relazione al problema dell'avviso alla persona offesa della richiesta di archiviazione, hanno affermato che «le norme convenzionali recepite attraverso legge di ratifica sono infatti sottoposte, anche alla luce del comma 1 dell'art. 117 Cost., all'obbligo di interpretazione conforme che impone, ove la norma interna si presti a diverse interpretazioni o abbia margini di incertezza, di scegliere quella che consenta il rispetto degli obblighi internazionali». Cfr. Cass., Sez. un., 29 gennaio 2016, n. 10959, in *Dir. pen. cont.*, 21 giugno 2016, con nota di C. Bressanelli, *La violenza di genere fa il suo ingresso nella giurisprudenza di legittimità. Le Sezioni unite chiariscono l'ambito di applicazione dell'art. 408, co. 3 bis c.p.p.* Va sin d'ora sottolineato che il caso riguardava l'interpretazione conforme di una norma processuale e che lo stesso ragionamento risulta assai più controverso in relazione alle norme incriminatrici (v. *infra*).

[276] Cfr. V. Manes, M. Caianiello, *Introduzione al diritto penale europeo*, cit., 299.

Sebbene, come detto, ciò non avvenga mediante richiami espressi, gli approdi interpretativi della Cassazione sembrano decisamente svilupparsi sul solco tracciato dagli obblighi convenzionali. Non a caso, a differenza di altri Paesi contraenti, l'Italia di recente non ha ricevuto condanne per la mancata repressione di atti sessuali non consensuali. Allo stesso tempo, il GREVIO, l'organismo che vigila sull'attuazione della Convenzione di Istanbul, ha esortato l'Italia soltanto a «*considerare* di modificare la propria legislazione, affinché il reato di violenza sessuale si basi sulla nozione di consenso prestato liberamente, come richiesto dall'art. 36»[277].

Nella sostanza, la Corte di Cassazione giunge ad un'interpretazione dell'art. 609-*bis* conforme alle "*positive obbligations*" gravanti sull'Italia. Preme però evidenziare che, a fronte di un condiviso riconoscimento della legittimità di tali obblighi di tutela, la loro "giustiziabilità" a livello giurisprudenziale, anziché legislativo, è stata esclusa in maniera tranciante fin dalle prime riflessioni aventi ad oggetto le ricadute penalistiche della Convenzione. Già nel 2008, Francesco Viganò sottolineava «con forza come lo strumento della interpretazione conforme non possa e non debba condurre l'interprete a forzare le norme incriminatrici vigenti, al pur nobile fine di assicurare una tutela adeguata ai diritti fondamentali riconosciuti dalla

[277] Si veda GREVIO, *Rapporto di valutazione di base sulle misure legislative e di altra natura da adottare per dare efficacia alle disposizioni della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica. Italia*, adottato il 15 novembre 2019, pubblicato il 13 gennaio 2020, 63, reperibile anche su *Criminal Justice Network*, 13 maggio 2021, con breve commento di N.M. Cardinale, *Il rapporto del GREVIO sull'applicazione della Convenzione di Istanbul: il lavoro ancora da fare*. Il GREVIO, come è noto, è un organo indipendente, composto da un minimo di 10 e un massimo di 15 rappresentanti degli Stati firmatari, che hanno lo specifico compito di monitorare l'attuazione delle previsioni della Convenzione di Istanbul all'interno dei Paesi firmatari e di fornire ad essi, nell'ambito del rapporto conclusivo della loro indagine, raccomandazioni volte a rendere la normativa nazionale e la prassi applicativa sempre più in linea con gli obiettivi della Convenzione stessa. Tale meccanismo di controllo è previsto dagli artt. 66 e ss. della Convenzione di Istanbul. I membri del GREVIO sono, in particolare, eletti ogni 4 anni dal Comitato delle Parti (organo politico composto dai rappresentanti ufficiali dei Paesi parte della Convenzione) tra i cittadini e le cittadine degli Stati firmatari con nota esperienza in tema di diritti umani, parità dei sessi e violenza contro le donne. La procedura di selezione deve peraltro garantire l'equilibrio tra i sessi, un'equa ripartizione geografica e competenze multidisciplinari.

CEDU nel caso concreto», aggiungendo peraltro che «il *caveat* vale in egual misura in relazione agli obblighi di tutela nascenti da ogni sorta di fonte sovranazionale», ivi compresa, dunque, la successiva Convenzione di Istanbul. Ciò per via della «insuperabilità del *divieto di applicazioni analogiche della norma incriminatrice*: principio al quale non solo deve essere riconosciuto rango costituzionale nell'ordinamento italiano in forza dell'art. 25 co. 2 Cost., ma che è anche deducibile dal principio *nullum crimen sine lege* di cui all'art. 7 CEDU, secondo quanto costantemente affermato dalla stessa Corte di Strasburgo»[278].

11. *Il "diritto penale sessuale giurisprudenziale". «Tensioni immanenti» con riserva di legge e divieto di analogia*

Il riferimento al principio del "*nullum crimen sine lege*" introduce il problema che "cova sotto le ceneri" della trattazione almeno sin dall'affermazione della violenza "impropria" quale canone interpretativo dell'abrogato art. 519 c.p. (v. *supra*, §§ 4 e 5), ovvero la difficoltosa compatibilità tra l'evaporazione nella prassi applicativa della costrizione violenta e il principio di legalità ed i suoi corollari.

Come si è avuto modo di apprezzare, nel diritto vivente la fattispecie di violenza sessuale è infatti trasfigurata nel tempo, traslando da un modello incentrato sul "costringimento fisico", e dunque un annullamento assoluto della corporeità della vittima (v. *supra*, § 2), fino ad arrivare ad una tipicità ritagliata sulla mera assenza di un consenso manifestato espressamente dalla persona offesa (v. *supra*, § 7).

Tale graduale "erosione" della costrizione violenta ha sollevato perplessità fin dai suoi primi passi. Già la smaterializzazione della

[278] Cfr. F. Viganò, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, n. 1, 42 ss., in particolare 95 (i corsivi provengono dal testo originale). L'opinione non è poi mutata nel tempo. Più di recente, infatti, V. Manes, M. Caianiello, *Introduzione al diritto penale europeo*, cit., 300, osservano che «allo stato sembra esservi poco spazio per una loro generalizzata vincolatività in capo al giudice, che non potrebbe dar corso all'obbligo convenzionale attivando una interpretazione ampliativa della fattispecie interna (o riduttiva della precipua causa di giustificazione) senza compromettere le istanze sottese al principio di legalità».

violenza operata sulla scorta dell'esperienza tedesca (v. *supra*, § 5), benché animata da istanze di giustizia sostanziale connesse al mutamento dei costumi sessuali e, per questo, guardata con favore da parte della dottrina[279], era stata tacciata da molti Autori di violare il divieto di analogia in *malam partem*[280]. In effetti, è la stessa parabola dell'interpretazione del *Gewaltbegriff* a costituire un primo, ancor-

[279] Cfr., ad es., M. Bertolino, *Libertà sessuale e tutela penale*, cit., in particolare 132 ss. per una critica della violenza intesa in senso stretto, che, poco funzionale a tutelare la libertà sessuale, avrebbe perso la sua funzione tipizzante; e 137 per una preferenza per la concezione allargata, che, oltre a soddisfare le esigenze di tutela, garantirebbe anche una certa coerenza sistematica. Considerazioni analoghe, seppur partendo da un punto di vista di base diverso, cioè favorevole al mantenimento del requisito della violenza nel fatto tipico, anche G. Fiandaca, *Prospettive di riforma dei reati sessuali: considerazioni problematiche*, cit., 415, secondo il quale la concezione allargata della violenza e della minaccia sarebbe quella che riesce a soddisfare più efficacemente le esigenze di tutela emergenti nel campo della violenza sessuale.

[280] Ritengono analogica la tesi della violenza "impropria" o, che dir si voglia, la "teoria della coazione", G. De Simone, *Violenza (diritto penale)*, cit., 890; F. Mantovani, *Appendice*, cit., 4, secondo il quale «si continua a porre il giudice nell'alternativa o di non punire in assenza di una convincente prova da parte della vittima di una violenza, oppure di stravolgere, dematerializzandolo, il concetto di violenza, per mimetizzare (come nella violenza privata) un'occulta analogia in *malam partem*»; G. Balbi, *Violenza sessuale*, cit., 9, che osserva: «non esiste alcuno strumento ermeneutico che risulti in grado di surrogarsi a un legislatore incauto o inadempiente, non artificio logico, dialettico o dommatico, adeguato a legittimare la travalicazione in *malam partem* dei limiti di tipicità del fatto, la surrettizia trasfigurazione in reato a condotta libera di un illecito a condotta rigorosamente vincolata: i principi, le garanzie del sistema, non possono ammettere alcun cedimento, neanche in nome del buon senso "tradito", dell'opportunità o necessità di pena, qui sicuramente plausibili, ma del tutto irriconducibili alle scelte formalizzate dal legislatore»; F. Viganò, *La tutela penale della libertà individuale*, cit., 202 ss., e in particolare 204-205 e poi anche 238 ss., dove sottolinea che non è la teoria della coazione ad essere di per sé analogica, bensì molte sue applicazioni, proponendo poi (241 ss.) una ricostruzione volta a ricavare «una nozione "restrittiva" assai vicina al concetto sociale, pre-giuridico di violenza», che si collochi «entro limiti finalmente compatibili con il principio costituzionale di precisione» (287). Nella sostanza, anche A. Pecoraro-Albani, *Il concetto di violenza nel diritto penale*, cit., 9: se vi sono esigenze di ampliamento dell'incriminazione «spetta al legislatore soddisfarle, non all'interprete». Più di recente, F. Macrì, *Verso un nuovo diritto penale sessuale. Diritto vivente, diritto comparato e prospettive di riforma dei reati sessuali in Italia*, Firenze, Firenze University Press, 2010, 43; G. Flora, *Manuale per lo studio della parte speciale*, vol. I, 4ª ed., Padova, Cedam, 2014, 116; B. Romano, *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, 6ª ed., Milano, Giuffré, 2016, 113, il quale più cautamente osserva che l'interpretazione del concetto di violenza da parte della giurisprudenza «sfiora l'analogia in *malam partem*».

ché non decisivo, indizio in questo senso. Come si ricorderà, in Germania la Corte costituzionale è intervenuta per bandire l'interpretazione "spiritualizzata" della violenza, ravvisandone tuttavia un contrasto con il principio di prevedibilità e non direttamente con il divieto di analogia. La decisione ha comunque dato il via ad un inevitabile ripensamento legislativo dei delitti sessuali, avvenuto a più riprese, al fine di annettere nell'area della punibilità ipotesi come la "costrizione ambientale" (v. *supra*, § 4.2) e gli "atti repentini" (v. *supra*, § 4.1)[281].

Più di recente, in linea con i maggiori varchi che l'ermeneutica si sta aprendo anche tra le maglie del diritto penale[282], per ovvi motivi tradizionalmente più strette rispetto ad altri settori[283], la natura analogica, o quantomeno l'illegittimità, di tale interpretazione è stata messa in discussione[284].

---

[281] V. *infra*, III, § 10.

[282] La letteratura in argomento è sconfinata e incessante. Tra i contributi più significativi per una decisa apertura all'ermeneutica, che peraltro esprime una prospettiva multidisciplinare, M. Vogliotti, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2011, in particolare 35 ss. Per un "contrapposto" contributo che, invece, ribadisca l'opportunità di non abbandonare i paradigmi più classici della legalità penale, R. Rampioni, *Dalla parte degli «ingenui». Considerazioni in tema di tipicità, offesa e c.d. giurisprudenza «creativa»*, Padova, Cedam, 2007, in particolare 66 ss. Sottolinea la matrice fortemente ideologica del dibattito, G. De Francesco, *Ermeneutica e legalismo nella stretta delle ideologie*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, n. 11, 1405 ss. Per una rivisitazione, interna alla dottrina penalistica, del tema dell'interpretazione delle norme penali, che tenga conto anche dell'evoluzione delle più generali teorie dell'interpretazione, O. Di Giovine, *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, Giuffré, 2006.

[283] Come a tutti noto, il principio di legalità affonda le proprie radici nel contesto culturale dell'illuminismo, che aspirava ad un monopolio legislativo in materia di delitti e pene, relegando i giudici al ruolo di fedeli esecutori dei comandi legislativi, di mere "bocche della legge". Di recente, anche per una puntuale ricostruzione del pensiero di Cesare Beccaria, si veda A. Cadoppi, *Giurisprudenza e diritto penale*, in *Digesto disc. pen.*, IX agg., Milano, Utet, 2016, 407 ss., nonché, anche per qualche considerazione in senso critico, G. Fiandaca, *Prima lezione di diritto penale*, Bari, Laterza, 2017, 118 ss., testo nel quale peraltro si rinvengono significative aperture al "diritto penale giurisprudenziale" (in particolare, 130 ss.). Per una visione contrapposta, anche se ad opinione dello stesso Giovanni Fiandaca nei fatti non così distante dalla sua, L. Ferrajoli, *Contro la giurisprudenza creativa*, cit., *passim*. Sulla peculiarità del diritto penale, da questi punti di vista, G. Insolera, *Perché non possiamo non dirci liberali*, in *Ind. pen.*, 2017, n. 3, 3 ss., ma anche i diversi contributi contenuti in G. Cocco (a cura di), *Per un manifesto del neoilluminismo penale*, Padova, 2016.

[284] Si veda in particolare M. Vogliotti, *Dove passa il confine?*, cit., 91 ss., che, in esplicito "dialogo" con la contrapposta posizione di F. Viganò, *La tutela pe-*

Tuttavia, non pare necessario interrogarsi a fondo sul rispetto o meno della "deontologia ermeneutica"[285] da parte della tesi della violenza "impropria", non essendo più la questione di stretta attualità. Ora, come analizzato, lo iato tra *disposizione* e *norma* si è ulteriormente approfondito[286]: la prima continua a recitare che commette il reato chi «costringe con violenza o minaccia a compiere o subire atti sessuali»; la seconda, invece, punisce chiunque «compia o faccia compiere o subire a qualcuno un atto sessuale senza il suo consenso espresso». Lo stesso può dirsi, seppure in misura minore, anche del secondo comma dell'art. 609-*bis* c.p., rispetto al quale la disposizione prevede la condotta di induzione a realizzare atti sessuali, mentre la norma, sempre intesa quale applicazione concreta della disposizione, richiede soltanto l'abuso delle condizioni di inferiorità fisica o psichica (v. *supra*, § 8.1).

Uno dei pochi capisaldi, anche nell'epoca della "crisi della legalità"[287] e nonostante le suggestioni provenienti su questo punto

---

nale della libertà individuale, cit., (per la quale v. *supra*), utilizza l'alternativa tra «approccio "descrittivo"» e «approccio "normativo"» al concetto di violenza come banco di prova per testare la propria critica alle tesi più radicali nel declinare il divieto di analogia in materia penale.

[285] Per l'utilizzo del termine deontologia abbinato all'ermeneutica, v. ad esempio M. Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2016, n. 3, 13 ss., poi anche in A. Cadoppi (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, cit., 77 ss., in particolare 95; V. Manes, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in *Dir. pen. cont.*, 17 gennaio 2018.

[286] Per la distinzione, già "crisafulliana", tra *disposizione*, intesa quale enunciato normativo del legislatore, e *norma*, risultato dell'interpretazione di tale enunciato astratto, cfr. M. Donini, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Milano, Giuffré, 2011, 63 ss. Più di recente (e più sinteticamente) anche Id., *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit., 83-84.

[287] «È ben noto: principi quali la riserva di legge in ambito penale e il c.d. testualismo, come primato del testo legislativo, sono ormai obsoleti. L'identificazione tra diritto penale e legge ormai è tramontata», secondo F. Sgubbi, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa*, Bologna, Il Mulino, 2019, 24. Sul tema, senza pretesa di (impossibile) esaustività, per certi versi già F. Bricola, *Legalità e crisi*, in *Quest. crim.*, 1980, 179 ss.; il volume che raccoglie gli interventi al III Convegno dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale del 2014, C.E. Paliero, S. Moccia, G. De Francesco, G. Insolera, M. Pelissero, R. Rampioni, L. Risicato (a cura di), *La crisi della legalità. Il sistema vivente delle fonti penali*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, e tutti i contributi ivi contenuti; T. Padovani, «Jus non scriptum» *e crisi della legalità nel diritto penale*, Napoli, Editoriale Scienti-

dalle moderne teorie dell'interpretazione, è il divieto di analogia *in malam partem*[288]. Come noto, tuttavia, tracciare una netta linea di

fica, 2014; D. Pulitanò, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 29 ss. Dottrina autorevole, peraltro, segnala come tra i molteplici fattori di crisi, «generalmente, la sensibilità per quella che si suole chiamare "crisi della legalità" sia massima nei confronti – in particolare – dell'esorbitanza del giudice e, dunque, della rottura dell'equilibrio tra legge e giudice; mentre vada progressivamente a decrescere nei confronti del ruolo svolto dalle fonti sovranazionali, rispetto alle quali le reazioni solo talvolta sono vivaci, e poi nei confronti della decretazione di urgenza e della legislazione secondaria» (cfr. F. Palazzo, F. Viganò, *Diritto penale. Una conversazione*, Bologna, Il Mulino, 2018, 69). Su quest'ultimo aspetto, innescato dalla crisi della democrazia rappresentativa (G. Fiandaca, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa*, in *Criminalia*, 2011, 79 ss.), fatta salva qualche eccezione, come lo studio di C. Cupelli, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, parrebbe esservi una «generale rassegnazione» (ancora F. Palazzo, F. Viganò, *Diritto penale. Una conversazione*, cit., 69). Per quanto riguarda le fonti europee (C. Grandi, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, Giuffré, 2010), fermo quanto detto nel paragrafo che precede e i lavori ivi citati, sono sempre più frequenti i tentativi di ipotizzare un sistema integrato (e potenziato) tra legalità nazionale e legalità europea. Cfr. ad es. R. Bartoli, *Legalità europea* versus *legalità nazionale? Un tentativo di possibile integrazione*, in C.E. Paliero *et. al.* (a cura di), *La crisi della legalità*, cit., 283. Per quanto riguarda l'«esorbitanza del giudice», come si diceva, vi è ancora maggiore preoccupazione in seno alla dottrina prevalente, ma non manca anche chi, in chiave più "ottimistica", sottolinea l'occasione di interrogarsi sul tema al fine di implementare anche una dimensione "*in action*" della legalità. Sul punto, in particolare la produzione scientifica di Alberto Cadoppi, a partire da A. Cadoppi, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione* in action *della legalità*, Torino, Giappichelli, 1999 (seconda ed. nel 2014); fino a A. Cadoppi, *Giurisprudenza e diritto penale*, cit., 407 ss. La dottrina più recente, infatti, preso atto di questa «nuova legalità», sta già proponendo possibili soluzioni originali. Cfr., ad esempio, V. Maiello, *La legalità della legge e il diritto dei giudici: scossoni, assestamenti e sviluppi*, in *Sistema penale*, 5 marzo 2020, che tra l'altro prospetta, *de lege ferenda*, l'introduzione di un rimedio straordinario, equiparabile al *recurso de amparo*; R. Bartoli, *Nuovi scenari della legalità. Tra regole ermeneutiche, giustiziabilità dell'analogia, nomofilachia e mutamento sfavorevole*, *ivi*, 28 giugno 2022.

[288] Conclude in questo senso, nella presentazione agli atti di un importante convegno tenutosi nell'ottobre 2015 a Parma che ha visto confrontarsi sul ruolo della Cassazione e la legalità penale molti tra i più autorevoli studiosi e magistrati italiani, A. Cadoppi, *Cassazione e legalità penale. Presentazione*, cit., 1 ss., in particolare 5, ove segnala che «che anche i penalisti più aperti al dialogo con una giurisprudenza sempre più "ingombrante", sottolineano (pure nel presente volume) ancora una volta la fondamentale importanza di tenere distinte, *in criminalibus*, l'analogia e l'interpretazione estensiva. E ciò, si badi, spesso in contrasto con le teorie che vorrebbero farci "digerire" i filosofi e i teorici del diritto, sempre più compatti a sostenere la natura comunque analogica del procedimento interpretativo». Di diverso avviso, M. Vogliotti, *Dove passa il confine?*, cit., 25 ss., 121 ss., che pren-

demarcazione tra analogia e interpretazione estensiva non è mai risultato agevole[289]: la stessa Corte di Cassazione non sempre si muove con coerenza sul confine tra i due estremi[290], spesso orientandosi in un modo o nell'altro a seconda dei risultati concreti che scaturiscono dal processo ermeneutico[291].

Allo stato, la sostanziale cancellazione del requisito della coercizione violenta nei delitti sessuali non viene indicata tra gli esempi più vistosi di analogia occulta presenti nella giurisprudenza di legittimità[292], mentre, al contrario, talvolta viene menzionata come esempio

---

dendo le mosse dalla natura «sempre analogica e creativa dell'interpretazione», si sforza di rintracciare nel «disvalore espresso dal tipo criminoso» lo spazio concesso all'interprete. Più in generale, sul divieto di analogia nella letteratura penalistica, senza pretese di esaustività, F. Palazzo, *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, Padova, Cedam, 1979, 248 ss.; G. Vassalli, *Analogia nel diritto penale*, in *Digesto disc. pen.*, vol. I, Torino, Utet, 1987, 158 ss.; G. Marinucci, *L'analogia e la "punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1254 ss.; N. Mazzacuva, *A proposito della "interpretazione creativa" in materia penale: nuova "garanzia" o rinnovata violazione di principi fondamentali?*, in E. Dolcini, C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, Giuffré, 2006, 437 ss. L'idea che sussista una inevitabile componente analogica in ogni procedimento ha fatto breccia anche nella dottrina penalistica. Si vedano ad esempio, M. Ronco, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, *ivi*, 693 ss. e F. Palazzo, F. Viganò, *Diritto penale. Una conversazione*, cit., 80, anche se entrambi sottolineano il valore politico fondamentale del divieto di analogia. Infine, per un confronto su alcuni casi, F. Giunta (a cura di), *Tra analogia e interpretazione estensiva, A proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenza. Opinioni a confronto*, in *Criminalia*, 2010, 355 ss., con interventi tra i penalisti, oltre allo stesso F. Giunta, di O. Di Giovine e N. Mazzacuva (mentre tra i filosofi del diritto di G. Carcaterra e V. Velluzzi).

[289] Cfr. G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, 8ª ed., Bologna, Zanichelli, 2019, 122, e, più nello specifico, O. Di Giovine, *L'interpretazione nel diritto penale*, cit., di cui si vedano, in particolare, 265 ss., sulle difficoltà a distinguere tra analogia e interpretazione estensiva.

[290] Si veda, ad esempio, l'interessante e ricca rassegna casistica contenuta in G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *Manuale di Diritto Penale*, Milano, Giuffré, 2019, 8ª ed., 80-81, che in maniera quasi "sinottica" mettono a confronto le decisioni della Corte che hanno censurato un procedimento analogico da quelle che, al contrario, hanno ritenuto trattarsi di un'interpretazione estensiva.

[291] Per questa critica, ad es., G. Fiandaca, *Prima lezione di diritto penale*, cit., 142.

[292] M. Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit., 93, che propone tre casi di «analogia conclamata», ovvero la corruzione per funzione prima della riforma dell'art. 318 c.p., l'estensione del concetto di infortunio anche alle malattie professionali, la qualificazione dell'emissione di onde elettromagnetiche come getto pericoloso di cose ai sensi dell'art. 674 c.p.

di operazione ermeneutica particolarmente estensiva la problematica interpretazione del concetto di "atto sessuale" (v. *infra*, § 12), specie in relazione a condotte liminari come il bacio[293]. Ciò si deve probabilmente, in parte, al menzionato dibattito apertosi sulla violenza "impropria", che vede più posizioni contrapposte e, per altra parte, al fatto che, come analizzato, le sentenze che riformulano la disposizione secondo gli schemi dell'*affirmative consent* sono recentissime.

Pur nell'incertezza sui criteri per distinguere tra analogia ed interpretazione estensiva, sembra possibile sviluppare alcune considerazioni a sostegno della tesi dell'illegittimità dei recenti approdi ermeneutici della Corte.

In primo luogo, se poteva discutersi della riconducibilità della violenza "impropria" al tenore letterale della disposizione, la trasformazione della costrizione violenta in "assenza di un consenso manifestato esternamente" sembra fuoriuscire da un'attività di tipo interpretativo in senso stretto, in quanto chiaramente estranea all'«area di significanza dei segni linguistici»[294]. La giurisprudenza, infatti, non si è limitata a dilatare i confini della tipicità, stiracchiando il concetto di violenza fino a ricomprendervi anche ipotesi sprovviste di energia fisica costrittiva, come gli atti repentini (v. *supra*, § 4.1). Le recenti pronunce della Corte riformulano completamente la fattispecie incriminatrice, oscurando gli indici di costrizione previsti dalla legge in favore di un nuovo elemento tipizzante, difficilmente ipotizzabile ad una lettura della disposizione, come l'assenza di un (libero) consenso espresso.

Va peraltro tenuto presente che, nella coscienza sociale e nel linguaggio comune, il termine "violenza" conserva un significato con-

---

[293] Ad esempio, G. Fiandaca, *Prima lezione di diritto penale*, cit., 138. La segnala quale esempio di interpretazione non «tassativizzante-tipizzante» V. Manes, *Dalla "fattispecie" al "precedente"*, cit., 14.

[294] In giurisprudenza, cfr., tra le altre, Cass. pen., Sez. V, 3 luglio 1991, in *Foro it*., 1992, II, 146. La dottrina prevalente continua ad attribuire fondamentale rilevanza al dato letterale, quale unico diaframma in grado di prevenire e scongiurare ricostruzioni analogiche. Ciò, si badi, non significa negare che ogni processo interpretativo possa avere un carattere strutturalmente analogico (sul punto, v. *supra*), ma affermare che il processo interpretativo trova un suo limite nella capacità espansiva dell'area semantica di un determinato termine. Ciò anche se questo stesso termine non è rigido, ma a sua volta oggetto di interpretazione. Cfr. F. Palazzo, F. Viganò, *Diritto penale. Una conversazione*, cit., 80.

trassegnato da un dispiego di energia fisica[295]. Ciò non va sottovalutato: come si è ampiamente esaminato (v. *supra*, I), nell'ambito dei reati sessuali la coercizione violenta è stata a lungo un elemento altamente caratterizzante, al punto che, almeno a partire dal 1889, nel nostro ordinamento – a differenza di altri, che non hanno rinunciato ad impiegare anche a livello legale l'etichetta "stupro"[296] – il reato prevede nella propria rubrica il riferimento alla violenza. E come si è altresì messo in luce, il concetto di violenza è (o quantomeno è stato) connesso all'essenza stessa del delitto, al modo di intendere l'illecito secondo concezioni radicate profondamente nella cultura di diverse epoche. Posta, dunque, la portata persino "definitoria" della violenza nell'ambito dei delitti sessuali, dopo secoli nei quali essa ha costituito il discrimine tra lecito e illecito, sembra difficile che una lettura della coercizione violenta come assenza di consenso da parte di un organo giurisdizionale possa avere un'effettiva funzione di orientamento[297].

In secondo luogo, sembra indiziante della presenza di un'operazione analogica il metodo seguito dalla Corte di Cassazione per giungere alla ridefinizione del reato di violenza sessuale. Come si è osservato (v. in particolare *supra*, § 6), successivamente alla riforma del 1996 nelle motivazioni del giudice di legittimità è ravvisabile un deciso cambio di passo: le pronunce smettono di ammantare la decisione con considerazioni sulla sussistenza di una violenza "impropria" per rifarsi, in modo ancora più esplicito, alla necessità di protezione dell'autodeterminazione sessuale[298].

---

[295] Come rilevava già G. De Simone, *Violenza (diritto penale)*, cit., 893.

[296] Il riferimento è in particolare al mondo anglosassone, ma non solo, v. *infra*, III.

[297] Su questo, si veda anche *infra*, § 13.

[298] La tendenza ad interrogarsi sullo scopo delle fattispecie incriminatrici è tradizionalmente stigmatizzata dalla dottrina penalistica. Cfr. in particolare, G. Marinucci, *L'analogia*, cit., 1268, che metteva in guardia dall'utilizzo di argomenti teleologici e suggeriva di «chiudere le porte» a chi «rinvia alla *ratio legis*, ieri come oggi utilizzata come strumento per "correggere" i limiti troppo stretti segnati dalla lettera della legge»; C. Pedrazzi, *Il concorso di persone nel reato*, in Id., *Scritti di parte generale*, vol. I, Milano, Giuffré, 2003, 3 ss., in particolare 13, dove con chiarezza rileva che «quando ci si richiama alla lesione dell'interesse, si è al di fuori del piano formale ove la fattispecie vive: il richiamo è lecito al fine di una intelligenza completa della norma, ma senza infrangerne la disciplina formale: per dare alla fattispecie un'anima, non per frustarne la funzione selettiva».

È così, ad esempio, che sulla base di una lesione del bene giuridico sottostante viene motivata l'estensione della punibilità ai sensi dell'art. 609-*bis* c.p. a condotte palesemente incompatibili con lo schema della coercizione violenta, come il "*post-penetration rape*" (v. in *supra*, § 6.1) o l'eiaculazione in vagina non voluta (v. *supra*, § 6.2). Né un'attenzione alla formulazione della fattispecie sembra permeare le sentenze più recenti, quelle del "passaggio" al modello affermativo di consenso, nelle quali si rinnega il paradigma del "*no means no*" sulla base dell'argomento per cui la disposizione non richiederebbe una espressione esplicita di dissenso da parte della persona offesa. Si tratta dell'unico riferimento al dato letterale che contrassegna la giurisprudenza da molti anni a questa parte, perlomeno in relazione alla struttura dell'incriminazione (v. *infra*, § 12).

Il metodo adottato dalla Corte, dunque, è tipicamente analogico, in quanto si basa sull'individuazione di un'identità di *ratio* tra ipotesi diverse – quella in cui l'agente costringe una persona ad un atto sessuale con la forza e, ad esempio, quella in cui invece prosegue, senza impiego di energia fisica "ulteriore", un atto sessuale inizialmente gradito – per estendere la tutela dell'autodeterminazione sessuale anche alla seconda. *Ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*. Il dato letterale, al contrario, non è più nemmeno preso in considerazione e, anzi, talvolta viene completamente riscritto come quando si afferma che «integra l'elemento oggettivo del reato di violenza sessuale *non soltanto* la condotta invasiva della sfera della libertà ed integrità sessuale altrui realizzata in presenza di una manifestazione di dissenso della vittima, ma anche quella posta in essere *in assenza* del consenso, non espresso neppure in forma tacita, della persona offesa»[299].

Un altro argomento che fa propendere per l'analogia si desume ribaltando l'angolo di visuale e osservando la questione dalla prospettiva del principio di riserva di legge, che, come noto, il divieto di analogia in *malam partem* serve a preservare da possibili prevaricazioni giudiziarie[300]. Da questo punto di vista, occorre sottolinea-

[299] Cass. pen., Sez. III, 19 marzo 2019, n. 20780, cit. (corsivi di chi scrive).

[300] Per tutti, con la consueta chiarezza, A. Cadoppi, *Cassazione e legalità penale. Presentazione*, cit., 13-14.

re come il diritto vivente abbia ultimamente spostato il baricentro dell'incriminazione non sul dissenso, che da tempo la dottrina considera un elemento tacito della fattispecie penale (v. *supra*, § 1), bensì sull'assenza di una manifestazione espressa di consenso all'interazione sessuale. Se ne riparlerà a lungo nel capitolo che segue, ma già si sono potute apprezzare le conseguenze pratiche dell'adozione di un simile paradigma punitivo (v. *supra*, § 7), specialmente in punto di imputazione dolosa, errore sul fatto o sul precetto e scriminante putativa.

La decisione tra i due modelli è squisitamente politico-criminale[301] perché, oltre a presentare implicazioni pratiche di non poco conto, presuppone una diversa sensibilità rispetto alle esperienze sessuali: in un caso si fa carico al destinatario di attenzioni sessuali sgradite di esprimere un dissenso, nell'altro invece si richiede a chiunque voglia intrattenere un rapporto sessuale di constatare la presenza di un consenso pieno ed autentico, attendendo, prima di procedere, che vi sia una manifestazione di segno positivo. Si tratta di una scelta di campo che spetta con tutta evidenza al legislatore, il quale, come si è evidenziato fin dalle prime battute dell'indagine, in questa materia sarebbe peraltro tenuto ad interrogarsi sul sentire sociale e ad interpretarlo per produrre fattispecie incriminatrici che risultino ad esso il più possibile aderenti (v. *supra*, I, § 1).

Alla luce di tutte queste considerazioni, sembra di essere in presenza di una ipotesi di "diritto penale giurisprudenziale", ma non nella accezione di fisiologico risultato di una inevitabile attività interpretativa, di «concretizzazione» del diritto, bensì in quella di vera e propria *fonte*[302].

---

[301] Del resto, come è stato detto, il tenore letterale delle parole costituisce «una barriera oltre la quale si aprono solo le radure della politica del diritto, cui dovrebbe sempre essere rimessa la revisione di una scelta normativa (magari) improvvida o eccessivamente asfittica rispetto alle (asserite) istanze di tutela o alle esigenze probatorie, e purtuttavia "chiara". E la revisione legislativa è una strada obbligata […]». Cfr. V. Manes, *Dalla "fattispecie" al "precedente"*, cit., 8.

[302] L'espressione "diritto penale giurisprudenziale" ha assunto, come noto, una accezione prevalentemente negativa. Risulta qui impossibile dar conto dell'immensa mole di studi in argomento. Oltre ai riferimenti bibliografici già proposti, si vedano anche G. Fiandaca, *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008; A. Gargani, *Verso una democrazia giudiziaria? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto*

Non pare fuori luogo affermare – e l'analisi delle esperienze straniere non farà che suffragare questa idea (v. *infra*, III) – che la giurisprudenza ha silenziosamente riformato il delitto di violenza sessuale, eliminando i requisiti endogeni di costrizione come violenza e minaccia, e scegliendo un paradigma punitivo diverso, basato sull'*affirmative consent*.

---

europeo, in *Criminalia*, 2011, 99 ss.; R. Borsari, *Diritto penale, creatività e codisciplinarità*, Padova, Cedam, 2013; F. Giunta (a cura di), *Il burocrate creativo. La crescente intraprendenza interpretativa della giurisprudenza penale*, in *Criminalia*, 2016, 157 ss., e tutti gli interventi ivi previsti; G. De Francesco, *Due temi controversi: lo sviluppo del "diritto giurisprudenziale" ed i principi intertemporali della legge penale*, in *Critica dir.*, 2015, 148 ss.; D. Pulitanò, *Il giudice e la legge penale*, in *Quest. giust.*, 2017, n. 2, 149 ss.; V. Maiello, *La legalità della legge nel tempo del diritto dei giudici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020; F. Palazzo, *Legalità penale, interpretazione ed etica del giudice*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 3, 2020, 1249 ss.; F. Giunta, Jus legibus solutum. *Ovvero, la legge del giudice penale*, in R. Acquaroli, E. Fronza, A. Gamberini (a cura di), *La giustizia penale tra ragione e prevaricazione*, cit. 379 ss.; di recente, nella peculiare prospettiva della Corte costituzionale, F. Viganò, *Il diritto giurisprudenziale nella prospettiva della Corte costituzionale*, in *Sistema penale*, 19 gennaio 2021.

Con tale espressione si indica «sia quello che è fonte di diritto in senso più stretto, sia quello che non lo è» (M. Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit., 84). Tuttavia, come è stato osservato, se la giurisprudenza, nel dettare il "diritto vivente", nel trasformare la disposizione in norma, rispetta la legge, non tradendo le sue parole, allora la vera fonte del diritto penale, anche *in action*, rimane la legge, alla quale è stata solo data applicazione (A. Cadoppi, *Cassazione e legalità penale. Presentazione*, cit., 7). Trattasi, appunto, di «diritto-concretizzazione», che pone problemi di legalità, ma è lecito, a differenza del «diritto giurisprudenziale fonte» che è vietato. Cfr. M. Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit., 86. Diversamente, secondo G. Fiandaca, *Prima lezione di diritto penale*, cit., 132-133, il "diritto penale giurisprudenziale" sarebbe comunque una fonte del diritto «quale diritto che vive nella realtà e concretizza di volta in volta le disposizioni prodotte dal legislatore» e «assurge anche in un ordinamento come il nostro se non *de iure*, almeno *de facto*, a fonte del diritto».

Particolarmente controversa, in questa prospettiva, è l'ipotesi del concorso esterno in associazione mafiosa che, come noto, è stata riconosciuta come di "matrice giurisprudenziale" dalla Corte EDU nel caso *Contrada*. L'incriminazione ha in effetti una base normativa, costituita dal combinato disposto degli artt. 416-*bis* e 110 c.p., ma che sconta un elevato grado di determinatezza, sanato da una serie di pronunce della Corte di Cassazione, anche a Sezioni unite. Un altro elemento problematico è che la cornice di pena applicata è quella per una partecipazione "interna", che non è il reato per cui si risponde. Su tutti questi aspetti, V. Maiello, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale. Raccolta di scritti*, Torino, Giappichelli, 2014 (in particolare, per l'ultima considerazione, da 99 ss.).

A ben vedere, non è la prima volta che qualcosa del genere si verifica in relazione ai delitti sessuali. Come mette in luce uno studio comparato tra Italia e Scozia di Alberto Cadoppi sulla genesi delle fattispecie penali, anche la sottofattispecie di violenza sessuale realizzata mediante scambio di persona (v. *supra*, § 8.2), che oggi pare tanto anacronistica, si affermò prima per via pretoria per poi essere "codificata" nel 1930 una volta riscontrata la sua diffusione nella prassi[303].

È evidente, allora, come il settore della sessualità sia più esposto di altri alla tentazione da parte della magistratura di farsi portatrice di valori morali in cambiamento[304], di individuare ipotesi divenute meritevoli di pena a seguito dei mutamenti della sensibilità sociale (peraltro correndo, come in questo caso, il rischio di anticiparli).

Se si comprendono le ragioni che portano la giurisprudenza ad essere "creativa" in quest'ambito, tuttavia, non è possibile non sottolineare anche l'elevata problematicità dell'eliminazione della violenza fisica, un dogma che ha accompagnato per secoli la disciplina della *violenza* sessuale, e dunque la riforma dei reati sessuali in senso consensualistico per via giurisprudenziale.

Tali «tensioni immanenti»[305] col principio di legalità, che verranno riprese nelle osservazioni conclusive del capitolo (v. *infra*, § 13), si inseriscono peraltro in un contesto nel quale già da tempo la dottrina denuncia gravi carenze di tassatività nell'interpretazione di cosa debba essere inteso per "atti sessuali". Proprio con l'approfondimento di questo aspetto conviene terminare l'esplorazione del diritto vivente.

---

[303] Cfr. A. Cadoppi, *La genesi delle fattispecie penali. Una comparazione tra* civil law *e* common law, cit., 164 ss.

[304] Sottolineano le logiche di posizione di parte della magistratura, «chiamata a ruoli supplettivi della politica e incline a missioni moralizzatrici della società», F. Palazzo, F. Viganò, *Diritto penale. Una conversazione*, cit., 78, ma anche G. Fiandaca, *Prima lezione di diritto penale*, cit., 134.

[305] Per usare un'espressione di V. Manes, *Il giudice nel labirinto*, cit., 22. Le «speciali tensioni» tra il fenomeno dell'espansionismo giudiziario e il principio di legalità sono evidenziate anche da F. Palazzo, *La scienza giuridica di fronte alla giurisprudenza (diritto penale)*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 2013, 143 ss., e spec. 145.

12. *«Alla ricerca della tassatività perduta». Il problema della definizione di atti sessuali tra prevedibilità, proporzione e "*fair labelling*"*

I termini della questione sono noti, così come le oscillazioni da parte della giurisprudenza e, pertanto, ci si limiterà in questa sede ad una breve digressione, funzionale a dar conto degli ulteriori problemi – non solo sul piano della determinatezza – che affliggono l'art. 609-*bis* c.p.

Come si è riferito (v. *supra*, I, § 9), l'unificazione delle condotte previste dagli artt. 519 e 521 c.p. nel 1996 – e, dunque, tra la penetrazione e gli atti di libidine – è stata una delle cifre distintive della riforma della fine del secolo. Una soluzione legislativa aspramente criticata da parte consistente della dottrina penalistica fin da prima della sua entrata in vigore[306], ma mai in discussione in quanto fortemente connessa alla matrice culturale femminista della legge[307]. Il legislatore ritenne infatti opportuno accorpare le due fattispecie sulla scorta del nuovo inquadramento delle forme di violenza sessuale quali delitti contro la persona: dalla angolazione del nuovo bene giuridico protetto, non pareva più accettabile una graduazione assiologica che facesse perno sulla penetrazione, ennesimo retaggio di una concezione superata della sessualità[308].

Si optò dunque per la nozione di «atti sessuali», il cui carattere oggettivo si pone in antitesi con la finalità di libidine che contrassegnava le condotte vietate dall'art. 521 c.p.[309]. Tuttavia, il legislatore

---

[306] Cfr. ad es., M. Romano, *Legislazione penale e tutela della persona umana (contributo alla revisione del titolo XII del codice penale),* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 53 ss., spec. 64; G. Fiandaca, *Violenza sessuale* (voce), 1993, cit., 960; M. Bertolino, *I reati contro la libertà sessuale tra codice e riforma,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1464 ss., in particolare 1478 ss.

[307] V. *supra*, I, § 9, anche per una critica all'ingenua idea che l'unificazione delle fattispecie avrebbe precluso domande fastidiose per la vittima in sede di controesame dibattimentale.

[308] Sulla connessione tra la penetrazione e il sistema di tutela precedente, si vedano, oltre al capitolo I, i riferimenti contenuti *supra*, § 6.1.

[309] Sugli atti di libidine come "*Tendenzdelikte*", cioè necessariamente contrassegnati da una finalità di lussuria v. *supra*, I, § 1, nelle note, nonché i cenni *supra*, I, §§ 7 e 9. Anche dopo la riforma, peraltro, non sono mancate voci a sostegno della dimensione soggettiva degli «atti sessuali». Cfr., tra gli altri, G. Marini, *I delit-*

del 1996 si astenne, come noto, dal predisporre una definizione di «atti sessuali», demandando l'opera al diritto vivente[310]. A ciò va aggiunto che, contrariamente a quanto più volte prospettato durante i lavori parlamentari, si preferì infine non introdurre una autonoma fattispecie relativa alle molestie sessuali, che avrebbe attratto tutte le condotte caratterizzate da un minor disvalore[311]. La scelta, certamente legittima, ha però sprovvisto la nozione di «atti sessuali» di uno stabile margine inferiore, esponendola al rischio di pericolosi scivolamenti verso il basso[312].

Privi di un tale appoggio, nonché di ulteriori possibili riferimenti normativi altrove reperibili, gli interpreti hanno dovuto cercare fin dai primi commenti di proporre definizioni della nuova disposizione che fossero, da un lato, adeguate alle prospettive di tutela, ma che dall'altro risultassero anche rispettose di esigenze di tassatività[313].

---

ti contro la persona, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 1996, 296 ss. Tale impostazione, peraltro, ha tenuto banco in giurisprudenza per diversi anni dopo la riforma, cfr. P. Damini, *Sulla nozione di atti sessuali ex art. 609-bis c.p.: nuova legge, vecchia giurisprudenza?*, in *Ind. pen.*, 1998, 199 ss. Si ribadisce l'irrilevanza della finalità dell'agente, ad es. in Cass. pen., Sez. III, 10 gennaio 2006, n. 3687; Cass. pen., Sez. III, 19 ottobre 2006, n. 6395.

[310] Per una critica sul punto cfr. F. Coppi, *I reati sessuali e i reati di sfruttamento dei minori nella legislazione penale italiana*, in Id. (a cura di), *I reati sessuali*, cit., 3 ss., e spec. 23-24; M. Bertolino, *La tutela penale della persona nella disciplina dei reati sessuali*, in L. Fioravanti (a cura di), *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, Milano, Giuffré, 2001, 159 ss., e in particolare 178-180.

[311] Sul tema, in senso favorevole alla previsione di una fattispecie di questo tipo, S. Tabarelli De Fatis, *Molestie sessuali e l. n. 66/96*, cit., 133 ss.; nonché Id., *Le molestie sessuali tra incriminazione penale ed alternative di tutela*, in L. Fioravanti (a cura di), *La tutela penale della persona*, cit., 207 ss. Come noto, attualmente, il sistema penale italiano contempla una fattispecie di molestie all'art. 660 c.p., ma essa, ferma l'assenza di qualsivoglia riferimento alla sessualità della condotta, prevede che realizzazione della stessa avvenga in un luogo pubblico. Quando le molestie sono reiterate e assillanti, possono essere incriminate anche con la fattispecie di atti persecutori di cui all'art. 612-*ter* c.p. (cfr. A.M. Maugeri, *Lo stalking tra necessità politico-criminale e promozione mediatica*, Torino, Giappichelli, 2010, 123 ss.).

[312] La questione è stata anche oggetto di una eccezione di legittimità costituzionale da parte del Tribunale di Cremona, sulla quale B. Romano, *Appunti sui sospetti di illegittimità costituzionale degli «atti sessuali» alla luce del principio di determinatezza*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1999, 62 ss.

[313] Cfr. A. Cadoppi, *La violenza sessuale alla ricerca della tassatività perduta*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 1469 ss.

Il dibattito ha ovviamente visto fronteggiarsi molteplici posizioni. Tuttavia, dopo una prima fase, ancora fortemente influenzata dal problema dei rapporti intertemporali con l'art. 521 c.p.[314], si sono stagliate essenzialmente due soluzioni interpretative tra quelle proposte in dottrina.

La prima è quella «anatomico-culturale», come noto prospettata da Alberto Cadoppi a poche settimane dall'approvazione della riforma[315]. Secondo tale indirizzo, ferma naturalmente la sussumibilità di ogni forma penetrativa, poiché un atto abbia natura sessuale occorre che si realizzi il toccamento di alcune parti del corpo umano, compendiabili nei genitali, nelle zone anali, nel seno femminile e, limitatamente a certe ipotesi (nella specie i c.d. "baci profondi"), nella bocca. La concezione è definita «anatomico-culturale» perché la delimitazione anatomica effettuata è il frutto delle indicazioni provenienti dal contesto culturale di riferimento e, segnatamente, dalle scienze medico-psicologiche e da quelle antropologico-sociologiche, queste ultime in grado di misurare le "*Kulturnormen*" della società in un preciso momento[316].

---

[314] Inizialmente, infatti, la questione è stata in particolare focalizzata sulla necessità di stabilire se il perimetro della nozione di «atti sessuali» fosse coincidente con quello degli atti di libidine, oppure se vi fossero asimmetrie in un senso o nell'altro. Cfr. ad es., A. Carmona, *Le nuove norme a tutela della libertà sessuale: problemi di diritto intertemporale*, in *Cass. pen.*, 1998, 992 ss., che peraltro sostiene la tesi della coincidenza tra i due tipi di atti. Come si accennava nelle note precedenti, ci sono voluti alcuni anni perché la giurisprudenza si liberasse della nozione soggettiva di «atti sessuali» proveniente dall'impostazione pre-riforma. Basti pensare che, in un caso immediatamente successivo alla legge n. 66, un "*viado*" sudamericano era stato assolto dall'accusa di violenza sessuale per aver palpeggiato per strada un minorenne in quanto animato da una finalità "professionale" – quella di offrirgli prestazioni sessuali a pagamento – e non di libidine (il caso è menzionato da A. Cadoppi, *Presentazione*, in Id. [a cura di], *La violenza sessuale a cinque anni dalla legge n. 66/96*, cit., 5). Non mancano tuttavia "contaminazioni" anche in pronunce più recenti, nelle quali viene attribuita importanza alla volontà dell'imputato di soddisfare un impulso sessuale. Cfr. ad es., Cass. pen., Sez. III, 26 settembre 2012, n. 44480 in *Dir. pen. cont.*, 21 gennaio 2013, con nota di A. Guidi, *Sulla configurabilità del delitto di violenza sessuale in caso di bacio sulla guancia*.

[315] La tesi è prospettata per la prima volta in A. Cadoppi, *Art. 3*, cit., 1996, 32 ss. Oggi si trova anche ampliata in A. Cadoppi, *Art. 609*-bis *c.p.*, cit., 451 ss.

[316] Sul ruolo delle norme di cultura nella legittimazione delle scelte incriminatrici, per tutti, A. Cadoppi, *Il reato omissivo proprio, I: profili introduttivi e politico criminali*, Padova, Cedam, 1988, 501 ss. e 673 ss., con riferimenti alle tesi sulle *Kulturnormen* nella dottrina d'oltralpe. Più di recente, E. Mezzetti, *La nuo-*

La tesi in oggetto fissa, dunque, una soglia minima di rilevanza degli atti sessuali, non soddisfatta da una serie di condotte meno pregnanti, come baci sulle guance, baci sulle labbra con la bocca chiusa, oppure toccamenti su altre parti del corpo non rientranti tra quelle menzionate[317]. In questa prospettiva, il contesto nel quale viene realizzata l'azione rileva soltanto "*in bonam partem*", ovvero per escludere che un toccamento anatomicamente sessuale sia tale per via della concreta situazione nella quale è avvenuto[318].

La visione contrapposta è stata sostenuta in particolare da Giovanni Fiandaca, che ha elaborato la propria nozione di atti sessuali commentando – e giustificando gli esiti di – una sentenza della Corte, *Di Francia*, che aveva condannato l'imputato per violenza sessuale consumata in un caso di tentativo di bacio sulla bocca poi sfociato in un semplice bacio sulla guancia per via della pronta reazione della vittima. Secondo l'autorevole studioso, l'apparente contraddit-

---

va grammatica del legislatore sulle Straf-Kulturnormen, in *Arch. pen.*, 2019, n. 2, 1 ss., che sottolinea la recente tendenza del legislatore a formulare disposizioni di carattere penale dalla prevalente finalità di orientamento culturale dei destinatari della norma. Questo specifico aspetto sarà ripreso *infra*, III.

[317] Ad essere estremamente controverso è stato in particolare lo "statuto penale" del bacio. In proposito, peraltro secondo accenti non sempre coincidenti, S. Tabarelli De Fatis, *Sulla rilevanza penale del «bacio»*, cit., 965 ss.; G. Fiandaca, *La rilevanza penale del «bacio» tra anatomia e cultura*, in *Foro it.*, 1998, 505 ss.; G. Amato, *Se è chiara la direzione sessuale dell'atto anche il bacio sulla guancia è reato*, in *Guida dir.*, 1998, n. 25, 134 e ss.; A. di Martino, *Sul bacio involato a «lei» che dissente (postilla in margine a G.U.P. Trib. Piacenza, 4 giugno 1998)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, n. 4, 1526 ss.; A. Fanelli, *Sulla rilevanza penale del «bacio rubato»*, cit., 8 ss.; M. Vizzardi, *Il bidello e la bambina: i baci "a sorpresa" al banco di prova del principio di legalità,* cit., 1297 ss.; Id., *Bacio sulle labbra e diritto penale: ancora sulla nozione di «atto sessuale»*, in *Cass. pen.*, 2008, 755 ss.; R. Lotierzo, *Sulla configurabilità del reato di violenza sessuale nel caso di un bacio sulla bocca limitato al semplice contatto delle labbra*, in *Cass. pen.*, 2008, n. 3, 1041 ss.; A. Cadoppi, *"Un bacio è solo un bacio". Alla ricerca di una più appropriata tipizzazione dei reati sessuali*, in *Ind. pen.*, 2012, 31 ss.; A. Guidi, *Sulla configurabilità del delitto di violenza sessuale in caso di bacio sulla guancia*, cit.; V. Mereu, *La rilevanza penale del bacio "rubato" sulla guancia*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 1551 ss. Per un interessante dialogo comparato Italia-USA sul tema tra due studiosi dei delitti sessuali, A. Cadoppi, M. Vitiello, *A kiss is just a kiss, or is it? A comparative look at Italian and American sex crimes*, in *Seton Hall Law Review*, 2010, 191 ss.

[318] In proposito, l'Autore fa l'esempio del toccamento dei genitali tra compagni di scuola a scopo ludico o della mamma che fa il bagnetto al bambino, detergendogli le parti intime. Cfr. A. Cadoppi, *La violenza sessuale alla ricerca della tassatività perduta*, cit., 1473.

torietà si spiegherebbe alla luce del contesto nel quale si erano svolti i fatti; in altre parole, dando peso alla "vicenda complessiva" e ai rapporti tra autore e vittima: si trattava di un datore di lavoro che aveva provato a baciare una propria dipendente. Per questo, la tesi viene di solito denominata «contestuale-relazionale», non accordando rilievo alle parti anatomiche attinte dalla condotta, bensì al significato sociale degli atti compiuti tra due soggetti[319].

È stata la stessa Corte ad effettuare di recente una sorta di "*distinguishing*" basato sul contesto tra due casi in cui la condotta era piuttosto simile[320]. Nell'uno, conclusosi con l'affermazione di irrilevanza dell'atto, un uomo sconosciuto si era avvicinato ad una quindicenne appena uscita di scuola e l'aveva repentinamente baciata sulla guancia[321]. Nell'altro, richiamato espressamente a "*comparationis*", era stata confermata la condanna di un preside che aveva baciato un'alunna in luoghi appartati, trattenendola per i fianchi, chiedendole di essere baciato e rivolgendole apprezzamenti sul suo aspetto fisico[322]. La differenza tra i due casi potrà sembrare meno palpabile se si considera, ad esempio, che l'imputato nel primo caso aveva la cerniera dei pantaloni aperta[323].

In dottrina si è seguita sia la prima che la seconda tesi, ma in modo decisamente prevalente la teoria «anatomico-culturale», senza dubbio per via della sua maggiore propensione "tassativizzante"[324].

---

[319] Non sono mancati pure scambi ironici e divertenti tra i due Autori. Si vedano i relativi contributi all'interno di A. Cadoppi (a cura di), *La violenza sessuale a cinque anni dalla legge n. 66/96*, cit., e in particolare G. Fiandaca, *Relazione di sintesi*, 243, che invece afferma che, per applicare la tesi contrapposta. il giudice dovrebbe essere provvisto di un "baciometro" per misurarne la profondità, e A. Cadoppi, *Presentazione*, 8, che parla di "sessuometro" per stabilire il grado di sessualità del contesto nel quale avviene il fatto.

[320] Cass. pen., Sez. III, 19 novembre 2015, n. 18679, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 1469 ss., con nota di A. Cadoppi, *La violenza sessuale alla ricerca della tassatività perduta*, cit., nonché in *Dir. pen. cont.*, 10 febbraio 2017, con nota di M. Cappai, *La qualificazione delle "violenze" prive di un contatto* corpore corpori *alla prova della recente giurisprudenza in tema di atti sessuali*, in *Dir. pen. cont. Riv. Trim.*, 2017, n. 2, 43 ss.

[321] Cfr. Cass. pen., Sez. III, 19 novembre 2015, n. 18679, cit.

[322] Cfr. Cass. pen., Sez. III, 12 febbraio 2014, n. 10248.

[323] Cfr. Cass. pen., Sez. III, 19 novembre 2015, n. 18679, cit.

[324] Accolgono nella sostanza tale prospettiva metodologica, ad esempio, F. Mantovani, *Diritto penale. Parte Speciale*, 7ª ed., cit., 428 ss.; N. Mazzacuva, *I delit-*

Per la giurisprudenza vale lo stesso, ma la preferenza è poi ineluttabilmente ricaduta, quantomeno in concreto, sul paradigma «contestuale-relazionale», che risulta evidentemente più malleabile e, per questo, più adatto a garantire la massima tutela possibile all'autodeterminazione sessuale[325], anche a costo di tradire le finalità restrittive che avevano inizialmente animato la sua elaborazione[326]. In molti casi, infatti, la Corte sembra adottare la tesi anatomica, ma estende l'ambito delle zone corporee rilevanti a quelle c.d. "erogene", senza tuttavia offrire chiare delimitazioni del concetto e ricadendo spesso in logiche di tipo "contestuale"[327].

Ad ogni modo, riallacciando il discorso a quello del paragrafo precedente, sembra di poter dire che l'oscillazione tra le due definizioni e la predilezione della Corte per ragionamenti di stampo «contestuale-relazionale», per quanto probabilmente più in armonia con la volontà punitiva della riforma del 1996, ha sortito soprattutto due effetti.

---

ti contro la persona: le altre ipotesi di tutela, in Aa.Vv., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, 6ª ed., Bologna, Monduzzi, 2014, 657 (entrambi anche nelle precedenti edizioni dei due manuali); S.R. Palumbieri, *Violenza sessuale*, cit., 2011, 36 ss.; S. Tabarelli De Fatis, *Molestie sessuali e l. n.66/96*, cit., 137; P. Damini, *Sulla nozione di atti sessuali ex art. 609-bis c.p.*, cit., 209; F. Macrì, *La giurisprudenza di legittimità sugli atti sessuali tra interpretazione estensiva ed analogia* in malam partem, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 109 ss., in particolare 115. Più vicina a quella contestuale invece la posizione di A. Manna, *La delinquenza sessuale: profili relativi all'imputabilità ed al trattamento sanzionatorio*, in *Ind. pen.*, 2004, n. 4, 855 ss., in particolare 871 ss. Di recente, lo stesso G. Fiandaca, *Prima lezione di diritto penale*, cit., 138, ha riconosciuto la prevalenza in letteratura della tesi anatomica.

[325] Per un'ampia e recente rassegna giurisprudenziale, S.R. Palumbieri, *Violenza sessuale*, cit., 2022, 6198 ss.

[326] Cfr. G. Fiandaca, *Violenza sessuale* (voce), cit., 2000, 1153 ss.

[327] Nella specie, la Corte ha qualificato atti sessuali i toccamenti del seno, delle cosce, il bacio a labbra chiuse (v., per esempio, Cass. pen., Sez. III, 4 dicembre 1998, n. 1137, in *Cass. pen.*, 2000, 930; Cass. pen., Sez. III, 10 ottobre 2000, n. 12446, in *Giust. pen.*, 2001, II, 606) e il semplice bacio sulla guancia (Cass. pen., Sez. III, 26 settembre 2012, n. 44480, cit.). Quanto al bacio, invece, si è di recente affermato che «ai fini della configurabilità del reato di violenza sessuale, va qualificato come "atto sessuale" anche il bacio sulla bocca che sia limitato al semplice contatto tra le labbra, potendosi detta connotazione escludere solo in presenza di particolari contesti sociali, culturali o familiari nei quali l'atto risulti privo di valenza erotica, come, ad esempio, nel caso del bacio sulla bocca scambiato, nella tradizione russa, come segno di saluto». Cfr. Cass. pen., Sez. III, 19 gennaio 2018 (dep. 10 maggio 2018), n. 20712, che richiama espressamente Cass. pen., Sez. III, 13 febbraio 2007, n. 25112, in *Cass. pen.*, 2008, 1039.

Da una parte, la lettura scarsamente tassativa della disposizione apre un problema relativo alla prevedibilità per il cittadino delle conseguenze delle proprie condotte, che, come noto, è il profilo su cui negli ultimi anni la Corte EDU ha spostato l'asse portante del principio di legalità[328]. Ora, se è risaputo che la giurisprudenza di Strasburgo interpreta l'art. 7 della CEDU, includendo nel concetto di legge sia il diritto scritto che quello "vivente"[329], in questo caso è soprattutto l'interpretazione giurisprudenziale a non essere in grado di dare modo ai cittadini di prevedere chiaramente la rilevanza penale delle loro azioni. Al netto dei contrasti e delle incertezze tuttora presenti, mentre tutti sono in grado di comprendere la differenza tra un bacio profondo ed uno sulla guancia, più complesso è individuare con altrettanta precisione la differenza tra due baci sulla guancia dati in contesti diversi[330]. Naturalmente, vi possono essere differenze anche sostanziali nel contesto e talvolta esse possono anche portare a ritenere sussistente una "ambientazione sessuale". Tuttavia, come è evidente, in molte ipotesi le differenze sono assai sfumate e stabilite secondo una logica casuistica che mal si concilia con un'in-

---

[328] Così, ad esempio, F. Palazzo, *Legalità fra* law in the books *e* law in action, in A. Cadoppi (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, cit., 67. Non a caso, il principio di prevedibilità costituisce uno dei temi più battuti di recente dalla dottrina penalistica. Per tutti, si rimanda agli studi "pioneristici" di A. Cadoppi, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit.; al fondamentale saggio di F. Viganò, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 19 dicembre 2016, nonché ai recenti approfondimenti monografici di D. Perrone, Nullum crimen sine iure, cit., in particolare 205 ss.; A. Nappi, *La prevedibilità nel diritto penale. Contributo ad un'indagine sistemica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020; P. Scevi, *La prevedibilità della norma penale tra* legislatio e iurisdictio, Torino, Giappichelli, 2022; A. Santangelo, *Precedente e prevedibilità. Profili di deontologia ermeneutica nell'era del diritto penale giurisprudenziale*, Torino, Giappichelli, 2022.

[329] Oltre agli Autori citati alla nota precedente, con specifico riferimento all'art. 7 della Convenzione e alla relativa giurisprudenza sovranazionale, si vedano V. Manes, *Art. 7, § 1, Cedu*, in S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, Cedam, 2012, 258 ss.; Fr. Mazzacuva, Art. 7. Nulla poena sine lege, in G. Ubertis, F. Viganò (a cura di), *Corte di Strasburgo e diritto penale*, cit., 299 ss.

[330] Come osserva, A. Cadoppi, *La violenza sessuale alla ricerca della tassatività perduta*, cit., 1475. E si potrebbe aggiungere che non è semplice nemmeno comprendere cosa voglia dire "zona erogena", se il concetto non viene affatto definito o delimitato e, invece, arricchito ogni volta di nuovi significati.

terpretazione che possa orientare non solo i giudici successivi, ma anche e soprattutto gli stessi cittadini[331].

Per di più, va sottolineato come negli ultimi anni si sia diffusa la tendenza delle pronunce di legittimità a non dedicare particolari energie alla qualificazione dell'atto come "sessuale"[332], quando al contrario l'adozione delle logiche contestuali imporrebbe una particolare attenzione "argomentativa"[333].

L'incertezza è tale che, sulla base di alcune massime estrapolate dalla motivazione senza riferimento al caso concreto, è emersa persino l'idea che, ai fini della definizione di atto sessuale, sia superfluo il coinvolgimento della corporeità della persona offesa[334].

---

[331] Per un contributo che evidenzia la tendenza della giurisprudenza a decidere "caso per caso", D. Fondaroli, *Principio di legalità e regola del "caso concreto"*, in M. Mantovani, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, M. Caianiello (a cura di), *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, Bononia University Press, 2016, 197 ss.

[332] Cfr. F. Macrì, *La violenza sessuale (art. 609-bis c.p.) nella giurisprudenza della suprema corte del 2015*, in *Dir. pen. cont., Riv. Trim.*, 2016, 1, 162 ss., 164.

[333] Fulgido esempio è costituito da Cass. pen., Sez. III, 26 settembre 2012, n. 44480, cit., nella quale si stabilisce che «anche il mero sfioramento con le labbra del viso altrui per dare un bacio integra il delitto di violenza sessuale, posto che tra gli atti suscettibili di concretizzare il reato *de quo* possono essere ricompresi anche quelli rapidi ed insidiosi, riguardanti zone erogene su persona non consenziente». Ciò che caratterizza la pronuncia, tuttavia, è l'assenza di argomentazione concernente il carattere sessuale del bacio sulla guancia. Il Giudice di legittimità, da un lato, sembra dare per scontato che il viso e la guancia siano pacificamente zone erogene, dall'altro, prescinde da ragionamenti sul contesto nel quale sono avvenuti i fatti, se non richiamando impropriamente la repentinità dell'atto – che è indicatore dell'assenza di consenso, non della sessualità dello stesso – e la volontà dell'imputato di soddisfare un impulso sessuale, che nella prospettiva di una definizione oggettiva dovrebbe essere irrilevante.

[334] Un esempio è costituito dalla sentenza "Lorè", le cui massime, tradendo in parte la motivazione, inducono a pensare che non sia richiesto un coinvolgimento del corpo della persona offesa (cfr. Cass. pen., 25 settembre 1999, n. 1431, in *Riv. pen.*, 1999, 967 ss., commentata tra gli altri da P. Damini, *Analisi di due casi giurisprudenziali in tema di "atti sessuali"*, in A. Cadoppi [a cura di], *La violenza sessuale a cinque anni dalla legge n. 66/96,* cit., 50 ss.). In realtà, nel caso di specie gli atti sessuali si erano svolti interamente sul corpo della persona offesa. Si trattava infatti di un caso nel quale un medico endocrinologo aveva prima effettuato una «visita vaginale che aveva comportato la totale penetrazione del dito», e poi aveva pretestuosamente indotto la paziente ad automasturbarsi, azionando a sua insaputa una telecamera nascosta con la quale aveva ripreso l'atto. Rispetto alla prima condotta, vi è un contatto *corpore corpori*, rispetto al secondo, comunque, la vittima è costretta a compiere un atto sessuale sul proprio corpo. Un altro caso di massima travisata è, a giudizio di S.R. Palumbieri, *Violenza sessuale*, cit.,

Ma non si tratta dell'unico profilo di criticità.

L'altro effetto della prevalenza della tesi contestuale è stato di consentire ai giudici di affermare la responsabilità penale per violenza sessuale anche di fronte ad episodi caratterizzati da una scarsa – se non minima – lesività. Fin da subito la dottrina aveva messo in dubbio che la nuova incriminazione, che "*in action*" si presta a

---

6202, Cass. pen., 10 ottobre 2000, n. 12446, in *Giust. pen.*, 2001, II, 626 (Gerardi), posto che anche qui vi era stato un contatto tra fisico diretto tra reo e soggetto passivo. Un esempio di condanna per violenza sessuale senza significativi risvolti sul corpo della vittima si è già incontrato lungo il percorso (cfr. Trib. Rieti, 20 febbraio 2003, cit., con nota di G. Mulliri, *La nuova fattispecie di violenza sessuale messa alla prova da un caso piuttosto singolare*, cit., 1794 ss.; per la descrizione del fatto si v. *supra*, p. 213). Ad ogni modo, la casistica più frequente è quella nella quale il soggetto agente costringe la persona offesa, magari a margine di un tentato assalto, ad assistere alla propria masturbazione o ad altri atti "esibizionistici". In dottrina, si vedano le opposte prese di posizione di M. Cappai, *La qualificazione delle "violenze" prive di un contatto* corpore corpori, cit., 43 ss., in favore dell'estensione del reato anche a casi in cui non sia stato attinto il corpo della vittima e, in aperto dialogo con lo stesso Cappai, M. Vizzardi, *Violenza sessuale senza coinvolgimento del corpo della vittima? Brevissime considerazioni critiche a tesi che… a volte ritornano*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, n. 2, 57 ss., aspramente critico rispetto a questa possibile impostazione. Del resto, la dottrina maggioritaria, anche mediante un confronto con il dettato dell'art. 609-*quinquies*, comma 1, (corruzione di minorenni), che sanziona «chiunque compie atti sessuali in presenza di una persona minore di anni quattordici al fine di farla assistere», ha da sempre respinto che il mero atto sessuale esibizionistico possa integrare l'art. 609-*bis* c.p. In proposito, ad es., R. Borgogno, *Il delitto di violenza sessuale*, cit., 104. Altri Autori, come L. Picotti, *Profili generali di diritto penale sostanziale*, cit., 28, sottolineano che il coinvolgimento della corporeità della vittima sia reso necessario anche dalla stessa collocazione della fattispecie tra i delitti contro la libertà personale anziché tra quelli contro la libertà morale.

Di recente, si sono espresse nel senso di escludere che l'atto sessuale esibizionistico possa costituire violenza sessuale, Cass. pen., Sez. III, 25 novembre 2020, n. 33045; e Cass. pen., Sez. III, 31 luglio 2018, n. 36472, secondo la quale «la nozione di "atti sessuali" implica necessariamente il coinvolgimento della corporeità sessuale del soggetto passivo, dovendo questi essere costretto a "compiere" o a "subire" tali atti, rispetto ai quali devono ritenersi estranei gli atti di esibizionismo, di autoerotismo in presenza di terzi costretti ad assistervi, o di "voyeurismo" che, pur essendo manifestazione di istinto sessuale, non coinvolgono la corporeità sessuale del soggetto passivo, nemmeno in termini di tentativo». Ad ogni modo, in motivazione viene precisato che nei casi di esibizionismo o di autoerotismo potrebbero essere configurabili, sempre che ne sussistano le condizioni, il delitto di violenza privata, per gli adulti, oppure la corruzione di minorenni, di talché l'ipotesi, comunque provvista di un elevato disvalore, non viene lasciata del tutto priva di tutela penale.

coprire – e infatti nella prassi finisce per ricomprendere – una vasta area tassonomica che si estende da un'efferata penetrazione violenta ad un repentino bacio sulla guancia, rispettasse il canone non scritto della proporzionalità della pena[335], inteso quale necessario equilibrio tra tipicità e cornice edittale[336].

Nella prassi il problema è in parte stemperato dalla previsione della c.d. "superattenuante" applicabile ai fatti di minor gravità (art. 609-*bis*, ultimo comma, c.p.)[337], che la Corte Costituzionale ha ritenuto decisiva per consentire di proporzionare la risposta sanzionatoria nei casi in cui «la sfera della libertà sessuale subisca una lesione di minima entità»[338], ma che risulta anch'essa assai indeterminata

[335] Cfr. ad es., M. Bertolino, *La riforma dei reati di violenza sessuale*, in *Studium Iuris*, 1996, 401 ss., in particolare 404 ss. G. Balbi, *Violenza sessuale*, cit., 6-7 intravvede una doppia violazione del principio di proporzione: da una parte, la perequazione di situazioni caratterizzate da un'offensività diversissima, dall'altra, un ingiustificabile rigore sanzionatorio per ipotesi ritenute bagatellari. Critiche dello stesso tenore anche da parte di R. Borgogno, *Il delitto di violenza sessuale*, cit., 91, che sottolinea altresì l'eccentricità della scelta italiana rispetto a tutte le altre esperienze straniere. Più di recente anche G. Fiandaca, *Prima lezione di diritto penale*, cit., 138; e A.M. Maugeri, *I reati sessualmente connotati e diritto penale del nemico*, cit., 97.

[336] Se fino a pochi anni fa si poteva «iperbolicamente dire che il principio di proporzione, in diritto penale, è "come l'araba fenice. Che ci sia ciascun lo dice. Dove sia nessun lo sa". Principio circolante nel diritto penale, di quasi autoevidente universalità nella sua enunciazione teorica, esso trova infatti rilevanti difficoltà di razionalizzazione sia sul piano puramente logico che su quello empirico della sua reale effettività» (F. Palazzo, *Il principio di proporzione e i vincoli sostanziali del diritto penale*, in G. Conte, S. Landini [a cura di], *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furgiuele*, vol. I, Mantova, Universitas Studiorum, 2017, 311 ss., testo pubblicato anche in *diScrimen*, 31 ottobre 2018), la dottrina – limitandosi qui a menzionare le opere monografiche – sembra sempre più attenta a coglierne molteplici relazioni con la materia penale (G. Ruggiero, *La proporzionalità nel diritto penale. Natura e attuazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018), non solo con riguardo alla pena (F. Viganò, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2021), talora da declinare a sua volta in relazione alla colpevolezza dell'agente (M.L. Mattheudakis, *L'imputazione colpevole differenziata*, cit., 271 ss.), ma anche con riferimento alla scelta se punire un determinato comportamento (N. Recchia, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di incriminazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2020).

[337] La definizione di «superattenuante», benché riferita ad altro ambito, si deve a E. Dolcini, *Leggi penali* ad personam*, riserva di lege e principio costituzionale di eguaglianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 51 ss.

[338] Cfr. Corte cost. n. 325 del 26 luglio 2005.

nei suoi confini applicativi, comunque non modellati soltanto sulla tipologia di atto realizzato[339].

[339] L'attenuante, appartenente al *genus* delle «attenuanti indefinite» (sulle quali già F. Bricola, *Le aggravanti indefinite [legalità e discrezionalità in tema di circostanze del reato]*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, 1019 ss.), come previsto dalla dottrina, ha finito per lasciare ampia discrezionalità alla giurisprudenza. Per questa come per altre considerazioni critiche sul sistema delle circostanze approntato dalla riforma del 1996, si veda per tutti A. Melchionda, *Limiti tecnici e difetti sistematici della nuova disciplina delle circostanze nei reati sessuali*, in A. Cadoppi (a cura di), *La violenza sessuale a cinque anni dalla legge n. 66/96*, cit., 72 ss. Più in generale, per un affresco sulle recenti riforme che hanno avuto come effetto quello di ampliare la discrezionalità del giudice nel determinare la pena, S. Aleo, E. Lanza, *L'ampliamento degli spazi di discrezionalità del giudice nella determinazione della pena, dal codice Rocco ai giorni nostri, come sintomo della trasformazione penale*, in *Ind. pen.*, 2017, n. 3, 853 ss. Il riferimento del testo ai «casi di minore gravità» in luogo di «fatti di minore gravità» ha consentito alla Cassazione di rinnegare l'auspicio dottrinale di fondare la valutazione sui parametri oggettivi tra quelli elencati dall'art. 133 c.p. (in questo senso in giurisprudenza Cass. pen., Sez. III, 15 giugno 2010, n. 27272, in *Cass. pen.*, 2011, n. 4, 1429 ss., con nota di A. Montagna, *La difficile definizione del caso di minore gravità nei reati sessuali*), per proporre invece una valutazione complessiva, che tenga conto di criteri oggettivi e soggettivi, volta a dare rilievo ad una serie di indici riconducibili, tenuto conto della *ratio* della norma, al «grado di coartazione esercitato sulla vittima, alle condizioni, fisiche e mentali, di quest'ultima, alle caratteristiche psicologiche, valutate in relazione all'età, all'entità della compressione della libertà sessuale ed al danno arrecato alla vittima anche in termini psichici». Seguono questo orientamento Cass. pen., 24 marzo 2000, n. 5646, in *Riv. Pen.*, 2000, 804; Cass. pen., 13 novembre 2007, n. 45604; Cass. pen., 27 settembre 2006 (dep. 6 dicembre 2006), n. 40174. Ne consegue che la tipologia dell'atto posto in essere, lungi dall'essere di per sé elemento dirimente ai fini della scelta in ordine alla concessione della circostanza attenuante, va valutata solo come uno degli elementi indicativi. In armonia con questi principi, non sono mancate pronunce, pure salite alla ribalta della cronaca, che hanno riconosciuto come non ostativo al riconoscimento della "superattenuante" il fatto che fosse stato realizzato un rapporto sessuale completo. Cfr. Cass. pen. Sez. III Sent., 1 luglio 2014, n. 39445, in *Giur. it.*, 2015, 4, 984 ss., con nota di L. Goisis, *Violenza sessuale e attenuante dei casi di minor gravità: gli incerti confini dell'elemento circostanziale*; nonché in *Dir. pen. proc.*, 2015, n. 7, 858 ss., con nota di S. Larizza, *Violenza sessuale: il ridimensionamento della gravità del fatto in una singolare decisione della Cassazione*. In dottrina si è anche proposto di riconoscere l'attenuante in tutti i casi non contrassegnati da violenza o minaccia, cfr. R. Bartoli, *Lettera, precedente, scopo*, cit., 1792, secondo la cui opinione, posto che «sulla base del diritto vivente si finiscono per punire alla stessa stregua aggressioni alla libertà di autodeterminazione e aggressioni all'onore», allora «potrebbe divenire fondamentale anche una valorizzazione della attenuante dei casi di minor gravità, ammettendo che la sola "tipologia" di aggressione in assenza di violenza o minaccia possa essere di per sé sufficiente a integrarla».

L'attenuante, tuttavia, non fa venire meno l'"etichetta" di violenza sessuale, che finisce per essere applicata anche a fatti, appunto, di «minore gravità».

Ciò non pare rispettare il principio del c.d. "*fair labelling*" che, come insegna in particolare autorevole dottrina inglese, costituisce una delle declinazioni della proporzionalità[340]. Il principio, infatti, richiede che le distinzioni fra tipologie di reati e gradi di disvalore («*degrees of wrongdoing*») largamente condivise nella società siano rispettate ed evidenziate dal diritto e, di conseguenza, che i reati siano suddivisi ed etichettati («*labelled*») in modo da rispecchiare fedelmente la natura e la gravità dell'azione illecita[341]. Il "*fair labelling*" dovrebbe non solo aiutare ad assicurare l'adozione di una risposta sanzionatoria proporzionata al fatto commesso, ma anche assolvere ad una rilevante funzione comunicativa[342]. In primo luogo, nei confronti di coloro che devono assumere delle decisioni che riguardano il reo, come gli operatori del sistema della giustizia penale[343]. Da questo punto di vista, il *nomen iuris* acquisisce particolare rilevanza non solo nel momento della commisurazione della pena principale, anche laddove occorra verificare eventuali precedenti condanne cui l'imputato è stato sottoposto (che devono esprimere con precisione quanto era stato commesso), ma anche in relazione ad altre conseguenze che il diritto ricollega ad una determinata qualificazione giuridica[344]. Sot-

---

[340] Il principio è stato elaborato in modo sistematico dall'autorevole studioso di Oxford, Andrew Ashworth, inizialmente in uno scritto del 1981 (A. Ashworth, *The elasticity of mens rea*, in C. Tapper [a cura di], *Crime, proof and punishment. Essays in memory of Sir Rupert Cross*, Londra, Butterworths, 1981, 53 ss.), poi anche nel suo celebre manuale sui principi del diritto penale (A. Ashworth, J. Horder, *Principles of criminal law*, 7ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2013, 77 ss.) e, come dà conto lo stesso Ashworth nel manuale, è stato successivamente sviluppato da due studiosi scozzesi: J. Chalmers, F. Leverick, *Fair labelling in criminal law*, in *Modern Law Review*, 2008, n. 71, 217 ss.

[341] Cfr. A. Ashworth, J. Horder, *Principles of criminal law*, cit., 77. Nel testo si è "parafrasata" la seguente definizione dell'Autore: «*Its concern is to see that widely felt distinctions between kinds of offences and degrees of wrongdoing are respected and signalled by the law, and that offences are subdivided and labelled so as to represent fairly the nature and magnitude of the law-breaking*».

[342] Per entrambi gli aspetti, v. *ibidem*.

[343] Cfr. J. Chalmers, F. Leverick, *Fair labelling in criminal law*, cit., 234.

[344] *Ibidem*. Poco dopo (235), peraltro, gli Autori sottolineano che l'etichetta acquisisce importanza anche per soggetti che operano al di fuori del "*criminal justi-*

to questo profilo, l'affermazione di responsabilità penale per violenza sessuale nei casi di minore entità e disvalore risulta particolarmente problematica con riguardo all'irrogazione di pene accessorie[345], ma anche alla possibile applicabilità di una ricca serie di regole processuali "speciali"[346].

In secondo luogo, secondo la teoria del "*fair labelling*", il *nomen iuris* parlerebbe anche alla società nel suo complesso e avrebbe una funzione simbolica, «declamatoria» («*declaratory function*»), capace di indicare alla collettività come debba essere qualificato e giudicato l'autore del fatto[347], con la conseguenza che, qualora l'etichetta applicata al reato non riflettesse accuratamente il grado e la natura dell'illecito, il reo potrebbe essere stigmatizzato in modo *sproporzionato* e, dunque, ingiusto[348].

---

ce system", come per esempio, i datori di lavoro, i quali hanno interesse a conoscere se un dipendente, o una persona candidata a diventarlo, sia stato in precedenza condannato e, in caso positivo, per qualche reato. Ebbene, in quest'ottica, l'etichetta normativa che è stata attribuita al comportamento realizzato dal soggetto può essere decisiva nella formazione di una decisione.

[345] Per le quali, alcune assai penalizzanti, si veda l'art. 609-*nonies* c.p. Il discorso vale anche in prospettiva *de iure condendo*, visti i continui aggiornamenti legislativi che la materia subisce in relazione a tutti gli aspetti di "contorno" (v. anche i riferimenti in nota *supra*, I, § 11). Da questo punto di vista, risulta estremamente rigoroso il trattamento riservato ai "*sex offender*" ("delinquenti sessuali) negli Stati Uniti, dove ad una pena carceraria spesso effettiva si accompagnano misure durissime, che risulterebbero a dir poco assurde se applicate ai casi di minore gravità. Sul tema, M. Vitiello, *Punishing sex offenders: when good intentions go bad*, in *Arizona State Law Review*, 2008, vol. 40, 2, 651 ss. La prevalenza di prospettiva repressiva rispetto ad una "trattamentale" orientata al recupero del *sex offender* (su quest'ultima, si veda T. Thomas, *Sex crimes. Sex offending and society*, Abingdon Oxon-New York, Routledge, 2016, 108 ss.) risulta una costante a livello internazionale e anche il nostro ordinamento non sembra fare eccezione, pur senza raggiungere la drasticità ed il rigore delle misure americane. In proposito, anche per maggiori riferimenti bibliografici, sia italiani che internazionali, si vedano M. Bertolino, *Il trattamento del delinquente sessuale tra legislazione e prassi. Introduzione al focus*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 1805 ss., D. Petrini, *Il trattamento del delinquente sessuale, tra esigenze securitarie e controllo della recidiva*, *ivi*, 1823 ss., nonché gli altri contributi del focus. In questa prospettiva, non sono mancate, anche di recente, proposte di legge dirette ad introdurre la castrazione farmacologica. Cfr. M. Telesca, *La proposta di legge sulla castrazione farmacologica. Verso la riscoperta delle pene corporali: ossia prove di arcaismo penale*, in *Ind. pen.*, 2019, n. 3, 596 ss.

[346] Sul punto si rimanda *supra*, I, § 11.

[347] Cfr. ancora A. Ashworth, J. Horder, *Principles of criminal law*, cit., 77.

[348] Cfr. J. Chalmers, F. Leverick, *Fair labelling in criminal law*, cit., 226.

Il corollario del principio, pertanto, è che, laddove vi siano distinzioni che rispecchino il sentire sociale, sarebbe bene dividere le fattispecie di reato in gradi oppure creare più reati con rubriche diverse[349]. Del resto, le stesse rubriche dei delitti dovrebbero rappresentare realtà socio-criminologiche preesistenti, di talché "etichettare" normativamente un fatto in modo molto diverso da come esso viene inquadrato nella percezione sociale può creare smarrimento tra i consociati[350]. Peraltro, se essi avvertono "sproporzionata" una certa qualificazione giuridica, il precetto penale rischia di perdere la propria funzione di argine ai comportamenti delittuosi, non riuscendo a svolgere prevenzione generale e speciale positiva e minando, invece, la fiducia nell'ordinamento giuridico[351].

Da questa prospettiva, il raggruppamento nel medesimo delitto di abbracci insistenti, fugaci "pacche" sul sedere, bacetti sulle guance, da un lato, e masturbazioni violente, inserimenti di oggetti in parti intime, coiti anali ed orali forzati, dall'altro, parrebbe aver pro-

---

[349] In questa prospettiva, dunque, qualora si ritenesse congruo punire penalmente anche intrusioni "minori" nella sfera sessuale come quelle descritte *supra*, potrebbe allora risultare opportuna l'introduzione di una fattispecie *ad hoc* di molestie sessuali (comunque tutta da studiare sul piano della determinatezza-tassatività, profilo sul quale si rimanda alle osservazioni di L. Stortoni, *Relazione di sintesi*, in A. Cadoppi (a cura di), *Commentario delle "Norme contro la violenza sessuale"* (Legge 15 febbraio 1996, n. 66), cit., 473 ss.). Se la classificazione in fattispecie differenti presenta il pregio di una maggiore aderenza di ciascuna condotta tipica al reale disvalore come percepito dalla coscienza sociale, nondimeno parte della dottrina pone in guardia sul fatto che assecondare normativamente le distinzioni "rappresentative" dei fatti criminosi, seppur accomunabili sotto il profilo del bene giuridico aggredito ovvero della gravità del comportamento, rischia di determinare un rischio di "sovracriminalizzazione" («*overcriminalization*»). In proposito, si vedano i moniti di D. Husak, *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 20 ss.

[350] Cfr. A. Cadoppi, *"Un bacio è solo un bacio"*, cit., 45. Per una recente riflessione sui rapporti tra "nomi del reato" e tipicità penale, C. Sotis, *Vincolo di rubrica e tipicità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1346 ss., nel quale l'Autore si interroga se, sul piano dell'interpretazione, il nome del reato possa indicare soluzioni di tipicità (in particolare da 1376 ss.).

[351] Sul punto si vedano le riflessioni di V. Militello, *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, Milano, Giuffré, 1982, 119; e, nella dottrina inglese, di V. Tadros, *Fair labelling and social solidarity*, in L. Zedner, J. Roberts (a cura di), *Principles and values in criminal law and criminal justice: essays in honour of Andrew Ashworth*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 67 ss., in particolare 79.

vocato una divaricazione tra la conformazione della fattispecie ed il sentire sociale[352].

Ciò sembra dimostrato, ad esempio, da un recente caso che ha avuto ampio rilievo nella cronaca. Nel novembre 2021, all'esito della partita di Serie A Empoli-Fiorentina, la giornalista Greta Beccaglia è stata repentinamente schiaffeggiata alle natiche da un tifoso proveniente dallo stadio mentre, in diretta su un'emittente locale, commentava il risultato e si apprestava a realizzare interviste nella tifoseria. Basta una piccola ricerca sugli archivi *web* dei principali organi di informazione per evidenziare come il fatto fu qualificato in maniera unanime come "molestia sessuale"[353]. È così che quando,

[352] Sul disorientamento creato nei destinatari delle norme della comunanza di etichetta tra tali condotte, già A. Cadoppi, M. Vitiello, *A kiss is just a kiss, or is it?*, cit., 222; e, più di recente, A. Cadoppi, *Il "reato penale". Teorie e strategie di riduzione della criminalizzazione*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2022, 300-302.

[353] I titoli impiegano in maniera costante il termine "molestia" e qualificano la giornalista come "molestata". Cfr., ad esempio, *Giornalista molestata in diretta Tv da un tifoso dopo Empoli-Fiorentina: "Mi ha dato uno schiaffo sul sedere"*, in *La Stampa* (versione *on-line*), 28 novembre 2021; *La Giornalista Greta Beccaglia molestata con una pacca al sedere in diretta Tv da un tifoso. Condanna dell'Odg*, in *AgenPress.it*; *Giornalista molestata in diretta tv: "Io sola, sotto la curva, tra palpeggiamenti e insulti sessisti"*, in *La Repubblica* – Firenze (versione *on-line*); *Giornalista molestata in diretta Tv dopo Empoli-Fiorentina*, in *Skytg24.com*; *Greta Beccaglia molestata in diretta tv. La polizia esamina i video*, in *Il Mattino* (versione *on-line*), 28 novembre 2021; *Il caso della cronista sportiva molestata in diretta*, in *Agi.it*, 28 novembre 2021; *Giornalista molestata in Tv: la polizia cerca il tifoso responsabile del gesto. Condanna unanime*, in *Il Secolo d'Italia* (versione *on-line*), 28 novembre 2021; *Giornalista molestata in diretta tv sporge denuncia-querela. Identificato l'aggressore*, in *rainews.it*, 29 novembre 2021; *Giornalista pratese molestata da un tifoso viola dopo la sconfitta nel derby a Empoli. Indaga la polizia*, in *Il Tirreno* – Prato (versione *on-line*), 28 novembre 2021. Di riflesso, l'autore del fatto è stato considerato un "molestatore": *Greta Beccaglia, il molestatore è anconetano*, in *Anconatoday.it*, 29 novembre; *Il molestatore di Greta Beccaglia si trasferisce in un luogo segreto*, in *FanPage.it*, 1 dicembre 2021; *Andrea Serrani, Daspo al molestatore di Greta Beccaglia*, in *Il Resto del Carlino* – Ancona (versione *on-line*), 30 novembre 2021. Sulla stessa lunghezza d'onda le reazioni politiche di condanna al gesto. Come si legge nell'articolo de *La Stampa* menzionato, «Solidarietà esprime anche Maria Elena Boschi di Italia Viva: «Comportamenti simili non sono "bravate" ma molestie. Nessuno si può prendere la libertà di toccare una donna senza il suo consenso». Interviene sui social Laura Boldrini del Pd: «Gravissimo quanto accaduto alla giornalista Greta Beccaglia, a cui va la mia vicinanza. Prima le molestie, poi l'umiliazione». […] Ad esprimerle solidarietà, ecco il presidente della Regione Liguria, Giovanni Toti: «Non sono più accettabili né le molestie né chi le minimizza.

qualche mese più tardi, in linea con molte pronunce della Cassazione sulla "pacca sul sedere"[354], la Procura di Firenze ha chiesto il rinvio a giudizio del tifoso per violenza sessuale, buona parte dell'opinione pubblica ha trovato quantomeno problematica la qualificazione giuridica data ai fatti[355].

I due aspetti di criticità qui descritti – prevedibilità e proporzione – risultano, da questo punto di vista, altamente correlati, poiché se è vero che c'è uno iato tra realtà socio-culturale e realtà normativa, allora pare quantomeno dubbio che chi sferra la "pacca sul sedere" o si lascia andare ad altre azioni simili – certamente sconvenienti, moleste, gravi, talvolta brutalmente sessiste come nel caso "Beccaglia", ma imparagonabili a stupri violenti – preveda la possibilità di essere condannato a titolo di violenza sessuale, per via di un'in-

---

[…] Anche l'Ordine dei giornalisti della Toscana ha preso posizione denunciando l'«episodio gravissimo di molestia nei confronti di una giornalista avvenuta in diretta tv e condannando l'accaduto».

[354] Cfr., ad es., An. Stile, *Anche la 'pacca' sul sedere costituisce violenza sessuale. L'interpretazione della Cassazione sulla nozione di atto sessuale*, in *Cass. pen.*, 2005, 1182 ss.

[355] In molti casi nei media ciò viene celato dietro espressioni che tradiscono un certo disagio per la qualificazione giuridica, come la ricorrenza del verbo "rischiare molto" (forse troppo?) e la frequente sottolineatura della cornice edittale dell'art. 609-*bis* c.p. (6-12 anni), quasi a suggerirne la sproporzione. Compare poi sempre il richiamo alla molestia, in qualche modo contrapposto alla violenza sessuale. Si vedano ad es., *Il tifoso che molestò Greta Beccaglia rischia molto: chiesto rinvio a giudizio per violenza sessuale*, in *Fanpage*.it, 8 luglio 2022 (nel sottotitolo: *Andrea Serrani, il 45enne che lo scorso novembre molestò in diretta TV la giornalista Greta Beccaglia, rischia di andare a processo per il suo gesto: la Procura ne ha infatti chiesto il rinvio a giudizio con l'accusa di violenza sessuale, un reato punito con la reclusione da 6 a 12 anni*); *Greta Beccaglia giornalista molestata in diretta tv, il tifoso rischia il processo per violenza sessuale*, in *La Gazzetta dello Sport* (versione *on-line*), 8 luglio 2022. Tra le prese di posizione più nette ci si limita a segnalare quella della nota giornalista Natalia Aspesi su *La Repubblica*, 1 dicembre 2021: «mi dispiace io, e spero non solo io, oggi voglio fare la differenza tra offesa e crimine e penso che una mano sul sedere esiga delle scuse ma non meriti l'ergastolo anche perché penso che nel tempo del fattaccio tre persone morivano sul lavoro. Tutti ad occuparsi di quel sedere, nessuno di quei tre morti» (il titolo dell'articolo è *I morti sul lavoro e il molestatore di Empoli: i crimini e l'offesa*); e quella di Vittorio Sgarbi, in quel momento deputato della Repubblica, che nel corso di una trasmissione televisiva, presente la giornalista, ha sostenuto senza mezzi termini che l'episodio non va considerato una violenza sessuale (il video è ancora disponibile sul canale *Youtube* de *La7*, *https://www.youtube.com/watch?v=8DUsK5yqK98*).

terpretazione scarsamente tassativa fornita dalla giurisprudenza, per quanto consolidata possa essere.

Ora, tirando le somme della digressione effettuata, sembra potersi affermare che non solo il delitto di violenza sessuale è traslato da un modello di illecito a forma vincolata ad uno a condotta libera, ma anche che la stessa dimensione sessuale del fatto viene ricostruita di volta in volta dal giudice.

Nel passaggio da una fattispecie plastica, che «parla fisiognomicamente», come l'antica violenza carnale, ad una fattispecie indeterminata e ormai incentrata su aspetti relazionali, è in fondo racchiuso il passaggio da un «diritto penale delle cose visibili» ad un «diritto penale delle cose invisibili»[356]. Anche quegli Autori che, sottolineando la pericolosità delle definizioni giuridiche («*omnis definititio in iure periculosa*»), avevano ritenuto comprensibile che il legislatore non avesse prodotto una definizione di atti sessuali, sembrano essersi ricreduti per via dell'evoluzione del diritto vivente[357]. La presenza di un'unica

[356] In proposito le ficcanti considerazioni di M. Papa, *La fisiognomica della condotta illecita nella struttura dei reati sessuali: appunti per una riflessione sulla crisi della tipicità*, in G. De Francesco, A. Gargani, D. Notaro, A. Vallini (a cura di), *La tutela della persona umana*, cit., 145 ss., in particolare 146 e 152 per le espressioni utilizzate nel testo. In effetti, la relazione interpersonale che si sviluppa tra autore e vittima, difficilmente osservabile in modo oggettivo dall'esterno, sembra assumere sempre maggior rilevanza. Sia sul piano della condotta, cioè della valutazione della sussistenza della coercizione, e in particolare della presenza-assenza di consenso da parte del partner, aspetto per definizione "invisibile" se non parametrato sulla condotta violenta, che sul piano del carattere sessuale degli atti realizzati. Non a caso, la tesi relazionale di L. Picotti, *Il delitto sessuale: da sfogo «non autorizzato» della libidine a «rapporto interpersonale» illecito*, cit., 423 ss., è da sempre andata incontro a critiche proprio in relazione ai profili della tassatività e della prevedibilità. Di recente, un approccio piuttosto simile, seppur scevro da espliciti richiami alla precedente tesi di Lorenzo Picotti, sembra contrassegnare la proposta, invero molto articolata, di ricostruzione dell'atto sessuale di A. Martini, *La tipicità alla prova delle migliori intenzioni: l'incerta nozione di atto sessuale*, in *Leg. pen.*, 27 luglio 2022, in particolare 32 ss.

[357] Cfr. A. Cadoppi, *"Un bacio è solo un bacio"*, cit., 31 ss. In generale, sulla pericolosità delle definizioni nel diritto penale, si vedano i contributi ospitati nel volume curato proprio da A. Cadoppi (a cura di), *Il problema delle definizioni legali nel diritto penale:* omnis definitio in iure periculosa*?*, Padova, Cedam, 1996. Il problema definitorio applicato alla sessualità si è posto di recente anche in relazione alla pornografia, sia minorile, la cui definizione è cristallizzata nel nostro codice penale all'ultimo comma dell'art. 600-*ter* c.p., introdotto nel 2012 in seguito alla Convenzione di Lanzarote, sia "non consensuale", rispetto alla quale il legislatore

fattispecie è ormai difesa soltanto dalla dottrina femminista, la quale, per scongiurare il rischio di un ritorno a distinzioni basate sulla penetrazione, si trincera dietro ad esempi di assai gravi imposizioni sessuali che poco hanno a che vedere con la galassia dei baci "rubati"[358].

In una prospettiva – ormai inevitabile – di riforma, dunque, sembra il caso di considerare il ripristino di una graduazione degli abusi sessuali a seconda del loro disvalore, studiando nuove soluzioni che tengano conto della complessa fisiognomica dell'atto sessuale ma, al tempo stesso, non finiscano per attestarsi solo su canoni ricollegabili alla vetusta centralità della penetrazione[359].

Per «lo squallore dei toccamenti lascivi», ad ogni modo, è meglio «pensare ad una dimensione meno ipertrofica della violenza sessuale»[360].

---

ha preferito non definire cosa si intenda per «sessualmente esplicito» all'art. 612-*ter* c.p. Per considerazioni tutto sommato adesive alla scelta legislativa, anche sulla base delle lezioni che si possono trarre dall'opposta esperienza inglese (sulla quale, con accenti problematizzanti, A.A. Gillespie, *"Trust me, it's only for me": "revenge porn" and the criminal law*, in *Criminal Law Review*, 2015, 866 ss., spec. 869), sia consentito il rinvio a G.M. Caletti, *Libertà e riservatezza sessuale all'epoca di* Internet. *L'art. 612*-ter *c.p. e l'incriminazione della pornografia non consensuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 2069.

[358] Cfr., ad esempio, E. Biaggioni, *Reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale,* cit., in particolare 63 ss., che menziona, quali ipotesi di pari rilevanza rispetto alla penetrazione, ipotesi quali strofinare il pene su viso e sulle labbra e leccare interamente il corpo, compresi i genitali, della vittima impotente. Curiosamente, l'originale formulazione italiana ha di recente attirato interesse negli Stati Uniti, dove una studiosa, criticando l'approccio del più volte menzionato articolo comparatistico tra i due Paesi A. Cadoppi, M. Vitiello, *A kiss is just a kiss, or is it?*, cit., apparso appunto su un *law journal* americano, ha valorizzato l'interpretazione estensiva della giurisprudenza italiana in prospettiva de iure condendo. Cfr. R.A. Van Cleave, *Sudden, forced, and unwanted kisses in the #MeToo era: why a kiss is not "just a kiss" under Italian sexual violence law*, in *University of Detroit Mercy Law Review*, 2019, vol. 96, 627 ss.

[359] Come noto, l'eventuale introduzione di una fattispecie dedicata alle molestie sessuali pone consistenti problemi di tipizzazione. Rinviando alla terza parte per maggiori riferimenti, ci si limita qui a segnalare come i modelli che si stagliano siano essenzialmente due. Da una parte, quello tedesco, che richiede un contatto fisico tra le parti; dall'altra quello inglese, nel quale il c.d. *harassment* è costituito soprattutto da condotte non fisiche, posto che quando vi è un contatto a sfondo sessuale si ricade nella fattispecie di *sexual assault* (v. *infra*, III, § 10).

[360] Prendendo in prestito le espressioni di T. Padovani, *Pre-Art. 609*-bis *c.p. Commento ad Art. 2 l. 15 febbraio 1996, n. 66*, in A. Cadoppi (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, cit., 435.

13. *Rilievi di sintesi sulla costrizione violenta nel diritto vivente: un dogma da abbandonare a tutela… del reo!*

Giunti a conclusione di un tortuoso tragitto all'interno del diritto vivente, l'analisi realizzata sollecita una pluralità di riflessioni di sintesi.

Un primo rilievo potrà apparire scontato alla luce dell'itinerario proposto, ma non lo è affatto in relazione alle finalità della ricerca, specie a seguito dell'approfondimento del capitolo precedente: il "dogma" della costrizione violenta si è dimostrato inadeguato a soddisfare le crescenti richieste di protezione dell'autodeterminazione in campo sessuale.

L'ampia casistica analizzata ha messo in evidenza come vi siano molti tipi di intrusione sessuale che prescindono da una effettiva costrizione violenta, intesa quale antecedente eziologico di uno stato di coazione e di un atto sessuale sgradito (v. *supra*, § 1). Se da tempo dottrina e giurisprudenza avevano messo a fuoco alcune condotte problematiche, come quelle caratterizzate dalla repentinità dell'atto (v. *supra*, § 4.1), l'esame delle pronunce più recenti colloca in primo piano diverse ipotesi contraddistinte da un'offensività tangibile, ma – almeno in teoria – incompatibili con l'attuale formulazione dell'art. 609-*bis* c.p., non solo se letta secondo le logiche stringenti della "*vis atrox*" (v. *supra*, § 2) ma pure del modello edulcorato della forza di qualsiasi intensità (v. *supra*, § 3). Si fa riferimento, ad esempio, al caso in cui la volontà di uno dei partner muti *in itinere* (c.d. "*rape by omission*" o "*post-penetration rape*", v. *supra*, § 6.1), alle pressioni psicologiche realizzate non direttamente dal soggetto agente ma dall'ambiente nel quale si sviluppano i fatti (v. *supra*, § 4.2), allo sfruttamento dello stato di incoscienza della persona offesa (v. *supra*, §§ 7, 8.1), fino al recente fenomeno della rimozione non consensuale del preservativo (c.d. "*stealthing*"), paradigmatico della realizzazione di atti sessuali secondo modalità diverse da quelle concordate (v. *supra*, § 6.2).

Si tratta di un risultato in larga misura atteso, specialmente per via delle profonde connessioni tra la struttura del delitto di violenza sessuale e concezioni ormai arcaiche della sessualità (v. *supra*, I).

Assai meno prevedibile, invece, è che tutte le ipotesi menzionate, così come altre, siano state ricondotte all'art. 609-*bis*, comma 1, c.p. dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione. In principio, come si è visto, ciò è avvenuto attraverso la forzatura testuale della tesi della violenza "impropria", derivante da suggestioni tedesche (v. *supra*, § 5), che ha consentito di attrarre nell'alveo del "*Gewaltbegriff*" ipotesi classiche come i gesti a sorpresa, le violenze "potenziali" dei sanitari (per entrambi, v. *supra*, § 4.1) e, in qualche caso, anche le "costrizioni ambientali" (v. *supra*, § 4.2) e le situazioni di minorata difesa della vittima (v. *supra*, § 5). In seguito, all'incirca dopo la riforma del 1996 (ma ogni scansione temporale è del tutto indicativa), nelle decisioni della Corte è venuto meno ogni riferimento alla violenza, ancorché smaterializzata, ed il baricentro del delitto si è spostato dapprima sull'espressione di un "mero" dissenso (v. *supra*, § 6) e poi, definitivamente, sulla assenza di un valido consenso espresso (v. *supra*, § 7). La tendenza della giurisprudenza ad adottare geometrie consensualistiche è stata confermata anche da un'analisi delle pronunce relative alla costrizione mediante abuso (v. *supra*, § 8.3), nonché dall'evoluzione del secondo comma. Anch'esso viene letto e applicato di fatto ignorando la previsione di una condotta induttiva (v. *supra*, §§ 8.1. e 8.2).

Come rilevato, si è al cospetto di una vera e propria ridefinizione della tipicità della violenza sessuale, sia per costrizione che per induzione, probabilmente incentivata dal quadro normativo sovranazionale, al quale l'esito ermeneutico cui giunge la giurisprudenza di legittimità risulta "conforme" (v. *supra*, § 10), ma in evidente antitesi con il principio di legalità e le sue declinazioni (v. *supra*, § 11).

In questa lunga transizione, il disvalore dell'illecito, inizialmente in gran parte ascritto alla specifica modalità violenta di realizzazione della condotta, sulla quale era modellato il reato, è venuto a concentrarsi solo sull'evento, ovvero l'effetto di coartazione della volontà di chi subisce un atto sessuale non acconsentito[361], con an-

[361] Per alcune considerazioni in merito, F. Viganò, *La tutela penale della libertà individuale*, cit., 162; mentre per uno studio trasversale sulla tematica del disvalore di azione nella dottrina italiana, M. Mantovani, *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel sistema penale vigente*, Bologna, Bononia University Press, 2014.

che quest'ultimo che, nella prassi, risulta sempre più sfibrato ed indefinito (v. *supra*, § 12). L'elaborazione giurisprudenziale ha dunque trasformato la violenza sessuale in un "reato aquiliano"[362], dalla tipicità «debole»[363], segno distintivo anche degli altri principali reati contro la persona (l'omicidio, le lesioni personali, il sequestro di persona), categoria nella quale, per l'importanza dei beni in pericolo, il modello di reato prevalente non è l'illecito incentrato sulla modalità di lesione, ma appunto l'«illecito *di* lesione»[364].

La "scelta" politico-criminale è certamente plausibile e, forse pure più coerente con una visione moderna delle interazioni sessuali (come si è dimostrato, la limitazione alla violenza è il retaggio di una storia contrassegnata da altri valori), ma diversa da quella effettuata dal legislatore del 1996 che, nel riformare la materia, ha inteso rimanere fedele all'impianto originario del codice.

Ciò porta a chiedersi se, in fin dei conti, il tradimento della legalità penale non sia, anzitutto, opera dello stesso legislatore[365]. Da tempo, infatti, nella scienza penalistica si lamenta l'incapacità di delineare correttamente i tipi criminosi[366], talvolta consegnando dei «semi-lavorati»[367], come nel caso della riforma delle false comunicazioni sociali[368], talvolta omettendo di introdurre opportune limi-

---

[362] Cfr. F. Giunta, *I beni della persona penalmente tutelati: vecchie e nuove sfaccettature*, in G. De Francesco, A. Gargani, D. Notaro, A. Vallini (a cura di), *La tutela della persona umana*, cit., 25 ss., spec. 28.

[363] *Ibidem*.

[364] Come fa notare D. Pulitanò, *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2010, 68.

[365] Cfr., ad esempio, M. Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit., 80, il quale segnala che la giurisprudenza "fonte" riempie il vuoto della crisi e dell'inadeguatezza del potere legislativo.

[366] Cfr., ad esempio, F. Palazzo, *Legalità fra* law in the books *e* law in action, cit., 65. Sul declino della politica e del Parlamento, diffusamente anche G. Fiandaca, *Prima lezione di diritto penale*, cit., 122. Denuncia l'assenza di una «progettazione politico-criminale», che favorirebbe una legislazione penale di carattere populistico, la quale si riflette anche nelle «modalità di definizione delle fattispecie incriminatrici», L. Eusebi, *L'insostenibile leggerezza del testo: la responsabilità perduta della progettazione politico criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1668 ss.

[367] Espressione utilizzata *ivi*, 123.

[368] Esempio di cattiva qualità è proprio la legge 27 maggio 2015, n. 69, di riforma del reato di false comunicazioni sociali, che ha eliminato dall'art. 2621 c.c. l'inciso relativo al falso valutativo, rimettendo espressamente alla giurisprudenza la

tazioni all'area della punibilità come nel caso dell'aiuto al suicidio[369] o, per restare in un ambito inerente alla sfera sessuale, della pornografia "domestica" minorile[370].

La mancata riforma della struttura della violenza sessuale e la successiva lunga inerzia legislativa paiono ancor più inopportune per una serie di motivi. In primo luogo, secondo quanto si è potuto apprezzare nelle pagine che precedono, al momento della legge n. 66 del 1996 la tesi della violenza "impropria" permeava già molte

---

questione della sua rilevanza penale. In proposito si veda, per tutti, A. Alessandri, *La falsità delle valutazioni di bilancio secondo le Sezioni unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2016, 1479 ss.; F. D'Alessandro, *La riforma delle false comunicazioni sociali al vaglio del Giudice di legittimità: davvero penalmente irrilevanti le valutazioni mendaci?*, in *Giur. it.*, 2015, pp. 2211 ss.

[369] In questo caso, come noto, è stata la Corte costituzionale ad essere investita della legittimità dell'incriminazione prevista dall'art. 580 c.p., in particolare con riguardo all'agevolazione al suicidio in determinate situazioni, come quella di Fabiano Antoniani, dalla cui vicenda ha tratto origine il ricorso alla Corte. La letteratura penalistica, anche recente, sul fine vita è ora amplissima. Per una ricostruzione degli ultimi sviluppi, nonché per la proposizione di una tesi originale, diretta a distinguere tra "ferite dell'anima" e "corpi prigionieri", si rimanda per tutti al recente volume di S. Canestrari, *Ferite dell'anima e corpi prigionieri. Suicidio e aiuto al suicidio nella prospettiva di un diritto liberale e solidale*, Bologna, Bononia University Press, 2021.

[370] Anche in questo caso la Corte ha dimostrato notevole intraprendenza, introducendo nel diritto vivente una causa di non punibilità, nella sostanza assimilabile a quanto proposto dalla Convenzione di Lanzarote e dalla direttiva 2011/93/UE ma non recepito dal legislatore italiano. La questione, come le due menzionate in precedenza, non si presta ad essere riassunta in poche righe. Si rinvia dunque, da un lato, direttamente alla sentenza a Sezioni unite e ai suoi commenti. Cfr. Cass. pen., Sez. un., 28 ottobre 2021 (dep. 10 febbraio 2022), n. 4616, in *Sistema penale*, 25 febbraio 2022, con nota di S. Bernardi, *Le Sezioni unite chiariscono i limiti della (ir)rilevanza della pornografia domestica ai sensi dell'art. 600-*ter *c.p.*; e successivamente anche di D. Rosani, *L'introduzione giurisprudenziale di una clausola di non punibilità per la "pornografia minorile domestica": pensieri critici*, *ivi*, 15 aprile 2022. Dello stesso Autore, peraltro, si segnala una chiara ricostruzione del contrasto che ha dato vita alla pronuncia a Sezioni unite. Si veda Id., *Sexting minorile: le Sezioni Unite chiamate ad esprimersi sul materiale pedopornografico prodotto col consenso del minore (600-ter c.p.)*, in *Sistema penale*, 29 settembre 2021. Per un approfondimento più ampio del tema, che lambisce i problemi del consenso del minore e della sua autonomia, ma anche della necessità di proteggerlo dalla possibile successiva diffusione delle immagini – aspetto peraltro ben presente alle Sezioni unite – si veda M. Bianchi, *I confini della repressione penale della pornografia minorile. La tutela dell'immagine sessuale del minore tra esigenze di protezione e istanze di autonomia*, Torino, Giappichelli, 2019, anche per i ricchi riferimenti alla letteratura straniera in tema di "*sexting*".

decisioni della Corte di legittimità[371]. Sorge dunque il sospetto che sia stata preordinata la scelta di non intervenire – con tutte le difficoltà politiche di scalfire uno dei dogmi della tradizione giuridica – sulla struttura tradizionale del reato, nella rassicurante consapevolezza che sarebbe stata poi la giurisprudenza, posta di fronte all'alternativa tra il non punire in assenza di una prova convincente della violenza e il deformare il tipo legale[372], a rinnovare l'illecito in linea con la nuova collocazione sistematica, nonché ad inseguire le istanze di tutela sollevate di volta in volta dalla prassi. In secondo luogo, il legislatore italiano è rimasto sordo a diverse sollecitazioni sovranazionali, alcune delle quali, come la Convenzione di Istanbul, gli imporrebbero espressamente un intervento legislativo volto a ricalibrare la tipicità dell'art. 609-*bis* c.p. sul consenso (v. *supra*, § 10).

A prescindere da queste considerazioni, lo scollamento che è venuto a crearsi tra legge scritta e diritto giurisprudenziale pare altamente problematico sotto il profilo della capacità di orientamento delle libere scelte d'azione dei cittadini, che dovrebbe costituire uno dei principali riflessi della legalità penale[373]. Allo stato attuale, sembra assai complicato comprendere e prevedere quando un fatto costituisce uno stupro penalmente rilevante per la legge italiana. Ciò non solo per l'incerta fisiognomica assunta dall'«atto sessuale» nel diritto vivente (v. *supra*, § 12), ma soprattutto per l'evoluzione del significato di costrizione violenta. Basti pensare che anche gli stessi

---

[371] Sull'opportunità di realizzare riforme in linea con gli approdi della prassi, ad es., G. Marinucci, E. Dolcini, *Note sul metodo della codificazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 385 ss., in particolare 413. Sulla scarsa attenzione prestata dal legislatore alla prassi al momento della riforma, si rimanda alle considerazioni di M. Virgilio, *Nei dintorni della legge contro la violenza sessuale: un bilancio oltre la giurisprudenza*, in A. Cadoppi (a cura di), *La violenza sessuale a cinque anni dalla legge n. 66/96*, cit., 75 ss., in particolare 178.

[372] Cfr. F. Mantovani, *Appendice*, cit., 4.

[373] Il *nullum crimen*, infatti, imporrebbe che le fattispecie venissero formulate in modo preciso e determinato, di modo che siano in grado di rivolgersi direttamente ai destinatari del precetto. Cfr. G. Vassalli, Nullum crimen, nulla poena sine lege, in *Digesto Disc. pen.*, vol. VIII, 1994, 306. In proposito, risulta particolarmente calzante la metafora utilizzata da Francesco Palazzo, che nel suo manuale descrive le fattispecie criminose come «minuscoli racconti» (F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, 8ª ed., Torino, Giappichelli, 2021, 72). Sul tema, anche le considerazioni di M. Papa, Fantastic voyage. *Attraverso la specialità del diritto penale*, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 2019, in particolare, 55 ss.

giudici di merito in molti casi faticano a recepire le indicazioni della Corte di Cassazione sull'assenza di consenso (v. *supra*, § 9).

Ora, si potrebbe forse obiettare che si tratti di uno sviluppo prevedibile del diritto in relazione ai mutamenti sociali, come fece la Corte EDU in relazione al "*marital rape*" nel Regno Unito (v. *supra*, § 10), o che la prevedibilità possa comunque essere garantita da un consolidarsi del diritto giurisprudenziale. Tali obiezioni potrebbero cogliere nel segno in relazione al superamento del paradigma della "*vis atrox*" in favore di uno meno rigoroso o all'abbandono della richiesta di un onere di resistenza fisica in capo alla vittima, ma sembrano difficilmente accoglibili per quanto riguarda una lettura *contra legem* della disposizione, che fa coincidere il significato della violenza con quello propugnato negli anni dalla dottrina femminista, per cui «la violenza comincia dove non c'è il consenso […], non è la violenza quella che rivela la mancanza del consenso […], è la mancanza di consenso ciò che definisce la relazione sessuale come violenta»[374].

Come si è ampiamente illustrato, la costrizione violenta è da sempre centrale nella disciplina degli abusi sessuali. Non sembra pleonastico ricordare che, a differenza di altri ordinamenti, specie di matrice anglosassone ma non solo, persino il *nomen* del reato non richiama lo stupro, bensì la violenza impiegata per ottenere l'atto sessuale. Si tratta di un fattore che contribuisce fortemente ad identificare nell'immaginario collettivo il reato con il mezzo violento, al quale finisce per ricollegarsi la riprovazione sociale, "pregiuridica", del fatto. D'altronde, come sottolinea da tempo la scienza penalistica, sono i mezzi commissivi a parlare alla fantasia popolare, perché proprio da quei mezzi la fantasia rimane impressionata[375]. E il concetto di violenza è senz'altro tra i più fulgidi esempi in questo senso, come si è potuto verificare in precedenza (v. *supra*, I).

In un'area come quella dei rapporti sessuali, dove antichi retaggi e tradizioni giocano ancora un ruolo rilevante (v. *supra*, I, § 1), solo

[374] T. Pitch, *Un diritto per due: la costruzione giuridica di genere, sesso e sessualità*, Milano, Il Saggiatore, 1998, 171 ss.

[375] Così già Cesare Pedrazzi in uno studio sull'inganno quale mezzo di lesione del patrimonio. Cfr. C. Pedrazzi, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, Giuffré, 1955, 29 ss.

un inequivocabile cambiamento nella legge sembra adeguato a fornire una chiara guida ai cittadini per il loro comportamento. I costumi sessuali sono in continua evoluzione e in questo settore del diritto penale, suggestivamente definito «delle cose invisibili»[376], nel quale per definizione i comportamenti umani sono suscettibili di interpretazioni diverse, è necessario offrire indicazioni quantomai univoche[377].

Da questi punti di vista, una riforma della legge sulla violenza sessuale avrebbe un'innegabile funzione "espressiva"[378]: i media parlerebbero più apertamente di consenso nelle relazioni sessuali, l'opinione pubblica si confronterebbe con il tema e le proibizioni penali tornerebbero ad essere più facilmente conoscibili nei loro contorni essenziali[379].

---

[376] Per una profonda riflessione generale sull'importanza della visualità nella genesi e nella definizione dei reati, nonché sulla crisi del rapporto tra visualità e diritto, riflessa nella sempre maggiore difficoltà di descrivere le fattispecie in modo effettivamente iconografico, cfr. M. Papa, Fantastic voyage. *Attraverso la specialità del diritto penale*, cit.

[377] Per alcune considerazioni ulteriori sia consentito rifarsi a G.M. Caletti, *Coercion by violence and its changing meaning in action. The experience of Italy*, in E. Hoven, T. Weigend (a cura di), *Consent and sexual offenses. Comparative perspectives*, cit., 25 ss.

[378] Si fa qui espresso riferimento alla c.d. "*expressive function*" che la scienza giuridica angloamericana assegna al diritto e, in misura proporzionalmente maggiore, alla sanzione penale. Cfr. J. Feinberg, *The expressive function of punishment*, in *The Monist*, 1965, vol. 49, vol. 3, 397 ss.; A. von Hirsch, *Censure and sanctions*, Oxford, Clarendon Press, 1993; A.R. Duff, *Punishment, communication and community*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 23 ss. Più nello specifico, rimarca l'importanza comunicativa della legge in relazione all'emersione di nuovi fenomeni criminali a sfondo sessuale D.K. Citron, *Law's expressive value in combating cyber gender harassment*, in *Michigan Law Review*, 2009, vol. 108, 373 ss.; Id., *Hate crimes in Cyberspace*, Cambridge Massachusetts-Londra, Harvard University Press, 2014, 73 ss. Nella dottrina italiana, sulla funzione simbolica delle incriminazioni, S. Bonini, *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

[379] Si ritiene la recente legge italiana sulla pornografia non consensuale un buon esempio del potenziale della funzione espressiva della legge, soprattutto in relazione ai reati sessuali. Nel 2016, la prima vittima italiana di tale condotta è stata derisa, umiliata pubblicamente *on-line* e vittima di battute e scherzi persino su media nazionali (cfr. G.M. Caletti, "Revenge porn" *e tutela penale. Prime riflessioni sulla criminalizzazione specifica della pornografia non consensuale alla luce delle esperienze angloamericane*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2018, n. 3, 63 ss., spec. 65-66). Nel 2020, dopo la criminalizzazione avvenuta l'anno prima, una giovane maestra d'asilo le cui foto erano state condivise dal fidanzato con la sua squadra di calcio e poi diffuse, è stata fortemente sostenuta dall'opinione pubblica. Grazie

Peraltro, la supplenza giurisprudenziale nel modificare la *law in action* ha avuto l'effetto di inibire eventuali prese di posizione contro l'obsolescenza dell'impostazione legislativa. In altri contesti, come quello americano, che ha visto prevalere una definizione ristretta di forza fisica (v. *infra*, III), o quello spagnolo, dove le Corti hanno tenuta ferma la distinzione basata sul requisito della violenza tra le fattispecie di *abuso sexual* e *agresión sexual* (v. *supra*, I, § 1), alcune decisioni impopolari, in quanto animate dal rispetto del diritto scritto, hanno consentito alle "*social attitudes*" di manifestarsi in maniera più nitida[380]. La giurisprudenza, quindi, con il suo «autoritarismo ben intenzionato»[381], innesca una sorta di circolo vizioso, perché, sostituendosi al legislatore nell'offrire protezione anche nei casi che non sarebbero coperti dalla legge, rallenta l'emersione in superficie di eventuali nuovi costumi sessuali e il consolidarsi di istanze riformistiche.

Se è vero, dunque, che una riforma sarebbe sorprendentemente necessaria soprattutto nella prospettiva del reo (!), allo stato punito per condotte difficilmente riconducibili all'art. 609-*bis* c.p., è tuttavia innegabile che essa avrebbe risvolti positivi anche sul versante passivo del reato, quello delle persone offese, anzitutto garantendo una maggiore omogeneità di giudizio da parte della giurisprudenza di merito. Inoltre, molte vittime non denunciano lo stupro perché non si rendono conto di essere state *violentate*[382]. Come noto, autore e vitti-

---

a questo sostegno, l'insegnante ha ottenuto le dimissioni della direttrice dell'asilo che l'aveva licenziata in seguito allo scandalo. In proposito, anche per gli opportuni richiami nella stampa, sia consentito il richiamo a G.M. Caletti, *Can affirmative consent save "revenge porn" laws? Lessons from the Italian criminalization of non-consensual pornography*, in *Virginia Journal of Law and Technology*, 2021, vol. 25, 3, 112 ss., spec. 164.

[380] Basti pensare anche, ad esempio, alle polemiche sollevate dalla "sentenza sui *jeans*" (v. *supra*, I, § 10).

[381] Per usare la felice espressione di D. Pulitanò, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, cit., 29 ss., nell'*abstract* e a pagina 42. L'Autore peraltro dà conto di aver impiegato tale espressione già in Id., *Supplenza giudiziaria e poteri dello Stato*, in *Quaderni costituzionali*, 1982, 93 ss.

[382] Secondo lo storico volume di R. Warshaw, *I never called it a rape. The Ms. report on recognizing, fighting, and surviving date and acquaintance rape*, New York, Harper & Row, 1988, basato sullo studio, realizzato tra i *colleges* di tutti gli Stati Uniti, *Ms. Magazine Campus Project on Sexual Assault*, dal quale emergerebbe che, in quel momento circa il 73% delle ragazze vittime di stupro non qualifi-

ma passano giorni ad interrogarsi sul reale significato dei fatti, giungendo poi spesso ad elaborarne una interpretazione in chiave autoindulgente, nel caso dell'uomo-autore, e autocolpevolizzante, nel caso della donna-vittima[383]. Tali letture, in questo momento, sono senz'altro incoraggiate anche dal dato normativo e dalla sua "cristallizzazione" sul piano culturale. Come dimostrato anche di recente, molte vittime, ma anche molti pratici del diritto cui queste si rivolgono per un consiglio tecnico, intendono ancora la violenza in termini strettamente fisici[384]. Al contrario, rimodulare il reato sul consenso 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 delitti sessuali (v. *supra*, I, § 8).

Per comprendere quali possano essere le soluzioni alternative nella prospettiva di una revisione legislativa dell'art. 609-*bis* c.p., occorre guardare oltre i nostri confini.

---

cava la propria esperienza come tale. Il dato ovviamente è stato interpretato anche in chiave critica per sostenere che lo stupro ricorre più negli occhi dei ricercatori che delle stesse vittime (cfr. N. Gilbert, *The phantom epidemic of sexual assault*, in *The Public Interest*, 1991, 103, 54 ss.). In realtà, la tendenza ad autoincolparsi di quanto verificatosi, è una reazione che conferma la serietà del danno insito negli abusi sessuali, che la vittima prova, anche in questo modo, ad esorcizzare. È una delle tesi principali di R. Warshaw, *I never called it a rape*, cit. Peraltro, negli anni le statistiche relative alla percezione delle violenze sessuali nei *campus* sono migliorate, ma solo leggermente. Secondo lo studio di H. Littleton, D. Axsom, A. Grills-Taquechel, *Sexual assault victims' acknowledgment status and revictimization risk*, in *Psychology of Women Quarterly*, 2009, vol. 33, 34 ss., circa la metà delle giovani studentesse costrette ad atti sessuali non qualificherebbe il fatto come stupro. La difficoltà ad inquadrare quanto avvenuto in termini di illiceità è ancora maggiore in relazione a fenomeni recenti come il già menzionato "*stealthing*" (v. *supra*, § 6.2). In proposito, come riporta A. Brodsky, *Rape-Adjacent: imagining legal responses to nonconsensual condom removal*, cit., 183-184, intervistando una volontaria per una linea telefonica per crisi *post* stupro, molte delle chiamate d'aiuto realizzate da vittime di rimozione del preservativo iniziano proprio con l'incertezza sulla qualifica da dare al fatto e, in particolare con la frase «*I'm not sure this is rape, but…*» («Non sono sicura questo sia uno stupro, ma…»).

[383] Sul punto, nella letteratura italiana, I. Merzagora Betsos, *Profili generali criminologici*, in A. Cadoppi (a cura di), *La violenza sessuale a cinque anni dalla legge n. 66/96*, cit., 189 ss.

[384] Cfr. K. Boyle, *What's in a name? Theorising the inter-relationships of gender and violence*, in *Feminist Theory*, 2019, vol. 20, 1, 19 ss.

Capitolo III

«*RAPE BY A RAPIST*»

La ricerca dello «stupro colpevole» nella dialettica angloamericana tra modelli di incriminazione basati sul consenso

«*Rape is an accusation easy to be made and hard to be proved, and harder to be defended by the party accused, though innocent*».

W. Blackstone, *Commentaries on the laws of England* (1769)

«*The zealous, well-groomed female prosecutor who throws the book at "sicko" sex offenders has replaced the 1970s bra-burner as the icon of women's empowerment*».

A. Gruber, *Rape, feminism, and the war on crime* (2009)

Sommario: I. Sezione introduttiva. – 1. Premesse. L'enigma del «*rape by a rapist*». Ragioni di una comparazione: la prominenza del delitto di stupro nei sistemi giuridici angloamericani. – 2. Le origini del delitto di stupro ("*rape*") nella *common law* inglese. Breve storia dei suoi primi sviluppi giurisprudenziali. – II. «*Real rape*»: il problematico allontanamento da "*resistance*" e "*forcible rape*" negli Stati Uniti. – 3. "*Putting the victim on trial*": la giurisprudenza sulla «*resistance to the utmost*» e il diverso trattamento di "*stranger rape*" ed "*acquaintance rape*". – 4. Dalla vittima al reo, dalla resistenza alla forza. Il fallimento dell'approccio del *Model Penal Code* e delle prime riforme femministe in una rassegna di casi storici. – 5. La tesi della "*inherent force*" in *M.T.S.* e il dibattito incendiato dal caso *Berkowitz* («*no is not enough*»): tempo di nuove riforme. – 6. La svolta punitiva del femminismo. Cenni sull'evoluzione del pensiero femminista angloamericano. – III. Dalla forza al consenso. Modelli di incriminazione alternativi alla costrizione violenta. – 7. Le basi (e i problemi) di una ricostruzione consensualistica del delitto. La bidimensionalità del consenso all'atto sessuale spiegata in una ideale «transazione consensuale» trifasica. – 8. "*Yes means yes*": anatomia del consenso affermativo. La declinazione moderata del consenso "espressivo". – 8.1. (*segue*): Il dibattito sulle criticità del paradigma affermativo. Una breve comparazione con la sessualità "digita-

le". – 9. "*No means no*" nella sua declinazione europea: la riforma dei delitti sessuali in Germania. – 10. L'abbandono della forza nell'esperienza inglese. Dal "*reckless rape*" alla punibilità dell'errore colposo sulla presenza del consenso. – 10.1. L'attenzione del modello consensuale puro per la volontà interna della vittima. Quando "sì vuol dire no" ("*yes means no*"). – 11. Sinossi dei modelli e osservazioni di sintesi. – IV. Postilla: le ultime frontiere del dibattito angloamericano. – 12. «*Guilt by accusation*»: gli Stati Uniti alle prese con le distorsioni mediatico-processuali del #*MeToo*. Le spinte femministe per l'incarcerazione di massa. – 13. Le suggestioni provenienti dal Sud del mondo. Gli esperimenti in tema di *restorative justice* di Australia e Nuova Zelanda.

I. *Sezione introduttiva*

1. *Premesse. L'enigma del* «rape by a rapist»*. Ragioni di una comparazione: la prominenza del delitto di stupro nei sistemi giuridici angloamericani*

La retrospettiva storica e l'analisi del diritto vivente hanno evidenziato in modo difficilmente confutabile la necessità politico-criminale di una revisione legislativa del delitto di violenza sessuale, rimasto pericolosamente a cavaliere tra una tipizzazione (pigra e) tralatizia dell'illecito, intimamente connessa ad un tessuto ideologico superato, ed una rilettura adeguatrice all'evolversi dei costumi sociali, ai relativi nuovi bisogni di pena e, non ultimi, agli obblighi internazionali.

Lo stato dell'arte suggerisce, quindi, di volgere lo sguardo fuori dai nostri confini, alla ricerca di indicazioni su come ridefinire la fattispecie incriminatrice prescindendo dalla costrizione violenta. Immaginare una nuova fisionomia per la violenza sessuale richiederà un grado di comparazione ancora più intenso di quello che ha contrassegnato le prime due parti dell'indagine[1], nelle quali il metodo compa-

[1] Elabora una scala di sei livelli, rappresentativi di rispettivi stadi dell'evoluzione della scienza penale comparata, A. Cadoppi, *Tra storia e comparazione. Studi di diritto penale comparato*, Milano, Cedam-Wolters Kluwer, 2014, 95 ss. Si tratta di livelli, come specifica l'Autore, che non indicano che uno sia più nobile o scientificamente apprezzabile dell'altro, ma che corrispondono alle varie funzioni che può assolvere la comparazione penalistica. Tra di esse, in questa fase dell'indagine quella che rileva maggiormente è la funzione di ausilio alla riforma penale, ovvero, per mutuare le parole di un Autorevole studioso del passato, quella che vede utilizzare il diritto penale comparato come «mezzo di ricerca nell'ambito della politica crimi-

rato è stato comunque largamente impiegato[2]. Rispetto al primo capitolo, fermi i costanti cenni allo stato del dibattito internazionale sui temi affrontati, si può infatti considerare *comparatistica* la stessa impostazione complessiva poiché, a ben vedere, quando la comparazione si svolge in forma diacronica essa si risolve nell'analisi storica[3]. Nel secondo, invece, la ricostruzione del diritto vivente è avvenuta anche misurandolo su casi e questioni affrontati prima in altri ordinamenti giuridici[4], per di più in costante dialogo con la dottrina internazionale.

Di recente, molti Paesi europei (ad esempio, Germania, Svezia, Spagna, ma anche Grecia e Islanda) hanno rimesso mano alle rispettive discipline dei reati sessuali. Non si mancherà di guardare con interesse anche ad alcune di tali esperienze, peraltro spesso contraddistinte da profili di originalità, ma l'attenzione sarà principalmente rivolta agli ordinamenti angloamericani[5], come pare oggi preferibile chiamarli in forza della progressiva dissolvenza di un'evidente linea di demarcazione tra sistemi giuridici di "*common law*" e "*civil law*"[6].

---

nale» (cfr. P. Nuvolone, *Il diritto penale comparato quale mezzo di ricerca nell'ambito della politica criminale*, in *Ind. pen.*, 1980, 5 ss.). Del resto, come osserva G. Fornasari, *L'evoluzione della comparazione giuridica in ambito penalistico*, in A. Somma, V. Zeno Zencovich (a cura di), *Comparazione e diritto positivo. Un dialogo tra saperi giuridici*, Roma, RomaTre Press, 2021, 319 ss., l'obiettivo prevalente della comparazione nella scienza penalistica italiana è stato studiare soluzioni in chiave *de iure condendo* («lo slancio principale che ha avuto da noi lo studio comparatistico, in ambito penale, è stato determinato dall'esigenza spesso avvertita di fondare prospettive di riforma», 326).

[2] In generale, sugli strumenti metodologici che la scienza comparata ha pian piano affinato, ad esempio, F. Palazzo, M. Papa, *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, Giappichelli, 2013, 26 ss.

[3] Cfr. A. Cadoppi, *Tra storia e comparazione*, cit., XI.

[4] Si pensi, ad esempio, alle problematiche sollevate dalla *post-penetration rape* (v. *supra*, II, 6.1), dallo *stealthing* (v. *supra*, II, 6.2), dallo "*Stanford rape*" (v. *supra*, II, 8.1). Ma si è pure utilizzata la dottrina del "*fair labelling*" per evidenziare le distorsioni dovute alla scelta legislativa di prevedere un unico delitto di violenza sessuale (v. *supra*, II, 11.1).

[5] Per una chiara delimitazione delle giurisdizioni che si intendono "angloamericane", nonché delle ragioni per preferire questa espressione, v. F. Stark, *Culpable carelessness. Recklessness and negligence in the criminal law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016.

[6] In questo senso, per tutti, A. Cadoppi, *Tra storia e comparazione*, cit., 186 ss. e 236 ss. Come noto, infatti, da una parte nelle giurisdizioni angloamericane è sempre più diffusa la tendenza a disciplinare la materia penale mediante leggi scritte, i c.d. "*statutes*" (sulla quale già S. Vinciguerra, *Introduzione del diritto pena-*

Da decenni la cultura giuridica angloamericana è attraversata da un incessante dibattito sull'enigmatica definizione di stupro ("*rape*") e dei suoi limiti, al punto che, come si è chiarito fin dalle primissime pagine di questo lavoro[7], esso costituisce il delitto per antonomasia; quello che apre la "parte speciale" dei manuali, sul quale vengono messe alla prova le principali categorie penalistiche (*in primis*, la *mens rea*) e con cui ogni studioso è chiamato, presto o tardi, a confrontarsi.

Nella scienza penalistica contemporanea, il requisito della violenza (lì in luogo di "*violence*" è prevalso il termine "*force*") non è nemmeno più preso in considerazione, in quanto ormai estraneo alla corrente concezione legale dell'essenza del reato, ora ricostruita in termini strettamente consensualistici[8].

Il modello dello stupro violento ("*forcible rape*"), certo ancora ricorrente nella realtà criminologica, è definito «*totally passé*», cioè completamente superato[9]. Tuttavia, se gli *scholars* ormai ritengono la formulazione del reato basata sulla forza così primitiva da non meritare nemmeno più una menzione nei loro scritti, il percorso di emancipazione dall'antico dogma si è rivelato alquanto lungo e tortuoso. Le Corti, infatti, specie quelle statunitensi, non hanno mai – se non in una singola occasione (v. *infra*, § 5) – ceduto alla tentazione di aggirare il requisito affermandone una versione ampia o spiritualizzata. Allo stesso tempo, le diverse ondate riformatrici (le c.d. "*reform waves*") dell'agenda femminista non hanno centrato gli obiettivi prefissati, finendo, secondo la più classica delle eterogenesi dei fini, per consolidare e protrarre nel tempo l'esausto paradigma della forza. Basti pensare che, ancora nel 1998, autorevole dottrina evidenziava il fallimento delle leggi statuali nell'approntare una pro-

le inglese. I principi, Padova, Cedam, 1992, spec. 57 ss.), mentre, dall'altra, come dimostra anche la trattazione del capitolo che precede, vi è sempre maggior spazio per il diritto penale di provenienza giurisprudenziale anche nei Paesi di *civil law*. In proposito, oltre agli ampi riferimenti *supra*, II, il lavoro, dal titolo emblematico, di V. Manes, Common law-isation *del diritto penale? Trasformazioni del* nullum crimen *e sfide prossime future*, in *Cass. pen.*, 2017, 955 ss.

[7] V. *supra*, Introduzione, ma anche I, nota 1.

[8] Cfr. A. Gruber, *Affirmative consent*, in E. Hoven, T. Weigend (a cura di), *Consent and sexual offenses. Comparative perspectives*, Baden-Baden, Nomos, 2022, 57.

[9] *Ibidem*.

tezione alle vittime di stupro[10], oppure che uno studio del 2005 dimostrava come solo quattordici giurisdizioni criminalizzassero rapporti sessuali non consensuali avvenuti senza l'uso di forza fisica[11].

Quindi, se la dottrina tratta il requisito della forza alla stregua di un reperto archeologico risalente ad un lontano passato, quel passato non è, in realtà, ancora sprofondato negli oblii della storia giuridica.

Tale accidentato percorso di riforma sarebbe un motivo sufficiente per includere nella presente trattazione un'escursione comparatistica oltreoceano (v. *infra*, Sez. II), anche per via della straordinaria produzione scientifica che ha accompagnato i tentativi di affrancarsi dalla figura del *forcible rape*. Ancor più interessante, tuttavia, risulta l'esito conclusivo di tale percorso, con l'affermarsi di diversi modelli di incriminazione alternativi a quello tradizionale molto diversi tra loro, sia nelle soluzioni giuridiche che nelle intenzioni di fondo (v. *infra*, Sez. II). La dialettica tra diversi paradigmi – e in particolare tra quelli più noti, forse anche per l'efficacia semantica delle espressioni con cui si è presi ad indicarli, ovvero, «*no means no*» e «*(only) yes means yes*» – continua a dare vita ad un dibattito senza precedenti, di recente ulteriormente intensificatosi per via del noto caso riguardante il produttore hollywoodiano Harvey Weinstein e dell'insorgere del controverso movimento #*MeToo*.

Ad ogni modo, il minimo comune denominatore dell'esperienza angloamericana pare essere la ricerca di una ridefinizione del delitto che allarghi lo spettro delle ipotesi penalmente rilevanti senza, tuttavia, causare un *deficit* sul piano dell'imputazione colpevole. In altre parole, la ricerca di un punto di equilibrio tra l'allargamento dei confini della tipicità e la colpevolezza dell'autore, a lungo garantito proprio dal plastico utilizzo della violenza fisica. Insomma, come riassumono i giuristi angloamericani un «*rape by a rapist*», cioè uno

[10] Cfr. S.J. Schulhofer, *Unwanted sex. The culture of intimidation and the failure of law*, Cambridge Massachusetts-Londra, Harvard University Press, 1998, IX dell'introduzione.

[11] Cfr. M.J. Anderson, *All-American Rape*, in *St. John's Law Review*, 2005, vol. 79, 625 ss., in particolare 629-633. Il dato si riferisce, ovviamente, al livello legislativo. Va tenuto in debito conto che, fino a qualche anno fa, non era infrequente imbattersi nella presa d'atto che i *prosecutor* americani perseguivano la violenza sessuale solo in presenza di un inequivocabile uso della forza fisica. Ad es., S.J. Schulhofer, *Unwanted sex*, cit., 25.

stupro, ma commesso da uno "stupratore" o, comunque, qualcuno che ne sia effettivamente *colpevole*[12].

È racchiuso tutto qui, in definitiva, il moderno enigma penalistico dello stupro che occorre affrontare nella separazione dal requisito della costrizione violenta.

Non è agevole rintracciare con esattezza ed esaustività le motivazioni del poderoso approfondimento del tema da parte della dottrina angloamericana, nonché dell'evidente sproporzione rispetto ai più contenuti sforzi dedicatigli nell'Europa continentale, almeno fino a qualche anno fa[13].

Un primo nucleo di cause riposa senz'altro nell'evoluzione normativa. Come si osserverà (v. *infra*, § 2), la *common law*, almeno dal XVII secolo, ha imperniato la definizione di "*rape*" sulla volontà contraria della persona offesa al rapporto sessuale, prevedendola, a differenza della tradizione continentale, tra i requisiti *espliciti* della fattispecie. Il consenso, dunque, è stato fin da principio un tema su cui interrogarsi per il giurista anglosassone.

Un'altra possibile spiegazione è che la giurisprudenza, forse anche influenzata dai soliti miti, è tendenzialmente rimasta fedele alle definizioni di stupro consegnatele, prima dai precedenti e poi dalle leggi scritte, giungendo in molte occasioni, anche eclatanti, a verdetti assolutori difficilmente accettabili dalla comunità. Questi hanno avuto l'effetto di incendiare il dibattito e sospingere le istanze rifor-

---

[12] Da quanto risulta, la suggestiva espressione è stata coniata, in realtà in chiave critica, da Catharine MacKinnon (v. C. MacKinnon, *Feminism, Marxism, method and the State: toward a feminist jurisprudence*, in *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, 1983, vol. 8, 635 ss.). La nota studiosa femminista, infatti, intendeva lanciare una provocazione rispetto ad un diritto penale attento al punto di vista del soggetto agente, sollevando l'esito paradossale (ma, a ben vedere, non più di tanto nella prospettiva del penalista), da lei ritenuto inaccettabile, per cui potrebbero esservi casi nei quali la donna va considerata stuprata, ma non da uno stupratore («*a woman raped but not by a rapist*», 654). L'espressione è stata poi ripresa, in varie declinazioni, anche in scritti successivi di altri Autori, come, ad esempio, D.N. Husak, G.C. Thomas III, *Rapes without rapists: consent and reasonable mistake*, in *Philosophical Issues*, 2001, vol. 11, 86 ss.

[13] Si registrano di recente tentativi di dialogo tra giuristi angloamericani ed europei. Si veda, ad esempio, il volume E. Hoven, T. Weigend (a cura di), *Consent and sexual offenses*, cit., al quale anche chi scrive ha avuto l'opportunità di partecipare, che ha messo a confronto giuristi provenienti da Stati Uniti, Inghilterra, Australia, Germania, Italia, Polonia, Svezia, Austria, Olanda, Svizzera e Turchia.

mistiche (v. *infra*, § 3, 4, 5), mentre la propensione allo studio casistico dei *common lawyers* ha cristallizzato tali casi, che ancora oggi rimangono utili strumenti di approfondimento.

Vi sono tuttavia anche rilevanti differenze criminologiche. Da questo punto di vista, un fattore indubbiamente rilevante è costituito dalla più nota peculiarità del sistema di istruzione superiore angloamericano, ovvero l'organizzazione delle università in *college* o *campus* (a seconda che ci si trovi da una parte o dall'altra dell'Atlantico). Si tratta di contesti che mettono a stretto contatto migliaia di giovani, favorendo non solo la loro crescita culturale e personale, ma inevitabilmente anche possibili interazioni sessuali, che spesso hanno luogo a margine di feste caratterizzate da un elevato consumo di sostanze alcoliche. Insomma, ci sono tuti gli ingredienti – giovani immaturi alle prime esperienze, dinamiche tra i generi ancora da metabolizzare, difficoltà a stabilire una comunicazione serena e scevra di imbarazzi, freni inibitori allentati dall'alcol – per farne il terreno d'elezione di pericolose incomprensioni e di rapporti sessuali non voluti (il c.d. "*unwanted sex*"[14])[15].

Recentemente si è assistito ad un deciso "giro di vite", in particolare negli Stati Uniti. Le università hanno assunto rigorosissimi codici di condotta[16] e implementato sistemi repressivi interni, peraltro di dubbia costituzionalità[17]; su impulso di un provvedimento federale del 2011, in alcuni Stati è intervenuto persino il legislatore per introdurre regole specifiche per le estrinsecazioni della sessualità in ambienti universitari[18]. È probabilmente per via della forte sensibilità per il problema degli stupri nei *campus* che parte dell'opi-

[14] Per riprendere il titolo di uno dei testi sacri della dottrina americana in argomento, cfr. S.J. Schulhofer, *Unwanted sex*, cit.

[15] Per un'analisi profonda (e molto recente) della complessità che assume il tema consenso nelle relazioni interpersonali stabilite all'interno dei *college*, si veda A. Gruber, *The complexity of college consent*, in C.M. Renzetti, D.R. Follingstad (a cura di), *Adjudicating campus sexual misconduct and assault: controversies and challenges*, San Diego, Cognella, 2020, 25 ss.

[16] Per un quadro in costante aggiornamento si veda la sezione «*laws*» del sito *https://endrapeoncampus.org.*

[17] Per siffatta critica ai meccanismi interni di accertamento di responsabilità, E. Gerstmann, *Campus sexual assault. Constitutional rights and fundamental fairness*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, in particolare 59 ss.

[18] *Ivi*, 141 ss.

nione pubblica continua a reclamare, perlomeno in relazione a quei contesti, l'adozione di un modello di illecito particolarmente restrittivo, fondato sull'assenza di una accettazione verbale da parte dei partner al rapporto sessuale. L'"*affirmative consent*" è stato adottato in moltissimi regolamenti interni, ma incontra comprensibilmente molte più resistenze in relazione al riconoscimento sul piano penale.

Non sono tuttavia solo la portata del dibattito, vivacizzato anche da una profonda riflessione della dottrina femminista[19], e le innovazioni normative ad indurre ad orientarsi verso i sistemi giuridici anglosassoni. Per quanto di recente in grado di attirare sforzi comparatistici anche in relazione a principi e istituti classici del diritto penale[20], il mondo angloamericano da molto tempo anticipa *trend* sociali, economici e culturali destinati poi a riflettersi anche nel "vecchio continente"[21].

Un esempio in questo senso è rappresentato, nell'ultimo periodo, dalle estrinsecazioni digitali della sessualità, ambito nel quale alcuni modelli di comportamento si sono affermati con qualche anno di anticipo negli Stati Uniti, in Canada, nel Regno Unito e pure in Australia, per poi divenire comuni anche dalle nostre parti, dove, non a caso vengono individuati con controversi neologismi inglesi (ad es., "*sexting*", "*revenge porn*", "*cyberflashing*", ecc.). Nel merito delle questioni giuridiche sollevate dai nuovi fenomeni, l'esperienza e l'approfondimento angloamericani sono assurti a referenti ben più stimolanti dei Paesi rispetto ai quali si è tradizionalmente sviluppata la comparazione in ambito penale (Germania[22] e, in second'ordine,

[19] Come si è già in parte anticipato e come si avrà modo di approfondire ulteriormente nelle sezioni che seguono (v. *infra*, Sez. II, III), la riflessione femminista ha avuto un peso considerevole nel dibattito sul tema, in taluni casi anche stimolando, unitamente ad una intensa attività di "*lobbying*", i mutamenti legislativi occorsi nel tempo.

[20] Cfr. M. Donini, An impossible exchange? *Prove di dialogo tra* civil *e* common lawyers *su legalità, morale e teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2017, n. 1, 14 ss.

[21] Si veda, ad esempio, L. Foffani, *Introduzione. Una «novelle vague» del diritto penale dell'economia in Italia?*, in L. Foffani, D. Castronuovo (a cura di), *Casi di diritto penale dell'economia*, vol. I, Bologna, Il Mulino, 11 ss., che parla di "americanizzazione" del diritto penale dell'economia.

[22] Il dato, difficilmente confutabile, è stato di recente sottolineato nuovamente da G. Fornasari, *L'evoluzione della comparazione giuridica in ambito penalistico*, cit., 326-327.

Spagna), al punto che lo stesso legislatore, con una scelta inedita, si è discostato dagli esempi continentali per trarre ispirazione dalle legislazioni angloamericane[23].

Pertanto, non solo si dedicherà ampio spazio ai modelli di incriminazione elaborati negli Stati Uniti, nella consapevolezza che, come sta avvenendo in Spagna, anche in Italia potrebbero in futuro essere invocate le soluzioni più drastiche e rigorose, ma sembra il caso di allacciare (nella sezione conclusiva, v. *infra*, Sez. III) un dialogo anche in relazione a talune recenti frontiere del dibattito angloamericano, come l'inquinamento mediatico dei processi per violenza sessuale, i riflessi carcerari del femminismo e, infine, la crescente attenzione per il possibile impiego di strategie di giustizia alternative in relazione ai crimini sessuali.

Pare infine opportuno specificare sin d'ora che al centro dell'indagine vi saranno prevalentemente le esperienze di Inghilterra e Stati Uniti, pur con qualche cenno a Canada, Australia, Scozia e Nuova Zelanda. Per quanto riguarda la dottrina, invece, i riferimenti saranno trasversali a tutti questi ordinamenti, visto che non di rado la riflessione si è sviluppata in modo "collettivo". Da questo punto di vista, sebbene entro certi limiti, la *common law* continua infatti ad essere il "diritto comune" dei sistemi penali di tradizione anglosassone[24].

2. *Le origini del delitto di stupro (*"rape*") nella* common law *inglese. Breve storia dei suoi primi sviluppi giurisprudenziali*

Ancorché attualmente disciplinato attraverso leggi scritte in tutti gli ordinamenti angloamericani, le origini del delitto di "*rape*" af-

[23] Si è provato a dar conto di un doppio modello di incriminazione, collocando l'Italia tra i Paesi che hanno accolto quello angloamericano, in un recente testo in lingua spagnola, G.M. Caletti, *Modelos de criminalización de la pornografía no consentida. Reflexiones sobre diversos enfoques político-criminales de los sistemas angloamericanos y de los países de la Europa continental a la luz de la ley italiana*, (in corso di pubblicazione).

[24] Cfr. A. Cadoppi, *Tra storia e comparazione*, cit., 99, che osserva come sia ancora attualissimo lo scambio tra tali Paesi, al punto da ricordare sotto alcuni profili la grande stagione del *jus commune*, nella quale gli studiosi si formavano su studi effettuati da colleghi di altre aree geografiche, in nome della uniformità dei principi di derivazione romanistica del diritto comune.

fondano nella *common law*. Ciò equivale a dire che lo stupro è un crimine di creazione giurisprudenziale, che per molto tempo si è trasformato ed è stato affinato attraverso l'elaborazione dei giudici e dei più insigni giuristi inglesi di ogni epoca. La definizione cristallizzatasi nella giurisprudenza britannica ha rappresentato la base del diritto vivente anche delle altre giurisdizioni sottomesse alla Corona, fino a quando esse non hanno iniziato a legiferare in modo autonomo sull'argomento, quindi all'incirca a metà del XX secolo e, in alcuni casi, persino oltre.

A livello etimologico, la parola "*rape*" deriva nientemeno che dal latino "*raptus*"[25], a testimonianza del fatto che, come prevedibile, anche in Inghilterra l'evoluzione del delitto segue grossomodo i binari tracciati in precedenza (v. *supra*, I).

Le prime peculiarità dell'elaborazione giuridica anglosassone sono sottolineate nella sistematica ricostruzione della *common law* da parte di William Blackstone, nei cui celebri commentari, che hanno segnato la formazione di generazioni di giuristi di lingua inglese, si segnala come i sassoni punissero lo stupro con la morte fino all'avvento di Guglielmo il Conquistatore, che "ridusse" la pena alla castrazione e alla perdita degli occhi[26]. La temporanea riformulazione sanzionatoria dimostra, secondo i commentatori successivi, come il delitto fosse inteso in chiave eminentemente passionale: accecare il reo significava togliergli la visione della bellezza delle fanciulle ambite, mentre la perdita dei testicoli simboleggiava l'annullamento della sua libidine[27].

La definizione di stupro si è consolidata però solo più avanti, a partire dall'opera di Sir Matthew Hale, giurista di spicco del XVII secolo[28], che descrive il *rape* in termini di «*carnal knowledge of any woman above the age of ten years against her will*» (lett. «conoscen-

[25] Cfr. D.P. Simpson, *Cassell's Latin Dictionary*, 5ª ed., New York, Macmillan, 1968, 807.

[26] Cfr. W. Blackstone, *Commentaries on the laws of England*, vol. IV, *Of public wrongs* (1769), Chicago-Londra, University of Chicago Press, 1979, 211.

[27] Di questo avviso, S. Brownmiller, *Against our will: men, women and rape*, New York, Simon and Schuster, 1975, 25, Autrice, come noto, di una corposa ricostruzione storica.

[28] Per la precisione, Sir Matthew Hale era *Chief Justice of the King's Bench*, ovvero, tradotto liberamente, Capo della Corte Suprema del Re.

za carnale di qualsiasi donna di età superiore ai dieci anni contro la sua volontà»)[29]. Nonostante l'evidente vaghezza, la definizione è sopravvissuta per secoli perché, cento anni più tardi, viene adottata proprio da Blackstone, il quale tuttavia la arricchisce con l'aggiunta del requisito della forza: «*carnal knowledge of a woman forcibly and against her will*» (lett. «conoscenza carnale di una donna con la forza e contro la sua volontà»)[30].

La scansione temporale ricalca approssimativamente quella ricostruita nell'approfondimento storico iniziale: a fine Settecento, infatti, una definizione più ampia di stupro, corrispondente a quella europea dello stupro semplice, perlomeno interpretato secondo il sistema delle presunzioni di seduzione, viene sostituita da una basata sulla violenza (v. *supra*, I, §§ 5 e 6).

Fin qui, le differenze con l'esperienza continentale possono riassumersi nella continuità, fatta salva la menzionata parentesi temporale di dieci anni, della previsione della pena di morte[31], nonché nel richiamo esplicito – e separato dall'elemento della forza – alla volontà della donna («*against her will*»). La previsione del dissenso, tuttavia, non faceva venire meno la necessità di dimostrare tale volontà avversa, che poteva essere provata mediante la consueta resistenza o mediante urla e pianti che attirassero l'attenzione della comunità sulla consumazione dell'illecito sessuale[32]. Nondimeno, probabilmente in forza di tale differenza strutturale nella definizione, che mette in primo piano la volontà femminile, la *common law* ha ritenuto penalmente rilevante lo stupro della prostituta con

[29] Cfr. M. Hale, *Historia Placitorum Coronae*, vol. I (1736), Londra, Professional Books Limited, 1971, 628 (la traduzione nel testo è ad opera di chi scrive). Al lettore più attento potrebbe non essere sfuggita l'esigua distanza tra la data della prima pubblicazione del Trattato di Hale e quella della prima pubblicazione dei commentari di Blackstone. Ciò è dovuto al fatto che l'opera di Hale venne pubblicata postuma, quando l'influente giurista era scomparso da poco più di sessant'anni.

[30] Cfr. W. Blackstone, *Commentaries on the laws of England*, cit., 210 (la traduzione nel testo è ad opera di chi scrive).

[31] In proposito, K. Burgess-Jackson, *A history of rape law*, in Id. (a cura di), *A most detestable crime. New philosphical essays on rape*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1999, 15 ss., in particolare 17, alla quale si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici sulla storia del *rape* nella *common law*.

[32] Cfr. S. Brownmiller, *Against our will*, cit., 26.

circa due secoli di anticipo rispetto a quanto avvenuto alle nostre latitudini[33].

Anche nella *common law* il matrimonio "riparatore" con la vittima consentiva di risparmiare la vita al colpevole e, proprio come in Europa, l'istituto ha dato luogo ad una tradizione di maligni sospetti sulla veridicità delle denunce[34]. In argomento, proprio a Lord Hale si deve un aforisma che ha influenzato lo sviluppo della "*rape law*" e, più in generale, la cultura giuridica angloamericana sul tema, ben più della sua già richiamata definizione di stupro. Il noto giurista ebbe infatti a sostenere: «*rape is an accusation easy to be made and hard to be proved, and harder to be defended by the party accused, tho never so innocent*» («lo stupro è un'accusa facile da formulare e difficile da dimostrare, e ancora più difficile da difendere da parte dell'accusato, che non è mai così innocente»)[35].

---

[33] In proposito, Blackstone scriveva: «*the civil law seems to suppose a prostitute or common harlot incapable of any injuries of this kind: not allowing any punishment for violating the chastity of her, who has indeed no chastity at all, or at least has no regard to it. But the law of England does not judge so hardly of offenders, as to cut off all opportunity of retreat even from common strumpets, and to treat them as never capable of amendment. It therefore holds it to be felony to force even a concubine or harlot; because the woman may have forsaken that unlawful course of life*» (Cfr. W. Blackstone, *Commentaries on the laws of England*, cit., 212-13). In sostanza, nel passo riportato l'Autore critica la tradizionale impostazione romanistica (sulla quale, si veda *supra*, I, §§ 4 e 5), che affermava l'impossibilità di commettere stupro nei confronti della prostituta in quanto difetterebbe una violazione della castità, date le sue scelte di vita. Blackstone osserva come la donna potrebbe tuttavia aver rinnegato quello stile di vita impuro, o potrebbe comunque farlo in futuro, e quindi riconoscere eventuali violenze carnali nei suoi confronti significa concedere l'opportunità anche a chi ha sbagliato di potersi redimere. Come noto, nel nostro ordinamento, la violenza sessuale a danno di una prostituta è stata affermata *tout court* soltanto nel 1967 (v. Cass. pen., 16 dicembre 1966, in *Cass. pen. mass.*, 1967, 1145). In precedenza, il Codice Zanardelli, pur sancendo la punibilità della violenza commessa nei confronti di una prostituta, prevedeva comunque significative attenuanti (v. *supra*, I, § 7).

[34] Spiegano le false denunce con la ricerca del premio matrimoniale («*marry upward*») Frederick Pollock e Frederick William Maitland, autori di una nota *Storia* della legge inglese: F. Pollock, F.W. Maitland, *The History of the English law before the time of Edward I*, vol. 2 (1895), 2ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 1968, 492.

[35] Cfr. M. Hale, *Historia Placitorum Coronae*, cit. 635.

Anche in questo caso, la "massima" è tramandata nei secoli grazie alla citazione di Blackstone[36], il quale tuttavia ne sostituisce l'ultimo inciso, che in effetti si prestava a diverse interpretazioni, con l'inequivocabile espressione «*though innocent*» («anche se innocente»)[37]. Nella interpolazione di Blackstone vi è lo spirito dei tempi e del mutamento ideologico in corso alla fine del Settecento (v. *supra*, I, §§ 5 e 6): mentre Hale, imbevuto della cavalleresca cultura di *ius commune*, adombrava profili di responsabilità in capo all'accusato, definito «mai del tutto innocente», Blackstone, componendo la sua opera quando i venti illuministici soffiano con forza, rilegge la frase quale avvertimento sull'inaffidabilità della vittima.

L'aforisma – si badi, nella versione "blackstoniana" – ha avuto così successo che è divenuto, anche negli Stati Uniti, parte integrante delle istruzioni formulate dal giudice ai giurati prima che questi si ritirassero per la decisione: una sorta di ultimo monito sulla poca fiducia da nutrire nei confronti della denunciante[38]. In effetti, come

---

[36] Cfr. W. Blackstone, *Commentaries on the laws of England*, cit., 214-15.

[37] L'espressione di Lord Hale «*tho never so innocent*» può significare «anche se innocente», come poi aggiustata e tramandata da William Blackstone, ma pure, come tradotto nel testo principale «che non è mai così innocente».

[38] È così che nella dottrina americana si fa spesso riferimento all'«*Hale's distrust of women victims*» («la diffidenza di Hale nei confronti delle donne vittime»). Cfr. ad es., S. Estrich, *Real rape. How the legal system victimizes women who say no*, Cambridge Massachusetts-Londra, Harvard University Press, 1987, 28. Tradizionalmente, anche la famosa "*marital-rape exemption*", cioè l'esenzione per il marito nei casi di stupro della moglie, viene fatta risalire al pensiero di Hale, il quale argomentava: «*the husband cannot be guilty of a rape committed by himself upon his lawful wife, for by their mutual matrimonial consent and contract the wife hath given up herself in this kind unto her husband, which she cannot retract*» (M. Hale, *Historia Placitorum Coronae*, cit., 629); cioè che «il marito non può essere colpevole di uno stupro commesso nei confronti della moglie legittima, poiché la moglie, per mutuo consenso matrimoniale e per contratto, si è consegnata al marito in questo modo, cosa che non può ritrattare» (traduzione di chi scrive). Lo statuto speciale dello stupro maritale si è successivamente cristallizzato nelle decisioni delle Corti inglesi e, in seguito, ha trovato spazio all'interno di molti *statutes* americani. Per un maggiore approfondimento e per i relativi riferimenti bibliografici, si veda *infra*, § 4; per una rassegna critica dell'accoglimento dell'esenzione maritale nelle normative nordamericane, in lingua italiana si rinvia a A. Szegö, *Quando lo stupro è legale: la "*marital rape exemption*"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 853 ss.

si analizzerà a brevissimo (v. *infra*, § 3), le pronunce emesse sotto la definizione di stupro elaborata dalla *common law* presentano una radicata diffidenza nei confronti della vittima, rispecchiata dalla richiesta di una infaticabile resistenza.

Ad ogni modo, in Inghilterra (e Galles)[39] la definizione di stupro di *common law*, dapprima sostanzialmente codificata mediante un richiamo nel *Sexual Offences Act* del 1956 (v. *infra*, § 10), è stata abbandonata nel 1976, quando, a seguito del controverso caso *Morgan*, il reato è stato oggetto di un primo ripensamento legislativo (v. *infra*, § 10). Per quanto riguarda gli Stati Uniti, invece, data la presenza di più di cinquanta giurisdizioni, l'abbandono della definizione consolidata con Blackstone è stata per forza di cose meno lineare, anche in considerazione del fatto che la gran parte delle prime leggi scritte in materia ("*statutes*") ha riproposto esattamente un'identica formulazione del reato[40]. Volendo indicare una data simbolica, si può forse menzionare il 1962, anno della pubblicazione del *Model Penal Code*[41], che è stato da stimolo per l'ondata di riforme avvenute successivamente (v. *infra*, § 4). Peraltro, mentre nel caso inglese il distacco dalla tradizione di *common law* nel 1976 ha coinciso con la dismissione del requisito legale della forza fisica, nell'esperienza americana, invece, esso è rimasto a lungo centrale nelle previsioni normative, dando vita ad un travagliato processo di riforma che, come si è anticipato, risulta di grande interesse in relazione allo stato di transizione del nostro "diritto penale sessuale".

---

[39] Come noto la Scozia e l'Irlanda del Nord, pur facendo parte del Regno Unito, sono giurisdizioni indipendenti, di talché anche il diritto penale non coincide con quello inglese. Sulla *Scots criminal law*, A. Cadoppi, A. McCall Smith, *Introduzione allo studio del diritto penale scozzese*, Padova, Cedam, 1995.

[40] Cfr. S.H. Kadish, S.J. Schulhofer, C.S. Steiker, R.E. Barkow, *Criminal law and its processes. Cases and materials*, New York, Wolters Kluwer, 2012, 338 ss., ove peraltro vengono riportati i testi di alcune normative di tale genere.

[41] Ovvero il modello di codice penale scritto e costantemente aggiornato dall'*American Law Institute* al fine di stimolare le diverse giurisdizioni interne ad uniformare il più possibile le loro discipline penali.

II. *Alla ricerca del* «real rape». *Il problematico allontanamento da "*resistance*" e "*forcible rape*" negli Stati Uniti*

3. *"*Putting the victim on trial*": la giurisprudenza sulla* «resistance to the utmost» *e il diverso trattamento di "*stranger rape*" ed "*acquaintance rape*"*

Come appena segnalato, nella definizione di stupro affermatasi nella *common law* inglese ha fin da subito trovato espresso riconoscimento il requisito della volontà contraria della donna al rapporto sessuale (precisamente nell'inciso «*against her will*»), alla quale poi Blackstone ha aggiunto il riferimento alla forza fisica. Diversamente, nella tradizione continentale, la codificazione della violenza carnale non ha mai messo in primo piano il volere contrario della persona offesa, successivamente classificato in dottrina quale un elemento implicito del fatto tipico, logicamente correlato alla sussistenza di un effetto coercitivo della condotta violenta (v. *supra*, II, § 1).

Potrà sembrare una differenza di scarso rilievo ma, nell'economia dell'evoluzione della giurisprudenza americana essa ha avuto un peso tutt'altro che trascurabile, poiché ha fortemente orientato l'approfondimento giudiziale sul comportamento della donna, prima ancora che sulla condotta violenta dell'accusato.

Già nel 1889, la Corte Suprema del Nebraska precisava che «la sottomissione, per quanto riluttante, della donna, quando abbia avuto invece il potere di resistere, toglie all'atto un elemento essenziale del delitto di stupro» e che «se la conoscenza carnale è avvenuta con il consenso della donna, non importa quanto tardivamente esso sia stato dato o quanta forza sia stata usata in precedenza, non si tratta di stupro»[42], stabilendo un'equazione tra l'assenza di resistenza e la presenza del consenso della vittima. Peraltro, molte decisioni coeve specificavano come non fosse sufficiente

[42] Cfr. *Reynolds v. State*, 27 Neb. 90, 92, 42 N.W. 903, 904 (1889). Nell'originale si trova scritto: «*submission by the woman, while she has the power to resist, no matter how reluctantly yelded, removes from the act an essential element of the crime of rape […]. If the carnal knowledge was with the consent of the woman, no matter how tardily given, or how much force had theretofore been employed, it is no rape*».

un grado di opposizione qualsiasi, bensì una resistenza massima («*utmost resistance*»).

Un caso classico di sovrapposizione della *utmost resistance* all'assenza di consenso prevista nella definizione tradizionale è *Brown* (1906)[43]. Una ragazza vergine di sedici anni, camminando nei campi per recarsi da sua nonna, fu afferrata dal vicino, gettata a terra e costretta ad un rapporto sessuale. Secondo la sua testimonianza, la vittima aveva provato in ogni modo ad andarsene, ad alzarsi, ad allontanarsi aggrappandosi all'erba e a gridare più forte che poteva, al punto che l'uomo le aveva messo la mano sulla bocca quasi soffocandola. La condanna emessa in primo grado è stata rovesciata dalla Corte Suprema del Wisconsin in quanto la ragazza non aveva dimostrato adeguatamente il proprio dissenso: «non solo deve mancare del tutto il consenso o l'assenso mentale, ma deve esserci l'esercizio più veemente di ogni mezzo o facoltà fisica in potere della donna per resistere alla penetrazione, e si deve dimostrare che questo persiste fino alla consumazione del reato»[44]. Nello specifico, la decisione argomenta che, per raggiungere lo standard richiesto, nel caso di specie la ragazza avrebbe dovuto impiegare nella lotta anche le mani, gli arti e persino… i muscoli pelvici!

Un approccio così intransigente[45] veniva giustificato dalla giurisprudenza sulla base della naturale risposta che una donna, perlomeno se di una "certa virtù", dovrebbe opporre ad un rapporto ses-

[43] *Brown v. State*, 127 Wis. 193, 106 N.W. 536 (1906).

[44] Nell'originale «*not only must there be entire absence of mental consent or assent, but there must be the most vehement exercise of every physical means or faculty within the woman's power to resist the penetration of her person, and this must be shown to persist until the offense is consummated*».

[45] Un altro caso paradigmatico della giurisprudenza del Wisconsin, precedente a *Brown*, è *Whittaker* (*Whittaker v. State*, 50 Wis. 519, 520, 522 (1880), nel quale un uomo si era accostato ad una donna e l'aveva spinta a terra, bloccandole braccia e gambe. Alle ripetute urla della vittima, l'uomo aveva esplicitamente minacciato di usare il suo *revolver*, ma la donna aveva continuato a piangere, urlare e divincolarsi, cessando la propria resistenza solo al sopravvenire della stanchezza e della consapevolezza che il suo destino era segnato. Il tribunale di Milwaukee aveva condannato l'aggressore, ma la Corte Suprema del Wisconsin ha ribaltato l'esito del giudizio, stabilendo che non si trattava del caso in cui la denunciante è sopraffatta da una minaccia di violenza fisica. La promessa di Whittaker di utilizzare la pistola andrebbe invece letta quale mero tentativo di farla smettere di urlare.

suale *realmente* indesiderato. Tale, ad esempio, è l'argomentare in *Dohring* (1874), un caso nel quale un uomo era stato condannato in primo grado per lo stupro di una domestica[46]. Nel ribaltare la decisione, la Corte d'appello di New York esplicita alcuni ragionamenti, interrogandosi come segue: «può la mente concepire una donna, in possesso delle sue facoltà e dei suoi poteri, che non voglia che questo atto venga compiuto su di lei, che non si opponga con forza e per tutto il tempo di cui è capace? E se una donna, consapevole che l'atto sarà compiuto a meno che non opponga resistenza, non resiste nella misura in cui è in grado di farlo, non è forse vero che non è del tutto riluttante?»[47].

In questa fase, dunque, il consenso femminile è inteso in termini assai ampi: esso non coincide con il desiderio sessuale provato (o, perlomeno, manifestato) dalla donna, ma con qualsiasi forma di sottomissione, anche la più riluttante e combattiva[48]. Tale visione risente fortemente del mito per cui sarebbe impossibile stuprare una donna che realmente non desidera il rapporto sessuale. A sostegno delle proprie tesi, infatti, la *case law* invocava la scienza dell'epoca («*modern science*»), asseritamente dimostratrice del fatto che una donna è equipaggiata per interporre ostacoli effettivi alla consumazione della congiunzione non voluta: «gli scritti medici insistono sul fatto che questi ostacoli sono praticamente insuperabili in assenza di qualcosa di più della solita sproporzione relativa di età e forza tra uomo e donna»[49].

Si tratta di ragionamenti certamente non sconosciuti alla tradizione continentale, sotto molti aspetti assimilabili a quelli sviluppati

[46] *People v. Dohring*, 59 N.Y. 374, 384 (1874). La pagina citata è quella dove si può rinvenire il passaggio citato nel testo, che nella pronuncia è il seguente: «*can the mind conceive of a woman, in possession of her faculties and powers, revoltingly unwilling that this deed should be done upon her, who would not resist so hard and so long as she was able? And if a woman, aware that it will be done unless she does resist, does not resist to the extent of her ability on the occasion, must it not be that she is not entirely reluctant?*».

[47] *Ibidem*.

[48] Cfr. S.J. Schulhofer, *Unwanted sex*, cit., 19.

[49] *Brown v. State*, 127 Wis. 193, 199-200, 106 N.W. 536 (1906). L'estratto proposto nel testo in originale risulta il seguente: «*medical writers insist that these obstacles are practically insuperable in the absence of more than the usual relative disproportion of age and strenght between man and woman*».

dalla Cassazione durante la lunga stagione della "*vis atrox*" (v. *supra*, II, 2). Anche in questo caso, la reazione pretesa dalla vittima è prettamente maschile, ovvero quella dell'uomo pronto a difendere eroicamente la castità della moglie o delle figlie[50], secondo l'archetipo tramandato già dal mito greco (v. *supra*, I, 2). La sottile differenza, tuttavia, è che mentre l'accertamento invalso nella nostra giurisprudenza considerava entrambi gli aspetti, la violenza brutale e la strenua resistenza – e, non a caso, l'orientamento viene ancora individuato con il riferimento al grado della "*vis*" –, nella *case law* statunitense di questo periodo la lente di ingrandimento è quasi esclusivamente posata sul comportamento femminile. Il giudizio non prende in considerazione la condotta dell'accusato, evitando così di misurarsi col problema della sua legittimità, ma solo la capacità della vittima di raggiungere un adeguato standard di difesa della propria castità[51].

La giurisprudenza sulla *utmost resistance* è stata in seguito riletta come fondatrice di un vizio di prospettiva nell'applicazione dei reati sessuali. Un'analisi accurata delle decisioni fa infatti emergere come le Corti fossero propense a valutare molto più severamente il comportamento di donne accusatrici di conoscenti (sia in *Brown* che in *Dohring*, i protagonisti si conoscevano), rispetto a quello tenuto da vittime aggredite da sconosciuti, scavando un solco nel giudizio di "*acquaintance rape*" (lett. "stupro da parte del conoscente") e "*stranger rape*" (lett. "stupro da parte dello sconosciuto")[52], peraltro in piena sintonia con le *social attitudes* proprie di quel momento storico (v. *supra*, I, 8).

Due casi possono risultare utili ad illustrare tale disparità di trattamento.

---

[50] Sul punto, ad esempio, le considerazioni critiche di S. Gold, M. Wyatt, *The rape system: old roles and new times*, in *Catholic University Law Review*, 1978, vol. 27, 4, 695 ss., in particolare, per l'analisi delle pronunce più risalenti, 696-700.

[51] Sul *topos* della castità e le sue interferenze rispetto alle decisioni pratiche, M.J. Anderson, *From chastity requirement to sexuality license: Sexual consent and a new rape shield law*, in *George Washington Law Review*, 2002, vol. 70, 1, 51 ss.

[52] Indispensabile in proposito risulta la lettura di S. Estrich, *Real rape*, cit., in particolare 27 ss. Diffusamente sul tema anche C.E. LeGrand, *Rape and rape laws: sexism in society and law*, in *California Law Review*, 1973, 919 ss.

In *Dusenberry* (1892)[53], una sedicenne aveva viaggiato sola fino al Missouri. Un uomo conosciuto in treno le aveva offerto di scortarla fino all'albergo, ma l'aveva poi condotta in una camera da letto di un *saloon*, dove, appoggiata la pistola sul tavolo, nonostante i pianti e le urla della giovane, l'aveva costretta per due volte a subire rapporti sessuali. Dalla ragazza la Corte non ha preteso la dimostrazione della massima resistenza per giungere alla condanna dell'imputato, ritenendola sopraffatta dalla paura. La sentenza è significativa già a partire dalla stessa descrizione della vittima, chiaramente dissonante da *Brown* o *Dohring*: «*a little over 16 years old, a mere child, a thousand miles from father and mother and home, a stranger in a strange land*»[54].

Ancor più emblematica è la meno risalente decisione *Prokop* (1948)[55], nella quale la Corte Suprema del Nebraska, in linea con i propri rigidi precedenti in materia di *utmost resistance* (v. *supra*), ribadisce che «la regola generale è che una donna mentalmente competente deve in buona fede resistere al massimo con l'esercizio più veemente di ogni mezzo fisico o facoltà naturalmente in suo potere per impedire la congiunzione carnale, e deve persistere in tale resistenza finché ne ha la possibilità o fino a quando il reato non è consumato»[56]. Tuttavia, nel caso di specie, si è poi ritenuto integrato il requisito anche se la donna si era limitata ad urlare e, tra i due rapporti sessuali ai quali era stata obbligata, aveva anche conversato con l'uomo. Lo iato tra l'affermazione di principio e la decisione in concreto sembra dovuta alle circostanze del caso: la vittima non era più giovanissima, ma una donna matura di più di sessant'anni (priva, dunque, di una verginità da difendere a tutti i costi), la quale peraltro era stata sorpresa nella propria abitazione da un uomo

[53] *State v. Dusenberry*, 20 S.W. 461 (Mo. 1892).

[54] *State v. Dusenberry*, 20 S.W. 466. Il passo è traducibile come segue: «*poco più di 16 anni, una semplice bambina, a migliaia di chilometri dal padre, dalla madre e da casa, una straniera in una terra sconosciuta*».

[55] *Prokop v. State*, 148 Neb. 582, 587, 28 N.W.2d 200, 303 (1947).

[56] Nell'originale: «*the general rule is that a mentally competent woman must in good faith resist to the utmost with the most vehement exercise of every physical means or faculty naturally within her power to prevent carnal knowledge, and she must persist in such resistance as long as she as the power to do so until the offense is consummated*».

ubriaco, che vi aveva fatto irruzione nel cuore della notte sfondando la porta di ingresso.

A seconda dell'autore (*stranger* o *acquaintance*) e della vittima, nonché della plausibilità e dell'appropriatezza di una possibile interazione sessuale tra i due[57], la giurisprudenza più risalente traccia dunque due differenti statuti dello stupro, nei quali si declina in maniera molto diversa l'onere di resistenza gravante sulla persona offesa. Se aggredita da un uomo nero[58], o da un «maniaco stupratore che salta fuori dalla boscaglia con il coltello in mano»[59], alla vittima è sufficiente piangere o urlare prima di sottomettersi all'atto sessuale. Al contrario, a fronte dell'approccio sessuale anche violento posto in essere da un conoscente, la diffidenza tipica della *common law* di Hale e Blackstone impone una difesa strenua e coraggiosa, che non lasci nulla di intentato (nemmeno l'utilizzo dissuasorio dei muscoli pelvici!). Si tratta di una manipolazione sofisticata, che non fa leva su dati normativi incontestabili, più semplici da correggere attraverso una riforma legislativa, ma rendendo virtualmente impossibile la prova della violenza sessuale commessa dall'*acquaintance* attraverso un articolato insieme di presunzioni.

Infatti, oltre alla massima resistenza, di per sé particolarmente rilevante sul piano probatorio, le Corti imponevano regole dimostrative valide solo per il delitto di *rape*. Un requisito necessario era l'immediatezza della denuncia: se questa avveniva tardivamente, l'azione penale non era esercitata. Alla vittima era pertanto richiesto di

---

[57] Cfr. A. Orenstein, *Special issues raised by rape trials*, in *Fordham Law Review*, 2007, vol. 76, 1585 ss., spec. 1587, dove osserva che «*traditionally, successful rape allegations involved a virtuous, ideally virginal woman, who is attacked by a creepy stranger*» («tradizionalmente, le accuse di stupro di successo coinvolgevano una donna virtuosa, idealmente vergine, che viene aggredita da un estraneo inquietante»). Sul punto si veda anche la distinzione in concreto già in qualche misura tracciata nel mito greco (v. *supra*, I, § 2).

[58] Secondo S. Estrich, *Real rape*, cit., 32, a mettere in crisi il paradigma della *utmost resistance* è anche la considerazione che della sua rigidità avrebbero potuto beneficiare anche imputati neri. Come in molti altri settori del diritto penale, anche in relazione allo stupro non è mancato un approfondimento dei *bias* razzisti nella fase applicativa del diritto. Per maggiori approfondimenti, nonché per gli opportuni riferimenti bibliografici si veda *infra* all'interno del presente paragrafo.

[59] Cfr. C.E. Legrand, *Rape and rape laws: sexism in society and law*, cit., 926. Nel testo si è tradotto: «*the stereotypical maniac rapist who leaps from the bush with knife in hand*».

formulare l'accusa di stupro prontamente («*promptly*»), subito dopo l'"incidente". Un'altra regola, invece, impediva la condanna a meno che la testimonianza della vittima non fosse corroborata da altri testimoni indipendenti (cosa, come noto, rarissima) o da evidenze fisiche (la c.d. "*corroboration*")[60]. Non va poi dimenticato, per completare il quadro di «*evidentiary distrust*» (lett. «diffidenza probatoria») nei confronti delle accusatrici[61], che tra le istruzioni lasciate alle giurie vi era anche la raccomandazione di vagliare con speciale attenzione la deposizione della asserita vittima, poiché, riprendendo il già menzionato motto di Lord Hale, quella di stupro è un'accusa «*easily made and, once made, difficult to difend against, even if the person accused is innocent*»[62].

Interpretando la sottointesa attitudine della giurisprudenza, protrattasi pure in tempi molto meno risalenti, parte della dottrina ha spiegato la suddivisione con l'argomento per cui solo quello commesso da uno sconosciuto sarebbe stato inteso dalla giurisprudenza quale un «vero stupro» («*real rape*)»[63]. Tale presa di coscienza, unita al proliferare di studi criminologici relativi alla netta prevalenza

---

[60] Su entrambi i requisiti probatori si rinvia all'approfondita indagine di M.J. Anderson, *The legacy of the prompt complaint requirement, corroboration requirement, and cautionary instructions on campus sexual assault*, in *Boston University Law Review*, 2004, vol. 84, 945 ss. (sulla *corroboration* in particolare 956 ss.), apprezzabile anche per la messa in evidenza delle ripercussioni di tali istituti sul diritto penale sessuale moderno, analizzate anche attraverso l'illustrazione di molti casi rilevanti.

[61] Espressione che si deve a S. Estrich, *Real rape*, cit., 42.

[62] Questa la riformulazione del motto di Hale trasmessa alle giurie. Cfr. Committee on Standard Jury Instructions, *Cal. Jury Instructions – Criminal 10.22*, St. Paul, West, 3ª ed., 1970.

[63] Questa la tesi che pervade tutto il noto volume di S. Estrich, *Real rape*, cit., *passim*, che vi contrappone polemicamente il «*simple rape*», ovvero quello commesso nell'ambito di una relazione di conoscenza (come detto, "*acquaintance rape*") o avvenuto nell'ambito di un appuntamento (c.d. "*date rape*"), ma raramente perseguito in quanto non rientrante nella categoria del «*real rape*». Similmente, in dottrina, anche A. Orenstein, *No bad men!: a feminist analysis of character evidence in rape trials*, in *Hastings Law Journal*, 1998, vol. 49, 663 ss., spec. 679, che riconosce il modello dello stupro commesso dallo sconosciuto come "prototipale", e S.H. Pillsbury, *Crimes against the heart: recognizing the wrongs of forced sex*, in *Loyola at Los Angeles Law Review*, 2002, vol. 35, 845 ss., spec. 865: «*the traditional paradigm of rape remains that of the stranger attack, of a man lurking in the dark who grabs an unsuspecting female, takes her to a remote location, and violently attacks her*».

statistica del modello dell'"*acquaintance rape*", ha avviato un primo ripensamento legislativo, che sarà oggetto del prossimo paragrafo.

Sul prolungarsi di questa disparità di trattamento, oltre a più o meno mascherate forme di sessismo, ha pesato senza dubbio anche la questione razziale. Come sintetizzato da Susan Estrich, «*the history of rape in the United States is clearly a history of both racism and sexism*» («la storia dello stupro negli Stati Uniti è chiaramente una storia di razzismo e sessismo»)[64]. Da una parte, il requisito della *utmost resistance* garantiva l'impunità dell'uomo bianco quando entrava in contatto (sessuale) con categorie di donne considerate *non caste* ("*unchaste*"), come governanti e prostitute, che spesso erano di colore[65]; dall'altra, il prototipo di stupratore tratteggiato dalla legge e dalla politica giudiziaria come un estraneo predatore era perfettamente identificabile con un «bestiale uomo nero» («*bestial black man*»), che aspettava l'opportunità di violentare una *casta* donna bianca[66].

---

[64] Cfr. S. Estrich, *Real rape*, cit., 6.

[65] Prestano attenzione a questi aspetti, J.E. Larson, *Even a worm will turn at last: rape reform in late nineteenth century America*, in *Yale Journal of Law and the Humanities*, 1997, vol. 9, 1, 1 ss.; e D.L. Hutchinson, *Ignoring the sexualization of race: heteronormativity, critical race theory and anti-racist politics*, in *Buffalo Law Review*, 1999, vol. 47, 1, 1 ss., in particolare 85, dove spiega che le donne di bassa estrazione sociale o provenienti da minoranze non erano nella posizione di rifiutare rapporti sessuali. Ciò in quanto «la concezione delle donne nere come promiscue induceva i giurati nei procedimenti per violenza sessuale a dubitare della credibilità delle donne nere» («*The construction of black women as promiscuous causes jurors in sexual assault prosecutions to doubt black women's credibility*»). Peraltro, come osserva K. Crenshaw, *Mapping the margins: intersectionality, identity politics, and violence against women of color*, in *Stanford Law Review*, 1991, vol. 43, 1241 ss., in particolare 1274, le donne nere che presentavano denunce di stupro contro uomini di colore erano spesso oggetto di diffamazioni ed emarginazione nella propria comunità a causa della convinzione che le leggi sullo stupro fossero particolarmente oppressive per gli imputati neri. L'Autrice peraltro è nota per aver coniato il concetto di "intersezionalità" (la "*intersectionality*" menzionata nel titolo), divenuto centrale del pensiero della terza ondata femminista (la c.d. "*third wave*"), che riconoscendo l'intreccio nelle forme di discriminazione di razzismo, classismo, abilismo e altro ancora, ha anche criticato la seconda ondata per aver rappresentato principalmente le richieste di donne bianche, eterosessuali e appartenenti alla classe media. Per alcune coordinate ulteriori sullo sviluppo del pensiero femminista, si veda *infra*.

[66] Tra i contributi in argomento, A. Harris, *Race and essentialism in feminist legal theory*, in *Stanford Law Review*, 1990, vol. 42, 3, 581 ss.; D.E. Roberts, *Rape, violence, and women's autonomy*, in *Chicago-Kent Law Review*, 1993, vol. 69, 359

A causa di questi paradigmi, gli Stati del Sud sono stati testimoni di una "epidemia" di linciaggi («*lynching*») di uomini neri basati su episodi di presunto stupro[67], che, solo dopo la Seconda guerra mondiale, hanno lasciato il posto a processi caratterizzati da forti accenti razzisti[68], spesso comunque conclusi con la comminazione della pena di morte[69].

Alla luce di questa storia di discriminazione, le prime obiezioni liberali alla normativa sullo stupro hanno paradossalmente riguardato la sua eccessiva applicazione ("*overenforcement*")[70] e non, invece, la pressoché nulla tutela offerta all'autodeterminazione personale delle donne. Come sottolineato in dottrina, in quest'epoca essere "*liberal*" significava soprattutto massimizzare le garanzie per l'imputato e rafforzare le norme che proteggevano gli imputati neri

---

ss., che indagano le connessioni storiche tre la *rape law* e discriminazione razziale. Sul tema anche A. Gruber, *Rape, feminism, and the war on crime*, in *Washington Law Review*, 2009, vol. 84, 4, 581 ss., in particolare 587 ss.

[67] Cfr. ad es., W.J. Stuntz, *Unequal justice*, in *Harvard Law Review*, 2008, vol. 121, 1969 ss., in particolare 2012 ss., dove presenta il caso di Emmet Till, un adolescente nero linciato per aver fischiato a una donna bianca, diventato il simbolo della connessione tra la costruzione sociale dello stupro e la subordinazione razziale. Sul problema dei linciaggi si veda l'interessante biografia di Ida B. Wells, prima giornalista afroamericana nella storia degli Stati Uniti, nota anche per il suo attivismo contro tale fenomeno: P.J. Giddings, *Ida: a sword among lions: Ida B. Wells and the campaign against lynching*, New York, HarperCollins, 2009.

[68] Un esempio in questo senso, ancorché precedente alla Seconda guerra mondiale, ma in linea con il periodo esaminato nel presente paragrafo, è *State v. Jefferson*, 28 N.C. (6 Ired.) 305, 305-06, 309 (1846), decisione nella quale si è confermata la condanna per stupro nonostante il sesso consensuale e l'ammissione della vittima di aver permesso all'imputato di «metterle le mani addosso in modo libero e familiare» («*to put his hands on her in a free and familiar manner*»).

[69] Cfr. sul punto, A. Bandes, *Child rape, moral outrage, and the death penalty*, in *Northwestern University Law Review*, 2008, vol. 103, 17 ss., in particolare da 28 dove analizza i nessi tra i linciaggi e le successive condanne a morte di imputati di stupro neri.

[70] Ad esempio, nel 1977, la nota giurista Ruth Bader Ginsburg, successivamente divenuta giudice della Corte Suprema americana e scomparsa di recente, presentò una memoria *amicus curiae* per conto dell'ACLU (*American Civil Liberties Union*) nel caso *Coker v. Georgia*, che aveva annullato la pena capitale per lo stupro di una donna adulta. La Ginsburg qualificò la posizione femminista come contraria a leggi sullo stupro eccessivamente punitive, notando che un ampio segmento della comunità legale femminista si oppone alla pena di morte per lo stupro in quanto vestigia di un'antica visione patriarcale della donna come proprietà dell'uomo (v. ACLU Brief, *Coker v. Georgia*, 1977).

da false accuse, ma non sicuramente dare priorità alle richieste delle donne di un trattamento paritario e di un'effettiva protezione da rapporti sessuali non voluti[71].

Va infine precisato che, similmente a quanto accaduto in Italia (v. *supra*, II, § 3), negli anni Cinquanta e Sessanta le Corti hanno in parte allentato il grado della resistenza imposta alle vittime[72]. Nelle pronunce emesse in tale periodo, infatti, risulta frequente il richiamo ad una «*reasonable resistance*»[73]. L'onore e la castità erano avvertiti ancora come beni estremamente rilevanti[74], ma non più preziosi della vita stessa. Un coefficiente di resistenza, tuttavia, era necessario per dimostrare con certezza che la vittima non volesse sottostare al rapporto sessuale. Si fa dunque largo in questo periodo, in giurisprudenza come nei commenti pubblicati nelle principali riviste giuridiche, l'idea che le donne siano ambigue e ambivalenti in relazione al consenso sessuale; che neppure loro sappiano esattamente cosa vogliono a fronte della proposta di un conoscente; insomma, che «no, in molti casi, voglia dire sì» («*no means yes*»)[75]. In tale contesto, solo la resistenza viene ritenuta idonea a provare che il «no è un vero no» («*no means no*») e che l'agente ha varcato una linea che non doveva superare.

Tali ragionamenti sono quanto di più simile possa esservi a quelli della giurisprudenza italiana degli stessi anni (v. *supra*, in particolare, II, § 3). Come già rimarcato, tuttavia, essi non si proiettano in un'indagine sul grado della violenza impiegata dall'agente – non

---

[71] Cfr. S.J. Schulhofer, *Unwanted sex*, cit., 26.

[72] Talvolta neppure menzionata nei casi di "inappropriatezza". Ad esempio, in *People v. Harrys*, 238 P.2d 158, 160 (Cal. Dist. Ct. App. 1951) viene ritenuto irragionevole chiedere di opporre resistenza ad una donna bianca che, rientrando dal lavoro, aveva incontrato «*a strange, male person of the Negro race in the dead of the night*» (lett. «una persona sconosciuta, di sesso maschile, di razza negra nel cuore della notte»), peraltro armata di coltello (160).

[73] Tra le tante, *Satterwhite v. Commonwealth*, 201 Va 478, 111 S.E. 2d 820 (1960); *People v. Tollack*, 233 P2d 121 (Cal. App. 1951); *State v. Herfel*, 49 Wis.2d 513, 518-19, 182 N.W. 2d 232 (1971).

[74] Sul parziale ridimensionamento di tali "beni", M.J. Anderson, *From chastity requirement to sexuality license*, cit. 51 ss.

[75] Cfr. ad es., Note, *The resistance standard in rape legislation*, in *Stanford Law Review*, 1966, vol. 18, 682 ss.; Note, *Forcible and statutory rape: an exploration of the operation and objectives of the consent standard*, in *Yale Law Journal*, 1952, vol. 62, 55 ss.

si parla di "*vis grata puellis*" – ma il focus resta saldo sul comportamento della vittima, la cui reazione deve soddisfare uno standard sufficiente a sgombrare ogni dubbio. Il linguaggio impiegato dalle Corti, e in particolare la descrizione della dovuta resistenza in termini di ragionevolezza, richiama – con una simmetria gravida di significati – quello della colpa, che, in molti frangenti del diritto penale angloamericano è misurata sulla figura del «*reasonable man*»[76].

D'altronde, oggetto del processo è principalmente la condotta della vittima, equiparata sotto molti profili all'imputato, in quanto accusata del terribile «crimine di aver acconsentito»[77].

4. *Dalla vittima al reo, dalla resistenza alla forza. Il fallimento dell'approccio del* Model Penal Code *e delle prime riforme femministe in una rassegna di casi storici*

Gli anni Settanta, anche in conseguenza di casi ancor più eclatanti di quelli già esaminati, vedono intensificarsi le critiche alla disciplina penale dello stupro ("*rape law*"). Posto che, come appena osservato, in relazione al tema l'attenzione di chi propugnava una politica criminale di stampo liberale era concentrata sulle discriminazioni che colpivano gli imputati afroamericani, è toccato ai movimenti femministi farsi portatori delle istanze di riforma dei delitti sessuali[78].

---

[76] Voler tratteggiare correttamente tale parametro porterebbe l'indagine fuoristrada, anche per via della sterminata letteratura in argomento. Per alcune coordinate essenziali, si veda M. Vitiello, *Defining the reasonable person in the criminal law: fighting the Lernean Hydra*, in *Lewis & Clark Law Review*, 2010, vol. 14, 4, 1435 ss.

[77] Così suggestivamente S. Gold, M. Wyatt, *The rape system: old roles and new times*, cit., 713: «*the prosecutor must be convinced that the defendant/witness is innocent of the crime of consent*» («l'accusa deve essere convinta che l'imputato/testimone sia innocente del reato di consenso»).

[78] Come noto, durante la "prima ondata" (la c.d. "*first wave*"), avviata negli Stati Uniti e nel Regno Unito attorno alla metà del XIX secolo e conclusasi all'incirca negli anni Venti del Novecento, il tema dello stupro era estraneo alla riflessione filosofica femminista, ma anche alle rivendicazioni politiche, incentrate più che altro sui diritti civili delle donne (ad es., C. Mcglynn, *Feminist activism and rape law reform in England and Wales. A Sisyphean struggle?*, in C. Mcglynn, V.E. Munro [a cura di], *Rethinking rape law*, Abingdon Oxon, Routledge, 2010, 139 ss.). L'interesse per lo stupro e la sua disciplina è sorto invece con la "*second wave*", iniziata negli anni Sessanta. Tra le prime femministe ad avvicinarsi al tema dello stupro vanno menzio-

È stato in particolare un innovativo articolo del 1971 di Susan Griffin a portare al centro del dibattito femminista il tema dello stupro, e, in primo luogo, il calvario che le donne denuncianti una violenza sessuale subivano nel corso dei processi in quel periodo[79].

L'articolo riporta un accurato resoconto di un processo tenutosi due mesi prima a San Francisco. L'accusa aveva incriminato un gioielliere trentaseienne che, insieme a tre amici, aveva violentato una giovane donna di ventitré anni. Questa era stata costretta dagli uomini, con un'arma da fuoco puntata addosso, a salire su un'auto, con la quale era stata condotta a casa del gioielliere. Una volta giun-

---

nate Susan Griffin e Susan Brownmiller. Quest'ultima è nota per un pioneristico lavoro di ricostruzione storica, già più volte citato (S. Brownmiller, *Against our will*, cit.). Lo studio, risalente al 1975, è tra le prime trattazioni a enucleare in maniera sistematica i c.d. "*rape myths*". Si tratta di un volume che è risultato decisivo nell'attirare l'attenzione sul tema dello stupro e sulle sue distorsioni nelle prassi giudiziarie. Per quanto riguarda l'impatto delle ricerche di Susan Griffin, invece, si rimanda al testo. Successivamente, come noto, tante altre studiose hanno dedicato energie allo sviluppo del tema dello stupro in chiave femminista, divenuto a pieno titolo uno dei *topoi* dell'indagine di genere, a cominciare da Catharine MacKinnon, sul cui pensiero, in realtà non del tutto portatore di istanze criminalizzanti, non si mancherà di riferire più avanti (v. *infra*, §§ 6, 7). Durante la "seconda ondata", infatti, sono venute a crearsi anche diverse correnti di pensiero, nelle quali è difficile addentrarsi, né avrebbe senso farlo in questa sede. Sono tuttavia piuttosto note le distinzioni tra le posizioni "radicali" e quelle "liberali", sulle quali si tornerà con qualche cenno più avanti (v. *infra*, § 6). Su tutti questi aspetti, risulta particolarmente istruttivo il lavoro di J.E. Larson, *Introduction: third wave – can feminists use the law to effect social change in the 1990s?*, in *Northwestern University Law Review*, 1993, vol. 87, 1, 1252 ss. Il titolo peraltro è sintomatico anche del percorso culturale dei movimenti femministi che, dopo una prima diffidenza nei confronti del diritto penale, vi si sono gradualmente avvicinati, arrivando negli anni Novanta ad interrogarsi, appunto, sulla possibilità di imporre determinati cambiamenti sociali mediante la legge (anche penale). Tale traiettoria è ben descritta, e criticata, dalla penalista – femminista – Aya Gruber, nel suo notevole e recente approfondimento monografico A. Gruber, *The feminist war on crime. The unexpected role of women's liberation in mass incarceration*, Oakland, University of California Press, 2020. Si avrà modo di evidenziare nel proseguo alcuni dei passaggi che hanno portato le femministe ad implementare strategie basate sul "*crime control*" (v. *infra*, § 6). Per il momento, va sottolineato come già a partire dagli anni Settanta, i movimenti siano riusciti ad ottenere riforme legislative, inizialmente sul *rape*, poi dagli anni Ottanta anche in relazione alle molestie sessuali sui luoghi di lavoro (*sexual harassment*), alla violenza domestica e all'aborto. Cfr. C. Spohn, J. Horney, *Rape law reform: a grassroots revolution and its impact*, New York, Springer 1992, 20 ss., che spiegano come negli anni Settanta la revisione delle "*rape laws*" sia diventata rapidamente una priorità dell'agenda femminista.

[79] S. Griffin, *Rape: the all-American crime*, in *Ramparts*, 1971, 26 ss.

ti nell'abitazione, l'accusa sosteneva che i quattro uomini l'avessero violentata, poi l'avessero trattenuta lì tutta la notte, sottoponendola a nuovi attacchi sessuali fino al mattino, quando l'avevano rilasciata, minacciando di ucciderla qualora avesse fatto parola con qualcuno dell'accaduto. Altre donne avevano testimoniato contro il gioielliere, adducendo di essere state forzate ad atti sessuali sgraditi.

La denuncia della Griffin, tuttavia, si focalizza sull'intera giornata che la denunciante trascorse sotto "*cross-examination*". Nello sforzo di far apparire l'episodio consensuale, il difensore del principale imputato l'aveva sottoposta ad un controinterrogatorio a dir poco brutale, nel quale, in un *climax* di domande sgradevoli, arrivò persino a chiederle se fosse vero che aveva educato i due figli a fare un gioco "sessuale" nel quale uno saliva sull'altro simulando un amplesso («*Isn't true that your two children have a sex game in which one gets on top of the other and they…*?»). La giuria, suggestionata dalle insinuazioni difensive, sebbene tutte smentite con forza dalla donna, propese per la assoluzione degli imputati.

Un corposo studio di qualche anno successivo da parte della professoressa della *Columbia University* Vivian Berger ha poi dimostrato come simili distorsioni fossero diffuse in tutte le giurisdizioni americane[80]. Allo stesso tempo, le prime raccolte statistiche segnalavano come le percentuali di condanna fossero letteralmente irrisorie. Ad esempio, i dati dello Stato di New York dimostrano come, nei primi anni Settanta, a fronte di migliaia di denunce di violenza sessuale ricevute dalla polizia ogni anno, la media annuale per il reato di "*rape*" fosse di diciotto condanne[81].

Sulla scorta di tali allarmanti acquisizioni, i movimenti femministi hanno realizzato con successo un'intensa attività di "*lobbying*", riuscendo ad ottenere una serie di riforme in tutto il Paese[82].

---

[80] Cfr. V. Berger, *Man's trial, woman's tribulation: Rape cases in the courtroom*, in *Columbia Law Review*, 1977, vol. 77, 1, 1 ss.

[81] Per tali statistiche, L. Bienen, *Rape III*, in *Women's Rights Law Reporter*, 1977, vol. 3, 90 ss., in particolare 137.

[82] Nella dottrina dell'epoca, si sofferma sul ruolo dei movimenti femministi nel modificare la legge, L. Bienen, *Rape reform legislation in the United States: a Look at some practical effects*, in *Victimology*, 1983, vol. 8, 139 ss., mettendo anche in relazione le principali scelte politico-criminale sottolineate nel testo con il pensiero femminista. Descrivono nel dettaglio gli sforzi dei movimenti femministi in relazione alle suddette riforme anche C. Spohn, J. Horney, *Rape law reform*, cit., 20 ss.

La priorità dell'agenda femminista è stata quella di spostare il baricentro dell'accertamento giurisdizionale dalla vittima al suo aggressore: in concreto, tale finalità è stata perseguita mediante il ricorso a diverse strategie. Sul piano processuale, si è proceduto ad un tentativo di revisione delle penalizzanti "*rules of evidence*" menzionate, nonché all'introduzione del c.d. "*rape shield*", ovvero uno "scudo" in grado di proteggere la denunciante da imbarazzanti domande sulla sua precedente storia sessuale[83]. Sul versante sostanziale, invece, i riformatori di quegli anni hanno individuato la causa dell'innaturale inversione dei ruoli processuali nella pretesa, appunto, di una resistenza attiva della vittima[84].

Poiché tale onere discendeva per via interpretativa dalla definizione originaria di *rape*, e in particolare dal richiamo alla volontà contraria della vittima al rapporto sessuale, i legislatori – sul punto senza dubbio influenzati anche dall'equivoco in cui erano poco prima incorsi gli stessi compilatori del *Model Penal Code*[85] – hanno

[83] In argomento, con accenti critici sulla reale efficacia delle leggi in questione, N.E. Snow, *Evaluating rape shield laws. Why the law continues to fail rape victims*, in K. Burgess-Jackson (a cura di), *A most detestable crime. New philosphical essays on rape*, cit., 245 ss. Sui limitati effetti di tali riforme anche D.P. Bryden, S. Lengnick, *Rape in the criminal justice system*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, 1997, vol. 87, 1194 ss., in particolare 1199. Sebbene i riformatori abbiano ottenuto un'ampia adozione legislativa delle leggi sullo "scudo", queste sono state riempite di eccezioni, vengono applicate sporadicamente e rimangono in molti casi controverse. Sullo specifico tema anche la ricostruzione storica di M.J. Anderson, *From chastity requirement to sexuality license*, cit., 51 ss.

[84] Di quest'avviso, tra gli altri, S.J. Schulhofer, *Unwanted sex*, cit., 22 ss.

[85] Negli anni Cinquanta, l'*American Law Institute* – un prestigioso consesso di giudici, avvocati e studiosi – iniziò l'ambizioso progetto di revisione di tutta la *criminal law* americana. L'obiettivo dell'Istituto era redigere una proposta di armonizzazione del diritto penale, rimpiazzando gli arcaici e disorganizzati *statutes* (leggi scritte) dei diversi Stati con un moderno codice sistematico, il *Model Penal Code*. Quando l'attenzione dei compilatori del codice si posò sullo stupro, questi furono colpiti dal bassissimo tasso di condanne, anche in situazioni di evidente abuso. I riformatori allora criticarono l'approccio tradizionale, reo di dedicare troppa enfasi alle oggettive manifestazioni di dissenso da parte della donna e, nello specifico, della resistenza, quale espressione di dissenso o non consenso. Tra le criticità, i compilatori – tutti rigorosamente uomini – individuarono altresì la presenza di un'unica fattispecie criminosa, nella quale confluivano condotte molto diverse, peraltro punita in maniera severissima (in alcuni casi, come visto, anche con la pena di morte).

Si trattava, senza dubbio di una diagnosi solo parziale, la cui incompletezza è rispecchiata nelle raccomandazioni da ultimo elaborate. Molte di esse, infatti, non

pensato di rimodulare il centro di gravità della descrizione della fattispecie, enfatizzando l'altro elemento dell'*actus reus* (l'equivalente del "fatto tipico") menzionato da Blackstone, ovvero la forza[86]. È così che le riformulazioni del reato effettuate da moltissime giurisdizioni statunitensi negli anni Settanta imperniano la tipicità su un

---

ruppero gli assunti tradizionali: il codice preservò la regola del "*prompt compliant*" o "*fresh compliant*" (lett. della "pronta denuncia" o "denuncia immediata"); mantenne il requisito della "*corroboration*" della testimonianza della vittima e le speciali istruzioni precauzionali da fornire alle giurie; non si disfò, ed anzi per certi versi rinforzò la *marital exemption*. Per rendere più effettiva l'applicazione del delitto di *rape*, i "*drafters*" proposero una definizione priva di riferimenti alla vittima e alla sua volontà, nonché l'abolizione del requisito della *resistance*, descrivendo il *rape* come «*sexual intercourse where the man compels her to submit by force or by threat of imminent death, serious bodily injury, extreme pain or kidnapping, to be inflicted on anyone*» («rapporto sessuale in cui l'uomo la costringe a sottomettersi con la forza o con la minaccia di morte imminente, lesioni personali gravi, dolore estremo o rapimento, da infliggere a chiunque»).

Quanto al problema dell'unica figura criminosa, i compilatori proposero di dividere il *rape* in due "*offences*" (reati) separate. Per essere condannato per la fattispecie più grave, l'unica nominata appunto "*rape*" nel codice, il reo doveva praticamente uccidere la vittima. Il reato, infatti, venne riservato ai casi nei quali l'agente aveva inflitto, o minacciato, «*serious bodily injury*» (lesioni personali gravi), «*extreme pain*» (estremo dolore) o «*imminent death*» (morte imminente). Il delitto fu poi distinto in due diversi gradi, corrispondenti a risposte sanzionatorie diverse (ergastolo nel primo e reclusione pari a dieci anni nel massimo edittale nel secondo), a seconda che fosse commesso da uno sconosciuto o da un conoscente, basandosi sulla considerazione che, nella seconda ipotesi, difficilmente ricorre una lesione all'integrità fisica della vittima. Con riguardo, invece, alle ipotesi nelle quali non vi è una imminente minaccia di morte, i membri dell'*American Law Institute* proposero una "*felony*" meno grave, nominata «*gross sexual imposition*» ("grave imposizione sessuale"), con pena massima prevista in cinque anni, applicabile nei casi in cui l'aggressore minacci danni fisici immediati di minor gravità. La nuova fattispecie, spingendosi oltre gli angusti confini nei quali la *common law* aveva relegato la minaccia, previde anche la rilevanza di alcune minacce di lesioni non fisiche, limitando però la punibilità ai casi nei quali la minaccia sia tale da prevenire la resistenza di una donna di ordinaria risolutezza («*woman of ordinary resolution*»). Sia consentito qui osservare come, anche in questo caso, il linguaggio utilizzato, lungi dall'essere realmente innovatore, richiama ancora alla mente il settore della colpa penale.

Per tutti gli aspetti trattati, cfr. *Model Penal Code and Commentaries*, Part II, *Comment on § 213*, Philadelphia, American Law Institute, 1980, 275 ss., in particolare 301 ss.

[86] Nella manualistica dell'epoca, è corrente l'affermazione secondo la quale la forza non era, a differenza dell'assenza di consenso estrinsecata nella resistenza fisica, un elemento dell'*actus reus*. Cfr. ad es., R. Perkins, *Criminal law*, 2ª ed., New York, Foundation Press, 1969, 162.

nuovo requisito, descritto in termini di "*forcible compulsion*", ovvero, letteralmente, "costrizione violenta"[87].

Un caso che può aver indotto tale prospettiva è *Bain*[88]. Bain e la denunciante si erano conosciuti a casa di un'amica. Dopo l'uomo si era offerto di accompagnarla a casa, ma si era fermato in una strada isolata nella campagna. La donna gli aveva chiesto di essere portata indietro e aveva aperto la portiera dell'auto per uscirne. Bain, allora, l'aveva strattonata per impedirle di uscire e le aveva tirato un pugno sul volto. Al che le aveva tolto i pantaloni e aveva praticato un rapporto penetrativo. Vista la situazione, la donna aveva rinunciato ad opporre resistenza, inducendo la Corte d'appello dell'Illinois a ravvisare una lacuna probatoria e annullare la condanna di primo grado per assenza del requisito della *resistance*[89].

Osservata oggi, la prospettiva dei compilatori del *MPC* e dei riformatori statuali pare quantomeno singolare poiché, idealmente, per fare fronte ai problemi evidenziati in precedenza, la legge avrebbe dovuto riporre una maggiore enfasi sul consenso, se l'obiettivo era proteggere la «*freedom of choice*» («libertà di scelta») della donna e, appunto, il suo «*meaningful consent*» («consenso effettivo»)[90]. Uno sguardo ad alcuni dei casi che hanno animato per decenni il dibattito americano mostra come si sia trattato senza dubbio di una strategia fallimentare, anche in relazione alla necessità di allargare la punibilità alle ipotesi di "*acquaintance*" o "*date rape*", che di rado prevedono l'impiego di una forza fisica coartante.

La decisione che, forse più di tutte, ha segnato l'evoluzione della "*rape law*" negli Stati Uniti è *Rusk*[91]. Il caso è già stato presentato in

---

[87] Cfr. M.J. Anderson, *Reviving resistance in rape law*, in *University of Illinois Law Review*, 1998, 953 ss., in particolare 962-968, che nell'ambito di un articolato lavoro sull'evoluzione (e l'abolizione) del requisito della resistenza, dedica ampio spazio al ruolo dei riformatori di quegli anni.

[88] *People v. Bain*, 283 N.E.2d 701 (Ill. 1972).

[89] *Ibidem*. Il caso è fuorviante perché la mancata resistenza è dovuta a un primo atto di forza, mentre spesso, come si vedrà tra poco, sono le condizioni ambientali a scoraggiare l'opposizione fisica.

[90] *Model Penal Code and Commentaries*, cit., 301.

[91] *State v. Rusk*, 424 A2d 720, 721-722, 724, 728, 733 (Md. 1981). Il caso è stato selezionato per far parte di un volume che, piuttosto di recente, ha raccolto le più significative "*criminal law stories*" americane, curato da studiosi di primo piano, cfr. D. Cooker, R. Weisberg (a cura di), *Criminal law stories*, New York,

sede introduttiva ma, per comodità di apprezzamento, se ne riporta anche qui un resoconto.

Rusk conobbe Pat in un *pub* per *singles* di Baltimora, presentati per caso dall'amica che accompagnava la donna. Rusk e Pat parlarono cordialmente per un po', condividendo anche talune preoccupazioni: entrambi, infatti, erano genitori separati. Quando Pat disse di dover andare, Rusk la persuase ad accompagnarlo a casa in auto. Arrivati davanti al suo appartamento, all'una di notte, Pat rifiutò l'invito di Rusk ad entrare. Egli allora afferrò fulmineamente le chiavi della macchina, uscì e disse: «*now, will you come up*» («ora verrai dentro?»). A quel punto, spaventata e in un quartiere a lei sconosciuto, la donna lo seguì all'interno dell'appartamento. Poco dopo essere entrata, Pat chiese se poteva andarsene, ma Rusk, che ancora aveva le chiavi dell'auto, la tirò per le braccia fino al letto e iniziò a spogliarla. Su richiesta, Pat si tolse gli abiti rimanenti, ma appena rimasta nuda, lo supplicò di lasciarla andare, dicendo: «*you can get a lot of other girls down there, for what you want*» («puoi trovare molte altre ragazze laggiù, per ciò che vuoi») riferendosi al *pub*. Quando Rusk disse di no, la donna, ancor più spaventata, gli chiese: «*if I do what you want, will you let me go without killing me?*» («se faccio quello che vuoi, mi lascerai andare senza uccidermi?»). L'uomo non rispose e dalla testimonianza di Pat nel processo non è chiaro se l'uomo avesse udito la domanda. Pat iniziò a piangere e, secondo quanto riferito durante il processo, «*he put his hands on my throat, and started lightly to choke me*» («mi mise le mani sulla gola e iniziò a soffocarmi leggermente»). A quel punto lei ripeté di nuovo «*if I do what you want, will you let me go without killing me?*» e, quando Rusk disse di sì, si sottomise praticandogli una *fellatio* e poi prestandosi ad un rapporto vaginale. Dopo gli atti sessuali, Rusk lasciò andare Pat, la quale cercò immediatamente una volante della polizia e alle tre e un quarto del mattino denunciò l'accaduto.

In primo grado Rusk venne condannato per stupro, definito nel Maryland come «rapporto sessuale ottenuto con la forza o la minac-

---

Thomson Reuters-Foundation Press, 2013, all'interno del quale si trova la minuziosa ricostruzione del caso realizzata da J. Suk, *"The look in his eyes": the story of Rusk and rape reform*, 171 ss., che evidenzia, come si evince dal titolo stesso, anche gli effetti di tale caso sul processo di riforma delle normative americane.

cia della forza» («*intercourse by force or threat of force*»). La Corte d'appello, adottando la prospettiva tradizionale, annullò la condanna perché l'imputato non aveva utilizzato la forza e alla denunciante non era stato impedito di resistere, neppure mediante una minaccia rivolta alla sua integrità fisica.

Nel 1981, la Corte Suprema del Maryland ha ripristinato la condanna nei confronti di Rusk, dando credito alla versione della giuria di primo grado, secondo la quale la vittima temeva di essere uccisa qualora non si fosse sottomessa al rapporto sessuale. La decisione è stata supportata solo da quattro dei sette giudici, mentre gli altri hanno reso una *dissenting opinion* altamente critica, nella quale hanno scritto che: «*the law regards rape as a crime of violence. The majority today attenuates this proposition*» («la legge considera lo stupro come un crimine violento. La maggioranza oggi attenua questa proposizione»). La forza necessaria per affermare la responsabilità dell'accusato, infatti, era stata rinvenuta dai giudici nella pressione effettuata da Rusk sul collo di Pat, realizzata dall'imputato quasi a mimare un lieve strangolamento («*lightly choke*»). Come è stato autorevolmente sostenuto, in assenza di quel dettaglio fattuale, ancorché quasi irrilevante ai fini della concreta coazione della donna agli atti sessuali realizzati, probabilmente non sarebbe stato possibile ritenere configurato il delitto di *rape*[92].

La verosimiglianza dell'ipotesi è convalidata da alcuni casi analoghi, nei quali l'esito del giudizio è stato di segno radicalmente diverso.

Si consideri ad esempio *Gonzales*[93], vicenda dai contorni straordinariamente simili a quelli di *Rusk*. Anche in questo caso i protagonisti si conobbero di sera in un bar e anche in questo caso l'uomo chiese alla vittima un passaggio a casa. Lei rifiutò, ma Gonzales entrò in macchina ugualmente. Dopo avergli ribadito di non avere intenzione di accompagnarlo, la donna iniziò a guidare; Gonzales chiese di girare in una strada appartata e, stando alla ricostruzione effettuata nell'ultimo grado di giudizio, «le chiese di fermarsi per andare in bagno e le tolse le chiavi dall'accensione, dicendole che non

[92] Cfr. S.J. Schulhofer, *Unwanted sex*, cit., 34.
[93] *Gonzales v. State*, 516 P.2d 592 (Wyo. 1973).

sarebbe partita lasciandolo lì. Lei rimase in macchina quando lui andò in bagno e non fece alcun tentativo di andarsene. Quando tornò, lui le disse che l'avrebbe violentata e lei continuò a cercare di dissuaderlo. Gonzales le disse che si stava arrabbiando e poi le mise di nuovo il pugno davanti alla faccia e le disse: "Io lo farò. Puoi averlo in un modo o nell'altro"»[94].

Nel dichiarare l'imputato colpevole di stupro, il giudice di prime cure affermò che la vittima «non deve sottoporsi a pestaggi, accoltellamenti o cose del genere. Finché è convinta che accadrà qualcosa di più grave, la legge le concede il diritto di sottomettersi»[95]. Non secondo la Corte Suprema del Wyoming, che ha invece ritenuto erroneo tale ragionamento perché il riconoscimento della paura provata dalla vittima era avvenuto a prescindere da ragionevoli basi concrete, peraltro assenti nel caso di specie. Nella pronuncia si conclude, infatti, apoditticamente che «*the evidence of the nature and sufficiency of the threat to justify nonresistance is far from overwhelming in this case*» («la prova della natura e della sufficienza della minaccia per giustificare la non resistenza è tutt'altro che schiacciante in questo caso»)[96].

Ammesso (e non concesso) che l'ultima frase pronunciata da Gonzales prima del rapporto sessuale non costituisse una minaccia esplicita, la decisone risulta sintomatica della difficoltà del diritto vivente americano a catturare l'illiceità di costrizioni implicite; quelle che, da noi, sono state ricondotte al *genus* della «costrizione ambientale» (v. *supra*, II, § 4.2). Nel caso di specie, come in *Rusk* del resto, è palese l'intenzione dell'imputato di creare una situazione co-

---

[94] Tradotto da chi scrive da: «*He asked to stop to go to the bathroom and took her keys out of the ignition, telling her she would not drive off and leave him. She stayed in the car when he went to the bathroom and made no attempt to leave. When he returned he told her he was going to rape her and she kept trying to talk him out of it. He told her he was getting mad at her and then put his fist again her face and said "I'm going to do it. You can have it one way or the other"*». *Ivi*, 593.

[95] Nell'originale si trova scritto: «*does not have to subject herself to a beating, knifing or anything of that nature. As long as she is convinced something of a more serious nature will happen she is then given by law the right to submit*».

[96] Portando Susan Estrich ad affermare, ironicamente, che apparentemente in Wyoming la "*reasonable woman*" non è solo un vero uomo, ma addirittura *Superman*. Cfr. S. Estrich, *Real rape*, cit., 67.

strittiva che gli consentisse di ottenere soddisfazione sessuale senza fare ricorso né alla forza né ad una minaccia del tutto esplicita. Tuttavia, mentre in *Rusk*, nonostante i molteplici fattori coartanti, per addivenire ad una sentenza di condanna si è potuto attribuire peso – in modo certamente sproporzionato – a quel lieve strangolamento, in *Gonzales*, non vi era nessun elemento che potesse far ritenere configurabile una "*forcible compulsion*" nel senso letterale (e, pertanto, fisico) dell'espressione.

Tra i due casi, dunque, è *Rusk* l'"eccezione che conferma la regola", come ben dimostrano altre due vicende piuttosto simili.

In *Goldberg*[97], ad esempio, una liceale che lavorava come commessa in un negozio di abiti da uomo era stata attirata da un cliente, il quale spacciandosi come "*free-lance agent*" le aveva prospettato un futuro da modella. La ragazza lo aveva dunque seguito presso il suo "studio", dove si era sottomessa ad un rapporto sessuale per paura: era venuta a trovarsi sola in una casa lontana da altri edifici, senza nessuno a cui chiedere aiuto, e vi era notevole disparità a livello fisico. In assenza di minacce "formalizzate", la Corte d'appello del Maryland – la stessa che qualche anno dopo assolverà Rusk – ha ritenuto che tali fattori non potessero integrare un equivalente della costrizione violenta e aver indotto un *ragionevole* timore nella ragazza. Il rifiuto orale non è stato considerato abbastanza: «è vero che [la denunciante] ha detto all'appellante che non voleva fare quelle cose. Ma la resistenza che deve essere dimostrata è non solo verbale, ma anche fisica, nella misura in cui era in grado di farlo in quel momento»[98].

Il linguaggio della decisione ricorda quello utilizzato nella *case law* precedente alle riforme, non solo nei richiami alla resistenza non verbale, ma anche nella configurazione di una donna "ragionevole", che non si intimorisce e non rinuncia a lottare a difesa della propria sessualità solo per essersi trovata isolata in compagnia di un uomo di considerevole stazza.

---

[97] *Goldberg v. State*, 41 Md. App. 58, 395 A. 2d 1213 (Md. Spec. App. 1979).

[98] In originale: «*it is true that she told the appellant that she didn't want to do that stuff. But the resistance that must be shown involves not merely verbal but physical resistance to the extent of her ability at the time*».

Evans[99], invece, aveva conosciuto la denunciante, una ragazza al secondo anno di *college* descritta in sentenza come «incredibilmente ingenua, credulona e *naïve*» («*incredibly gullible, trusting, and naive*»), presso un aeroporto. Le aveva fatto credere di essere uno psicologo che stava conducendo un esperimento sulle interazioni tra uomini e donne e l'aveva convinta a recarsi con lui in un *pub* dove avrebbe analizzato i suoi comportamenti. Successivamente Evans aveva persuaso la donna ad andare insieme presso il suo "ufficio", dove, quando lei aveva respinto le sue *avance*, le si era rivolto così: «guardati attorno. Sei nell'appartamento di un uomo sconosciuto. Come fai a sapere che sono davvero chi dico di essere? Come fai a sapere che sono davvero uno psicologo… Potrei ucciderti. Potrei violentarti. Potrei farti del male fisico»[100].

L'imputato è stato assolto già al termine del primo grado di giudizio perché, sebbene la sua condotta fosse stata senz'altro reprensibile e truffaldina, non poteva dirsi criminale. Le parole proferite da Evans, secondo la Corte di primo grado, denotavano infatti una certa ambiguità, essendo capaci di comunicare sia una minaccia di impiego della forza sia un «rimprovero a una ragazza sciocca» («*chiding of a foolish girl*»). Per essere davvero coartante, ed integrare di conseguenza il delitto di stupro, la minaccia deve essere diretta, immediata ed inequivocabile.

Persino di fronte a casi ancora più eclatanti, le Corti americane hanno resistito alla tentazione di adottare un'interpretazione smaterializzata del concetto di "*forcible compulsion*" (*Alston*), o di allargare i confini della minaccia rilevante (*Mlinarich*), per soddisfare istanze di giustizia sostanziale.

Alston[101] e la fidanzata avevano vissuto insieme per sei mesi in una complicata relazione sentimentale. Spesso lui la bloccava con la forza quando rifiutava di dargli dei soldi o qualsiasi altra cosa e non erano mancati altri episodi di violenza "domestica". Secondo la te-

[99] *People v. Evans*, 85 Misc.2d 1088, 379 N.Y.S.2d 912 (N.Y. Sup. Ct. 1975).

[100] Queste le frasi proferite dall'imputato secondo la sua accusatrice: «*look where you are. You are in the apartment of a strange man. How do you know that I am really who I say I am? How do you know that I am really a psychologist… I could kill you. I could rape you. I could hurt you physically*».

[101] *State v. Alston*, 312 S.E.2d 470, 471-473, 475-476 (N.C. 1984).

stimonianza della denunciante, più volte aveva avuto rapporti sessuali con lui solo per essere accomodante con l'imputato, rimanendo completamente passiva mentre lui la spogliava e la penetrava. Finalmente, aveva poi trovato il coraggio di porre fine alla relazione e si era trasferita da sua madre. Circa un mese dopo, Alston si accostò alla donna per strada, bloccandole il cammino e chiedendole dove vivesse. Quando rifiutò di rispondere, la prese violentemente per un braccio, al che lei accettò di camminare con lui se l'avesse rilasciata. Camminarono per un po', parlando della loro relazione, che la donna confermò essere definitivamente conclusa. Secondo la testimonianza della vittima, allora Alston la minacciò, con un'espressione gergale inequivocabile, di «ripararle la faccia» («*to fix her face*»), per farle capire che «non stava giocando». Disse altresì che si sentiva ancora in diritto di avere rapporti sessuali con lei. Vista l'insistenza, la donna seguì Alston a casa di uno dei suoi amici, ma quando lui le chiese se era "pronta", chiarì che non aveva intenzione di fare sesso con lui. Alston allora, sempre secondo la versione dell'accusa, la tirò in piedi dalla sedia, la spogliò, le aprì le gambe e la penetrò mentre lei rimaneva passiva e piangeva.

Inizialmente Alston fu condannato per stupro, ma nel 1984 la Corte Suprema della North Carolina ha annullato la decisione. Nella motivazione la Corte, pur ammettendo l'incontrovertibilità del rifiuto opposto all'imputato, afferma che l'accusa avrebbe fallito nel dimostrare l'uso della forza. La donna, infatti, non aveva resistito fisicamente e Alston non l'aveva specificamente minacciata al momento del rapporto sessuale. Le minacce proferite dall'uomo quel giorno – sostiene la Corte – erano precedenti e scollegate all'atto sessuale. La paura ingenerata nella donna poteva essere giustificata, secondo la decisione, da episodi precedenti, ma tale «*general fear*» non è sufficiente a fondare una condanna per *rape*.

La vicenda *Mlinarich*[102], invece, si caratterizza per una minaccia tangibile, valutata però irrilevante per la configurazione del delitto di stupro dalla giurisprudenza della Pennsylvania[103].

---

[102] *Commonwealth v. Mlinarich*, 542 A.2d 1335 (Pa. 1988).

[103] Un caso simile è *Thompson* (*State v. Thompson*, 792 P.2d 1103 [Mont. 1990]), nel quale il preside di un istituto scolastico del Montana aveva minacciato un'alunna dell'ultimo anno di impedirle di diplomarsi qualora non avesse esaudi-

Una ragazza di soli quattordici anni era stata reclusa in un carcere minorile per aver commesso un furto. Mlinarich aveva accettato di assumere la custodia dell'adolescente, divenendone genitore affidatario. Una volta accolta in casa, l'uomo si fece avanti sessualmente; la ragazza accondiscese e si prestò al rapporto sessuale, ma solo in seguito alla minaccia dell'imputato di rispedirla indietro all'istituto minorile qualora non avesse soddisfatto le sue richieste.

Inizialmente l'uomo fu condannato per stupro e per un'ulteriore fattispecie assimilabile alla corruzione di minorenne («*corrupting the morals of a minor*»). Tuttavia, nel 1985, la Corte d'appello della Pennsylvania ha annullato la condanna, stabilendo che, per quanto biasimabile, la condotta dell'imputato non era tale da integrare una "*forcible compulsion*", elemento che aveva rimpiazzato l'assenza di consenso («*nonconsent*») nella tipizzazione del reato. Nello specifico, la Corte ha ritenuto che la costrizione psicologica (la c.d. "*psychological duress*") non fosse inclusa nella più ristretta nozione di "*forcible compulsion*". Occorre peraltro notare che, anche in altre giurisdizioni, l'esito del giudizio non si sarebbe discostato da quello raggiunto in *Mlinarich*, perché nel diritto statunitense le uniche minacce generalmente rilevanti ai fini dell'integrazione del delitto erano, in linea con quanto raccomandato nel *MPC*, quelle di uccisione imminente o di danno grave alla salute (v. *supra*)[104]. Nel caso in esame, per quanto caratterizzata da un effetto assai coartante, si trattava evidentemente di una minaccia che non coinvolgeva la sfera dell'incolumità personale.

Casi come *Rusk*, *Gonzales*, *Alston*, *Mlinarich*, *Goldberg*, *Evans* non sono esempi isolati. Molti altri del tutto analoghi riempiono i "*reports*" giurisprudenziali, dimostrando i miseri risultati raggiunti dalle riforme realizzate a partire dagli anni Settanta. Lungi dall'aver rotto l'associazione tra il delitto di *rape* ed una nozione brutale di violenza, le leggi concepite nella "prima ondata" di riforme non han-

to i suoi desideri sessuali. Non essendovi una minaccia di una lesione fisica, non fu riconosciuta alcuna rilevanza penale rispetto all'episodio denunciato dalla giovane diplomanda.

[104] Per un'ampia ricostruzione in merito, si veda A. Nisco, *La tutela penale dell'integrità psichica*, Torino, Giappichelli, 2012, 177 ss.

no fatto che rinsaldare tale legame[105], mettendo al centro una nozione ristretta di forza anziché l'autodeterminazione sessuale femminile ed il libero consenso, rimasti irrimediabilmente in secondo piano.

La rassegna esibisce infatti una vera e propria "dittatura" della costrizione violenta, estesa peraltro curiosamente anche all'ambito applicativo della minaccia, circoscritto alle ipotesi di intimidazione aventi ad oggetto gravissime ripercussioni sul piano fisico. Nonostante non mancassero suggerimenti di letture meno rigorose del requisito della forza da parte della dottrina[106], in assenza di una lotta cruenta, la giurisprudenza non ha mai arretrato rispetto alla richiesta di una effettiva coartazione fisica.

Una precisazione di carattere semantico può aiutare a cogliere la distanza che intercorre tra l'evoluzione del significato del termine "violenza" nella giurisprudenza italiana (e tedesca) e, invece, la staticità ermeneutica rispetto al requisito della "*force*" nella *case law* americana.

La lingua inglese conosce tre parole con connotazioni diverse per esprimere lo stato di coazione. La prima è "*compulsion*", che, ancorché pleonasticamente accompagnata dall'aggettivo "*forcible*" negli *statutes* americani, implica già nella propria definizione l'impiego della forza. Essa è definita appunto come «*a force that make you do something*»[107]. La seconda parola è "*coercion*", che ha una connotazione simile alla precedente, ma in qualche misura attenuata, indicando «*a force to persuade someone to do something they are unwilling to do*»[108]. Nel primo caso, infatti, la forza *fa* fare qualcosa,

---

[105] Questo il bilancio tracciato nell'ampio studio empirico condotto sulle "*prosecutions*" per stupro da W.D. Loh, *The impact of common law and reform rape statutes on prosecution: an empirical study*, in *Washington Law Review*, 1980, vol. 55, 3, 543 ss.

[106] Ad esempio, secondo S. Estrich, *Real rape*, cit., 67, costituirebbe forza anche quel potere che gli uomini non hanno bisogno di esercitare, poiché come i protagonisti dei casi illustrati, hanno creato situazioni coartanti che li mettono in condizione di non utilizzarla. Più avanti nel tempo anche R. Charlow, *Bad acts in search of a mens rea: anatomy of a rape*, in *Fordham Law Review*, 2002, vol. 71, 263 ss., in particolare 272-76, dove sostiene la possibilità di interpretare gli *statutes* che prevedono la forza come divieti di sesso non consensuale.

[107] Cfr. C. MacIntosh (a cura di), *Cambridge advanced learner's Dictionary*, 4ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2013, alla voce "*compulsion*".

[108] *Ivi*, voce "*coercion*".

nel secondo *persuade* a fare qualcosa di sgradito. Facendo un parallelismo con la terminologia invalsa nella tradizione italiana, la *compulsion* potrebbe essere l'equivalente del costringimento, mentre la *coercion* della costrizione[109].

La terza invece è, come già accennato in relazione a *Mlinarich*, "*duress*", che indica uno stato di costrizione basato su una pressione psicologica: «*threats used to force a person to do something*»[110].

Ebbene, a differenza di quanto accaduto da noi (v. *supra*, II, § 11), la giurisprudenza americana si è arrestata ai «cancelli delle parole»[111], rimanendo fedele al significato autentico di "*forcible compulsion*" e "*forcible coercion*", ovvero le diciture adottate negli *statutes* che avevano riformato la "*rape law*". Non si è così verificata, neppure in episodi di evidente pressione psicologica prodotta ad arte dall'autore, una sovrapposizione tra tali espressioni e la "*duress*". Quanto alle minacce esplicite, per assumere rilievo secondo le Corti dovevano essere molto più che inequivocabili (si pensi a *Gonzales* o *Evans*), riguardare l'imminente impiego di una brutale forza fisica (si pensi a *Mlinarich*) e avvenire immediatamente prima dell'atto sessuale (*Alston docet*).

Persino nell'unico caso – fatta eccezione per *Rusk*, nel quale, come detto, si è enfatizzato oltremodo un "accenno" di forza fisica – in cui la giurisprudenza non ha applicato una interpretazione restrittiva del requisito della forza, vale a dirsi la pronuncia *M.T.S.*, si è impiegata una strategia diversa, valorizzando ai fini dell'integrazione del requisito l'energia fisica insita nel rapporto sessuale (c.d. "*inherent force*"). Si esaminerà tale decisione separatamente, in quanto probabilmente ha costituito il punto di avvio di una nuova riflessione sulla disciplina americana dello stupro.

Rispetto all'esperienza italiana, nella quale, come in tanti altri Paesi europei[112], si è verificato un allontanamento nella *law in action*

---

[109] Per la differenza, v. *supra*, II, § 2.

[110] Cfr. C. MacIntosh (a cura di), *Cambridge advanced learner's Dictionary*, cit., voce "*duress*".

[111] Per utilizzare la fortunata espressione di N. Irti, *I cancelli delle parole*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015.

[112] Come ricostruito anche nella stessa sentenza della CEDU *MC c. Bulgaria*. Ci si è soffermati su questo aspetto della pronuncia *supra*, II, § 10.

dal requisito della costrizione violenta, negli Stati Uniti il dogma è rimasto dunque saldamente centrale nell'elaborazione giurisprudenziale. Si è indugiato sui casi per mettere in evidenza l'inflessibile rispetto del principio di legalità da parte delle Corti americane, pure di fronte ad ipotesi di marcato disvalore, ma anche perché la rassegna casistica costituisce una sorta di "*sliding door*" rispetto a ciò che avrebbe potuto verificarsi nella prassi giudiziaria nostrana qualora non si fosse affermata una concezione in senso lato della violenza. Quando applicato rigorosamente (o correttamente?), come nei casi esaminati, il modello di repressione incentrato sulla costrizione violenta si rivela del tutto inadatto a garantire tutela anche in situazioni evidentemente predatorie.

Le decisioni analizzate confermano altresì l'indissolubilità del legame tra forza e resistenza. Se il reo crea – o anche solo sfrutta – condizioni intimidatorie, non ha bisogno di ricorrere ad un coefficiente, neppure minimo, di forza fisica, che viene a rendersi necessario solo se la vittima decide temerariamente di reagire[113]. Se non vi è resistenza, dunque, non vi è logicamente nemmeno una forza costrittiva. È questo il nesso, messo chiaramente in luce dai casi illustrati, che è invece sfuggito ai legislatori americani, i quali intendevano disfarsi della prima strutturando la fattispecie sulla seconda.

A favorire tale ingenuità strategica ha contribuito senza dubbio l'equivoca soluzione suggerita dal *Model Penal Code*. A leggere con attenzione le pagine di commento di tale "*draft*" legislativo, tuttavia, dietro a premesse incoraggianti, si colgono notevoli lati oscuri[114].

---

[113] La dinamica del menzionato caso *Bain* (v. *supra*) risulta dunque eccezionale, perché la forza costituisce di regola l'*extrema ratio*, in particolare nell'*acquaintance rape*, e viene dispiegata solo in caso di resistenza della donna e non, come in quell'episodio, preliminarmente per scoraggiare tale resistenza. La rassegna casistica dimostra inequivocabilmente come, per conseguire tale obiettivo, vi siano altre forme di manipolazione molto più sofisticate.

[114] Per un'ampia e acuminata critica, sebbene successiva, del modello promosso inizialmente dal *MPC*, cfr. D.W. Denno, *Why the Model Penal Code's sexual offense provisions should be pulled and replaced*, in *Ohio Sate Journal of Criminal Law*, 2003, vol. 1, 207 ss. Sul tema si veda anche V. Bergelson, *Conditional rights and comparative wrongs: more on the theory and application of comparative criminal liability*, in *Buffalo Criminal Law Review*, 2004, vol. 44, 567 ss., in particolare 580, dove definisce le previsioni del *MPC* sullo stupro «*outdated*» e «*embarassing*» («obsolete» e «imbarazzanti»).

Emerge, in particolare, l'idea che il consenso non sarebbe un elemento affidabile sul quale incentrare il confine della rilevanza penale[115]. I commentari sono pieni di considerazioni sull'ambivalenza dei desideri delle donne riguardo al rapporto sessuale e sulla scarsa pregnanza di un rifiuto[116]. L'assunto di base in definitiva è ancora che, in molti casi, no voglia dire sì[117].

È questo il terreno fertile che fa germogliare la raccomandazione di disegnare con certezza «una linea tra la costrizione violenta da una parte e la sottomissione, per quanto riluttante, dall'altra»[118].

Il paradosso è che, in seguito alla prima stagione di riforme della "*rape law*" e ai suoi palesi insuccessi, era comunque opinione diffusa che la legge si fosse spinta troppo in là nella tutela delle vittime sulla scorta del radicalismo delle teorie femministe[119]. In realtà, proprio come nella fase precedente, nella quale si era accusato il reato di stupro di essere sovrapplicato ("*overenforced*"), le disposizioni

---

Tra tali lati oscuri vi è senz'altro anche la riproposizione della *marital exemption*. Sul punto, nel periodo in esame viene a crearsi una vera e propria frattura tra le giurisdizioni che hanno riformato i delitti sessuali ispirandosi agli ideali femministi (l'abolizione dell'istituto era uno dei cardini di tali riforme) e quelle che, invece, avevano riformato il proprio diritto penale per avvicinarsi al modello proposto dall'*American Law Institutes*. È così che, a seconda degli Stati, negli stessi anni è possibile imbattersi in decisioni come *Liberta* (*People v. Liberta*, 474 N.E.2d 567 N.Y. 1984), la prima condanna per stupro consumato nei confronti della moglie, e *Kizer* (*Kizer v. Commonwealth*, 321 S.E. 221 Ga 1985), decisione nella quale veniva ribadito il principio per cui non è possibile per il marito commettere *rape* con la propria coniuge. Quest'ultimo caso risulta particolarmente significativo perché l'imputato era stato assolto sulla base dell'esimente maritale nonostante la coppia si fosse già nei fatti separata da tempo. Sull'evoluzione della disciplina dello stupro maritale risulta indispensabile la lettura dell'approfondito saggio di J.E. Hasday, *Contest and consent: a legal history of marital rape*, in *California Law Review*, 2000, vol. 88, 1373 ss.

[115] Sul punto A. Gruber, *Rape, feminism, and the war on crime*, cit., 588, precisa come, oltre che da alcuni preconcetti, i compilatori del modello fossero probabilmente preoccupati dalla possibilità che leggi rigorose sullo stupro potessero essere impiegate abusivamente per opprimere imputati appartenenti alle minoranze.

[116] Cfr. *Model Penal Code and Commentaries*, cit., 303.

[117] Assunto peraltro condiviso da gran parte della dottrina coeva alla pubblicazione del primo *MPC*. Tra i tanti, ad esempio, si veda M. Amir, *Patterns in forcible rape*, Chicago, University of Chicago Press, 1971, in particolare 130 ss., dove quale *pattern*, appunto, si propone il solito schema dell'uomo predatore e della donna totalmente passiva, se non lievemente resistente.

[118] V. *Model Penal Code and Commentaries*, cit., 279 dove si trova scritto: «*a line between forcible rape on the one hand and reluctant submission on the other*».

[119] Descrive tale paradosso S.J. Schulhofer, *Unwanted sex*, cit., IX.

continuavano a fallire nel tutelare le donne pure in casi di abusi eclatanti come quelli esaminati.

Secondo quanto segnalato da diversi Autori, l'attività di riforma non aveva fatto i conti con le *social attitudes*: la cultura americana stava cambiando[120], ma, come dimostrato dalle stesse pronunce, non così velocemente quanto auspicavano le correnti femministe.

In relazione agli "*acquaintance rape*", nonostante la (formale) caduta delle barriere probatorie, molti "*rape myths*" affollavano ancora le aule di giustizia[121], specialmente in relazione al pericolo che la denunciante possa mentire per vendetta, gelosia o per la sua bassezza morale[122], con l'effetto di restaurare nella prassi le tradizionali regole di evidenza come la *corroboration*[123].

Tuttavia, come si è avvisato fin dalle origini del presente studio, quella che intercorre tra norme e costumi sociali è, specie in materia sessuale, e ancor di più in un sistema basato sulla giuria popolare,

---

[120] Cfr. ad es., S. Estrich, *Rape*, in *Yale Law Journal*, 1986, vol. 95, 6, 1087 ss., in particolare 1092, dove osserva che la rimozione di alcuni ostacoli formali previsti dalle leggi precedenti ha prodotto significativi cambiamenti in relazione allo stupro, sia a livello legale che sociale. È opinione frequente in dottrina che le riforme degli anni Settanta e Ottanta abbiano definitivamente rinforzato la posizione delle vittime di "*stranger rape*", finalmente equiparate sotto ogni aspetto a quelle di altri reati, ma abbiano fatto ben poco con riguardo alla casistica dell'"*acquaintance rape*", il cui accertamento era ancora fortemente in balia di stereotipi e falsi miti, incoraggiati dal quadro legislativo. Cfr. A. Orenstein, *No bad men!*, cit., spec. 679.

[121] Si veda l'approfondito studio, di poco successivo, di R.T. Andrias, *Rape myths: a persistent problem in defining and prosecuting rape*, in *Criminal Justice*, 1992, vol. 7, 2, 2-7 e 51-53.

[122] Ad esempio, nella dottrina americana, si oppone ad un percorso di riforma sulla disciplina della violenza sessuale sulla base del pericolo di false denunce, a suo parere diffusissime, E. Greer, *The truth behind legal dominance feminism's "two percent false rape claim" figure*, in *Loyola at Los Angeles Law Review*, 2000, vol. 33, 947 ss., in particolare 948-949. In argomento, con numerosi riferimenti al periodo in esame, anche l'interessante volume di A.E. Taslitz, *Rape and the culture of the courtroom*, New York, New York University Press, 1999. Più in generale, per ulteriori riferimenti bibliografici, si rimanda *supra*, I, § 8.

[123] In questo senso, ad esempio, R. Klein, *An analysis of thirty-five years of rape reform: a frustrating search for fundamental fairness*, in *Akron Law Review*, 2008, vol. 41, 981 ss., in particolare 1049, dove nota che difficilmente alle giurie bastava la parola della vittima; A.E. Taslitz, *Rape and the culture of the courtroom*, cit., 7, che sostiene come il requisito della *corroboration* sia rimasto a lungo in vigore anche dopo la sua formale abrogazione.

una relazione complessa, dai tratti biunivoci, nella quale la società influenza il modo di intendere certi concetti (anche) legali come forza, violenza, resistenza, consenso, abuso sessuale, ma in cui talvolta è anche la legge ad influenzare ed affinare il sentire sociale (v. *supra*, I, § 1). Per verificare eventuali cambiamenti indotti dalle riforme, allora, non bisogna guardare all'immediatezza delle stesse, ma osservare la situazione qualche anno dopo l'introduzione delle leggi[124]. È quanto ci si appresta a fare.

5. *La tesi della "*inherent force*" in* M.T.S. *e il dibattito incendiato dal caso* Berkowitz *(«*no is not enough*»): tempo di nuove riforme*

In effetti, come si accennava, con l'ingresso negli anni Novanta si registra una maggiore apertura da parte della *case law* statunitense a riconsiderare l'interpretazione letterale del requisito della "*forcible compulsion*". Il decennio, infatti, inizia con una vistosa deroga all'impostazione tradizionale, non a caso fonte di innumerevoli polemiche, in *M.T.S.*[125], nel quale, tra l'altro, la dinamica dei fatti può apparire meno grave di quella dei casi analizzati nel paragrafo che precede.

La questione giuridica sottoposta alla Corte Suprema del New Jersey era se l'elemento della forza fisica possa essere soddisfatto semplicemente da un atto di penetrazione non consensuale che non implichi un'energia ulteriore (costrittiva) rispetto a quella impiegata per realizzare l'atto stesso.

Il caso, già descritto in sede introduttiva, originava dalla denuncia di C.G. nei confronti di M.T.S., che temporaneamente viveva insieme alla denunciante e a sua madre, col permesso di quest'ultima. La ragazza dormiva in camera sua al secondo piano, mentre M.T.S., anche lui minorenne, in un divano al piano terra. Durante il processo, i due protagonisti avevano offerto versioni molto discordanti e la Corte non aveva dato pieno credito alla versione di ciascuno dei due *teenagers*.

---

[124] S.J. Schulhofer, *Unwanted sex*, cit., 39.

[125] *State in the interest of M.T.S.*, 129 N.J. 422, 609 A.2d 1266 (1992 N.J.).

Secondo la ricostruzione di C.G., M.T.S. le aveva più volte detto che le avrebbe fatto una sorpresa visitandola una sera in camera da letto. La ragazza pensava si trattasse di uno scherzo, dal momento che l'accusato spesso la prendeva in giro. La notte dell'"incidente" la giovane si svegliò all'incirca all'una e mezza, trovando M.T.S. vestito sulla soglia di camera sua. Si alzò, salutò, andò in bagno e tornò a letto. La ragazza, poi, si risvegliò alle tre, trovandosi senza pantaloni e mutande e con l'imputato sopra di lei intento in una penetrazione vaginale. Appena realizzato cosa stava accadendo, C.G. schiaffeggiò il ragazzo dicendo di interrompere l'atto e andarsene, cosa che M.T.S. fece rapidamente. La ragazza, in stato di *shock*, rimase nel proprio letto piangente fino alla mattina. Alle sette, si recò dalla madre, le raccontò l'episodio ed insieme andarono a formalizzare la denuncia davanti alle autorità.

Secondo l'accusato, invece, i fatti si erano svolti diversamente. I due avevano da tempo un rapporto di complicità e, nei giorni precedenti ai fatti, si erano baciati più volte, con la ragazza che lo avrebbe sollecitato a recarsi da lei una di quelle sere per farle una sorpresa. Quando ciò avvenne, C.G. stava andando in bagno. Al suo ritorno, i due cominciarono a baciarsi, si spogliarono ed iniziarono un rapporto sessuale. Dopo tre o quattro "spinte", C.G. tirò via M.T.S. e, alla richiesta di spiegazioni, gli tirò uno schiaffo e gli chiese come potesse approfittarsi di lei in quel modo. L'imputato si rivestì e provò a calmare la ragazza, ma poi se ne andò raccomandandosi di non raccontare a nessuno l'episodio.

La Corte di primo grado, mediando tra i due contrapposti racconti, concluse che la vittima aveva prestato il consenso ad una sessione di baci e di accarezzamenti e strusciamenti (c.d. "*petting*"), e che, dunque, non stava dormendo al momento della penetrazione, ma ritenne insussistente il consenso all'atto penetrativo, condannando il giovane imputato per "*second degree sexual assault*". La Corte d'appello, invece, ribaltò la decisione, sottolineando come non vi fosse stato l'uso della forza da parte di M.T.S.

Al momento dei fatti, la legge del New Jersey definiva il "*sexual assault*" come la commissione di una «*sexual penetration with the use of physical force or coercion*» («penetrazione sessuale con l'uso di forza fisica o coercizione»). La pubblica accusa, acclarata nei primi gradi

di giudizio la condotta penetrativa, proponeva un'interpretazione della "*physical force*" coincidente con qualsiasi toccamento sessuale realizzato senza il consenso; il difensore dell'imputato, invece, sosteneva ineccepibilmente che per la legge la forza dovrebbe essere usata «*to overcome lack of consent*» («per superare l'assenza di consenso») e, di conseguenza, il reato richiederebbe «*the application of some amount of force in addition to the act of penetration*» («l'applicazione di una certa quantità di forza in aggiunta all'atto di penetrazione»)[126].

In maniera inedita rispetto alla *case law* del decennio precedente, la Corte Suprema ha accolto la tesi della "*inherent force*" prospettata dall'accusa, basata sulla forza "intrinseca", immanente nel dispiego di energia fisica necessaria per realizzare il rapporto penetrativo: «si conclude, pertanto, che qualsiasi penetrazione intrapresa dall'agente in assenza di una libera ed affermativa autorizzazione della vittima allo specifico atto penetrativo costituisce il reato di "*sexual assault*"»[127].

Oltre all'esito che, arrivati a questo punto dell'indagine, non può non ricordare le operazioni di ortopedia ermeneutica realizzate dalla giurisprudenza tedesca (v. *supra*, II, § 5) e italiana (v. *supra*, II, §§ 4 e ss.), risultano interessanti pure taluni passaggi argomentativi della motivazione.

Per giungere ad un risultato così in controtendenza rispetto alla giurisprudenza precedente, la decisione, infatti, prende le mosse da un'analisi critica della prima ondata di riforme, riflettendo sugli obiettivi delle stesse, sulla loro matrice femminista, nonché sulle influenze del *MPC*.

La pronuncia inquadra con lucidità le ragioni sottostanti alla struttura delle incriminazioni prodotte negli anni Settanta, individuandole nelle critiche al modello di stupro focalizzato sulla resistenza della vittima, nonché sul tentativo di spostare il focus dell'ac-

[126] Un margine di ambiguità era dovuto alla previsione alternativa di "*physical force*" e di "*coercion*", ma, come si ricorderà (v. *supra*, § 4), la lingua inglese ritiene insita la forza anche in quest'ultima.

[127] Traduzione non esattamente letterale di «*We conclude, therefore, that any act of sexual penetration engaged in by the defendant without the affirmative and freely given permission of the victim to the specific act of penetration constitutes the offense of sexual assault*».

certamento sul comportamento dell'agente. In quest'ottica, però, l'obiettivo dei riformatori – viene rilevato – non era quello di eliminare il concetto di consenso dalla fattispecie penale, ma di ripensare l'onere per la vittima di provare in modo così rigoroso, attraverso la resistenza, l'assenza di consenso.

Dopo aver sottolineato le differenze tra la legislazione del New Jersey del 1978, promossa dai movimenti femministi locali, ed il retrivo modello promosso dal *MPC, M.T.S.* aderisce espressamente alle critiche mosse da parte della dottrina alla interpretazione tradizionale di forza, non in grado di cogliere che qualsiasi invasione dell'integrità fisica («*bodily integrity*») può costituire un gesto qualificabile come "forzato"[128]. Nell'ordito argomentativo della pronuncia, tale considerazione si salda ad un'innovativa enfasi sul concetto moderno di "*personal autonomy*", che la nuova legislazione statuale intendeva proteggere per garantire le legittime aspettative di *privacy* e controllo del corpo da parte dei cittadini. «Ogni individuo – afferma la Corte – ha il diritto non solo di decidere se impegnarsi in un contatto sessuale con un'altra persona, ma anche di controllare le circostanze e il carattere di tale contatto»[129].

Da tale diritto deriverebbe che, in concreto, una persona ragionevole non dovrebbe intraprendere un atto sessuale penetrativo senza esservi stato autorizzato e che tale condotta, quando posta in essere, va ritenuta contraria alla legge. La riforma della "*rape law*" mirava proprio a scolpire tali principi, estendendone la validità anche ai casi in cui la vittima fallisce nel protestare o nel resistere, dal momento che l'assenza di tali reazioni non può costituire una valida ragione per consentire un'invasione corporea sgradita.

Le considerazioni della Corte Suprema sull'autodeterminazione sessuale, ma anche sul percorso riformatore precedente e i suoi "*bias*", sorprendono per modernità e lucidità. Comprensibilmente, tuttavia, vista la forzatura del dato normativo, la pronuncia ha sollevato reazioni di ogni genere.

---

[128] Il richiamo è allo storico saggio di S. Estrich, *Rape*, cit., nello specifico a 1105 ss., dove viene proposta un'interpretazione più estesa del concetto.

[129] Nell'originale: «*Each person has the right not only to decide wether to engage in sexual contact with another, but also to control the circumstances and character of that contact*».

Da una parte, vi è stato chi ha celebrato *M.T.S.* come il primo caso nel quale si è stabilito lo standard dell'*affirmative consent*, ovvero il modello di incriminazione basato sull'assenza di una comunicazione verbale affermativa che autorizzi il rapporto sessuale[130].

Dall'altra, non sono ovviamente mancate reazioni altamente critiche alla pronuncia, a cominciare dall'obiezione più naturale, ovvero quella in punta di principio di legalità: «se tutti i rapporti sessuali sono forzati, allora perché la legge richiede la forza oltre alla penetrazione?» («*if all sex is forcible, then why did the statute require force in addition to penetration?*»)[131]. In alcuni casi, tuttavia, tale osservazione ha mascherato pure una scarsa accettazione del tessuto ideologico della decisione[132].

Secondo una posizione "intermedia", l'approccio di *M.T.S.* avrebbe dei pregi, e in particolare quello di approntare una tutela alle fattispecie nelle quali la vittima riesce a pronunciare un "no" a fronte delle *avance* sessuali dell'imputato[133]. Nondimeno, tale protezione non si estende ad altri casi che ne sarebbero altrettanto meritevoli, come tutti quelli nei quali la donna si sottomette volontariamente agli atti sessuali per una varietà di ragioni che, comunque, viziano il suo consenso, perché la Corte non ha teorizzato le condizioni per prestare un valido permesso al rapporto[134]. Peraltro, questa limitata tutela viene realizzata in palese violazione del *fair warning*, poiché fa coincidere due elementi distinti della fattispecie incriminatrice[135].

Un altro segnale di scarsa tenuta dell'orientamento restrittivo in merito al concetto di forza adottato nei decenni precedenti si è avuto

---

[130] In questo senso N.J. Little, *From no means no to only yes means yes: the rational results of an affirmative consent standard in law rape*, in *Vanderbilt Law review*, 2005, 1321 ss., in particolare 1340-1341.

[131] In questi termini D.P. Bryden, *Redefining rape*, in *Buffalo Criminal Law Review*, 2000, vol. 3, 317 ss., in particolare 397.

[132] *Ibidem*.

[133] Cfr. S.J. Schulhofer, *Unwanted sex*, cit., 96.

[134] *Ivi*, 97. In altra sede, e più di recente, lo stesso Autore osserva pure come l'impostazione della sentenza è rimasta comunque focalizzata sul comportamento della persona offesa, non centrando l'obiettivo che le riforme perseguivano di spostare il baricentro processuale sull'imputato. Cfr. S.H. Kadish, S.J. Schulhofer, C.S. Steiker, R.E. Barkow, *Criminal law and its processes*, cit., 367.

[135] Cfr. S.J. Schulhofer, *Unwanted sex*, cit., 97.

poco dopo, con la pronuncia della Suprema Corte Californiana sul caso *Iniguez* nel 1994[136]. I fatti sono già stati descritti in sede introduttiva, laddove si è altresì lasciato "in sospeso" il lettore al momento dell'annullamento da parte della Corte d'appello della condanna di primo grado, che era stato argomentato sulla base del mancato esercizio di una forza costrittiva da parte dell'imputato nonché di un ragionevole timore della denunciante di subire lesioni fisiche. La Corte Suprema ha rovesciato la decisione di secondo grado, ponendosi in modo inedito nella prospettiva del timore provato dalla vittima e sottolineando che, per ingenerare tale sentimento a fini costrittivi, non è necessario un particolare tipo di forza fisica[137].

Un caso che ha incendiato il dibattito americano, ma in senso contrario indignando particolarmente le femministe, è *Berkowitz*, per curiosa coincidenza deciso con sentenza di primo grado nel 1992[138], lo stesso anno della decisione finale di *M.T.S.* Si tratta di un caso che continua ad essere oggetto di approfondimento e dibattito nelle "*Law School*" di tutti gli Stati Uniti[139], anche perché relativo ad un episodio di "*college rape*".

La vicenda riguardava i fatti avvenuti nel *campus* della *East Stroudsburg State University* nel 1988. Le parti, entrambi studenti

---

[136] *People v. Iniguez*, 7 Cal. 4th 847, 30 Cal. Rptr. 2d 258, 872 P.2d 1183 (1994).

[137] Questa la "massima" che spesso si trova associata alla sentenza: «*The element of fear of immediate and unlawful bodily injury has two components, one subjective and one objective. The subjective component asks whether a victim genuinely entertained a fear of immediate and unlawful bodily injury sufficient to induce her to submit to sexual intercourse against her will. In order to satisfy this component, the extent or seriousness of the injury feared is immaterial. The kind of physical force that may induce fear in the mind of a woman is immaterial. It may consist in the taking of indecent liberties or of embracing and kissing her against her will. In addition, the prosecution must satisfy the objective component, which asks whether the victim's fear was reasonable under the circumstances, or, if unreasonable, whether the perpetrator knew of the victim's subjective fear and took advantage of it. The particular means by which fear is imparted is not an element of rape*».

[138] *Commonwealth v. Berkowitz*, 415 Pa. Super. 505, 609 A.2d 1338 (Pa. 1992).

[139] Nella manualistica, ad esempio, dedicano ampio spazio al caso, probabilmente nella prospettiva di un dibattito in aula, J. Dressler, S.P. Garvey, *Criminal law. Cases and materials*, 7ª ed., Saint Paul, West Academic Publishing, 2016, 454 ss.

del secondo anno, erano conoscenti e intrattenevano una relazione definita un po' «civettuola» («*flirtatious*»). La notte in questione, la denunciante, Lisa, entrò nella stanza di Berkowitz per lasciare un biglietto al suo compagno di stanza, Hassel. Berkowitz si svegliò dal sonno e invitò Lisa a «trascorrere del tempo insieme» («*hang out*»). A quel punto si alzò e, secondo quanto testimoniato da Lisa, la spinse indietro con il corpo. Non si trattava di un vero e proprio «spintone» («*shove*») ma solo di una specie di appoggio. Lisa fece notare che doveva andare a incontrare il suo fidanzato, allorché Berkowitz si avvicinò alla porta, la chiuse e condusse Lisa al letto. «Non è stata una cosa lenta e romantica, ma nemmeno una troppo veloce. È stato un po' a metà» ha spiegato Lisa durante la deposizione.

Durante il rapporto sessuale, Lisa disse "no" diverse volte ma, come lei stessa ha riconosciuto, «sommessamente, in una sorta di gemito… perché la situazione era così spaventosa» («*softly in a moaning kind of way… because it was just so scary*»). Anche l'imputato ha ammesso che Lisa aveva detto "no" diverse volte, ma allo stesso tempo ha sostenuto che lo aveva soltanto «sussurrato» («*whispered*»), mentre «amorosamente… appassionatamente gemeva e ricambiava avidamente i suoi baci». Quanto alla chiusura a chiave della porta, Berkowitz ha dichiarato di averlo fatto per garantire la giusta intimità; dopodiché Lisa lo aveva aiutato a spogliarsi e avevano fatto sesso. La sua difesa principale è stata che aveva onestamente inteso le proteste di Lisa come un gioco dovuto alla sua timidezza («*playing coy*»). Assunte le prove, la giuria ha condannato Berkowitz per stupro e per un altro reato meno grave (un c.d. "*misdemeanor*") rubricato «*indecent assault*», descritto come «*sex without consent*».

Due anni più tardi, tuttavia, la Corte Suprema della Pennsylvania ha annullato la condanna per *rape* (ma non per l'*indecent assault*), ritenendo che l'accusa non avesse dimostrato il requisito legale della *forcible compulsion*. La Corte ha ritenuto che per tale elemento bisognasse intendere la forza fisica al di là del contatto inerente all'attività sessuale – la "*inherent force*" di *M.T.S.* – e che gli atti coercitivi di Berkowitz, anche se descritti dalla vittima, non soddisfacessero tale soglia. Il caso ha prodotto un'ondata di proteste da

parte dell'opinione pubblica: dalla stampa della Pennsylvania[140] al *New York Times*[141] *Berkowitz* divenne noto come il caso del «*no is not enough*» («il no non è abbastanza»).

L'accostamento delle due decisioni, per di più non nell'ottica di segnalare oscillazioni interpretative sul requisito della forza, potrà sembrare paradossale o persino contraddittorio. Nella prima, infatti, si coglie una evidente tensione rispetto alla definizione tradizionale e il tentativo di superarla, anche a costo di forzare in modo considerevole il dato legale, appiattendolo su un unico elemento della fattispecie, peraltro implicito, quale la volontà contraria della vittima; nella seconda, invece, vi è un'applicazione rigorosa della costrizione violenta, ritenuta non integrata da un mero, impaurito, rifiuto.

In realtà, il "combinato disposto" delle due sentenze risulta significativo per lo sviluppo del diritto penale sessuale americano sotto una pluralità di profili.

Anzitutto, entrambe dimostrano l'incompatibilità del dogma della costrizione violenta – rinforzato dal *MPC* e inconsapevolmente dalle riforme degli anni Settanta – con la protezione dell'autodeterminazione sessuale. *M.T.S.* lo fa per via argomentativa, stabilendo il principio per cui una lesione di tale bene si verifica in ogni rapporto sessuale non acconsentito e non solo in quelli ottenuti mediante violenza fisica; *Berkowitz* lo fa invece indirettamente ma in modo concreto, escludendo la configurabilità del delitto di *rape* in un caso di riconoscibile volontà contraria della vittima, suggellata dalla reiterata pronuncia di un "no".

Per le ferite che aprono, da una parte al principio di legalità, dall'altra alla "*sexual autonomy*", le due pronunce non potevano lasciare indifferente una dottrina già molto sensibile alle questioni in gioco. Il dibattito scientifico, a dire il vero mai interrotto, riparte negli

---

[140] Ad es., M.F. Cattabiani, *Berkowitz surrender delayed, ESU student in "no is not enough" case gets extension*, in *Morning Call*., 1° agosto 1994. Articolo reperibile all'indirizzo *web http://articles.mcall.com/1994-07-19/news/2996047_1_berkowitz-conviction-superior-court*.

[141] Cfr. T. Lewin, *Courts struggle over how much force it takes to be a rape*, in *New York Times*, 3 giugno 1994, articolo reperibile all'indirizzo *web https://www.nytimes.com/1994/06/03/us/courtsstruggle-over-how-much-force-it-takes-to-be-a-rape.html*.

anni successivi con ancora maggiore veemenza, concentrando i propri sforzi sull'individuazione di nuovi confini della illegittimità della coercizione sessuale che prescindano dall'uso della forza fisica[142].

Come da tradizione di *common law*, la riflessione fa perno sui casi e, data la loro rilevanza, si orienta proprio su *M.T.S.* e *Berkowitz*. Nelle due decisioni, dunque, sono in qualche misura ravvisabili i prodromi della discussione successiva, le tracce dei diversi approcci che verranno proposti, ma anche le avvisaglie della contrapposizione che si verificherà tra diversi modelli di incriminazione.

Se, come si diceva, il tratto comune è la ricerca di una formulazione dell'*actus reus* che prescinda dalla forza e assesti la definizione di stupro sul consenso, tuttavia, da molti commentatori è avvertita l'esigenza di ridurre la discrezionalità dei giurati nel ricostruire la volontà della persona offesa, e dunque il suo consenso, sulla base di prove irrilevanti e pregiudizievoli[143]. Tale problema non sarebbe risolto da un mero riferimento all'assenza di consenso (scelta normativa effettuata in quegli anni ad esempio dall'Alaska[144]), la cui ricostruzione rimane affidata appunto alla giuria[145].

---

[142] Cfr. ad es., D.A. Dripps, *Beyond rape: an essay on the difference between the presence of force and the absence of consent*, in *Columbia Law Review*, 1992, vol. 92, 1780 ss.; R. West, *Legitimating the illegitimate: a comment on Beyond Rape*, *ivi*, 1993, vol. 93, 1442 ss.; S.J. Schulhofer, *Unwanted sex*, cit.; A. Wertheimer, *Consent to sexual relations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003; J. Dressler, *Where we have been, and where we might be going: some cautionary reflections on rape law reform*, in *Cleveland State Law Review*, vol. 46, 3, 409 ss.; M.J. Duncan, *Sex crimes and sexual miscues: the need for a clearer line between forcible rape and nonconsensual sex*, in *Wake Forest Law Review*, 2007, vol. 42, 1087 ss.

[143] Per una presentazione generale dei problemi da affrontare, S.J. Schulhofer, *Feminist challenge in criminal law*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1995, vol. 143, 6, 2151 ss.

[144] Cfr. Alaska Stat. § 11.41.410(a) (1996), che definisce il "*sexual assault*" come «*sexual penetration with another person without consent*», cioè, in sintesi, quale penetrazione senza il consenso.

[145] Denuncia proprio in quegli anni che le Corti continuavano surrettiziamente a richiedere la resistenza della vittima quale indice di non consenso anche quando non espressamente richiesta dalla legge scritta, o addirittura in relazione a testi di legge (v. ad es. nota precedente) incentrati sull'assenza di consenso, M.J. Anderson, *Reviving resistance in rape law*, cit., 968. Conoscendo tale inclinazione dei giurati, molti pubblici accusatori evitavano di perseguire casi privi di una reazione della vittima sul piano fisico. Cfr. S.J. Schulhofer, *Unwanted sex*, cit., 25.

È così che i riformatori più miti guardano a *Berkowitz* e riconoscono l'impellente necessità di attribuire valore effettivo al rifiuto di Lisa, da considerarsi sufficiente per rendere penalmente rilevante il successivo rapporto sessuale[146]. Si tratta, in altre parole, di stabilire che «no significa no» («*no means no*»), plasmando la presunzione che non vi sia il consenso quando la vittima esprime verbalmente un rifiuto[147]. Sebbene tale modello non riesca a spostare l'onere della comunicazione sulla persona che desidera e suggerisce il contatto sessuale, rispetto alla persona che vi si oppone, ha il merito di impedire ai giurati di ricadere nelle logiche stereotipizzanti del «no significa sì» («*no means yes*»)[148], nonché di criminalizzare le ipotesi di revoca del consenso[149].

Altra parte dei commentatori, invece, partendo dalle riflessioni di *M.T.S.*, e nella specie dall'idea che ogni forma di penetrazione non autorizzata vada considerata una lesione della *sexual autonomy*, caldeggia un modello diverso, anch'esso basato sul linguaggio della vittima, ma incentrato su una sua volontà positiva, ovvero un "sì" in grado di spazzare via ogni dubbio[150]. Tale prospettiva

---

[146] Su questa posizione, ad esempio, almeno inizialmente, S. Estrich, *Real rape*, cit., 102, dove afferma, già prima delle pronounce menzionate, che, come minimo, il consenso dovrebbe essere definito in modo che "no" significhi "no" («*consent should be defined so that no means no*»); poi D.A. Dripps, *Beyond rape*, cit., 1780 ss., ribadita in Id., *After rape law: will the turn to consent normalize the prosecution of sexual assault?*, in *Akron Law Review*, 2008, vol. 41, 957 ss., spec. 976; J.D. Ingram, *Date rape: it's time for "no" to really mean "no"*, in *American Journal of Criminal Law*, 1993, vol. 21, 3 ss.; V. Berger, *Rape law reform at the millennium*, in *Buffalo Criminal Law Review*, 2000, vol. 3, 513 ss., in particolare da 520.

[147] Nel 2003 ha adottato una normativa improntata a questo modello lo Stato dell'Illinois. Cfr. Ill. Comp. Stat 5/12-17 (2003).

[148] Cfr. L. Henderson, *Rape and responsibility*, in *Law & Philosophy*, 1992, vol. 11, 127 ss., spec. 141, dove denuncia che il paradigma del «no significa sì», evidente manifestazione di disinteresse per le manifestazioni esteriori della donna, è stato ritenuto valido a lungo («*the 'no means yes' discounting of women's expressed interest has been with us for some time*»). Sui "*gaps*" ("divari") nella comunicazione sessuale tra uomini e donne, che spesso portano i primi a pensare che "no" voglia dire "sì", risultano particolarmente istruttive le chiarissime pagine di S.J. Schulhofer, *Unwanted sex*, cit., 59 ss.

[149] In proposito si veda l'ampia letteratura citata *supra*, II, § 6.1.

[150] *Ivi*, 271, ove si asserisce che solo un permesso chiaramente comunicato dovrebbe contare come consenso («*only clearly communicated permission should ever count as consent*»).

avrebbe due vantaggi: da un lato, definisce il consenso in termini comunicativi e non solo di volontà interiore; dall'altro, sposta l'onere di tale comunicazione sulla persona che propone l'atto sessuale[151] (nella maggior parte dei casi, inutile nasconderselo, l'uomo). Questo secondo modello è stato, forse con troppa approssimazione, definito dell'"*affirmative consent*". In realtà, come si osserverà meglio (v. *infra*, §), lo "*yes means yes*" può declinarsi in diverse graduazioni, talune senz'altro assai dure e probabilmente irragionevoli, altre più bilanciate.

È tempo, dunque, di scendere più nel dettaglio, guardando da vicino tali nuovi paradigmi di incriminazione della violenza sessuale, affermatisi in una sorta di "terza ondata" di riforme, andata in scena tra l'inizio degli anni Novanta e proseguita fino ai giorni nostri. L'analisi, però, dovrà "riespandersi" coinvolgendo anche l'Inghilterra, che ha implementato una forma di incriminazione ancora diversa.

Prima, tuttavia, per completezza, sembra opportuno dare conto anche di ciò che, nel frattempo, è accaduto nell'universo femminista, i cui cambiamenti di approccio "filosofico", infatti, da una parte, sono stati decisivi per giungere alle riforme cui si accennava, dall'altra, spiegano le continue spinte, anche contemporanee, a rinvigorire ulteriormente la disciplina del delitto di stupro.

6. *La svolta punitiva del femminismo. Cenni sull'evoluzione del pensiero femminista angloamericano*

Come si è accennato, lo stupro è finito al centro del dibattito femminista solo nel corso della c.d. "*second wave*"[152], la "seconda ondata" – successiva a quella iniziata a metà dell'Ottocento e proseguita fino ai primi anni Venti del secolo seguente – di studiose e attiviste riconducibili al femminismo, ovvero il movimento, certamente assai eterogeneo nelle formazioni e negli ideali, che mira a stabilire l'uguaglianza politica, economica e sociale tra uomini e donne.

[151] Cfr. S.J. Schulhofer, *Feminist challenge in criminal law*, cit., 2181.
[152] V. *supra*, § 4, in particolare alla nota 78.

Peraltro, secondo quanto si è altresì già osservato, le prime femministe si sono interessate soprattutto di taluni aspetti specifici del tema, come la individuazione dei c.d. "*rape myths*" e, dopo l'articolo segnante di Susan Griffin, del calvario processuale delle vittime che denunciano di aver subito uno stupro[153].

A ben vedere, gli echi di queste prime riflessioni sono giunti fino all'Italia. Gli interminabili e sofferti lavori parlamentari che hanno condotto alla riforma del 1996, infatti, hanno avuto quale unica "bussola" l'obiettivo di "allentare" il carico processuale incombente sulla querelante (v. *supra*, I, § 9), attuato soprattutto mediante la problematica unificazione delle fattispecie previste nella versione originaria del codice Rocco[154].

Una vera e propria riflessione sistematica in chiave femminista sull'argomento si è avuta soltanto con gli scritti di Catharine MacKinnon e, in particolare, con l'articolo del 1983, *Feminism, Marxism, method and the State: toward a feminist jurisprudence*[155], e, naturalmente, con il libro *Toward a feminist theory of the State*[156].

Sebbene lo stupro abbia spaccato il fronte femminista decisamente meno rispetto a pornografia e prostituzione[157], nondimeno il lavoro di MacKinnon viene oggi letto in contrapposizione a quello di Susan Brownmiller, in quanto incentrato su una tesi differente con riguardo ai fondamenti dell'illegittimità del *rape* o, come si usa dire da quelle parti, del suo "*wrong doing*".

Quest'ultima aveva, infatti, enfatizzato la natura violenta dello stupro, nella speranza di sensibilizzare la società riguardo al fatto che il sesso ottenuto mediante coercizione è un problema grave, da prendere sul serio[158]. Ciò ha portato alla tanto pubblicizzata massi-

---

[153] V. *supra*, § 4, ma anche I, § 8.

[154] Per le conseguenze della scelta legislativa, si veda anche *supra*, II, § 12.

[155] C. MacKinnon, *Feminism, Marxism, method and the State*, cit.

[156] C. MacKinnon, *Toward a feminist theory of the State*, Cambridge Massachusetts, Harvard University Press, 1889.

[157] Cfr. C. McGlynn, V.E. Munro, *Rethinking rape law: an introduction*, in Id. (a cura di), *Rethinking rape law*, cit., 1 ss., 3. Nella dottrina italiana, si dà conto degli orientamenti femministi su tali temi in A. Cadoppi, *Moralità pubblica e buon costume (delitti contro la) (diritto anglo-americano)*, in *Digesto disc. pen.*, vol. VII, Torino, Utet, 1993, 187 ss.

[158] Cfr. S. Brownmiller, *Against our will*, cit., 377, dove si asserisce che lo stupro dovrebbe essere «collocato al suo vero posto, nel contesto della moder-

ma femminista per cui lo stupro sarebbe un crimine violento ("*a crime of violence*")[159]. Secondo tale prospettiva, il "*rape*" non sarebbe il prodotto dei naturali desideri sessuali degli uomini, ma una manifestazione del desiderio deviante di un "criminale" di riaffermare il proprio potere e controllo sulla donna vittima del fatto[160]. Nel contesto del femminismo, questo punto di vista è stato definito "liberale", poiché inquadra il problema in termini di mancato riconoscimento da parte dello Stato e delle sue leggi del diritto delle donne a essere libere da rapporti sessuali coartati[161].

Una delle principali critiche interne al mondo femminista mosse all'approccio in questione è che avrebbe portato la legge a concentrarsi esclusivamente sugli autori di abusi particolarmente violenti, piuttosto che sulle norme sociali di genere che determinano la coercizione sessuale[162]. E, in effetti, è proprio questa la matrice culturale che ha alimentato le riforme degli anni Settanta incentrate sul requisito della "*force*" (v. *supra*, § 4).

Il «femminismo dominante» («*dominance femminism*») o "radicale" di Catharine MacKinnon, invece, concepisce la violenza sessuale come un prodotto dell'onnipresente funzionamento del patriarcato, nel quale la sessualità femminile è espropriata dagli uomi-

---

na violenza penalmente rilevante e non nell'ambito degli antichi codici maschili» (nell'originale «*placed where it truly belongs, within the context of modern criminal violence and not within the purview of ancient masculine codes*»).

[159] Riconduce le radici culturali di questa impostazione proprio a Susan Brownmiller ad esempio A. Ristroph, *Sexual punishments*, in *Columbia Journal of Gender and Law*, 2006, vol. 15, 139.

[160] Per quanto riguarda le dinamiche di potere insite nello stupro, si vedano già le pagine sul mito greco (v. *supra*, I, § 2), ove sono contenuti anche diversi riferimenti bibliografici moderni.

[161] Il termine «liberale», ovviamente, va inteso nel significato attribuito nel testo, appunto femminista, e non nel senso corrente del termine. Per l'impiego e l'approfondimento di questa terminologia, W. Brown, *Finding the man in the state*, in *Feminist Studies*, 1992, vol. 18, 7, 17 ss.

[162] Cfr. D.E. Roberts, *Rape, violence, and women's autonomy*, cit., 362, che rileva «se lo stupro è una violenza come la definisce la legge (armi, lividi, sangue), allora ciò che la maggior parte degli uomini fa quando non rispetta l'autonomia sessuale delle donne non è stupro» («*If rape is violence as the law defines it (weapons, bruises, blood), then what most men do when they disregard women's sexual autonomy is not rape*»). In modo simile, C.E. Wells, E.E. Motley, *Reinforcing the myth of the crazed rapist: a feminist critique of recent rape legislation*, in *Buffalo Law Review*, 2001, vol. 81, 127 ss., in particolare da 154.

ni. Ed anzi, il *rape* non sarebbe soltanto un mero effetto della struttura sociale patriarcale, ma la principale forma di dominazione degli uomini sulle donne[163].

Le due posizioni si riverberano, naturalmente, anche sul piano legale.

Il femminismo liberale auspica una revisione della "*rape law*" in linea con la classica ideologia basata su *privacy* sessuale, autodeterminazione e scelta individuale ("*free choice*")[164]. Secondo la teoria di Catharine MacKinnon, invece, al fine di arginare gli abusi sessuali non basta usare il potere dello Stato per far valere il diritto delle donne a non essere oggetto di stupro, ma è necessaria una revisione radicale della struttura stessa dello Stato e della società. Attese queste premesse, non avrebbe senso provare a distinguere tra relazioni sessuali libere e consensuali ("*sex*") e altre, invece, coartate ("*rape*")[165].

---

[163] Cfr., tra le varie citazioni possibili, C. MacKinnon, *Feminism, Marxism, method and the State*, cit., 644. Si segnala come vi sarebbe pure una via mediana, studiata da Susan Estrich, prima donna a diventare Presidente della *Harvard Law Review*, tra i periodici giuridici più autorevoli del Paese. L'Autrice non ha sposato una visione globale del patriarcato, come ha fatto la MacKinnon, ma non si è nemmeno limitata a chiedere l'uguaglianza formale delle donne che hanno subito uno stupro. Secondo Estrich (si veda, con chiarezza, S. Estrich, *Palm Beach stories*, in *Law & Philosophy*, 1992, vol. 11, 5 ss., spec. 11 ss.) la persistenza dei miti dello stupro richiede regole di speciale protezione, che aiutino a superare tali pregiudizi anche nella prassi giudiziaria. Per fare un esempio concreto, la nota *scholar* sottolinea che, in un crimine che di solito colpisce le donne, sarebbe assurdo pretendere delle «*boys rules*», come quelle relative alla resistenza, che come già accennato le Corti hanno non di rado plasmato su una eroica reazione tipicamente maschile (cfr. S. Estrich, *Real rape*, cit., 60). Per completezza, pare opportuno specificare come, di recente, Estrich sia stata ampiamente criticata dal fronte femminista (e non solo) per aver assunto la difesa come avvocato di Arnold Schwarzenegger, *ex* attore e governatore repubblicano della California, accusato di "*sexual misconduct*", e, soprattutto, di Roger Ailes, direttore del canale televisivo (dalle marcate simpatie repubblicane) *Fox News*, accusato da molteplici collaboratrici e giornaliste di molestie sessuali e non solo. Per un articolo di censura, si veda, ad esempio, A. Stanley, *The curious case of Susan Estrich*, in *New York Times*, 9 settembre 2016 (https://www.nytimes.com/2016/09/11/style/susan-estrich-feminist-roger-ailes-fox-news.html), dove si sottolinea che la studiosa continua a difendere anche nelle sedi pubbliche l'"amico" Ailes, adducendo che non avrebbe commesso nulla di male.

[164] In questi termini, ad esempio, M. Torrey, *Feminist legal scholarship on rape: a maturing look at one form of violence against women*, in *William & Mary Journal of Race, Gender, and Social Justice*, 1995, vol. 2, 35 ss., spec. 38.

[165] Come sostiene D.E. Roberts, *Rape, violence, and women's autonomy*, cit., 370.

Ove accolta, tale posizione andrebbe in qualche misura a minare la ridefinizione del delitto in termini consensualistici, che individua il discrimine tra un atto sessuale lecito ed uno abusivo nella presenza o meno del consenso all'atto, in quanto espressione di una scelta libera della persona che lo presta. Il pensiero di MacKinnon invece implica che, finché persiste la situazione di dominio maschile, le donne non siano provviste di "libero arbitrio" sul piano sessuale" e, pertanto, il consenso all'atto sessuale sia soltanto illusorio[166].

L'approccio di Catharine MacKinnon, dunque, come evidente, non mette in primo piano il diritto penale: non è attraverso le riforme del reato che il problema può essere risolto, ma solo attraverso un definitivo abbandono della struttura patriarcale. Ciononostante, come sottolineato da autorevole dottrina, nessuno ha influenzato in modo così penetrante il dibattito angloamericano sul *rape*, contribuendo in particolare a sfatare il mito per cui l'unica forza da reprimere sia quella fisica[167]. Il lavoro della studiosa femminista, infatti, ha spostato l'accento sull'assunto che, come emerso anche nei casi limite presentati *supra* (v. § 4), spesso l'aggressore sessuale non ha bisogno di utilizzare la forza fisica per ottenere un rapporto sessuale costrittivo[168]. In tempi più recenti, tali osservazioni sono state utili per richiamare l'attenzione sull'assunto che, anche in relazione al modello riassunto nel semplicistico mantra dello "*yes means yes*", «sì non sempre significa sì» («*yes does not always mean yes*»), perché possono esservi situazioni di tale asimmetria nella relazione tra

---

[166] Cfr. C. MacKinnon, *Feminism, Marxism, method and the State*, cit., 63, dove afferma che le condizioni di dominio maschile sia nello stupro che nel rapporto sessuale "consensuale" rendono difficile distinguere i due atti e che, pertanto, un consenso davvero libero alle attività sessuali da parte delle donne è molto raro. Per un contributo meno risalente si veda anche, C. MacKinnon, *The road not taken: sex equality in Lawrence v. Texas*, in *Ohio State Law Journal*, 2004, vol. 65, 1081 ss., in particolare 1088, dove rimarca che «il sesso diseguale può prosperare e mascherarsi come sesso uguale, come sesso in quanto tale, con il risultato che il sesso forzato, costretto e pervasivamente diseguale può essere interpretato come consensuale, voluto e libero» (traduzione letterale di «*unequal sex can flourish and masquerade as equal sex, as sex as such, with the result that sex that is forced, coerced, and pervasively unequal can be construed as consensual, wanted, and free*»).

[167] Cfr. S.J. Schulhofer, *Reforming the law of rape*, in *Law and Inequality: A Journal of Theory and Practice*, 2017, vol. 35, 2, 335 ss.; in particolare, per le considerazioni su MacKinnon, da 338-342.

[168] *Ibidem*.

i partner, di solito dovute a dinamiche di potere, da viziare l'assenso agli atti sessuali[169]. Sotto questo profilo, le tesi radicali sono state negli ultimi tempi valorizzate da alcune studiose femministe per affermare, inseguendo alcune suggestioni provenienti dal diritto penale internazionale, che un'analisi del reato incentrata sul consenso risulterebbe limitante, e auspicare, più in generale, un modello che indaghi anche sulla presenza di generali circostanze coercitive ("*coercive circumstances*")[170].

Nonostante l'insistenza di MacKinnon sulla necessità di un cambiamento sociale radicale quale unica strada per affrontare la problematica dello stupro, la maggior parte delle femministe ha interpretato il suo messaggio di base come una vera e propria "chiamata alle armi" (legali) contro gli stupratori ("*rapists*")[171].

Man mano che gli Stati Uniti hanno adottato politiche sempre più punitive, le femministe hanno seguito (e incentivato) il "*trend*", sostenendo con forza le riforme volte a rafforzare il funzionamento del diritto penale per combattere i crimini di genere, col paradosso che, oggi, molti associano il femminismo più agli sforzi per espandere le leggi penali sui reati sessuali e la violenza domestica che alle richieste di parità di retribuzione e di diritto all'aborto[172]. I movimenti hanno gradualmente preso coraggio anche grazie ad una serie di riforme, avvenute prevalentemente tra gli anni Ottanta e Novanta, su altri temi cruciali nella loro prospettiva, come la violenza domestica[173] o le

---

[169] Cfr. C. MacKinnon, *Rape redefined*, in *Harvard Law & Policy Review*, 2016, vol. 10, 431 ss., in particolare da 446.

[170] Su tale possibile innovazione di prospettiva, la studiosa femminista inglese V.E. Munro, *From consent to coercion: evaluating international and domestic frameworks for the crminalization of rape*, in C. McGlynn, V.E. Munro (a cura di), *Rethinking rape law*, cit., 17 ss. La "suggestione internazionale" cui ci riferisce nel testo è la sentenza *Akayesu*, emessa nel 1998 dall'*International Criminal Tribunal for Rwanda* (ICTR-96-4-A), sulla quale, proprio, C. MacKinnon, *Defining rape internationally: a comment on* Akayesu, in Id., *Are women human? And other international dialogues*, Cambridge Massachusetts, Harvard University Press, 2007, 237 ss.

[171] Cfr. C. Rayburn, *To catch a sex thief: the burden of Performance in rape and sexual assault trials*, in *Columbia Journal of Gender and Law*, 2006, vol. 15, 437 ss., in particolare 443. Riconosce, come detto il ruolo di impulso di MacKinnon nelle riforme del *rape* anche S.J. Schulhofer, *Reforming the law of rape*, cit., 338.

[172] Così A. Gruber, *Rape, feminism, and the war on crime*, cit., 583.

[173] Tra i contributi sulle riforme di quegli anni relative alla violenza domestica, G.K. Miccio, *A house divided: mandatory arrest, domestic violence, and the*

molestie sui luoghi di lavoro[174], ma con minimi riflessi sulla ridefinizione della violenza sessuale[175].

Tali successi, dei quali spesso è stata enfatizzata la capacità di incidere sugli orientamenti e le attitudini sociali[176], hanno portato a credere – secondo un'inversione metodologica – di poter cambiare in profondità anche i comportamenti sessuali sulla base di nuove riforme della disciplina dei "*sex crimes*"[177]. È in questa prospettiva, nella quale non è difficile scorgere finalità "promozionali"[178], che il femminismo americano ha risolto quella tensione filosofica tra i suoi fondamenti culturali e lo strumento penale, virando verso una svolta decisamente punitiva[179]. Il diritto penale, guardato con sospetto nella produzione scientifica di Catharine MacKinnon, pare diventato, negli sviluppi dei movimenti, lo strumento col quale ottenere i cambiamenti sociali indicati dall'insigne giurista.

---

conservatization of the battered women's movement, in *Houston Law Review*, 2005, vol. 42, 237 ss., che osserva peraltro come, dopo l'uccisione di Nicole Brown nel 1994, e soprattutto il successivo processo nei confronti dell'*ex* marito, il popolarissimo giocatore di *football americano* O.J. Simpson, conclusosi come noto con l'assoluzione dell'uomo, «i politici si siano precipitati ai rispettivi congressi per invocare leggi sulla violenza domestica, saltando sul carro della "tolleranza zero"» («*politicians raced to the state house to invoke domestic violence laws, jumping on the "zero tolerance" bandwagon*»).

[174] Per alcuni riferimenti su tali riforme, ma anche per diverse osservazioni critiche, nell'ambito della dottrina italiana, M.L. Mattheudakis, *Un'indagine comparatistica sulla configurazione dei reati sessuali per colpa (grave) sui profili di consenso della vittima*, in *Revista de Direito Brasileira*, 2020, vol. 25, 10, 280 ss., pubblicato anche in *disCrimen*, 2 dicembre 2020, 291.

[175] Secondo S.J. Schulhofer, *Unwanted sex*, cit., 48-49.

[176] Si veda, ad esempio, D.K. Citron, *Hate crimes in Cyberspace*, Cambridge Massachusetts-Londra, Harvard University Press, 2014, 73 ss. e 142 ss., dove, per evidenziare la forza comunicativa che delle riforme potrebbero avere nell'ambito degli "*hate crimes*" commessi nel mondo digitale, si sofferma dettagliatamente sulla svolta culturale impressa nel settore delle molestie sui luoghi di lavoro da tali riforme.

[177] Tra i tanti contributi, si veda quello, evocativo anche nel titolo, di K. Baker, *Gender and emotion in criminal law*, in *Harvard Journal of Law and Gender*, 2005, vol. 28, 447 ss., in particolare 454 dove si dice che la "*rape reform*" manda un messaggio forte ed inequivocabile sul fatto che il sesso debba essere volontario.

[178] Sulla possibile attribuzione di ruoli "promozionali" ed educativi al diritto penale, sia consentito rinviare a *supra*, I, § 1.

[179] Ampiamente sul tema, A. Gruber, *The feminist war on crime*, in *Iowa Law Review*, 2007, vol. 92, 741 ss. e più di recente in Id., *The feminist war on crime. The unexpected role of women's liberation in mass incarceration*, cit., anche per considerazioni altamente critiche partendo proprio da una posizione femminista.

In relazione al tema oggetto di indagine, la moderna pulsione repressiva del femminismo si estrinseca specialmente in due direzioni: da una parte, nella richiesta di adozione di un modello di *affirmative consent*, per imporre archetipi di comportamento sessuale diversi, in particolare dal punto di vista della comunicazione tra partner (v. *infra*, § 8); dall'altra, in atteggiamenti mediatici aggressivi ed accusatori, anche a prescindere da effettivi accertamenti giudiziari, come nel caso del noto e controverso #*MeToo movement* (v. *infra*, § 12).

III. *Dalla forza al consenso. Modelli di incriminazione alternativi alla costrizione violenta*

7. *Le basi (e i problemi) di una ricostruzione consensualistica del delitto. La bidimensionalità del consenso all'atto sessuale spiegata in una ideale «transazione consensuale» trifasica*

La rimodulazione in senso consensualistico della tipicità del reato di violenza sessuale impone, per prima cosa, di fissare alcune basi "epistemologiche" su cui sviluppare la ricerca del nuovo assetto giuridico; chiavi di lettura per orientarsi nella comparazione dei diversi modelli di incriminazione basati sul consenso.

Il principale nodo da sciogliere riguarda quando un atto sessuale possa dirsi consensuale e quando non consensuale. Nel primo caso, tale atto sarà lecito[180], sempre che il soggetto non appartenga ad un novero di vittime particolarmente vulnerabili ed abbia, pertanto, la *capacità* di esprimere un valido consenso; relativamente alla seconda categoria, invece, sarà necessario selezionare quando tali atti meritino di assumere rilevanza penale e a quali condizioni, per esempio con riferimento all'imputazione colpevole.

I due piani dovrebbero scorrere distinti, ma è innegabile come la prima operazione – di definizione dei limiti del consenso – rechi con sé degli intrinseci giudizi di valore, in qualche misura destinati poi a riflettersi sulla scelta politico-criminale. È forse per tale ragione che

[180] In proposito, si preferisce qui richiamare a quanto già precisato *supra*, II, § 1, per non appesantire la trattazione.

spesso nel dibattito, specie angloamericano, finiscono per sovrapporsi, di talché la definizione di consenso che viene proposta viene a coincidere con la definizione degli atti che si ritiene debbano essere irrilevanti per il diritto penale.

Un esempio in tal senso proviene proprio dai precedenti approfondimenti storici[181]. L'impostazione legislativa tradizionale, infatti, ha consolidato – nella cultura giuridica come nella società – l'idea che ogni atto sessuale non preceduto da una costrizione violenta (o mediante minaccia) costituisse un atto sessuale libero e consensuale. A guidare il giudizio era una chiara equazione tra l'assenza di una resistenza fisica e la presenza del consenso, basata sul pregiudizio per cui se la vittima non ha resistito con tutte le sue forze all'atto sessuale, significa che lo ha desiderato e voluto[182].

È evidente, dunque, come per comprendere quando un'interazione sessuale si svolga consensualmente o meno, non si possa più fare riferimento a tali paradigmi, il cui unico lascito è un concetto che si ritiene assodato da tempo, ovvero che l'uso della forza generalmente esclude il consenso.

Il dibattito angloamericano, al quale bisogna continuare a rivolgersi, presenta una varietà straordinaria di posizioni e, volendo, anche una certa confusione.

Un'affermazione che pare piuttosto condivisa è che, per essere consensuale, l'atto sessuale debba essere reciprocamente desiderato

---

[181] V. *supra*, I, in particolare §§ 4, 6, 7; II, §§ 2 e 3; III, §§ 3 e 4.

[182] La definizione di "atto sessuale consensuale", dunque, è stata a lungo particolarmente ampia, escludendo soltanto le ipotesi contrassegnate da massima resistenza. Mentre quella di "atto sessuale non consensuale" ha coinciso con l'atto preceduto da una violenza o da una minaccia esplicita in grado di sopraffare tale strenua opposizione. Nella presunzione che tutti gli altri atti fossero consensuali. Va precisato che più recentemente, con l'evolversi del costume sociale e l'affermarsi di una nuova sensibilità per l'autodeterminazione sessuale, ma anche dello sviluppo della dogmatica penalistica, il ricorso all'elemento della violenza nella tipizzazione del reato è stato giustificato adducendo argomenti più "tecnici" e moderni, come l'esigenza dimostrativa legata ai segni fisici dell'abuso sessuale e, soprattutto, la frammentarietà della tutela penale (su questo, v. *supra*, I, § 11). Da quest'ultima prospettiva, la previsione nel testo di legge dei mezzi costrittivi della violenza e della minaccia rispondeva – o almeno avrebbe dovuto – alla scelta politico-criminale di restringere l'ambito della rilevanza penale solo a casi caratterizzati da un elevato disvalore insito anche nel mezzo impiegato. In proposito, sia consentito rimandare *supra*, II, § 13.

(«*mutually desired*»)[183]. Altri termini vengono impiegati per esprimere grossomodo lo stesso concetto, come "voluto", "intenzionale" o "concordato" ("*wanted*", "*willing*", "*agreed-to*"), ma, sebbene queste parole possano avere significati anche molto diversi, la maggior parte dei commentatori le considera fungibili.

La questione invece più controversa è se il consenso all'atto sessuale sia uno stato mentale[184], una manifestazione esterna o entrambe le cose insieme[185].

Il problema ovviamente è solo classificatorio quando la dimensione interna e la dimensione esterna del consenso coincidono, cioè quando le azioni degli attori dell'interazione sessuale sono coerenti con i loro stati mentali ("*mental states*"). Ad esempio, se una persona che vuole avere un rapporto sessuale risponde "sì" a chi glielo sta proponendo, quell'atto sessuale è ovviamente da ritenersi consensuale. Le difficoltà insorgono, invece, quando viene a mancare tale corrispondenza. In proposito, i critici dell'*affirmative consent* ("consenso affermativo") sottolineano che, adottando tale paradigma, si potrebbe giungere all'esito paradossale per cui sarebbe da ritenersi integrato il delitto anche quando entrambe le parti desideravano internamente intrattenere la relazione sessuale ma non vi è stata una estrinsecazione verbale della loro volontà – quando, in altre parole, è mancato il "sì"[186]. Allo stesso modo, come appena esaminato (v. *supra*, § 6), le femministe sono propense a considerare coatta una accettazione verbale che non rispecchi fedelmente una genuina volontà interna[187].

---

[183] Cfr. S.J. Schulhofer, *Consent: what it means and why it's time to require it?*, in *University of the Pacific Law Review*, 2016, vol. 47, 665 ss., 671.

[184] Su questa posizione, tra gli altri, K. Kessler Ferzan, *Consent, culpability, and the law of rape*, in *Ohio State Journal of Criminal Law*, 2016, vol. 13, 397 ss. Sulla tutela penale della volontà, nella dottrina italiana si veda lo studio monografico di A. Nisco, *La tutela penale dell'integrità psichica*, cit., in particolare 33 ss.

[185] Cfr., per tutti, S.J. Schulhofer, *Consent: what it means and why it's time to require it?*, cit., 669.

[186] Ad esempio, S. Gill, *Dismantling gender and race stereotypes: using education to prevent date rape*, in *UCLA Women's Law Journal*, 1996, vol. 7, 27 ss., in particolare 61.

[187] Si veda la già menzionata tesi delle "*coercive circumstances*", considerata anche nel paragrafo precedente. Tra i sostenitori, ad esempio, V.E. Munro, *From consent to coercion*, cit.

È su questa tensione tra la dimensione interna e la dimensione esterna del consenso che si sviluppa la dialettica tra i nuovi modelli di incriminazione della violenza sessuale. Del resto, come si è avuto modo di osservare, è dall'epoca romana che i giuristi ripongono sforzi nel tentativo di ricostruire il "foro interno" della donna, selezionando le condotte idonee a comunicare esternamente[188].

A fini descrittivi, per introdurre i vari punti di divergenza tra tali paradigmi, le loro possibili graduazioni interne, nonché le relative declinazioni in termini di imputazione colpevole, sembra il caso di ripercorrere lo svolgersi di una ideale «transazione consensuale» in ambito sessuale, che presenti un sufficiente livello di scelta interiore e di sua estrinsecazione[189].

Tale transazione tra due persone, A e B, si svolge secondo un processo trifasico[190]: A accetta internamente di compiere un atto sessuale; A manifesta esternamente tale intendimento; sulla base delle manifestazioni esteriorizzate da A e del contesto, B si convince che A sia interiormente d'accordo a intrattenere un rapporto sessuale. Naturalmente, B deve condividere lo stesso atteggiamento positivo di A verso l'interazione sessuale e A deve credere che anche B sia internamente d'accordo. Per comodità di esposizione, ma anche perché ciò continua a costituire un archetipo ricorrente nelle dinamiche tra i generi, B rappresenta il "proponente" dell'atto sessuale (la persona che per prima manifesta un'intenzione di realizzare l'interazione) e A sarà l'accettante/rifiutante di tale atto[191]. Per non diramare eccessivamente la "transazione", il suo oggetto sarà inteso quale un normale rapporto sessuale penetrativo.

Fatte queste premesse, conviene analizzare separatamente le tre fasi.

---

[188] V. *supra*, I, §§ 4 ss.

[189] Una chiarissima trattazione di tale «transazione consensuale» è offerto dalle illuminanti pagine di A. Gruber, *Consent confusion*, in *Cardozo Law Review*, 2016, vol. 38, 415 ss.

[190] *Ibidem*.

[191] Parte della dottrina femminista sostiene criticamente che la ricostruzione del reato in una cornice consensuale continua a stabilire una relazione asimmetrica nei ruoli sessuali, individuando appunto un proponente e un accettante. Cfr., ad es., nella dottrina inglese, N. Lacey, *Unspeakable subjects, impossible rights: sexuality, integrity and criminal law*, in *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 1998, vol. 11, 47 ss., 60.

Quanto all'accettazione interiore del rapporto, un'adesione volontaria implica una decisione libera di partecipare all'atto sessuale. Come si è accennato (v. *supra*, § 6), in passato le femministe radicali hanno posto in dubbio tale fondamento, arguendo che la struttura patriarcale della società, con le connesse pressioni sul genere femminile, impedisce di considerare davvero *libero* l'arbitrio della donna che accetta un rapporto sessuale. Si tratta di una posizione decisamente minoritaria nella dottrina moderna, che non dubita in alcun modo che alla base della relazione sessuale possa esservi una scelta libera[192]. Piuttosto, l'attenzione degli studiosi è scivolata verso i fattori che potrebbero rendere tale consenso illusorio, come coercizioni "ambientali"[193], dinamiche di potere[194], forme di inganno[195], necessità economiche[196], discutendo su quali di essi possono assumere rilevanza nella configurazione del delitto di violenza sessuale.

Più controverso è quali stati mentali rilevino come consensuali. Alcuni si accontentano ad esempio di una «tiepida acquiescenza» («*grudging acquiescence*»), escludendo però l'incertezza e lo stato di dubbio[197], altri richiedono, perché sussista il consenso, un grado qualificato di adesione all'atto: "entusiastico", "deliberato", "edonistico", "fortemente desiderato"[198].

---

[192] Ad es., S.J. Schulhofer, *Consent: what it means and why it's time to require it?*, cit., che definisce il consenso «*a person's freely given agreement to engage in a specific act of sexual penetration or sexual contact*». Il "libero arbitrio sessuale", del resto, è il fondamento di una regolamentazione liberale della sessualità, basata sul principio di autodeterminazione, che si è affermata nella seconda metà del secolo scorso (v. *supra*, I, § 8).

[193] Ad es., P.J. Falk, *Rape by fraud and rape by coercion*, in *Brooklyn Law Review*, 1998, vol. 64, 39 ss.

[194] In proposito già S.J. Schulhofer, *Unwanted sex*, cit., 137 ss. e 168 ss.

[195] Negli Stati Uniti, J. Rubenfeld, *The riddle of rape-by-deception and the myth of sexual autonomy*, in *Yale Law Journal*, 2013, vol. 122, 1372 ss., in particolare 1405 ss. Nella dottrina inglese, dove il tema è oggetto di un vivace dibattito, invece, J. Herring, *Does yes mean yes? The criminal law and mistaken consent to sexual activity*, in *Singapore Law Review*, 2002, vol. 22, 182 ss. e successivamente, Id., *Mistaken sex*, in *Criminal Law Review*, 2005, 511 ss., in particolare 523-524, dove si riscontra una certa apertura ad un ruolo importante dell'inganno nel far venir meno il consenso.

[196] Cfr. S.J. Schulhofer, *Unwanted sex*, cit., 137 ss.

[197] È il caso, ad esempio, di A. Gruber, *Affirmative consent*, cit., 61.

[198] La richiesta di un livello di coinvolgimento maggiore nell'atto sessuale è richiesta soprattutto nell'ambito dei *college*. Sul punto specifico, J. Gersen, J. Suk,

Venendo al secondo *step* della transazione, posto che l'attività sessuale è di per sé comunicativa, un contatto completamente asettico, "inespressivo", risulta un'ipotesi piuttosto rara. Anche un'inerzia accompagnata dalle lacrime, ad esempio, è sicuramente foriera di messaggi. Pertanto, la questione principale si riduce a quali atti esterni comunichino positivamente il consenso interiore[199].

Le possibili reazioni all'approccio sessuale si articolano su una scala particolarmente eterogenea, della quale non è difficile interpretare gli estremi[200]. Da una parte, infatti, si possono ipotizzare adesioni sicure, come la pronuncia di una pluralità di "sì" convinti, un assenso sicuro ("certo!"), la collaborazione fattiva all'atto, o gesti inequivocabili come un pollice alzato in segno di via libera; dall'altra, invece, la ripetizione di un "no" o addirittura uno schiaffo sul volto del proponente B.

Il problema, semmai, sta nell'ampia zona grigia che occupa la parte centrale di tale scala. Si pensi ad esempio a frasi dubitative come "non sono sicura dovremmo", "forse è meglio non ora", all'assenza di comunicazioni verbali abbinata a gesti non inequivocabili come la mera prosecuzione del bacio, o ad una totale passività[201]. Quanto ai casi già esaminati – che, peraltro, rispetto agli esempi astratti, aggiungono anche la difficoltà di districarsi tra le contrapposte versioni dei protagonisti –, si considerino *M.T.S.*, nel quale se-

---

The sex bureaucracy, in *California Law Review*, 2016, vol. 104, 881 ss., in particolare 925 ss., dove catalogano le definizioni di consenso di diversi *college* e università americani.

[199] Preme specificare che, in un sistema che valorizzi il dissenso ("*no means no*"), la prospettiva va ribaltata, divenendo infatti decisivo stabilire quali atti siano idonei ad esprimere tale dissenso.

[200] V., anche per alcuni esempi, A. Gruber, *Consent confusion*, cit., 424.

[201] Onde chiarire ogni eventuale perplessità, sembra il caso di precisare che, mentre la condotta di A di proseguire appassionatamente un bacio mentre B sta preparando su un "salto di qualità" nell'interazione sessuale tra le parti sembra una manifestazione sufficiente di consenso, negli altri casi menzionati, invece, non sembra esservi una comunicazione adatta per superare la soglia minima di consenso. Nelle ipotesi verbali, infatti, A esprime chiaramente un dubbio, in un caso sull'opportunità del rapporto, nell'altro sulla concreta attuazione "*hic et nunc*"; mentre la totale inerzia difficilmente, in tempi moderni, può essere guardata come una manifestazione di consenso e, anzi, essa richiama la reazione di "immobilità tonica" tipica di molte vittime di aggressioni sessuali (v. *supra*, I, § 8). Ma su questi profili si vedano le riflessioni contenute nei prossimi paragrafi.

condo la ricostruzione delle corti di merito l'imputato si era impegnato in una penetrazione in seguito a una sessione di baci e strusciamenti, e *Berkowitz*, in cui erano stati pronunciati dei rifiuti, ma solo "sussurrati" timidamente ("*whispered*"), e, secondo l'imputato, intervallati da baci.

In merito a tale ambiguità, un'opinione è che le persone consenzienti di solito si limitano a comunicare al partner ciò che vogliono. Uno degli Autori più attivi in tema di consenso sostiene, ad esempio, che «le parti che desiderano reciprocamente l'intimità sessuale normalmente comunicano liberamente tale desiderio»[202]. Ciò può essere certamente vero in alcuni contesti, specie di intimità consolidatasi nel tempo[203]. Tuttavia, da decenni le scienze sociali segnalano come la negoziazione del consenso sessuale sia altamente legata al contesto specifico e culturalmente orientata[204]. Le persone spesso sono reticenti riguardo alle proprie intenzioni sessuali. Di conseguenza, le decisioni sul sesso generano manifestazioni esterne variabili e persino contraddittorie, condizionate da una pluralità di elementi: le norme della comunità di riferimento, lo stato delle relazioni, l'età, il genere, la personalità, nonché idee radicate che influenzano la comunicazione sessuale, come i ruoli stereotipati[205]. Per tale ragione, anche comportamenti non così ambigui come quelli menzionati sopra, vengono avvolti nell'incertezza.

Come si vedrà tra poco, i "*gap*" propri del tradizionale copione tra i due generi, hanno portato i riformatori a concentrarsi molto sull'aspetto della manifestazione esterna del consenso ("*no means no*", "*yes means yes*") e, in taluni casi, persino alla convinzione che punire chi ancora rispetta tale ambiguo copione possa incentivare la

---

[202] S.J. Schulhofer, *Consent: what it means and why it's time to require it?*, cit., 670.

[203] Tornano alla mente, in proposito, le felici parole di Tomasi di Lampedusa nelle pagine conclusive de *Il Gattopardo*, dove, per rivelare al lettore la relazione tra Angelica e il senatore Tassoni, racconta che quest'ultimo, nei confronti della donna, «conservava quella insostituibile intimità conferita da poche ore passate fra il medesimo paio di lenzuola».

[204] In questo senso, S. Sprecher, E. Hatfield, A. Cortese, E. Potapova, A. Levitskaya, *Token resistance to sexual intercourse and consent to unwanted sexual intercourse: college students' dating experiences in three countries*, in *Journal of Sex Research*, 1994, vol. 31, 125 ss., 126.

[205] Cfr. A. Gruber, *Consent confusion*, cit., 427.

società ad adottare una comunicazione più lineare in ambito sessuale (v. *infra*, § 8).

Occorre intanto spostarsi sull'ultima fase della transazione, quella dell'interpretazione della volontà di A da parte di B.

In una transazione perfetta, la convinzione da parte di B che A volesse dar seguito all'interazione sessuale è una corretta lettura del comportamento di A. Il diritto penale ovviamente si occupa dei casi, non infrequenti, in cui ciò non avviene. Come noto, uomini e donne tendono a guardare con occhio diverso determinate circostanze[206]: i primi, ad esempio, sono portati più facilmente ad interpretare un comportamento amichevole come una manifestazione di consenso, mentre le donne intendono il consenso come qualcosa che va esternalizzato in modo più formale, se non proprio "verbalizzato"[207].

Da questo punto di vista, il problema principale diventa a che titolo imputare a B la propria erronea rappresentazione della volontà di A.

Nell'impostazione tradizionale, la questione si poneva solo in minima parte. Come ribadito più volte[208], infatti, l'elemento della violenza rende lampante, e dunque assai facilmente dimostrabile, la consapevolezza dell'agente dell'assenza di consenso, perché egli fa uso della forza per conseguire l'atto sessuale che, diversamente, gli sarebbe negato. Nel mettere diversamente a fuoco il reato, la rimproverabilità soggettiva del soggetto proponente l'atto sessuale (B) si sposta precipuamente sulla sua erronea interpretazione delle manifestazioni esteriori di volontà da parte di A.

---

[206] In proposito, è indispensabile la lettura di S.J. Schulhofer, *Unwanted sex*, cit., spec. 47-69, dove l'Autore prende in considerazione tutti i divari esistenti nella interpretazione di talune situazioni da parte di uomini e donne.

[207] Nell'ambito delle scienze sociali, si veda il noto articolo di S.E Hickman, C. Muehlenhard, *"By the semi-mystical appearance of a condom": how young women and men communicate sexual consent in heterosexual situations*, in *Journal of Sex Research*, 1999, vol. 36, 258 ss. Più di recente, in senso confermativo, T.P. Humphreys, M.M. Brousseau, *The sexual consent scale. Revised: development, reliability, and preliminary validity*, *ivi*, 2010, vol. 47, 402 ss. Sul problema della differente lettura del comportamento amichevole, invece, già A. Abbey, *Sex differences in attributions for friendly behavior: do males misperceive females' friendliness?*, in *Journal of Personality and Social Psychology*, 1982, vol. 42, 830 ss.

[208] V. ad es. *supra*, I, § 11.

In un modello consensuale di base, che cioè non vincoli l'interpretazione di B ad una specifica manifestazione esterna da parte di A (un "*no*", un "*yes*")[209], si sono affermate due possibilità. Da una parte, si è ritenuta sufficiente per non considerare A responsabile una sua "autentica e sincera" ("*honest and sincere*") convinzione della presenza del consenso di B[210]; dall'altra, invece, si è preteso che tale convinzione sia pure "ragionevole" ("*reasonable*")[211].

Come si vedrà, la distinzione rispecchia quella tra le due forme di imputazione angloamericane della "*recklessness*" – letteralmente "sconsideratezza", forma ibrida di imputazione che in via di prima approssimazione corrisponde alla somma di dolo eventuale e colpa cosciente[212] – nel primo caso, e della "*negligence*", equivalente della colpa incosciente[213], nel secondo.

Si esaminerà con maggiore dettaglio la differenza che intercorre tra le due ipotesi, in particolare al momento della illustrazione della riforma inglese dei delitti sessuali del 2003, che ha segnato il passaggio dal criticato "*reckless rape*" ("stupro sconsiderato") ad una incriminazione basata (anche) sulla colpa (v. *infra*, § 10). In questa fase, preme rimarcare[214] come, oltre alla consueta e generalizzata diffidenza dei sistemi anglosassoni per la colpa incosciente[215], nel dibat-

---

[209] Si è già menzionata, ad esempio, la riforma dell'Alaska negli anni Novanta (v. *supra*, § 5).

[210] La posizione è espressa ad esempio nell'American Law Institute, *Preliminary Draft No. 5*, 2015 (d'ora in avanti, "*MPC Draft 5*"), ovvero il progetto di riforma della parte relativa al "*rape*" del *MPC*. Sugli altri contenuti del progetto, si veda *infra*.

[211] Favorevole al fatto che la soglia di imputazione soggettiva minima sia costituita dalla colpa («*the minimum culpable mens rea as to consent should be negligence*»), tra gli altri, L. Henderson, *Getting to know: honoring women in law and in fact*, in *Texas Journal of Women & the Law*, 1993, vol. 2, 42 ss., 67 per il passaggio citato.

[212] Fermi i più ampi riferimenti offerti *infra*, § 10, si veda sin d'ora F. Curi, *L'istituto della* Recklessness *nel sistema penale inglese*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 975 ss., ma sia consentito il rinvio anche al più recente G.M. Caletti, Recklessness (voce), in M. Donini (a cura di), *Reato colposo*, in *Enciclopedia del Diritto, I Tematici* II-2021, Milano, Giuffré, 1047 ss. Per una ricostruzione dell'istituto in seno al quadro internazionale, invece, A. Vallini, Mens rea, in A. Cassese (a cura di), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 412 ss.

[213] Sulla quale, A.R. Di Landro, Negligence (voce), *ivi*, 799 ss.

[214] Si veda infatti anche *supra*, § 5.

[215] V. *infra*, § 10.

tito americano si avverta un notevole disagio rispetto alla discrezionalità che tale paradigma garantisce al giudicante. Laddove, infatti, prevalgano pregiudizi sessisti, è possibile che pure una determinazione sessista di B venga considerata "ragionevole"[216]. Allo stesso modo, una giuria animata dai soliti stereotipi potrebbe non esitare nel riconoscere che B credeva sinceramente (sebbene irragionevolmente) nella presenza del consenso da parte di A all'atto sessuale, anche a fronte di molteplici indicatori di segno contrario.

Del resto, lo schema del caso tipico di contestazione sul consenso risulta il seguente. A rivendica che l'atto sessuale era (internamente) non voluto. B risponde che A era in realtà consenziente o, comunque, di aver ragionevolmente ritenuto che vi fosse il consenso[217]. La giuria, a questo punto, non potendo leggere dentro la mente di A, risolverà il contrasto osservando le manifestazioni esterne di A nel contesto in cui sono avvenute. La complessità sta nel fatto che i giudicanti, specie se appartenenti ad una giuria popolare, hanno un ampio spettro di opinioni su ciò che costituisce la volontà interna, su come tale volontà è o dovrebbe essere manifestata e su come una persona dovrebbe interpretare tali manifestazioni[218].

Nel determinare la presenza o meno del consenso, i decisori possono operare valutazioni sbagliate, come ritenere validi assensi in realtà coartati, derivare il consenso dalla mancanza di una protesta, permettere all'imputato di dedurre il consenso dal bacio e così via[219]. Per circoscrivere tali errori, come in parte già accennato (v. *supra*, § 5), i riformatori si sono focalizzati sulle manifestazioni esterne della volontà di A, ovvero sulla seconda fase della transazione sessuale, limitando quali tra tali manifestazioni possano assumere rilevanza, nel senso di esprimere l'assenza del consenso ("*no means no*") o la sua sussistenza ("*only yes means yes*")[220].

---

[216] Sottolinea queste criticità nella ricostruzione di ciò che è ragionevole, D. Berliner, *Rethinking the reasonable belief defense to rape*, in *Yale Law Journal*, 1991, vol. 100, 2687 ss.

[217] Così A. Gruber, *Consent confusion*, 429.

[218] Volendo, sul tema, si vedano le considerazioni già sviluppate *supra*, I, §§ 1 e 10.

[219] Cfr. D.P. Bryden, *Redefining rape*, cit., 426.

[220] In relazione all'*affirmative consent*, chiarisce in modo efficace questo passaggio A. Gruber, *Affirmative consent*, cit., 58, che rileva come l'enfasi su tale para-

L'enfasi posta negli ultimi anni su tali *slogan* sembra aver ingenerato, soprattutto in Europa[221], l'idea che l'alternativa si limiti a questi due paradigmi[222]. La trattazione proseguirà dando immediatamente spazio a tali modelli, incentrati sulla dimensione esterna del consenso (v. *infra*, §§ 8 e 9), ma si soffermerà infine anche su un terzo modello che, basato esclusivamente sull'assenza di consenso, e pertanto focalizzato sulla sua dimensione interna, è adottato in Inghilterra e – ancorché si tratti di un dato poco enfatizzato – in molte giurisdizioni statunitensi[223].

8. *"*Yes means yes*": anatomia del consenso affermativo. Il modello temperato del consenso "espressivo"*

Il modello che attira più curiosità è certamente l'*affirmative consent*, o consenso affermativo, spesso sintetizzato con il fuorviante *slogan* "*(only) yes means yes*". Esso, infatti, richiedendo la manifestazione esplicita di un consenso per il compimento di atti sessuali, non soltanto comporta una profonda rivoluzione culturale, ma sovverte anche la disciplina che tradizionalmente taluni istituti avevano trovato in relazione alla violenza sessuale. In una fase precedente del lavoro (v. *supra*, II, § 7), si è potuta apprezzare, tra i vari aspetti problematici, la compressione del raggio applicativo dell'errore di fatto, riconoscibile soltanto in quelle ipotesi in cui vi

---

digma derivi dall'insoddisfazione per le applicazioni concrete delle leggi basate sulla mera assenza di consenso: «*In short, decades ago, feminist reformers affected the shift from defining rape as forced sex to defining it as nonconsensual sex to broaden liability for bad sexual behavior. However, even this shift proved unsatisfying to many activists who contended that biased or mistaken decision-makers misapplied the standard, leading to under-regulation of unwanted sex. Activists urged affirmative consent standards to compel legal actors to arrive at the "right" conclusion in contested consent cases*».

[221] Si veda ad esempio T. Hörnle, *#MeToo - Implications for Criminal Law?*, in *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, 2018, 115 ss., che conduce il discorso su tale dicotomia.

[222] Sempre Aya Gruber (*ibidem*) osserva come il dibattito sull'*affirmative consent* abbia oscurato altri tentativi, anche meritori, di trovare la conclusione giusta rispetto a quando un atto sessuale debba essere penalmente rilevante.

[223] In questo senso, A.E. Taslitz, *Willfully blinded: on date rape and self-deception*, in *Harvard Journal of Law & Gender*, 2005, vol. 28, 381 ss., 384.

è un'erronea rappresentazione circa le modalità di espressione del consenso[224].

Osservando il dibattito americano sull'*affirmative consent* si riscontra una notevole confusione. Le giustificazioni e le critiche a volte assumono versioni "forti" e a volte "deboli" del modello, a seconda dei ragionamenti che si intendono sviluppare. Spesso, i sostenitori avanzano pure argomentazioni palesemente contraddittorie, come quando, ad esempio, da un lato giustificano il nuovo paradigma in quanto aderente alle prassi sessuali correnti e, dall'altro, propugnano lo standard per ragioni, per così dire, "aspirazionali", sottolineando che sarebbe necessario anche al fine di provocare un cambiamento culturale (v. *infra*). In generale, i difensori tendono a minimizzare e descrivere il consenso affermativo come un cambiamento marginale, che non porterebbe a condanne inique[225], mentre i detrattori ipotizzano scenari iperbolici, come la firma di un contratto scritto quale condizione di legittimità di qualsiasi interazione sessuale.

La difficoltà nell'instaurare un ragionamento in termini condivisi risiede nel fatto che lo schema "*yes means yes*", lungi dall'essere un monolite, si presta ad una pluralità di sfumature e graduazioni interne; tante quante sono le modalità con le quali si può comunicare un "sì"[226].

Mutuando lo schema descritto in precedenza, il paradigma del consenso affermativo si concentra sulla seconda fase della transazione, rispetto alla quale mira a restringere il novero delle esternazioni di volontà di A che costituiscono un consenso effettivo. Fintanto che A non ha espresso il proprio consenso secondo la modalità prestabilita, B non può procedere all'atto sessuale proposto; diversamente,

---

[224] Come precisato dalla Corte di Cassazione, infatti, se è «irrilevante l'eventuale errore sull'espressione del dissenso anche ove questo non sia stato esplicitato», può invece essere preso in considerazione un «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» (Cass. pen., Sez. III, 9 marzo 2016, n. 49597, in *Dejure*).

[225] Ad es. D. Tuerkheimer, *Affirmative consent*, in *Ohio State Journal of Criminal Law*, 2016, vol. 13, 441 ss., in particolare 447 ss. e 464 ss.

[226] Così, chiaramente, A. Gruber, *Consent confusion*, cit., 430.

commette il delitto sessuale. Sul piano dell'imputazione soggettiva, ne consegue che non tutte le manifestazioni da parte di A sono idonee ad essere interpretate da B come consenso.

Il problema è che è ancora in corso un appassionato dibattito su quanto questa manifestazione di volontà da parte di A debba essere specifica. Le formulazioni più restrittive (che richiedono un "sì" verbale, una chiara negoziazione seguita da una accettazione, ecc.) riducono il potenziale di vittimizzazione, ma sono altamente regolatrici della sessualità e, in molti casi, potenzialmente ingiuste. Al contrario, le formulazioni ampie che consentono a tutte le manifestazioni di essere considerate come consenso affermativo non conseguono quella finalità di certezza alla base dell'elaborazione del modello e non comportano, in fondo, alcuna riforma radicale.

Sembrano in proposito emblematiche le formulazioni legislative che vengono ricondotte al paradigma di incriminazione in questione. Il codice penale californiano vincola la sussistenza del consenso ad una «*positive cooperation*» (lett. «collaborazione positiva»)[227], mentre Illinois e Wisconsin richiedono, in modo ancora più vago, un «*freely given agreement*» (lett. «accordo liberamente dato»)[228]. Ma si pensi anche alla dicitura contenuta nella stessa decisione *M.T.S.*, secondo alcuni antesignana dell'*affirmative consent*[229], che riteneva illecita ogni forma di sessualità avvenuta senza una «autorizzazione affermativa e liberamente data» («*affirmatively and freely given authorization*»)[230].

Nonostante l'enfasi sull'aspetto affermativo, propositivo, del comportamento di A, nella sostanza il problema rimane ancora imperniato su quali atti siano sufficienti a configurare il requisito della "autorizzazione affermativa".

Anche in questo caso è possibile articolare una scala tra i possibili approcci[231], in cima alla quale si trova – secondo un ordine che va dal più regolamentato al più informale – la sottoscrizione di un contratto.

---

[227] Cfr. Cal. Penal Code § 261.6(a).

[228] Cfr. 720 Ill. Comp. Stat. Ann. 5/11-1.70(a); Wis. Stat. Ann. § 940.225(4).

[229] Così N.J. Little, *From no means no to only yes means yes*, cit., 1340-1341.

[230] *State in the interest of M.T.S.*, 129 N.J. 422, 609 A.2d 1266 (1992 N.J.), nello specifico a 1277.

[231] Cfr. A. Gruber, *Affirmative consent*, cit., 65.

Per quanto astrattamente possibile, in concreto è raro che la soluzione contrattualistica venga proposta, persino con riguardo alle *policies* interne ai *college*, di solito più rigorose della disciplina penale. La prospettiva contrattuale, tuttavia, è agitata come "spauracchio" da parte degli oppositori dell'*affirmative consent* al fine di evidenziarne possibili derive distopiche, nelle quali l'intimità sessuale diviene vittima della burocrazia[232]. Nondimeno, sono piuttosto diffuse pagine internet che suggeriscono la firma di un contratto scritto come *best practice* da adottare in caso di rapporti occasionali, non solo nella prospettiva di accertarsi scrupolosamente del consenso altrui, ma soprattutto di "autotutelarsi" rispetto ad eventuali incomprensioni[233]. Si tratta di situazioni cui guardare con prudenza, senza trarre conclusioni affrettate, anche poiché in molti casi sono dettate principalmente da opportunità commerciali[234], ma segnalano quantomeno un'inquietudine di fondo della società per il dibattito in corso sulla riforma del *rape* e talune sue esagerazioni.

Scendendo di un gradino nella scala, si incontra un mantra piuttosto diffuso nell'ambito delle normative interne alle università, ma talvolta candidato quale regola generale in ambienti femministi, per cui l'unica manifestazione in grado di convogliare il consenso sarebbe l'espressione di un "sì entusiastico" ("*an enthusiastic yes*")[235]. Secondo questa declinazione del consenso affermativo, «*yes means no unless it is declared with alacrity or enthusia-*

[232] Lo rileva, ad esempio, S.J. Schulhofer, *Consent: what it means and why it's time to require it?*, cit., 666-667.

[233] Si veda ad esempio Tamsen Butler, *Why You Should Use Sex Contracts*, sul sito *Love to Know* (http://dating.lovetoknow.com/Sex_Contracts).

[234] Negli Stati Uniti si sono infatti diffusi siti che vendono degli "*Affirmative consent kit*", che includono dei contratti da far firmare al partner, ma anche delle "carte" che agevolino il manifestarsi del consenso in termini affermativi (http://affirmativeconsent.com/wp-c ontent/uploads/2015/12/AffirmativeconsentPressKit1.pdf).

[235] In questo senso nella dottrina femminista, M. Coy, L. Kelly, F. Vera-Gray, M. Garner, A. Kanyeredzi, *From "no means no" to "an enthusiastic yes": changing the discourse on sexual consent through sex and relationships education*, in V. Sundaram, H. Saunders (a cura di), *Global perspectives and debates on sex and relationships education. Addressing issues of gender, sexuality, plurality and power*, Londra, Palgrave Macmillan, 2016, 84 ss.

sm» («sì significa no, a meno che non venga dichiarato con alacrità o entusiasmo»)[236].

Si tratta di una forma rafforzata del modello base, ovvero lo "*yes means yes*" al centro della scala, che si fonda su una comunicazione verbale affermativa del consenso. Secondo questo paradigma, assume rilevanza penale ogni atto sessuale realizzato in assenza di una previa manifestazione espressa attraverso parole affermative ("*yes*", "*sure*", ecc.).

Un siffatto modello di incriminazione riduce al minimo l'oggetto del dolo e dell'errore. Per affermare la sussistenza dell'elemento doloso, infatti, è sufficiente la consapevolezza da parte del soggetto agente – per restare ai protagonisti della "transazione" di prima, B – del fatto che il partner – A – non abbia proferito tale autorizzazione verbale. Inoltre, qualora B ritenga che l'espressione del consenso sia insita nelle comunicazioni "fisiche" provenienti da A, come ad esempio una certa partecipazione nella preparazione dell'atto, commette un errore sulla conformazione della fattispecie, perché è la stessa formulazione del reato a ritagliare la tipicità sulla realizzazione di un atto sessuale in assenza del consenso verbale.

Oltre ad un problematico *deficit* sul piano della colpevolezza, come sottolineano alcuni, questa versione di "*yes means yes*" conduce all'esito paradossale per cui, ancorché desiderata internamente da A, la condotta di B sia da ritenersi illecita, peraltro pure nei casi in cui A ha manifestato il proprio consenso anche esternamente, sebbene non a livello verbale[237]. Un paradosso che potrebbe anche esporre una legislazione concepita in questo senso a pericolose strumentalizzazioni.

È evidente come, allo stato attuale, la pretesa di un consenso verbale risponda ad una visione alquanto artificiale dei contatti sessuali. Forse anche per questo, il modello sta evolvendo nella prospettiva di prescindere dalla pronuncia di un "sì", mantenendo tuttavia delle regole stringenti.

---

[236] Per un'ampia trattazione delle diverse formulazioni del consenso affermativo nell'ambito dei regolamenti universitari, cfr. J. Gersen, J. Suk, *The sex bureaucracy*, cit., in particolare 924 ss. per il requisito dell'entusiasmo.

[237] Cfr. S. Gill, *Dismantling gender and race stereotypes*, cit., 61.

Una recente declinazione dell'*affirmative consent* che trova qualche consenso anche nell'alveo del dibattito penalistico è la formula del c.d. "*stop and ask*" (lett. "fermati e chiedi")[238]. Essa impone che, giunti in prossimità di atti particolarmente pregnanti, come una penetrazione, B si fermi, chieda ed ottenga da A un permesso incontrovertibile.

L'approccio "*stop and ask*" appare frequentemente nei codici interni dei *college* ed è stato impiegato per interpretare la disposizione, invero un po' oscura, prevista dalla legge californiana sul consenso in ambito universitario. Tale legge obbliga i regolamenti universitari a specificare che «è responsabilità di ogni persona coinvolta nell'attività sessuale assicurarsi di avere il consenso affermativo dell'altra persona per praticare l'attività sessuale» («*it is the responsibility of each person involved in the sexual activity to ensure that he or she has the affirmative consent of the other or others to engage in the sexual activity*»)[239]. Il termine assicurarsi ("*ensure*") è stato letto come gravante il proponente l'attività sessuale (B) dell'onere di interrompere il progredire dell'interazione, al fine di chiedere espressamente il permesso di proseguire con un atto più invasivo della sfera sessuale di A.

Il meccanismo non sembra del tutto inadeguato rispetto ad un contesto giovanile, spesso fatto di inesperienze, titubanze, incomprensioni[240]. Non pare pertanto fuori luogo suggerire allo studente B, quale buona pratica, di non dare per scontata la partecipazione consensuale di A e, precauzionalmente, chiedere il permesso prima di procedere a determinati atti di particolare invasività della sfera sessuale altrui. Risulta, invece, più difficile condividere le aspirazioni universali di tale modello, specie quando viene proposto quale arche-

---

[238] Nella letteratura giuridica, su queste posizioni M.J. Anderson, *Negotiating sex*, in *Southern California Law Review*, 2005, vol. 78, 1401 ss., in particolare 1420.

[239] V. S.B. 967, 2014 Leg., 2013-2014 Reg. Sess. (Cal. 2014). L'intitolazione del provvedimento è «*Student Safety: Sexual Assault*» (Sicurezza degli studenti: Aggressioni sessuali).

[240] Qualche perplessità resta, comunque, anche in relazione all'ambito universitario per via dell'elevata afflittività che, non di rado, caratterizza le sanzioni previste nei codici di condotta interni. Sul tema, ampiamente, E. Gerstmann, *Campus sexual assault*, cit., 141 ss.

tipo di una interazione sessuale penalmente lecita. Anch'esso, infatti, impronta i rapporti a schemi eccessivamente ingessati e artificiali.

A tacer d'altro, a lasciare perplessi è l'eccessiva proceduralizzazione che l'interazione nel suo complesso finirebbe per subire. Chi propone questo modello, infatti, ai fini dell'esistenza del consenso, non ritiene sufficiente neppure muoversi gradualmente, secondo *step* proporzionati rispetto a quelli precedenti, secondo una "*escalation*" coerente dell'attività sessuale[241]. Ora, si comprende che la finalità ultima sia quella di circondare la penetrazione vaginale – attorno alla quale di solito ruotano fisiologicamente gli esempi – di precauzioni ulteriori. Ma la scarsa naturalezza dell'interazione si coglie ancor di più in relazione ad atti sessuali ad essa preparatori, a cominciare dal "primo bacio"[242]. Applicando fedelmente il modello "*stop and ask*", bisognerebbe infatti pretendere da B che interrompa un propizio momento romantico per chiedere espressamente ad A: «posso baciarti?». E da quel momento, ogni atto della progressione – uno strusciamento, una mano sul seno, un "sondaggio" in altre zone erogene – per essere coperto da consenso, dovrebbe essere preceduto dalla fatidica richiesta di un'autorizzazione[243].

Guardato dall'esterno, il dibattito americano denota meno attenzione al problema appena menzionato del consenso in relazione agli atti preliminari non penetrativi, che è affrontato di frequente nelle *policies* universitarie – prevedendo che il consenso sia "continuo", "persistente", "in corso"[244] –, ma di rado in scritti di diritto penale. Ciò si deve, probabilmente, alla centralità che la penetrazione

---

[241] Ritiene non sia sufficiente tale progressione M.J. Anderson, *Negotiating sex*, cit., 1420.

[242] Sull'estensione della richiesta di autorizzazione già al "primo bacio", cfr. M.L. Mattheudakis, *Un'indagine comparatistica sulla configurazione dei reati sessuali per colpa (grave)*, cit., 295.

[243] *Ivi*, 296, dove si osserva: «tale proceduralizzazione delle dinamiche sessuali, di matrice radicalmente femminista, per quanto muova da intenti certamente comprensibili a fronte di una ancora eccessiva esposizione femminile ad abusi sessuali di varia natura, stenta però a tradursi in regole ragionevoli, a maggior ragione rispetto alla ben possibile evoluzione dei rapporti sessuali, perché richiede sostanzialmente un aggiornamento (anch'esso in forma espressa) del consenso in occasione di ogni passaggio al compimento di atti sessuali in qualche misura differenti rispetto a quelli già acconsentiti».

[244] S.B. 967, 2014 Leg., 2013-2014 Reg. Sess. (Cal. 2014).

ancora riveste nella tipizzazione della fattispecie di stupro[245], rispetto alla cornice normativa italiana, nella quale dal 1996 risulta parificata ad atti di altro genere (v. *supra*, II, § 12).

A prescindere da quest'ultimo aspetto, i limiti applicativi del consenso affermativo nelle sue accezioni verbali sono noti ai penalisti oltreoceano. Non a caso, di recente, è stata elaborata una versione particolarmente "temperata" di *affirmative consent* – si è giunti all'ultimo gradino della scala basata sul livello di regolamentazione – che prescinde dalla necessità di una autorizzazione verbale.

Conviene soffermarsi su quest'ultima declinazione non solo perché pensata da uno dei "*leading scholars*" della materia, Stephen Schulhofer, ma anche perché è stata oggetto di una importante proposta di riforma del *Model Penal Code*[246].

Come si accennava, la formulazione dell'*affirmative consent* di Schulhofer è piuttosto moderata: il contatto sessuale deve avvenire con il consenso, che l'agente può determinare in base a tutte le circostanze esistenti e concomitanti al fatto, comprese le parole, la condotta e il contesto generale. Nello specifico, la proposta criminalizza gli atti sessuali avvenuti «senza consenso» («*without consent*»), definito come «l'accordo *liberamente dato* da una persona di intraprendere uno specifico atto di penetrazione sessuale o di contatto sessuale, comunicato con il comportamento, con le parole o con entrambi»[247].

---

[245] Tendenzialmente, infatti, il "*rape*" prevede quale condotta tipica una condotta penetrativa, in alcuni casi limitata alle ipotesi in cui è realizzata attraverso l'organo genitale maschile. In Inghilterra, ad esempio, lo stupro è un reato "proprio" degli uomini, anche se non mancano altre sottofattispecie meno gravi nelle quali la condotta sessuale prescinde dall'atto penetrativo (ad es. "*sexual assault*"). In proposito, fermi i riferimenti che seguiranno, si veda, J. Herring, *Criminal Law. Text, Cases and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 7ª ed., 2016, 408 ss.

[246] Cfr. *MPC Draft* 5. La proposta di riforma, poi non andata a buon fine, è stata formulata dal prof. Schulhofer in qualità di *reporter*, insieme ad un'altra studiosa della New York *University*, Erin Murphy, in qualità di *co-reporter*. La proposta, i cui contenuti essenziali sono illustrati nel testo principale, mirava a modificare l'art. 213 del *MPC*. Pur non avendo inciso sul codice, il *Draft* ha dato luogo ad un vivacissimo dibattito, oltre che ad un poderoso lavoro di mappatura del diritto vivente delle numerose giurisdizioni americane.

[247] *MPC Draft* 5. Nell'originale il passo tradotto nel testo è: «*a person's freely given agreement to engage in a specific act of sexual penetration or sexual contact, communicated by conduct, words, or both*».

È importante notare che le previsioni del *draft* chiariscono espressamente che «il consenso può essere esplicito o può essere dedotto dalla totalità delle circostanze»[248]. La proposta non contiene deroghe alle ordinarie regole sulla *mens rea*, che prevedono l'imputazione dei delitti a titolo di dolo ("*intent*") o *recklessness*[249], di talché, al fine di ravvisare la colpevolezza, bisogna affermare al di là di ogni ragionevole dubbio che, dato l'intero quadro della situazione, l'imputato abbia creduto che l'atto sessuale non fosse consensuale o ha comunque agito consapevole del rischio che potesse non esserlo[250].

La proposta di Schulhofer costituisce un (piccolo) passo avanti rispetto alla normale indagine sul consenso interno, nel senso che prova ad abbracciare esplicitamente la componente esterna, specificando che la "comunicazione" dell'accordo è un ingrediente necessario per la legittimità dell'atto sessuale. La definizione, dunque, si muove su entrambe le dimensioni del consenso (v. *supra*, § 7), perché precisa che il consenso è «liberamente dato»; riferimento che rimanda ad ipotesi nelle quali vi è una manifestazione espressa di volontà positiva, ma coartata a monte da altri fattori. Tuttavia, non si registrano vincoli sul piano delle esternazioni rilevanti per comunicare il consenso e, anzi, viene espressamente sottolineato come anche il contesto complessivo possa giocare un ruolo nella ricostruzione del consenso. Ciò ha fatto persino dubitare che si tratti di una vera e propria forma di "*affirmative consent*"[251], la cui prerogativa, come si è illustrato, è selezionare le manifestazioni esterne di A valide come consenso, e infatti ci si riferisce alla proposta come "*expressive consent*" ("consenso espressivo").

Guardato nel complesso, il risultato sembra molto più vicino ad un modello consensuale classico (v. *infra*, § 10) che ad un con-

---

[248] *Ibidem* («*consent may be explicit or it may be inferred from the totality of the circumstances*»).

[249] Nella manualistica inglese, ad esempio, A. Ashworth, J. Horder, *Principles of criminal law*, 7ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2013, 175; D. Ormerod, K. Laird, *Smith and Hogan's Criminal Law*, 14ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2015, 116.

[250] Per maggiori riferimenti ai possibili stati mentali, ma anche al sistema della colpevolezza angloamericana, si veda *infra*, § 10.

[251] Questa la tesi sottostante all'istruttivo lavoro di A. Gruber, *Not affirmative consent*, in *University of the Pacific Law Review*, 2016, vol. 47, 683 ss.

senso realmente affermativo. Del resto, di quest'ultimo, il consenso espressivo non condivide né l'unico pregio, ovvero la chiara distinzione tra un atto lecito ed uno no, ma neppure i numerosi difetti, come l'artificialità, l'eccessiva rigidità – è lo stesso Schulhofer a criticare le formulazioni troppo ingessate, sottolineando che in ambito sessuale non sono solo le parole a esprimere il consenso[252] – la sovrainclusività di condotte potenzialmente rilevanti.

Una precisazione importante, che potrebbe in qualche modo fondare una differenza con un modello consensuale classico, è che viene specificato come silenzio e passività non possano, di base, essere trattati alla stregua di forme di consenso («*silence and passivity cannot by themselves be treated as consent*»)[253]. Ciò proprio in forza della propensione espressiva della definizione di consenso adottata[254].

8.1. *(*segue*): Il dibattito sulle criticità del paradigma affermativo. Una breve comparazione con la sessualità "digitale"*

Chiarite le molteplici forme che il paradigma "*yes means yes*" può assumere, è ora possibile dare uno sguardo più consapevole al dibattito sull'opportunità di adottare un simile modello di incriminazione.

Secondo un primo argomento dal taglio "empirico", l'*affirmative consent* rifletterebbe il concreto funzionamento delle interazioni sessuali. I sostenitori di questo approccio evidenziano che le persone quando intendono dire "sì" non dicono "no", che si spostano dai preliminari al rapporto sessuale solo dopo schiette discussioni e che

---

[252] Cfr. S.J. Schulhofer, *Consent: what it means and why it's time to require it?*, cit., 675.

[253] *Ivi*, 669.

[254] Anche se, proprio per evitare presunzioni, l'Autore specifica altresì che, in alcune ipotesi, anche la passività può essere letta come consenso alla luce del contesto complessivo (cfr. S.J. Schulhofer, *Consent: what it means and why it's time to require it?*, cit., 669). Per ipotesi, la passività di una moglie, per una sera "svogliata" ma accondiscendente, può essere letta diversamente rispetto ad un congelamento di una ragazza al primo appuntamento (l'esempio non è dell'Autore ma di chi scrive).

acconsentono agli atti sessuali attivamente e non passivamente[255]. Insomma, la comunicazione tra i sessi sarebbe una prassi normale[256], e, comunque, costituirebbe un falso mito il fatto che "no" *non* voglia sempre dire "no"[257].

Vi è persino chi, nell'ottica di giustificare il modello "verbale", è giunto a sostenere che lo "*stop and ask*" sarebbe uno schema di comportamento "prevalente"[258].

Naturalmente, si tratta di punti di vista aspramente criticati, di solito attraverso la sottolineatura che non vi sarebbe alcuna evidenza scientifica che la comunicazione in ambito sessuale sia improntata esclusivamente a dinamiche affermative[259]. Può essere che, anche in virtù dell'ampia discussione in corso da anni sul consenso nelle relazioni sessuali, certe attitudini stiano gradualmente mutando, tuttavia, come si è in parte già evidenziato (v. *supra*, § 7), le scienze sociali mettono ancora in rilievo la centralità degli atteggiamenti non verbali nell'interazione sessuale[260]. Tale reticenza, talvolta, è supportata dall'adesione a dinamiche di genere consolidate, come quella che vuole gli uomini iniziare (e sospingere) l'interazione sessuale e le donne, invece, ricoprire il ruolo di "*gatekeepers*" ("guardiani") che frenano – non è dato sapere se e quanto volontariamente – le iniziative maschili[261].

Proprio prendendo atto della problematicità della comunicazione in ambito sessuale, altra parte di coloro che sostengono l'*affirmative consent* dichiarano apertamente che la sua adozione aiute-

---

[255] Cfr. S.J. Schulhofer, *Consent: what it means and why it's time to require it?*, cit., 670.

[256] *Ibidem*.

[257] Tra i tanti, ma in una trattazione relativa all'*affirmative consent*, B. Diehl, *Affirmative consent in sexual assault: prosecutors' duty*, in *Georgetown Journal of Legal Ethics*, 2015, vol. 28, 503 ss., in particolare 508, ove si sostiene altresì che il paradigma in questione contrasterà la possibile adesione dei giurati ai miti dello stupro.

[258] Su questa discutibile posizione, M.J. Anderson, *Negotiating sex*, cit., 1433.

[259] Si vedano in particolare le affilate osservazioni critiche di A. Gruber, *Affirmative consent*, cit., 73.

[260] Per diversi richiami alla letteratura interdisciplinare sul punto, v. *supra*, § 7.

[261] Cfr. S.E Hickman, C. Muehlenhard, *"By the semi-mystical appearance of a condom"*, cit., 259, ove si trovano ulteriori riferimenti bibliografici sul tema.

rebbe a superare le ambiguità, favorendo il diffondersi nella società di prassi virtuose, caratterizzate da aperto dialogo, accordi espliciti e più frequenti controlli circa la reale consensualità degli atti[262]. Si tratta di posizioni che sorprendono fino ad un certo punto, specie se si considera la descritta svolta repressiva dei movimenti femministi (v. *supra*, § 6), che, dopo una prima diffidenza, hanno investito il diritto penale del gravoso (e inopportuno) compito di promuovere il cambiamento sociale.

I critici spesso condividono l'auspicio che la comunicazione sessuale possa divenire più aperta, serena, meno influenzata da stereotipi sessisti, e che alcune "convenzioni" possano essere superate col tempo. Nondimeno, sottolineano che, così facendo, vi sarebbero molte persone esposte ingiustamente al "rischio penale"[263], veri e propri innocenti, che agiscono secondo regole di comportamento generalmente ancora ritenute valide, sacrificati sull'altare del raggiungimento di scenari utopistici. La minaccia punitiva, che peraltro negli Stati Uniti si trasforma quasi indefettibilmente in minaccia carceraria[264], non è lo strumento più adeguato per conseguire cambiamenti sociali, anche perché è dimostrato che le persone reagiscono negativamente alla criminalizzazione di comportamenti "ordinari"[265]. Inoltre, nel dibattito viene spesso rilevato che, mentre le leggi che si limitano a dare una "spintarella" ("*gentle nudge*") ad una cultura ormai prossima ad un punto di svolta possono risultare efficaci nello stimolare i mutamenti socioculturali, le leggi che aspirano a raggiungere cambiamenti radicali mediante "violenti spinto-

[262] Tra coloro che sostengono questa tesi, N.J. Little, *From no means no to only yes means yes*, cit., 1356.

[263] Per usare un'espressione cara alla dottrina italiana, a partire, come noto, da F. Sgubbi, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna, Il Mulino, 1990.

[264] Tanti sono gli scritti che potrebbero essere menzionati in relazione a questo profilo. Per tutti, si segnala un recente ed interessante approfondimento che ricostruisce i nessi tra sovraincarcerazione e dimensione politica. Cfr. R.E. Barkow, *Prisoners of politics. Breaking the cycle of mass incarceration*, Cambridge Massachusetts, Harvard University Press, 2019.

[265] Per considerazioni di questo tenore, A. Gruber, *Race to incarcerate: punitive impulse and the bid to repeal stand your ground*, in *University of Miami Law Review*, 2014, vol. 68, 961 ss.

ni" ("*shove*") rischiano di produrre l'effetto contrario, producendo *backlash* ("contraccolpi") e risposte reazionarie[266].

Anche per questo, forse, i difensori dell'*affirmative consent* spesso impiegano la strategia retorica di minimizzare i risultati pratici di una riforma e sostengono che, "*in action*", la legge non punirebbe le persone che ragionevolmente credevano che il sesso fosse consensuale pur non avendo ottenuto il "sì" verbale. Al contrario, la riforma darebbe semplicemente ai pubblici ministeri ("*prosecutors*") un altro strumento per perseguire i *veri* stupratori, quelli che intenzionalmente ottengono l'atto sessuale con la forza o contro la volontà della vittima[267].

Di solito, i riformatori partono dal presupposto che le loro proposte avranno gli effetti che intendono ottenere, quindi risulta quantomeno singolare l'argomentare sul fatto che il modello di *affirmative consent* non verrebbe realmente seguito ed implementato. Ad ogni buon conto, si tratta di un argomento che non riesce a fare breccia nella discussione americana, anche in virtù della immanente preoccupazione degli osservatori per l'ampliamento dei margini discrezionali di chi indaga e di chi giudica, che potrebbe costituire l'occasione per porre in essere scelte discriminatorie[268].

Quanto alla colpevolezza – come si è osservato, vero e proprio tasto "dolente" del modello, specie nella sua dimensione verbale –, le femministe proponenti si limitano ad affermare sommariamente che chiunque si cimenta in un atto sessuale senza un consenso affermativo è colpevole ("*culpable*")[269]. Dall'altra parte, i detrattori rilevano come, a fronte di una espansione considerevole dell'area og-

---

[266] Sulla differenza tra "*nudge*" e "*shove*" e i relativi effetti, cfr. D.M. Kahan, *Gentle nudges vs. hard shoves: solving the sticky norms problem*, in *University of Chicago Law Review*, 2000, vol. 67, 607 ss.; ma si veda altresì D.A. Dripps, *Beyond rape*, cit., 1805. Per quanto riguarda il concetto di "*backlash*", lett. "contraccolpo", si rimanda *supra*, I, § 1.

[267] Così D. Tuerkheimer, *Affirmative consent*, cit., 447 ss.

[268] Sui possibili effetti della discrezionalità nei confronti dei segmenti più marginalizzati della società, A. Gruber, *Affirmative consent*, cit., 75. Per quanto riguarda il peso della questione razziale nell'evoluzione della "*rape law*" americana, si veda *supra*, § 3.

[269] Così, nella letteratura femminista, già L. Pineau, *Date rape: a feminist analysis*, in *Law & Philosophy*, 1989, vol. 8, 217 ss., in particolare 238-239, dove sostiene che un approccio comunicativo alla sessualità è «moralmente necessario».

gettiva del "*rape*", venga a difettare invece la necessaria componente soggettiva[270]. Per essere in presenza di un "*rapist*", infatti, occorre che l'agente (B) non abbia creduto ragionevolmente, o per alcuni anche solo "onestamente", che A non acconsentiva al rapporto, a prescindere dalla prestazione verbale del consenso[271]. In assenza di tali stati mentali, B non può dirsi colpevole: punirlo al solo fine di conseguire altri scopi, come una maggiore regolamentazione della sessualità, costituisce un'aberrazione, moralmente ripugnante e contraria ai principi che reggono il diritto penale[272].

In definitiva, se inizialmente i riformatori avevano concepito il consenso affermativo come un modesto strumento per controllare il processo decisionale e renderlo scevro da pregiudizi sessisti[273], l'evoluzione teorica del paradigma rischia di dar vita ad una cornice giuridica che definisce lo stupro in maniera eccessivamente ampia, coincidente non solo con atti sessuali coartati o indesiderati, ma con ogni contatto sessuale sprovvisto di una espressione affermativa. La richiesta di proibizione di una vasta categoria di atti sessuali dalla discutibile illeceità – tutti quelli senza un "sì" – si è evoluta surrettiziamente sotto la bandiera della prevenzione di una categoria più circoscritta di abusi, chiaramente illeciti, come appunto il sesso coartato e quello non voluto.

Questo aspetto conferma quanto, perlomeno nelle sue versioni più intransigenti, l'*affirmative consent* sia intrecciato a doppio filo con inaccettabili funzioni promozionali.

Alla luce dell'analisi delle diverse formulazioni, della fragilità delle argomentazioni a supporto, nonché della scarsa resistenza alle critiche, sembra inopportuno che un moderno diritto penale sessuale che aspiri a compiere scelte equilibrate e il più possibile aderenti al costume sociale si orienti verso i rigidi dettami dello "*yes means yes*". La complessità delle interazioni sessuali mal si presta a regola-

---

[270] Per richiamare titoli e contenuti dell'articolo di D.N. Husak, G.C. Thomas III, *Rapes without rapists*, cit., 107-108.

[271] Ricostruiscono questa alternativa tra *recklessness* e *negligence* nell'imputazione del *rape*, K. Kessler Ferzan, *Consent, culpability, and the law of rape*, cit., D.N. Husak, G.C. Thomas III, *Rapes without rapists*, cit., 107-108.

[272] Per questa critica, K. Kessler Ferzan, *A reckless response to rape: A reply to Ayres and Baker*, in *U.C. Davis L. Rev.*, 2006, vol. 39, 637 ss., in particolare 641.

[273] Sviluppava in quella prospettiva il modello, S. Estrich, *Rape*, cit., 1102-03.

mentazioni così stringenti ed assolutizzanti, che conducono ad esiti paradossali anche in relazione a copioni di intimità sviluppatisi in modo graduale e del tutto fisiologico. A poter esserne pregiudicata, inoltre, sarebbe la libertà sessuale positiva che, per quanto trascurata dalla riflessione degli ultimi anni, costituisce senz'altro un valore importante[274].

Non pare casuale che le declinazioni che provano a prescindere dall'autorizzazione verbale, come il modello "espressivo", finiscano per avvicinarsi molto alla formulazione base, del "*without consent*" (v. *infra*, § 10)[275].

Tutto ciò non significa che lo "*yes means yes*" non possa risultare utile in altri contesti, più idonei ad essere "proceduralizzati"[276].

---

[274] Per un punto di vista che provi a considerare, nell'individuare i limiti della regolamentazione penale, anche l'importanza della libertà sessuale "positiva", cfr. S.P. Green, *Criminalizing sex. A unified liberal theory*, New York, Oxford University Press, 2020, in particolare 75 ss., Per un contributo interamente dedicato al tema, invece, M. Kaplan, *Sex-positive law*, in *N.Y.U. Law Review*, 2014, vol. 87, 89 ss. Particolarmente critico sulla tradizionale visione dell'autodeterminazione sessuale è, invece, J. Rubenfeld, *The riddle of rape-by-deception and the myth of sexual autonomy*, cit., *passim*, il quale propone alcune critiche proprio incentrate su una presunta parità assiologica tra libertà positiva e negativa. In proposito, risultano interessanti le controdeduzioni di J. Herring, *Criminal Law*, cit., 459, che sottolinea come una lesione di quest'ultima non possa che essere ritenuta più grave, e incontrare dunque la preferenza del diritto, perché implica anche un'invasione dell'integrità fisica.

[275] Vi è addirittura chi ipotizza che Schulhofer si sia reso protagonista di un tentato stratagemma politico, contrabbandando un modello classico di incriminazione del consenso come "*affirmative consent*" per placare la sete di penalità delle femministe radicali, per poi, in concreto, presentare una proposta molto più equilibrata, che non comporti l'incarcerazione di soggetti che si siano comportati in modo del tutto ragionevole. Cfr. A. Gruber, *Not affirmative consent*, cit., 703.

[276] Critiche all'eccessiva proceduralizzazione dell'attività sessuale da parte dello "*yes means yes*" provengono persino dalla letteratura femminista. In proposito, si veda K.M. Franke, *Theorizing yes: an essay on feminism, law, and desire*, in *Columbia Law Review*, 2001, vol. 101, 181 ss., in particolare 206-207, dove osserva: «*to evacuate women's sexuality of any risk of a confrontation with shame, loss of control, or objectification strikes me as selling women a sanitized, meager simulacrum of sex*» («svuotando la sessualità femminile da qualsiasi rischio di confronto con la vergogna, la perdita di controllo o l'oggettivazione, mi sembra che si venda alle donne un simulacro asettico e scarno del sesso»). Anche lo stesso S.J. Schulhofer, *Unwanted sex*, cit. 272, pur propugnando passi avanti sul piano della comunicazione tra i generi, riconosce che «*a world without ambiguity in erotic interaction might be a very dull place*» («un mondo senza ambiguità nelle interazioni erotiche potrebbe essere un posto molto noioso»).

Si pensi, ad esempio, alla diffusione di immagini sessualmente esplicite, che per avere rilevanza penale, deve avvenire, a norma dell'art. 612-*ter* c.p., «senza il consenso» delle persone rappresentate nelle immagini. Ebbene, come si è sostenuto altrove[277], non si ravvisano controindicazioni nel richiedere a chi voglia diffondere un'immagine sessuale, fino a quel momento rimasta privata, di ottenere un'autorizzazione espressa, volendo anche verbale, dalla persona rappresentata. Un simile onere offre una massima tutela per la vittima, ma non risulta così innaturale come nel caso di un'interazione sessuale fisica, caratterizzata da una necessaria evoluzione e da una pluralità di atti.

A differenza che per le attività sessuali classiche, inoltre, va registrata una sensibile sproporzione tra le conseguenze distruttive ed irrimediabili della condotta di colui che accetta il rischio di diffondere immagini senza aver richiesto conferma alla persona ivi rappresentata e l'utilità sociale della rivelazione di immagini sessualmente esplicite, che appare assai lieve: in una società altamente "pornograficizzata", chi vuole consumare pornografia ha la possibilità di farlo con grande semplicità e non è certo necessario che lo faccia in relazione ad immagini che dovevano rimanere private[278]. Come si è appena sottolineato, nell'attività sessuale fisica, invece, un punto di vista liberale deve tenere in considerazione anche la libertà sessuale positiva, certo da contemperare e ritenere soccombente rispetto a quella negativa, ma senza inibirla con la prescrizione di dinamiche "contrattuali".

Da ultimo, l'applicazione dell'*affirmative consent* alla pornografia non consensuale, a differenza che alle attività sessuali tradizionali, appare anche pienamente in linea con il sentire sociale ed il di-

[277] Sia consentito il rinvio a G.M. Caletti, *Libertà e riservatezza sessuale all'epoca di* Internet. *L'art. 612-*ter *c.p. e l'incriminazione della pornografia non consensuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 2045 ss., in particolare 2073 ss. Più di recente, anche per maggiori considerazioni, G.M. Caletti, *Can affirmative consent save "revenge porn" laws? Lessons from the Italian criminalization of non-consensual pornography*, in *Virginia Journal of Law and Technology*, 2021, vol. 25, 3, 112 ss. Per un accoglimento nel dibattito internazionale, N. Henry, C. McGlynn, A. Flynn, K. Johnson, A. Powell, A.J. Scott, *Image-based sexual abuse. A study on the causes and consequences of non-consensual nude or sexual imagery*, Abingdon-Oxon e New York, Routledge, 2021, 161 ss.

[278] Cfr. G.M. Caletti, *Libertà e riservatezza sessuale all'epoca di* Internet, cit., 2078.

ritto vivente, che impone liberatorie espresse per qualsiasi forma di trattamento dati o dell'immagine. Sembra del tutto paradossale ammettere che la diffusione delle immagini più intime possa avvenire senza le medesime precauzioni, quando un'attrice professionista, in occasione della realizzazione di scene di nudo o di film pornografici, deve firmare permessi scritti di ogni sorta[279].

La comparazione tra due situazioni criminologiche per certi versi contigue[280], ma molto diverse tra loro, rinsalda ulteriormente le perplessità già espresse in relazione all'adozione di un modello affermativo, specie nelle sue accezioni "forti". L'impressione che emerge avventurandosi per i meandri del dibattito americano è che, talvolta, si sia perso di vista il ruolo che il diritto penale dovrebbe assumere nel regolamentare la sessualità[281]. E se è vero che, in diverse parti dell'indagine, si è evidenziata la naturale capacità del diritto di influenzare l'evoluzione del costume sessuale, questa non può e non deve essere strumentalizzata per combattere vere e proprie battaglie culturali[282].

9. *"*No means no*" nella sua declinazione europea: la riforma dei delitti sessuali in Germania*

Restando nell'ambito della dimensione esterna del consenso, l'alternativa all'*affirmative consent* consiste nel valorizzare una manifestazione negativa di A e, conseguentemente, subordinare la sussistenza della violenza sessuale all'espressione di un dissenso.

Come già anticipato, il modello viene di solito riassunto nel mantra "*no means no*", inizialmente coniato quale forma di protesta rispetto alla tendenza ad interpretare, anche in alcune decisioni giudiziarie, il rifiuto femminile quale una forma di pudicizia, imposta

---

[279] *Ivi*, 2079.

[280] Qualificano la pornografia non consensuale come abuso sessuale per prime C. McGlynn, E. Rackley, *Image-Based Sexual Abuse*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2017, vol. 37, 3, 534 ss. Per un recente contributo interamente dedicato a questo profilo, M. Goudsmith, *What makes a sex crime? A fair label for image-based sexual abuse*, in *BJU Straflblad*, 2021, n. 2, 67 ss.

[281] Di questo avviso, A. Gruber, *Affirmative consent*, cit., 81.

[282] Parla di "guerra culturale" M. Cancio Melià, *Guerra cultural y reforma de los delitos sexuales*, in *El País*, 7 giugno 2022.

dal costume sociale per celare un desiderio erotico corrisposto[283]. Riaffermare che "no significa no" implica che il rifiuto debba ineluttabilmente essere letto per ciò che letteralmente indica, ovvero la assenza di consenso all'atto sessuale proposto, e non possa in alcun modo essere travisato ("*no means yes*")[284].

Sulla scorta del controverso caso *Berkowitz* (v. *supra*, § 5), talune giurisdizioni americane hanno fin dagli anni Novanta implementato modelli di incriminazione fondati su una chiara espressione di dissenso[285].

Tuttavia, piuttosto che perdersi nei meandri delle numerose (e frammentate) normative nordamericane, sembra più interessante analizzare un recepimento europeo del modello e soffermarsi sulla riforma tedesca del 2016, che, per stessa ammissione di autorevoli commentatori, si è ispirata alle logiche del "*no means no*" (in questo caso, "*Nein heißt Nein*")[286]. La nuova disciplina ha infatti eliminato dalla fattispecie base del § 177 *StGB* il tradizionale rifermento a violenza e minaccia, per ritagliare la tipicità sugli atti sessuali compiuti «contro la volontà riconoscibile di un'altra persona» («*gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person*»)[287]. Ma è bene procedere con ordine.

---

[283] È proprio tale dovuta riluttanza all'approccio sessuale che, secondo quella prospettiva, rendeva alla donna "gradita la violenza" ("*vis grata puellae*"), poiché le permetteva di far cadere la resistenza di facciata e abbandonarsi al rapporto carnale.

[284] Cfr. J.D. Ingram, *Date rape: it's time for "no" to really mean "no"*, cit., 3 ss.

[285] A. Gruber, *Not affirmative consent*, cit., 696, menziona ad esempio la legge dello Stato di New York, che richiede, perché si configuri il "*rape*", che la vittima esprima chiaramente di non acconsentire all'atto sessuale («*the victim clearly expressed that he or she did not consent*»). La medesima legge, tuttavia, risolve il problema del silenzio da parte della vittima, prevedendo un'ulteriore fattispecie, meno grave, che si concretizza quando l'agente intraprende un atto sessuale con un'altra persona senza il suo consenso («*engage in sexual intercourse with another person without such person's consent*»).

[286] Così, sin dalle battute introduttive del lavoro, T. Hörnle, *The new German law on sexual assault and sexual harassment*, in *German Law Journal*, 2017, 1309 ss., ma anche T. Weigend, *Germany*, in E. Hoven, T. Weigend (a cura di), *Consent and sexual offenses*, cit., 192. Qualifica l'incriminazione tedesca quale derivato del modello "*no means no*" anche R. Kölbel, "*Progressive" criminalization? A sociological and criminological analysis based on the German "no means no" provision*, in *German Law Journal*, 2021, vol. 22, 817 ss., al quale si rimanda anche per un interessante quadro degli effetti criminologici della riforma.

[287] Per alcune note "di prima lettura" della riforma nella dottrina italiana, F. Macrì, *La riforma dei reati sessuali in Germania*, in *Dir. pen. cont.*, 24 novembre 2016.

In una fase antecedente di questo studio, si è lasciato l'ordinamento tedesco alle prese con un ritorno ad una nozione restrittiva del concetto di violenza ("*Gewaltbegriff*"), dopo che la Corte costituzionale era intervenuta più volte per segnalare la natura analogica della contrapposta interpretazione in senso lato della violenza, "smaterializzata" e coincidente con l'effetto di coazione della vittima (v. *supra*, II, § 5). Come in Italia, infatti, fin dal 1871 la definizione di violenza sessuale ruotava attorno al concetto di "costrizione" ("*Nötigung*"), la cui rilevanza penale era limitata ai casi in cui era conseguita mediante violenza o minaccia di un imminente pericolo per la vita o l'incolumità fisica.

Nel 1997 si è avuto un primo intervento di riforma della disciplina[288], teso, da una parte ad ammodernare alcuni suoi aspetti, come il linguaggio, reso neutrale rispetto ai generi, o l'abolizione dell'esenzione maritale; dall'altra, ad introdurre (al § 177 [1], numero 3 *StGB*) una nuova forma di coercizione, consistente nello sfruttamento di una situazione in cui la vittima è indifesa e alla mercé del reo («*eine Lage ausnutzt, in der das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist*»)[289]. La nuova previsione si era resa necessaria proprio per compensare l'impossibilità di estendere anche a tali frangenti la costrizione violenta.

Tuttavia, l'interpretazione della "variante" si è rivelata assai restrittiva[290], in linea peraltro con le rigorosissime pretese della giurisprudenza nei confronti della vittima nelle altre ipotesi di costrizione[291].

Un caso di poco precedente alla riforma sembra chiarire bene lo stato dell'allora diritto vivente tedesco, nonché delle sue lacune[292].

---

[288] Strafrechtsänderungsgesetz, 1.7.1997, BGBL. I, 1607. Su tale riforma, T. Hörnle, *Penal law and sexuality: recent reforms in German criminal law*, in *Buffalo Criminal Law Review*, 1999-2000, vol. 3, 639 ss.

[289] In argomento, nella letteratura italiana, F. Macrì, *Costrizione "ambientale" agli atti sessuali: la tutela del dissenso tra legalità ed esigenze repressive in un raffronto tra codice penale italiano e* StGB *tedesco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1492 ss.

[290] La giurisprudenza richiedeva infatti una assoluta impossibilità di fuga o di chiamare aiuto, ritenendo al contrario irrilevante la soggettiva percezione di essere indifesa (BGH, 25.1.2006, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2006, 1146).

[291] Sul punto, T. Hörnle, *The new German law on sexual assault and sexual harassment*, cit., 1313.

[292] V. BGH, 29.1.2015, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2015, 337.

L'imputato era il responsabile di un ufficio dell'agenzia di collocamento dello Stato, mentre la vittima una giovane utente senza alcun rapporto personale con l'uomo, descritta nella sentenza come «molto sensibile e poco assertiva». Durante un appuntamento nel suo ufficio, l'imputato si complimentò e baciò la vittima a sorpresa, per poi chiederle di praticargli del sesso orale, cosa che lei rifiutò. L'uomo, tuttavia, si aprì i pantaloni e le infilò il pene in bocca mentre lei rimase seduta paralizzata sulla poltrona dei visitatori. Successivamente, vista la non collaborazione, l'imputato si era masturbato in piedi accanto alla donna. L'uomo è stato condannato per l'atto di autoerotismo, qualificato come esibizionistico (ai sensi del § 183), mentre, per quanto riguarda il bacio e la penetrazione orale, secondo il *Bundesgerichtshof* essi non potevano integrare l'illecito neppure a fronte dell'esplicito rifiuto della donna per via dell'assenza degli indici di coercizione previsti dal § 177 (1) *StGB*, ovvero la violenza e la minaccia di un pericolo per la vita o per l'incolumità fisica. Nell'ottica della Corte, la donna avrebbe infatti dovuto allarmare gli altri dipendenti gridando sufficientemente forte.

Nonostante decisioni di tale tenore, il dibattito è inizialmente rimasto piuttosto tiepido rispetto alla prospettiva di una riforma[293]. Il timore prevalente era quello di deteriorare il quadro di un diritto penale sessuale perfettamente liberale, venutosi a configurare a seguito dell'ondata di depenalizzazioni negli anni Sessanta e Settanta dei c.d. "delitti peccato" (adulterio, sodomia, ecc.)[294].

---

[293] Non sono molti gli Autori che si sono schierati in favore di un rinnovamento della disciplina. Tra questi, senza pretese di esaustività, v. T. Hörnle, *Warum § 177 Abs. 1 StGB durch einen neuen Tatbestand ergänzt werden sollte*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2015, vol. 7, 206 ss.; L. Herning, J. Illgner, *"Ja heißt Ja" – Konsensorientierter Ansatz im deutschen Sexualstrafrecht*, in Zeitschrift *für Rechtspolitik*, 2016, vol. 17, 77 ss.

[294] Esprime preoccupazione di questo tenore, ad esempio, F. Herzog, *Sex wider Willen – Anmerkungen zu dem Grund und den Grenzen der Strafbarkeit von nicht konsensual verlaufendem Geschlechtsverkehr*, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft,* 2015, vol. 98, 18 ss. Come si è provato a mettere in luce (v. *supra*, I, § 8), tuttavia, all'arretramento del diritto penale da condotte consensuali non può che fare da *pendant* una più incisiva tutela dell'autodeterminazione sessuale. Sulle precedenti riforme "liberali", T. Hörnle, *Penal law and sexuality: recent reforms in German criminal law*, cit., in particolare 640 ss.

Nemmeno a seguito dell'adesione alla Convenzione di Istanbul era stato avviato un ripensamento della fattispecie base di violenza sessuale: le uniche proposte pendenti, infatti, prevedevano l'ampliamento della minaccia (ricomprendendovi anche altre forme di male ingiusto oltre al pericolo di lesioni personali) e la criminalizzazione espressa degli "atti a sorpresa"[295], altra consistente lacuna dell'ordinamento tedesco dopo l'allontanamento dalla nozione spiritualizzata di violenza, della quale, come si è ampiamente esaminato, gli atti "repentini" costituiscono uno dei principali ambiti di applicazione[296].

A far mutare sensibilmente le prospettive di riforma sono stati, con tutta probabilità, i fatti della notte di Capodanno del 2015, allorché a Colonia, Amburgo e in altre città, un gran numero di migranti maschi – in gran parte provenienti da Paesi del Nord Africa – si sono radunati in spazi pubblici ove hanno accerchiato alcune passanti per derubarle e, in molti, casi aggredirle sessualmente[297]. L'influenza di tali incidenti sulla riforma si legge chiaramente in molte delle novità, come l'incriminazione specifica degli "atti a sorpresa" al § 177 (2) n. 3 *StGB*, o l'introduzione di una specifica fattispecie di molestie sessuali («*Sexuelle Belästigung*») – peraltro aggravata se commessa da più persone riunite – al § 184i del codice penale (*Strafgesetzbuch*).

L'assetto consegnato agli interpreti dalla riforma del novembre 2016 prevede sei diversi criteri per stabilire se un atto sessuale co-

---

[295] In proposito, T. Hörnle, *The new German law on sexual assault and sexual harassment*, cit., 1315.

[296] V. *supra*, II, § 4.1.

[297] Evidenzia il collegamento tra quegli episodi e la riforma anche F. Macrì, *La riforma dei reati sessuali in Germania*, cit., 5, al quale si rimanda per una più completa descrizione degli eventi, nonché per i riferimenti alla stampa. La polizia e i media più affermati si erano dapprima mostrati riluttanti a riferire, ma alla fine, sotto la pressione dei social media, gli incidenti sono finiti sulle prime pagine di tutti i giornali. Secondo, T. Hörnle, *The new German law on sexual assault and sexual harassment*, cit., 1326, tali episodi hanno generato un notevole allarme sociale, poiché, pur non essendo le aggressioni sessuali un fenomeno nuovo, essi lo hanno portato in una nuova dimensione, per numero di aggressioni, livello della complessiva minaccia alla sicurezza pubblica, per la presenza di gruppi numerosi di uomini apertamente ostili alle donne e alla loro presenza nello spazio pubblico, nonché per lo specifico *modus operandi* di circondare una vittima con una moltitudine di aggressori.

stituisce un'"aggressione sessuale" ("*Sexueller Übergriff*")[298], una al § 177 (1) e cinque al § 177 (2) *StGB*. Violenza, minaccia di un male fisico e lo sfruttamento inserito nel 1997, che prima costituivano il fulcro della fattispecie, non rientrano tra tali ipotesi, ma sono state spostate al § 177 (3) *StGB* e costituiscono forme aggravate[299], al pari dello "stupro" ("*Vergewaltigung*"), descritto in alcune ipotesi paradigmatiche[300].

La fattispecie base è, come si diceva, ritagliata sul rifiuto dell'atto sessuale da parte della vittima. Si prevede, infatti, la realizzazione[301] di atti sessuali («*sexuelle Handlungen*»)[302] «contro la volontà riconoscibile di un'altra persona» («*gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person*»).

La disposizione può essere letta come la richiesta di una manifestazione della propria volontà da parte di A, sempre per tornare agli schemi della transazione sessuale inizialmente descritta. Tale espressione esterna non deve per forza essere di tipo verbale. Una soluzione di questo tipo, infatti, era stata espressamente vagliata, ma alla fine si è scelta la formulazione basata sulla riconoscibilità, che permette di ricomprendere anche altre forme di rifiuto, come gesti significativi o il pianto[303].

Il requisito della riconoscibilità («*erkennbaren*») può essere interpretato in un'accezione più ampia, facendovi rientrare tutte le circostanze del caso concreto, alla luce delle quali stabilire se A deside-

---

[298] Termine col quale sembrerebbe essersi ricercato un equivalente di "*sexual assault*".

[299] Si esprime in questi termini, ad esempio, T. Weigend, *Germany*, cit., 187 ss.

[300] Al § 177 (2) vengono descritte alcune ipotesi ritenute particolarmente gravi come quelle in cui è coinvolto un atto sessuale penetrativo, oppure la coercizione è realizzata mediante armi. La previsione è riconducibile alla tecnica dell'"esempio di norma" ("*Regelbeispiel*").

[301] Per completezza si specifica che la disposizione, § 177 (1), prevede tanto l'ipotesi di una realizzazione diretta degli atti da parte dell'agente, quanto le ipotesi in cui si induce la vittima a compiere o tollerare atti sessuali, anche con una terza persona.

[302] Sul concetto di atti sessuali in prospettiva comparata, ma con ampi riferimenti alla situazione tedesca e alla dottrina, di recente, B. Correa Camargo, J. Renzikowski, *The concept of an "act of sexual nature" in criminal law*, in *German Law Journal*, 2021, vol. 21, 753 ss.

[303] Cfr. T. Hörnle, *The new German law on sexual assault and sexual harassment*, cit., 1319-1320.

rasse o meno l'atto sessuale, oppure in un'accezione più restrittiva. In quest'ultimo caso, rileverebbero solo le parole, i gesti e le condotte della persona offesa. Al proposito, i materiali provenienti dall'*iter* legislativo lasciano chiaramente intendere come il legislatore mirasse a coltivare questo secondo approccio e sembra dunque probabile che questo, anche in virtù della costante riconduzione al mantra del "*no means no*", possa essere l'orientamento nella prassi che, come già accennato, anche prima della riforma si mostrava assai ossequiosa del dato normativo.

La legge tedesca, dunque, impone ad A di comunicare l'assenza del suo consenso, non solo attraverso le parole, ma comunque in modo inequivocabile, in quanto deve essere appunto *riconoscibile* per un osservatore esterno che conosca i tratti essenziali del contesto[304].

Un'inerzia passiva, priva di proteste, che non chiarisca la volontà interna di A, lasciando B nello stato di dubbio, non sarà di regola sufficiente per la configurazione del reato[305]. Ciò anche se il soggetto agente sa, da precedenti incontri, che è improbabile che l'altra persona acconsenta ai suoi atti sessuali[306]. Concentrandosi la legge sulle manifestazioni di A, infatti, una sua opposizione solo interna sarà generalmente irrilevante[307].

Tuttavia, in talune di queste ipotesi, sarà possibile ritenere sussistente la fattispecie anche se la vittima non è stata in grado di osservare l'onere affidatole sul piano comunicativo. Il § 177 (2) 3 *StGB*, infatti, punisce forme di aggressione sessuale realizzate sfruttando l'agire di sorpresa («*der Täter ein Überraschungsmoment ausnutzt*»), rendendo impossibile l'opposizione di un previo rifiuto. Se il pensiero corre in primo luogo ad atti non penetrativi ed in contesti non di intimità, come i palpeggiamenti di Colonia e Amburgo, la dottrina non esclude che la fattispecie possa applicarsi anche in relazione a veri e propri rapporti sessuali[308], magari in quei casi in

---

[304] Cfr. T. Weigend, *Germany*, cit., 191-192.

[305] In questo senso, E. Hoven, *Das neue Sexualstrafrecht. Ein erster Überblick*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2020, 578 ss., 579.

[306] Cfr. J. Eisele, § 177, in *Schönke/Schröder Strafrechtgesetzbuch Kommentar*, 30ª ed., Monaco, Beck, 2019, 1792 ss., in particolare alla nota 19.

[307] Come osserva T. Weigend, *Germany*, cit., 191.

[308] Ad es., T. Hörnle, *The new German law on sexual assault and sexual harassment*, cit., 1320.

cui vi è stata una progressione dell'interazione improvvisamente accelerata con una penetrazione inaspettata. Ciò si deduce anche dal fatto che la pena prevista per questa ipotesi è parificata a quella delle altre sottofattispecie, il che fa pensare che la previsione non si riferisca soltanto a toccamenti fugaci[309], per i quali, peraltro, è prevista espressamente la fattispecie di molestie.

Va inoltre tenuto presente che se la vittima non esprime un dissenso riconoscibile perché in una situazione nella quale si trova indifesa e alla mercé dell'agente, simile a quelle illustrate *supra* in relazione allo sviluppo del diritto americano (v. *supra*, § 4), come *Rusk*, *Gonzales*, o *Goldberg* ed *Evans*, è possibile rifarsi al § 177 (5) 3 *StGB*, che, come detto, costituisce una forma aggravata.

Peraltro, la riforma del 2016 ha altresì ampliato il novero delle minacce penalmente rilevanti, non solo introducendo (al § 177 [2] 5 *StGB*) una specifica fattispecie relativa alle minacce esplicite con oggetto diverso dall'incolumità fisica[310], che ricadono invece nella più grave fattispecie coercitiva (al § 177 [3] 2), ma pure con la previsione del § 177 [2] 4, che costituisce uno dei punti di maggior dibattito della nuova cornice normativa.

La disposizione mira a colpire i casi in cui la vittima è intimidita dalla prospettiva di ricevere un danno grave, ma senza che il soggetto agente abbia proferito esplicitamente una minaccia in tal senso. Si prevede, infatti, che il soggetto agente speculi su una situazione complessiva che induca la vittima a pensare di poter ricevere un danno ingiusto in caso di mancata sottomissione alle avance sessuali («*der Täter eine Lage ausnutzt, in der dem Opfer bei Widerstand ein empfindliches Übel droht*»).

Una ipotesi che, secondo la dottrina, ricade certamente all'interno del fuoco della norma incriminatrice è quella in cui la vittima sia stata minacciata da un altro soggetto (ad es. il protettore di una prostituta), l'agente lo sappia e si approfitti della vulnerabilità del-

[309] In questo senso M.L. Mattheudakis, *Un'indagine comparatistica sulla configurazione dei reati sessuali per colpa (grave)*, cit., 288.

[310] In precedenza, tale genere di minacce non era penalmente irrilevante, ma era trattato separatamente dai reati sessuali, quale forma aggravata di violenza privata ai sensi del § 240 dello *Strafgesetzbuch*. In proposito, F. Viganò, *La tutela penale della libertà individuale*, vol. I, *L'offesa mediante violenza*, Milano, Giuffré, 2002, 116 ss.

la vittima praticando atti sessuali che quest'ultima non può ragionevolmente rifiutare[311]. Un'altra costellazione di casi riconducibile alla sottofattispecie è relativa alle violenze sessuali commesse in contesti di violenza domestica[312], mentre risulta assai controverso se possa rilevare l'ipotesi della minaccia implicita di un peggioramento della posizione lavorativa della persona offesa.

La riflessione sul punto si è polarizzata su un interessante caso deciso dal *Bundesgerichtshof*[313]. Un'infermiera ospedaliera aveva avuto una relazione con un medico, il suo superiore. Dopo che la relazione si era conclusa, l'uomo le chiese di praticargli ancora una volta del sesso orale. Lei disse di non volerlo fare, ma quando lui le avvicinò insistentemente il pene, lo prese tra le labbra per qualche istante al fine di evitare possibili ripercussioni per la sua vita professionale. L'episodio ha sollevato la questione se sia possibile dichiarare un'attività sessuale non consensuale, ancorché sia stata prestata in modo collaborativo e in assenza di una sottomissione dovuta a forza o minaccia esplicita, come nel caso di specie. La Corte, così come la dottrina maggioritaria, si sono orientate nel richiedere, per la sussistenza del reato, l'esistenza di una situazione oggettivamente coartante e non solo un timore soggettivamente inteso dalla denunciante[314].

La vicenda, tuttavia, è paradigmatica anche di un'altra questione che si pone in presenza di un modello "*no means no*", ovvero se, a seguito di un iniziale rifiuto da parte di A, l'insistenza di B possa lecitamente trasformare la riluttanza di A in consenso. In altre parole, se A, come nel caso dell'infermiera tedesca, decide – in assen-

---

311 Formula l'esempio, T. Weigend, *Germany*, cit., 192.

312 In proposito T. Hörnle, *The new German law on sexual assault and sexual harassment*, cit., 1323-1324, la quale peraltro ne sottolinea alcune criticità applicative, non essendo affatto semplice dimostrare, salvo in casi di totale soggiogazione, che la vittima si aspettasse con certezza un male dal proprio rifiuto. Come osserva l'autorevole studiosa, infatti, capita non di rado che a fasi "violente", si alternino momenti in cui prevale il rimorso ed il tentativo di redimersi.

313 Cfr. BGH, 21.11.2018, 1 StR 290/18, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2019, 717, commentate da T. Hörnle, *Sexueller Übergriff (§ 177 Abs. 1 StGB) bei aktivem Handeln von Geschädigten*, *ivi*, 2019 439 ss., in particolare 440; E. Hoven, *Das neue Sexualstrafrecht. Ein erster Überblick*, cit., 579-580 per la discussione del caso.

314 V. ultima nota *supra*.

za di pressioni diverse dall'ostinazione di B che ne vizino il processo decisionale – di praticare attivamente l'atto sessuale richiesto (si tratta del c.d. "*nagging sex*", ovvero del "sesso assillante"). La dottrina maggioritaria sembrerebbe rispondere affermativamente: l'atto realizzato spontaneamente, per quanto "controvoglia", è da ritenersi consensuale, poiché la cooperazione non coartata fa venire meno l'iniziale rifiuto[315]. L'insistenza – va precisato – deve essere solo verbale, la realizzazione di atti a fini "persuasivi" nei confronti di un partner che ha già opposto un rifiuto, è a "rischio e pericolo" dell'agente[316].

Vale inoltre la pena specificare che, in un sistema improntato al "*no means no*", non risulta affatto problematico il caso della revoca del consenso durante l'atto sessuale, ampiamente trattato nel capitolo che precede (v. *supra*, II, 6.1). Se uno dei protagonisti dell'interazione sessuale esprime la propria riconoscibile volontà di interromperlo, l'eventuale proseguimento integra il delitto[317].

Alla luce di tutte queste precisazioni, anche a prescindere dal caso dell'infermiera, che sarebbe problematico sotto ogni tipo di legislazione, sembra di poter affermare che la distanza tra il modello tedesco del "*no means no*" e una forma "ragionevole" di *affirmative consent* non è, in concreto, così ampia come potrebbe a prima vista sembrare. Tutt'altro.

Il quadro normativo tedesco è completato da ulteriori disposizioni. L'elevata descrittività della legge paga senza dubbio dazio all'articolo 103 (2) della legge fondamentale ("*Grundgesetz*"), che richiede il frequente ricorso a definizioni, ma anche alla natura di un modello declinato in termini di rifiuto. Facendo leva sul "no", infatti, la legge tedesca deve prendere in considerazione alcune ipotesi nelle quali sarebbe impossibile per la vittima opporre un dissenso esplicito all'atto sessuale (in passato al § 179 *StGB* si parlava espressamente di impossibilità di opporre resistenza[318]). È così che il § 177 (2)

[315] In proposito, N. Scheidegger, *Of nagging and guilt-tripping. Lack of consent in one's own activities?*, in E. Hoven, T. Weigend (a cura di), *Consent and sexual offenses*, cit., 83 ss.

[316] In questi termini, T. Weigend, *Germany*, cit., 196.

[317] *Ivi*, 195. Ma si veda sul punto anche *supra*, § 5.

[318] Proprio come da noi, v. *supra,* II, 8.1.

1 *StGB* criminalizza le aggressioni sessuali ai danni di persone che non sono in grado di manifestare la propria volontà, come nei casi di perdita di coscienza dovuta ad anestesia, sonno, stato comatoso, sostanze alcoliche e droghe, ma anche handicap mentali molto gravi e forme acute di psicosi[319]. Al § 177 (2) 2 *StGB*, invece, che disciplina i casi in cui la persona coinvolta dagli atti sessuali sia considerevolmente limitata nella formazione o nell'espressione della volontà a causa del suo stato fisico o mentale (quindi per via di handicap mentali o intossicazioni da alcol), il modello di incriminazione vira verso il consenso affermativo. Nelle relazioni del procedimento legislativo si trova infatti chiaramente scritto che, in questi casi, il soggetto è tenuto a fermarsi e a richiedere un'esplicita manifestazione di volontà, anziché potersi basare su un atteggiamento passivo.

A livello di imputazione soggettiva, tutte le sottofattispecie sono addebitabili solamente a titolo di dolo. Tuttavia, il requisito della riconoscibilità del dissenso porta il dolo ad essere ricostruito secondo modalità peculiari.

Proprio per incentrare l'accertamento sulle manifestazioni esteriori (ed attuali) di volontà da parte di A, anziché sulla possibile lettura della sua volontà interna da parte di B, magari anche alla luce dei pregressi tra le parti, tale attributo del rifiuto viene inteso in senso prettamente oggettivo.

Nell'imputarlo al soggetto agente, la dottrina ritiene sussistere il dolo quando l'autore della condotta è consapevole che un osservatore esterno "ben informato" interpreterebbe il contegno della vittima come indicante un'opposizione all'atto sessuale da lui proposto[320]. Non solo, siccome l'ordinamento tedesco conosce la figura del dolo eventuale, per ascrivere all'agente l'elemento dell'assenza del consenso, è sufficiente che questi sia conscio del rischio che la condotta della vittima possa esprimere una volontà di segno negativo e, ciononostante, realizzi l'atto sessuale[321]. Anche l'ordi-

---

[319] Gli esempi sono di T. Hörnle, *The new German law on sexual assault and sexual harassment*, cit., 1321.

[320] Cfr. J. Eisele, § 177, cit., alle note 19-21.

[321] In questo modo, ad esempio, M. Frommel, § 177, in U. Kindhäuser, U. Neumann, H.U. Paeffgen (a cura di), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 5ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2017, alla nota 58.

namento tedesco, dunque, si avvicinerebbe all'imputazione a titolo di *recklessness*, intesa quale consapevolezza del rischio della presenza di dissenso[322].

D'altra parte, qualsiasi errore di fatto da parte dell'imputato esclude il dolo. Non è quindi sufficiente per la condanna che un'altra persona *ragionevolmente* avrebbe interpretato il comportamento della vittima come una chiara espressione di opposizione ai piani sessuali dell'agente. Questi può essere condannato per "aggressione sessuale" intenzionale solo se sapeva o almeno accettava la possibilità che un osservatore avrebbe interpretato la condotta della vittima come espressione di mancanza di consenso[323]. Tuttavia, come sottolineato già in sede di primissima lettura[324], non sembra così remoto il rischio che, interponendo tale parametro oggettivo nella valutazione dell'elemento doloso, l'accertamento possa scivolare verso valutazioni più appartenenti all'universo della colpa. Allo stesso modo, come autorevolmente segnalato[325], sarà in concreto improbabile, nei casi in cui viene assodato il rifiuto da parte della persona offesa, che le Corti ritengano in buona fede l'errore di fatto commesso dall'imputato, proprio perché la volontà dell'altra parte è stata espressa in modo "riconoscibile". Del resto, come si ricorderà, il modello "*no means no*" negli Stati Uniti è da principio nato come presunzione dell'assenza di consenso in presenza di un dissenso espresso (v. *supra*, § 5). Il rischio potrebbe essere che l'accertamento dell'elemento oggettivo, e in specie della "riconoscibilità" del rifiuto, finisca per "fagocitare" anche quello soggettivo.

Queste problematiche sull'imputazione colpevole dell'elemento dell'assenza di consenso introducono all'illustrazione del terzo macro-filone, quello inglese, che proprio sul profilo della colpevolezza ha visto svilupparsi le sue principali trasformazioni.

---

[322] In questi termini, T. Weigend, *Germany*, cit., 197.

[323] *Ibidem*.

[324] T. Fischer, *Zum letzten Mal: Nein heißt Nein*, in *Zeit online*, 28 giugno 2016.

[325] T. Weigend, *Germany*, cit., 192.

10. *L'abbandono della forza nell'esperienza inglese. Dal "*reckless rape*" alla punibilità dell'errore colposo sulla presenza del consenso*

L'Inghilterra è stata probabilmente il primo ordinamento ad emanciparsi da una definizione della violenza sessuale incentrata sulla violenza.

Come si è già potuto apprezzare (v. *supra*, § 2), la tradizione di *common law* ha fin dagli albori posto l'accento sull'assenza di consenso della vittima, sebbene, in linea con gli afflati culturali del tempo, tale requisito venisse interpretato come fondativo di un obbligo di resistenza. Era stato poi l'eminente giurista William Blackstone a fare chiarezza sulla necessità di un atto violento per configurare l'*actus reus*, inserendo nella definizione di *rape* il requisito della forza ("*forcibly*").

La definizione di *common law* è stata recepita a livello legislativo nel 1956, con l'entrata in vigore del *Sexual Offences Act*, un ampio e complesso provvedimento che prevedeva molteplici disposizioni anche in tema di protezione dei minori e di prostituzione[326]. In relazione allo stupro, infatti, la prima sezione del *SOA* affermava stringatamente che «costituisce reato per un uomo stuprare una donna» («*It is felony for a man to rape a woman*»), rimandando alla precedente elaborazione delle Corti in merito alla tipizzazione del delitto.

A differenza di quella americana, tuttavia, la "*case law*" inglese ha mostrato, già agli inizi della seconda metà del XX secolo, maggiore apertura verso una nozione di violenza sessuale imperniata sulla mancanza del consenso, anche se il modello della costrizione violenta rimaneva largamente prevalente nella prassi[327].

Come altrove, anche in Inghilterra negli anni Sessanta e Settanta il tema della violenza sessuale è finito sotto i riflettori, per via delle pubbliche campagne condotte da agguerriti gruppi di femministe

[326] V. Sexual Offences Act 1956 (4 & 5 Eliz.2 c. 69).

[327] C. Wells, *I reati sessuali nel diritto inglese*, in *Giur. it.*, 1997, n. 6, 217 ss.

della "seconda ondata"[328], che tra i loro obiettivi avevano la sensibilizzazione della coscienza sociale al tema dello stupro[329].

È così che nel 1976 il legislatore ha introdotto la definizione di "*rape*" che era stata lasciata alla giurisprudenza vent'anni prima. Alla prima sezione del *Sexual Offence (Amendment) Act*[330], si prevedeva che, ai sensi della prima sezione del *SOA* del 1956, «un uomo commette stupro se *a*) ha rapporti sessuali illeciti con una donna che, al momento del rapporto, non vi acconsente; e *b*) in quel momento sa che la donna non è consenziente al rapporto sessuale o è *sconsiderato* rispetto al fatto che la donna sia o meno consenziente»[331].

Come evidente, la formulazione è scevra di riferimenti al concetto di forza.

Il passaggio dalla costrizione violenta all'assenza di consenso è stato recepito anche dalla giurisprudenza[332], in particolare in un noto caso deciso nel 1982, *Olugboja*[333], che segna simbolicamente la distanza rispetto a quanto, proprio negli stessi anni, stava accadendo dall'altra parte dell'oceano (v. *supra*, § 4). La vicenda, infatti,

---

[328] Per maggiori riferimenti alla suddivisione dei periodi, e degli obiettivi, del femminismo in "ondate", v. *supra*, §§ 4 e 6.

[329] Sul femminismo inglese di quel periodo e le crescenti rivendicazioni di una riforma dei reati sessuali, si veda il noto volume della sociologa femminista C. Smart, *Feminism and the power of the law*, Londra-New York, Routledge, 1989; e, più di recente, C. Mcglynn, *Feminist activism and rape law reform in England and Wales. A Sisyphean struggle?*, cit., 139 ss.

[330] V. Sexual Offences (Amendment) Act 1976 (c. 82).

[331] Nell'originale, senz'altro molto più chiaro rispetto alla traduzione per quanto riguarda il punto (b): «*For the purposes of section 1 of the Sexual Offences Act 1956 (which relates to rape) a man commits rape if: (a) he has unlawful sexual intercourse with a woman who at the time of the intercourse does not consent to it; and (b) at that time he knows that she does not consent to the intercourse or he is reckless as to whether she consents to it*».

[332] Non senza qualche iniziale resistenza del sistema. Fino ad *Olugboja* (v. *infra*), infatti, in assenza di forza o di minacce all'incolumità fisica, i *prosecutors* si orientavano sulla contestazione di reati meno gravi, come l'"*indecent assault*" o il "*procuring sex by threats*". Su questi profili, C. Pavarani, *Il mero dissenso della vittima nella violenza sessuale: profili di diritto italiano e anglosassone*, in *Ind. pen.*, 2002, n. 2, 771 ss., in particolare 776.

[333] *R v. Olugboja* (1982) QB 320 (CA). Per un successivo approfondito commento della pronuncia, nella prospettiva di ricavarne alcune regole valide anche per altre situazioni, S. Gardner, *Appreciating Olugboja*, in *Legal Studies*, 1996, vol. 16, 3, 275 ss.

sotto molti aspetti ricorda quelle che le Corti americane non riuscivano a includere all'interno della ristretta nozione di "*forcible compulsion*".

L'imputato e il coaccusato (L) avevano conosciuto la querelante e la sua amica (K) in una discoteca e si erano offerti di accompagnarle a casa. I due uomini, tuttavia, avevano portato le ragazze a casa di L, un *bungalow* in una zona isolata. Le due si erano rifiutate di entrare, così l'imputato era entrato in casa, mentre L le aveva seguite lì attorno e aveva poi violentato la denunciante in macchina. I tre tornarono poi in casa, dove K trascinò di forza L, cioè la ragazza con cui non aveva ancora avuto rapporti sessuali, in una camera. A quel punto, l'imputato disse alla denunciante che avrebbero avuto un rapporto sessuale. Lei gli raccontò cosa era appena accaduto in auto con il suo amico, chiedendo di restare da sola. L'uomo, impassibile, le rispose di togliersi i pantaloni. A quel punto, la ragazza lo fece e l'imputato praticò un rapporto sessuale penetrativo. Successivamente, l'uomo ammise alla polizia di aver fatto sesso con la denunciante e fu accusato di stupro. Giunti all'esito del processo di primo grado, il giudice istruì la giuria sottolineando che, seppure non avesse urlato o lottato, e sebbene non vi fosse stata una minaccia esplicita, spettava ai giurati decidere se la ragazza si fosse sottomessa o avesse prestato il consenso all'atto sessuale. L'imputato fu condannato e appellò la sentenza.

Nel rigettare l'appello, la Corte ha osservato che il consenso può apparentemente sussistere, ma essere in realtà viziato da una minaccia, anche implicita e non espressamente relativa alla morte o ad altri mali fisici. Ciò su cui la giuria deve concentrarsi in casi simili è l'effetto della stessa sulla vittima, al fine di stabilire se vi è stato un libero consenso all'atto penetrativo[334], che può essere soddisfatto da un'acquiescenza riluttante («*reluctant acquiescence*»), ma non da una sottomissione («*submission*»). In *Olugboja* non vi era stata alcuna minaccia esplicita da parte dell'imputato, ma, calata in quel contesto brutale, la ragazza aveva vissuto come tale la condot-

[334] Nell'interpretazione di S. Gardner, *Appreciating Olugboja*, cit., 372, la decisione impone alla giuria di accertare se la pressione psicologica subita dalla denunciante inficia la formazione di un libero consenso.

ta dell'uomo, cosicché la sua scelta di sottomettersi all'atto sessuale non poteva dirsi autenticamente consensuale.

È parso opportuno soffermarsi sulla decisione perché emblematica dei ragionamenti che vengono sviluppati in un modello consensuale "puro", basato sulla mera assenza di consenso, come quello inglese. Ad essere oggetto di considerazione non è tanto il comportamento della vittima, quanto la formazione interna della sua volontà. Ciò porta a concentrarsi più sullo stato mentale di A, che sulle sue manifestazioni esteriori. Spogliarsi autonomamente può essere, in generale, un indicatore di volontà affermativa[335], ma, come in *Olugboja*, può anche costituire un gesto che A sente come necessario per non incorrere in più gravi pregiudizi. In altre parole, per usare quelle della pronuncia, un gesto di *sottomissione*.

Olugboja è un caso dalla valenza storica, ma ragionamenti molto simili si rinvengono pure in decisioni ben più recenti, che ancora si interrogano sulla reale libertà di scelta e sul livello di riluttanza che la legge penale deve ritenere consensuale[336].

Come già anticipato (v. *supra*, § 7), più si sposta la lente di ingrandimento dalle manifestazioni esterne di A alla sua volontà, più diviene complesso l'accertamento della colpevolezza di B, atteso che questi è chiamato ad interpretare come non consensuali anche atti che ne avrebbero tutte le parvenze. In tali ipotesi, come ammette la stessa Corte d'appello in *Olugboja*, è difficile dare piena prova della *mens rea*[337].

---

[335] In generale, sui comportamenti "concludenti" che possono indicare il consenso, nonché i riflessi sull'imputazione soggettiva, ad esempio, D. Archard, *"A nod's as good as a wink" – Consent, convention, and reasonable belief*, in *Legal Theory*, 1997, vol. 3, 273 ss., in particolare 282.

[336] In *Doyle* ([2010] EWCA Crim 119), ad esempio, è stato stabilito che ci sono molti casi in cui la giuria va guidata in una distinzione tra un riluttante esercizio di una libera scelta, specialmente in contesti di relazioni sentimentali a lungo termine, e sottomissioni non volute ma realizzate nel timore di subire conseguenze avverse dal rifiuto. In *R v. W* ([2015] EWCA Crim 559), invece, si è ritenuta una istruzione alla giuria simile a quella di *Olugboja* non coerente col quadro legislativo, perché è possibile per una persona sottomettersi ad una richiesta alla quale si ritiene incapaci di resistere, anche senza che venga meno la capacità o la libertà di fare una scelta. Si tratterebbe, in questi casi, di consenso riluttante («*reluctant consent*»).

[337] Come si è già accennato (v. *supra*, § 7, anche per gli opportuni riferimenti alla manualistica), quando un *common lawyer* si riferisce alla *mens rea*, non si riferisce alla nostra categoria della colpevolezza, oggi più modernamente descritta

Spogliando la fattispecie di violenza e minaccia, e non incentrando la nuova incriminazione su un dissenso riconoscibile (v. *supra*, § 9) o sull'assenza di una adesione verbale all'atto (v. *supra*, § 8), diviene centrale il problema della percezione da parte di B della volontà di A, nonché quello di un suo possibile errore nell'interpretarne lo stato mentale[338]. Con la riforma del *SO(A)A* del 1976, in Inghilterra si è in particolare posto il problema se tale errore fosse sempre scusabile o se, per esserlo, dovesse essere "ragionevole".

In modo inusuale[339], la riforma descriveva in modo scrupoloso lo stato mentale che doveva caratterizzare l'autore del delitto, fissando la soglia minima dell'imputazione nella *recklessness*, ovvero la consapevolezza del rischio di assenza di consenso all'interazione sessuale[340]. Di conseguenza, sotto tale normativa, se l'imputato confidava sinceramente, ancorché *erroneamente*, nel fatto che l'altra persona coinvolta negli atti sessuali fosse consenziente, doveva essere ritenuto non responsabile.

Tuttavia, al secondo punto della sezione prima del provvedimento era previsto che «qualora in un processo per il reato di stu-

---

in termini di "*fault*" o "*culpability*" (ad es. A.P. Simester, *A disintegrated theory of culpability*, in D. Baker, J. Horder [a cura di], *The Sanctity of life and the criminal law: the legacy of Glanville Williams*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 178 ss.), ma agli stati mentali («*actus non facit reum nisi mens sit rea*») colpevoli che, di norma, consentono l'imputazione dell'*actus reus* al soggetto agente. Secondo la visione tradizionale, alla *mens rea* apparterrebbero solo dolo (*intention*, e in certi frangenti *knowledge*) e *recklessness*, intesa quale la consapevolezza del rischio (v. meglio *infra*). La colpa (*negligence*), invece, non costituirebbe una "*guilty mind*", essendo ancorata a parametri oggettivi, e, per quanto ormai riconosciuta come forma di "*culpability*", non sarebbe sufficiente per costituire il criterio di imputazione dei reati gravi. Per tutti questi aspetti, si veda la voce *Mens rea* di Alberto Cadoppi, che risulta ancora istruttiva ed attuale. Cfr. A. Cadoppi, Mens Rea, in *Digesto disc. pen.*, vol. VII, Torino, Utet, 1993, 618 ss. Per qualche riferimento bibliografico più recente, sia consentito rinviare anche a G.M. Caletti, Recklessness, cit., 1047 ss.

338 Come osserva A. Cadoppi, *Art. 609*-bis *c.p.*, in Id. (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, 4ª ed., Padova, Cedam, 2006, 540: «non a caso il profilo dell'errore sul consenso si è manifestato con particolare rilievo pratico in quegli ordinamenti in cui i requisiti della violenza o della minaccia sono stati eliminati. In tali sistemi, il problema si è spostato sul versante soggettivo, sul piano, appunto, dell'errore sul consenso».

339 La stranezza è dovuta al fatto che non si tratta affatto di una disposizione che deroghi le normali regole in tema di *mens rea*, per le quali v. *supra*.

340 V. *infra*.

pro la giuria debba valutare se un uomo abbia creduto che una donna fosse consenziente a un rapporto sessuale, la presenza o l'assenza di motivi ragionevoli che fondino tale convinzione è un aspetto che la giuria deve tenere in considerazione, unitamente a qualsiasi altro aspetto rilevante, per valutare se egli abbia effettivamente creduto ciò»[341].

Attraverso tali specificazioni, la riforma non ha fatto che positivizzare il quadro del diritto vivente tracciato in una pronuncia di pochi mesi precedente della *House of Lords*, *Morgan*[342].

Si tratta senza dubbio del caso di *rape* in assoluto più noto nell'evoluzione del diritto inglese, ma forse la constatazione può essere valida anche allargando lo spettro a tutte le altre giurisdizioni angloamericane. I fatti sono stati illustrati già in sede introduttiva ma, per comodità di apprezzamento, vengono qui sinteticamente riproposti.

Il luogotenente Morgan era un ufficiale della RAF, l'aeronautica militare inglese. La notte del 15 agosto 1973 stava bevendo in un *pub* di Wolverhampton con tre colleghi più giovani, sia di età che di grado. L'uomo invitò gli altri a casa sua, al fine dichiarato di avere un rapporto sessuale con la moglie Daphne. In seguito, i tre colleghi affermarono che Morgan aveva detto loro che la moglie era «perversa», che coltivava fantasie di stupro, e che avrebbe dunque soltanto finto di protestare. Il luogotenente, dal canto suo, negò tale circostanza. Nel momento in cui gli uomini entrarono in casa, la moglie stava dormendo con il figlio di undici anni nel letto di quest'ultimo. I quattro uomini superarono con la forza la resistenza di Daphne, la

[341] V. Sexual Offences (Amendment) Act 1976 (c 82). L'originale del testo normativo è il seguente: «*It is hereby declared that if at a trial for a rape offence the jury has to consider whether a man believed that a woman was consenting to sexual intercourse, the presence or absence of reasonable grounds for such a belief is a matter to which the jury is to have regard, in conjunction with any other relevant matters, in considering whether he so believed*».

[342] *DPP v. Morgan* [1975] UKHL 3. Su *Morgan*, nella dottrina italiana, S. Vinciguerra, *Introduzione allo studio del diritto penale inglese*, cit., 191; F. Curi, *L'istituto della* Recklessness, cit., 999; C. Pavarani, *Il mero dissenso della vittima nella violenza sessuale*, cit., 778 ss., che tuttavia riporta una descrizione del fatto ed un esito processuale non del tutto coincidenti a quelli qui descritti nel testo; M.L. Mattheudakis, *Un'indagine comparatistica sulla configurazione dei reati sessuali per colpa (grave)*, cit., 292.

trascinarono via dal letto del figlio ed ebbero rapporti sessuali forzati a turno mentre gli altri la trattenevano. Inizialmente la donna gridò al figlio e al fratello, anch'egli presente in casa, di chiamare la polizia, ma poi gli uomini le tapparono il naso e la bocca quasi a soffocarla finché non si sottomise ai plurimi rapporti. Dopo l'aggressione, pure lo stesso Morgan ebbe un rapporto sessuale con la moglie. Terminata l'orribile scena, la donna si recò immediatamente all'ospedale di Cosford dove riferì al personale di essere stata violentata.

I tre colleghi del luogotenente furono accusati di stupro, mentre Morgan fu incriminato per aver istigato gli altri a commettere il delitto. Dall'accusa di *rape* era all'epoca protetto da una "*defence*" assoluta, in virtù del fatto di essere sposato con la vittima[343].

Al processo i tre uomini dichiararono di aver creduto, sulla base di quanto premesso loro dal marito, che la signora Morgan fosse consenziente ai rapporti sessuali. Nell'istruire la giuria, il giudice stabilì che gli imputati *non* avrebbero dovuto essere ritenuti colpevoli di stupro se *a*) avessero creduto onestamente che la donna fosse consenziente e *b*) che tale convinzione di presenza del consenso fosse *ragionevole*. Agli inizi del 1974 la giuria condannò tutti e quattro gli imputati.

Investita dell'appello, nel 1976 la *House of Lords* ha censurato l'istruzione trasmessa alla giuria. Secondo la Corte, gli accusati, infatti, non potevano essere ritenuti colpevoli laddove avessero onestamente confidato nel fatto che la donna era consenziente, a prescindere che si trattasse di una convinzione ("*belief*") ragionevole o meno. Il principio generale delineato dalla decisione, dunque, è che per essere ritenuto responsabile di stupro, il soggetto agente deve aver pensato che il rapporto sia avvenuto senza il consenso, o aver deliberatamente scelto di non prestare alcuna attenzione circa la manifestazione della volontà della vittima.

Sebbene gli imputati abbiano visto prevalere le loro tesi giuridiche, e la scusabilità sia stata generalmente estesa anche a errori irragionevoli, le condanne sono state confermate. La *House of Lords*, in-

[343] Come negli Stati Uniti, ovviamente anche in Inghilterra valeva la *marital exemption* coniata proprio nella tradizionale *common law* da Lord Hale, v. *supra*, § 2.

fatti, ha ritenuto che nessuna giuria avrebbe mai potuto credere che gli imputati fossero realmente convinti del consenso di *Mrs.* Morgan e di conseguenza assolverli; ciò anche qualora i suoi componenti fossero stati correttamente indirizzati dal giudice senza fuorvianti riferimenti alla ragionevolezza delle loro convinzioni.

A ben vedere, la legge approvata pochi mesi dopo ricalca esattamente tali principi di diritto. Da un lato, limita la colpevolezza ai casi di dolo o *recklessness*, dall'altro, stabilisce che la ragionevolezza dei motivi che portano all'errore dell'imputato sul consenso è da valutare non tanto direttamente sul piano della *mens rea*, quanto sul piano della sua credibilità, proprio come in *Morgan*.

La decisione è stata oggetto di feroci critiche, sia sul piano metodologico[344], che contenutistico[345]. Essa è stata addirittura definita la «Carta dei diritti dello stupratore» («*Rapist's Charter*»), poiché consentiva al reo di evitare ogni responsabilità semplicemente asserendo, anche a prescindere da qualsiasi indicazione proveniente dal contesto, di aver confidato nella consensualità dell'atto sessuale[346].

Certo, è comprensibile che il principio per cui un imputato possa difendersi adducendo di aver creduto nella consensualità dell'atto, anche in modo del tutto irragionevole – come i tre aeronauti colleghi di Morgan, ciecamente fidatisi di una discutibile confidenza sulla propria moglie da parte di un marito probabilmente alticcio, non messa in discussione neppure di fronte a segnali del tutto contrari, come la resistenza o la richiesta al figlio di chiamare la polizia – possa suscitare, a prima vista, notevoli perplessità. A ben vedere, tuttavia, la *House of Lords* in *Morgan* non fa che riaffermare una colpevolezza non del tutto normativizzata, lasciando aperta la possibilità che possano configurarsi ipotesi nelle quali l'imputato matura una convinzione irrazionale, ma nondimeno sincera ed effettiva. Allo stesso tempo, la pronuncia avverte che la giuria ha la possibilità di ritenere non credibile la ricostruzione del reo, come avvenuto proprio nel caso di spe-

[344] Così ad es. G.P. Fletcher, *Rethinking criminal law*, Boston-Toronto, Little Brown, 1978, 701-703.

[345] Oltre ai riferimenti successivi, si veda in proposito la serrata critica dell'impianto del "*reckless rape*" di J. Temkin, *The limits of reckless rape*, in *Criminal Law Review*, 1983, 5 ss.

[346] *Ibidem*.

cie, nel quale, a fronte dell'accoglimento delle tesi dei ricorrenti, si è tuttavia confermata la condanna sulla base del fatto che nessun giudicante avrebbe razionalmente considerato verosimile, alla luce di come si erano svolti i fatti, che gli aeronauti avessero un genuino convincimento del fatto che la signora Morgan fosse consenziente.

La decisione statuisce, inoltre, che, qualora l'accusato non abbia prestato nemmeno la minima attenzione al profilo del consenso, disinteressandosene completamente, è da ritenersi ugualmente *colpevole*[347]. Se, in altre parole, l'agente non ha convinzioni in un senso o nell'altro, poiché nulla gli importa ("*could not care less*") se la vittima acconsenta o meno, e prosegue incurante, si è in presenza di uno stupro punibile[348]. Secondo alcuni Autori, si tratterebbe di una

[347] Più recentemente, applica la *recklessness* soggettiva ad un caso del genere, la sentenza *Adkins*, (2000) 3 *All ER* 185 ss.

[348] Leggermente diversa, ancorché caratterizzata da alcuni profili similari, è la nozione di "*willful blindness*" (lett. "cecità volontaria"). Nei manuali americani essa viene descritta come conoscenza da parte dell'agente di un rischio di esistenza di una "*circumstance*" proibita. Anziché adoperarsi per appurare la verità circa il proprio sospetto, il soggetto decide di non effettuare alcuna indagine perché preferisce non sapere. Un classico esempio di *circumstance* è proprio l'assenza del consenso della vittima nei reati sessuali: si tratta, cioè, di un elemento costitutivo del reato diverso dall'evento, come un presupposto della condotta. Tra le forme della *mens rea*, la *willful blindness* viene tradizionalmente ricondotta alla "*knowledge*" (lett., "conoscenza"), che è uno degli stati mentali definiti anche nel *MPC* americano (per maggiori riferimenti, anche giurisprudenziali, sia consentito il richiamo a G.M. Caletti, Recklessness, cit., 1068 ss.). Parte della dottrina, tuttavia, non condivide questo orientamento (che rimane prevalente), sottolineando che il soggetto agente, in realtà, non conosce effettivamente l'esistenza della *circumstance* e che, essendosi astenuto dal controllare, non è semplice comprendere quanto fosse forte il suo sospetto (v. A. Ashworth, J. Horder, *Principles of criminal law*, cit., 181). Di conseguenza, la *willful blindness* dovrebbe, a giudizio di questa autorevole dottrina, essere trattata alla stregua di una forma di *recklessness* e rilevare penalmente quando la fattispecie ritenga sufficiente come *mental element* quello della *recklessness* stessa. Sempre che, beninteso, non sia in qualche modo possibile provare che il soggetto era virtualmente certo che il suo sospetto sarebbe stato confermato. In quest'ultimo caso sarebbe ravvisabile appunto la *knowledge* (la questione risulta comunque controversa, si vedano ad esempio i diversi punti di vista di G.R. Sullivan, *Knowledge, belief and culpability*, in S. Shute, A.P. Simester [a cura di], *Criminal law theory*, Oxford, Oxford University Press, 2005, 207 ss., spec. 213-214; V. Tadros, *Recklessness and the duty to take care*, *ivi*, 227 ss., spec. 252-254). A prescindere dalla collocazione nel dolo o nella *recklessness*, pare comunque che le situazioni di *willful blindness* fossero da ritenersi punibili ai sensi di quanto stabilito in *Morgan*, dal momento che il soggetto lungi dall'essere convinto della presenza del consenso, nutre anzi il sospetto che tale consenso non via sia. In generale, su "cecità volontaria"

deroga rispetto all'ordinario regime soggettivo della *recklessness*, che amplierebbe il raggio dell'imputazione colpevole, poiché l'unico stato mentale esentato sarebbe il genuino convincimento della presenza del consenso[349].

Alla luce di tali precisazioni, non sembra fuori luogo osservare che, in concreto, *Morgan* appare molto meno penalizzante per le vittime di quanto non lasci a prima vista pensare la statuizione relativa alla scusabilità dell'errore, ancorché irragionevole, sul consenso.

Come mai, allora, tante polemiche? Come mai si è persino istituita una apposita commissione di inchiesta[350]?

La decisione è finita al centro della vibrante contrapposizione tra oggettivisti e soggettivisti che, proprio in quegli anni, animava la dottrina inglese[351]. Una disputa che vedeva proprio nella natura della *recklessness* il principale oggetto del contendere.

Assai indeterminata nelle risalenti fonti di *common law*, la "sconsideratezza", nel Novecento e in particolare a partire dal precedente *Cunningham*, era stata interpretata come forma di imputa-

---

e stupro, nella dottrina americana, A.E. Taslitz, *Willfully blinded: on date rape and self-deception*, cit., 381 ss., che sottolinea che molti uomini dicono la verità quando affermano di aver creduto onestamente che una donna in fosse consenziente quando in realtà non lo era. L'Autore sostiene, tuttavia, che gli uomini sono generalmente sinceri a livello cosciente, pur essendo consapevoli inconsciamente che la verità è tutt'altra. Per alcune considerazioni sulla *willful blindness* nella dottrina italiana, invece, M. Caputo, *La mossa dello struzzo: i segnali di allarme tra* willful blindness *e dolo come volontà*, in *Giur. it.*, 2016, n. 10, 2252 ss.

[349] Sottolinea questo discostamento dalla definizione generale di *recklessness* soggettiva, J. Herring, *Criminal Law*, cit., 485. Il richiamo al "*could not care less*" fa tornare alla mente il tentativo di ricostruzione di una *recklessness* a metà strada tra la concezione oggettiva e quella prettamente soggettiva (v. *infra*) da parte del filosofo del diritto Antony Duff, nota proprio come della "*practical indifference*", che non a caso ruota proprio ad alcuni esempi principali, tra cui l'indifferenza per il consenso del partner in una relazione sessuale. Non è possibile qui ricostruire la tesi di Duff, per la quale si rimanda a R.A. Duff, *Intention, agency and criminal liability*, Oxford, Blackwell, 1990, 164 ss.

[350] Il governo dell'epoca prese così sul serio le critiche alla decisione che istituì nel 1976 il "*Heilbron Committee*" per vederci più a fondo. Cfr. J. Herring, *Criminal Law*, cit., 485.

[351] Per un'ampia ricostruzione critica di questa contrapposizione, peraltro con riguardo all'istituto della *recklessness*, cfr. A. Norrie, *Subjectivism, objectivism and the limits of criminal recklessness*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1992, vol. 12, 45 ss. Ancor più diffusamente, Id., *Crime, reason and history*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, 73 ss.

zione eminentemente soggettiva, incentrata sull'unico requisito della effettiva previsione di un rischio ingiustificabile[352].

Quando la *recklessness* soggettiva è stata riaffermata dalla *House of Lords* quale regola generale anche nell'ambito della disciplina dello stupro, peraltro in un caso dai contorni così provocatorii come *Morgan*, a fronte del compiacimento di autorevoli soggettivisti, come Smith[353], la dottrina oggettivista ha colto l'occasione per scagliarsi contro l'interpretazione tradizionale, sottolineandone i limiti e proponendo di fondare la valutazione della rimproverabilità dell'agente sulla base del parametro, tipicamente proprio del settore della colpa, dell'uomo ragionevole.

Nello specifico, si è in particolare argomentato che un simile assetto non sarebbe stato idoneo a regolamentare la violenza sessuale, non solo per la gravità dell'offesa, ma anche perché l'accertamento del consenso sarebbe un'operazione assolutamente banale, essendo

---

[352] Nello specifico, gli elementi che secondo *Cunningham* ([1957] 2 QB 396) devono essere dimostrati per affermare la responsabilità per "sconsideratezza" sono due e precisamente, la previsione del rischio (ragione per cui è detta anche "*advertent recklessness*") e l'irragionevolezza del rischio: «(1) *The defendant was aware that there was a risk that his or her conduct would cause a particular result.* (2) *The risk was an unreasonable one for the defendant to take*». Sulla *Cunningham recklessness*, diffusamente, F. Curi, *L'istituto della* Recklessness, cit., 991, che sottolinea come la previsione del rischio sia intesa in senso prettamente soggettivo, senza che essa possa essere presunta sulla base dell'ovvia prevedibilità dello stesso. È insufficiente concludere, ai fini della responsabilità per *recklessness*, che sarebbe stato ovvio per il soggetto agente riconoscere l'esistenza di un rischio insito nella condotta; essendo, invece, necessario dimostrare che egli ne era effettivamente a conoscenza e che lo ha deliberatamente assunto. Da questa definizione, assai restrittiva, si può cogliere come mai parte della dottrina abbia ritenuto la formulazione di *Morgan* parzialmente diversa (v. *supra*). Al contrario, il tema dell'ingiustificabilità o irragionevolezza del rischio non è oggetto di particolari approfondimenti, né da parte della dottrina né da parte della giurisprudenza (da noi, invece, sulla simile problematica del "rischio consentito", V. Militello, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, Giuffrè, 1988; C. Perini, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, Giuffrè, 2010).

[353] Cfr. J.C. Smith, *Note*, in *Criminal Law Review*, 1975, vol. 42, nella quale aveva commentato negativamente la sentenza di primo grado, rilevando che chi sceglie di avere un rapporto sessuale senza il consenso della vittima commette una condotta assai più rimproverabile rispetto a chi si limita, con noncuranza, a non controllare che il partner acconsenta o meno. L'influente Autore (celebre anche per il suo noto manuale, lo *Smith & Hogan*) sottolinea, inoltre, come la *negligence* sia una forma di imputazione di solito non usata nei reati contro la persona e che sarebbe anomalo prevederla soltanto in relazione al *rape*.

sufficiente chiedere al partner conferma dell'intenzione di intrattenere il rapporto sessuale[354].

Non è casuale che a distanza di solo un lustro da *Morgan*, la giurisprudenza inglese abbia coniato una definizione prettamente oggettiva di *recklessness*, basata sulla mancata previsione da parte dell'agente di un rischio "ovvio", nella celebre decisione *Caldwell*, il cui effetto principale sul lungo periodo è stato quello di attirare nel concetto di *recklessness* soggettiva anche le situazioni di colpa cosciente[355].

---

[354] Si veda ad esempio, in questo senso, l'ultima edizione del manuale di Ashworth prima della riforma del 2003. Cfr. A. Ashworth, *Principles of criminal law*, 3ª ed., Oxford, Oxford University Press, 1999, 354. Nello stesso senso, precedentemente, J. Temkin, *Towards a modern law of rape*, in *Modern Law Review*, 1982, vol. 45, 4, 399 ss.

[355] Come noto, anche per superare alcune difficoltà interpretative della *recklessness* soggettiva, nel 1981 la *House of Lords* ha inaspettatamente affiancato alla "*Cunningham*" un'altra forma di *recklessness*, detta "*Caldwell*" o "*inadvertent*" in quanto non incentrata su una cosciente assunzione di un rischio. Come anticipato anche nel testo, il nuovo test equipara alla previsione del rischio un accertamento oggettivo: è "*Caldwell reckless*" chi ha fallito nel prevedere un rischio ovvio, che ogni *reasonable man* avrebbe sicuramente preventivato. Secondo l'autorevole Glanville Williams, la virata oggettiva era dovuta alla preoccupazione, da parte dei giudici, che l'impronta decisamente soggettiva della *advertent recklessness* potesse offrire alle giurie l'appiglio per facili assoluzioni: «*the main reason why the subjective definition has met with resistance from the judges [is that they] are apprehensive that the jury will acquit too readily. The objective definition, in contrast, enables the jury to express its indignation at the defendant's conduct without bothering about what went on in his mind*». Cfr. G. Williams, *Textbook of Criminal Law*, 2ª ed., London, Steven & Sons, 1983, 99. Tra le due forme di *recklessness* è rimasta invece scoperta una terza eventualità, ovvero quella in cui l'agente abbia pensato al rischio, ma abbia coscientemente ed erroneamente escluso la possibile realizzazione di tale rischio, come per certi versi avvenuto proprio in *Morgan*. Cfr. F. Curi, *L'istituto della* Recklessness, cit., 994. Si tratta di quella che nella dottrina angloamericana ha preso il nome di lacuna della "*Caldwell recklessness*" ("*Caldwell loophole*"). Anche in questo caso, la preoccupazione dei giuristi inglesi era che essa si trasformasse in un facile espediente per eludere la responsabilità. Per sfuggire all'accertamento giudiziario, infatti, più che addurre un deficit mentale, all'imputato conveniva sostenere di aver preso in considerazione il rischio ma di aver confidato che esso non si verificasse. Il problema si è posto per la prima volta in *Shimmen* del 1986 ([1986] 84 Cr. App. Rep. 7), il caso di un esperto di arti marziali che volendo dare dimostrazione delle proprie abilità ai suoi amici, esibendosi in un calcio radente alla vetrina di un negozio senza danneggiarla. In realtà Shimmen finì per colpire la vetrina rompendola e si difese sostenendo di aver riconosciuto l'esistenza di un rischio, ma di aver proseguito nell'azione facendo affidamento sulle proprie capacità di elimi-

Tale parentesi oggettiva della *recklessness* non è durata a lungo[356], né risulta aver coinvolto anche il reato di violenza sessuale. Tuttavia, grazie a *Morgan*, il dibattito sul *rape* è risultato fortemente condizionato dalle tensioni tra oggettivisti e soggettivisti, e ha finito per polarizzarsi sullo specifico profilo della ragionevolezza dell'errore sull'elemento del consenso[357].

---

nare tale rischio. L'uomo fu ritenuto responsabile sulla base della "*Cunningham Recklessness*", perché, dichiarando di aver minimizzato il rischio, aveva ammesso implicitamente di averlo preveduto. Curiosamente, l'effetto della manifestazione della lacuna pare essere quello di aver attratto nell'area applicativa della "*Cunningham recklessness*" una ulteriore casistica, che, perlomeno applicando i criteri a lungo impiegati dalla Corte di cassazione, il penalista italiano assumerebbe nella categoria della cosiddetta "colpa cosciente". Fino a questo assestamento della *case law* inglese, i giuristi continentali avevano sempre guardato alla *recklessness* – sia pure con larga approssimazione – più che altro come ad un equivalente del dolo eventuale. All'esito del percorso intrapreso dalla giurisprudenza per sanare la lacuna della "*Caldwell*", invece, la *recklessness* soggettiva affiora come una forma di imputazione "ibrida" rispetto alle categorie continentali del dolo e della colpa. Un *tertium genus* fondato sull'assunzione di un rischio (F. Curi, Tertium datur. *Dal* Common Law *al* Civil Law *per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, Milano, Giuffrè, 2003). È così che la *recklessness* ha assunto ancora maggior interesse in chiave comparatistica, divenendo strumento appetibile nella prospettiva di un possibile superamento della travagliata distinzione tra colpa cosciente e dolo eventuale, che ancora oggi tiene la dottrina e la giurisprudenza italiane impegnate in un dibattito che pare senza fine. In questo senso ad esempio, F. Curi, Tertium datur, cit., 201 ss.; A. Melchionda, *Forme di colpevolezza e prospettive di codificazione europea. Brevi riflessioni sulle auspicate revisioni normative dei confini fra dolo e colpa*, in A. Cadoppi (a cura di), *Verso un codice penale modello per l'Europa. Offensività e colpevolezza*, Padova, Cedam, 2002, 185 ss.; A. Manna, *È davvero irrisolvibile il "mistero" del dolo eventuale?*, in *Arch. pen.*, 2012, n. 2, 23 ss.; F. Viganò, *Il dolo eventuale nella giurisprudenza più recente*, in *Dir. pen. cont.*, 31 marzo 2014, 16 ss.; S. Raffaele, *Essenza e confini del dolo*, Milano, Giuffrè, 2018, 396 ss.

[356] Sul superamento della "*Caldwell recklessness*", avvenuto dapprima attraverso una sua disapplicazione nella prassi e, in seguito, con la ratifica della situazione esistente da parte della *House of Lords* nella sentenza *G and R*, sia consentito rinviare a G.M. Caletti, Recklessness, cit., 1057-1059.

[357] Dopo la sentenza della *House of Lords*, ma prima della riforma del 2003, si veda D. Alexander, *Twenty years of Morgan: a criticism of the subjectivist view of mens rea and rape in Great Britain*, in *Pace International Law Review*, 1995, vol. 7, 1, 207 ss., in particolare 211, dove rileva che prima della decisione della Corte in *Morgan* non esisteva una simile attenzione per i profili della *mens rea* nel *rape*. Per una recente riflessione generale sul tema dell'errore nelle giurisdizioni angloamericane, v. A. Dyer, *Mistaken beliefs about consent*, in E. Hoven, T. Weigend (a cura di), *Consent and sexual offenses*, cit., 103 ss.

Gran parte delle riforme dell'area di *common law* ne ha risentito. Il Canada ha introdotto normative che condizionano la scusabilità dell'errore alla sua ragionevolezza[358], mentre, come esaminato, negli Stati Uniti, si è tentato di eludere tale problematica proponendo due modelli diversi, plasmati sulla comunicazione della persona offesa, e dunque molto meno sbilanciati sulla problematica di un'erronea interpretazione della volontà interna della persona offesa[359].

Quando, pure in Inghilterra, si è giunti ad una complessiva riforma del diritto penale sessuale, la novità di maggior rilevanza si è registrata proprio sotto questo profilo. Ma è bene procedere con ordine.

Dopo una ulteriore micro-riforma nel 1994 di modifica del *SOA*, che ha recepito il nuovo orientamento delle Corti inglese in relazione allo stupro maritale[360], nonché ampliato la definizione di penetrazione penalmente rilevante includendo anche le penetrazioni anali[361], nel 2003 si è infine giunti ad una complessiva riforma del *Sexual Offences Act*.

La nuova cornice legale prevede una pluralità di fattispecie incriminatrici, le quali, tuttavia, ricalcano grossomodo la medesima struttura. La differenza risiede nell'*intensità* degli atti sessuali realizzati.

---

[358] L'attuale assetto normativo canadese prevede, alla *section* 273.2 del codice penale, l'errore sul consenso possa escludere la punibilità solo se il soggetto agente abbia adottato le misure ragionevoli per verificare il consenso altrui (una formula, come si vedrà tra poco, ripresa proprio dall'Inghilterra al n. [2] della sezione 1 del *Sexual Offences Act* riformato nel 2003, v. *infra*). In proposito, nella manualistica canadese, K. Roach, *Criminal law*, 7ª ed., Toronto, Irwin Law, 2018, 484 ss., in particolare 490 ss. Risulta interessante anche il processo giurisprudenziale che ha suggerito al legislatore di introdurre tale disposizione. Esso è approfonditamente descritto da C. Pavarani, *Il mero dissenso della vittima nella violenza sessuale*, cit., 787 ss.

[359] V. *supra*, §§ 5, 7, 8.

[360] Come si è esaminato nel capitolo che precede (in particolare, *supra*, II, § 10), nell'ordinamento inglese il superamento della "*marital exemption*" (sulla quale v. anche, *supra*, § 2, 4) è avvenuto inizialmente per via giurisprudenziale e, proprio per questo sottoposto all'attenzione della Corte EDU per una violazione del principio di legalità. Come già segnalato, tuttavia, con la sentenza *S.W. c. Regno Unito*, 22 novembre 1995 fu esclusa la violazione dell'art. 7 CEDU, dal momento che il mutamento giurisprudenziale *in malam partem* dal quale derivava la condanna dell'imputato venne giudicato dalla Corte ragionevolmente prevedibile al momento della commissione del fatto, stante la mutata sensibilità sociale sulla questione.

[361] In proposito, C. Wells, *I reati sessuali nel diritto inglese*, cit., 218.

La *section* 1, relativa al reato di *rape*, stabilisce che «una persona (A) commette un reato se (*a*) penetra intenzionalmente la vagina, l'ano o la bocca di un'altra persona (B) con il suo pene, (*b*) B non acconsente alla penetrazione, e (*c*) A non crede ragionevolmente che B sia consenziente»[362].

Le altre disposizioni mantengono le condizioni sub *b*) e *c*), ovvero l'assenza di consenso e l'assenza di un ragionevole convincimento sulla consensualità dell'atto, ma muta il punto sub *a*), ove la penetrazione mediante il pene è sostituita da altri atti sessuali[363].

Si tratta, in modo piuttosto evidente, di forme di imputazione "mista"[364], nelle quali è naturalmente richiesto il dolo per la realizzazione delle condotte sessuali, mentre l'elemento dell'assenza di consenso è imputato all'agente a titolo di colpa. Come è stato evidenziato, infatti, la mancata presenza di un convincimento ragionevole è un test di natura oggettiva, di talché la responsabilità è basata sulla colpa[365].

---

[362] Nell'originale, «*A person (A) commits an offence if – (a)he intentionally penetrates the vagina, anus or mouth of another person (B) with his penis, (b) B does not consent to the penetration, and (c) A does not reasonably believe that B consents*».

[363] Nell'"*assault by penetration*" ("aggressione mediante penetrazione"), ad esempio, la penetrazione non avviene attraverso il pene, ma mediante oggetti o altre parti del corpo dell'agente. Il "*sexual assault*" ("aggressione sessuale"), invece, contempla le ipotesi di "toccamenti sessuali" ("*sexual touchings*"). In entrambe le ipotesi, è richiesto che A non creda ragionevolmente che B abbia acconsentito.

[364] Si tratta di un fenomeno assai frequente nelle giurisdizioni angloamericane. In proposito, A. Cadoppi, Mens Rea, cit., 634 ss. Sul tema, da noi sinora tradizionalmente affrontato prevalentemente nell'ambito della responsabilità preterintenzionale, rispetto alla quale attente letture hanno proposto una combinazione tra dolo e "colpa generica oggettivata" (è questa la tesi, in particolare, di S. Canestrari, *L'illecito penale preterintenzionale*, Padova, Cedam, 1989), si veda la recente ed accurata indagine monografica di M.L. Mattheudakis, *L'imputazione colpevole differenziata. Interferenze tra dolo e colpa alla luce dei principi fondamentali in materia penale*, Bologna, Bononia University Press, 2020; nonché il saggio di G.P. Demuro, *La combinazione dolo-colpa. Un modello generalizzabile a partire dalla preterintenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, n. 2, 543 ss.

[365] Cfr. R. Card, A.A. Gillespie, M. Hirst, *Sexual offences*, Bristol, Jordans, 2008, 32, dove affermano: «*absence of reasonable belief postulates an objective test, so that liability is based on negligence*». Al volume si rimanda anche per un approfondito commento di tutto il testo normativo; nonché il saggio di G.P. Demuro, *La combinazione dolo-colpa. Un modello generalizzabile a partire dalla preterintenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, n. 2, 543 ss.

La sezione peraltro prosegue specificando che «(2) se una convinzione è ragionevole deve essere determinato tenendo conto di tutte le circostanze, comprese le misure che A ha preso per accertare se B acconsente»[366], il che sembra individualizzare ancor di più il giudizio di ragionevolezza della "*belief*" sulla base delle circostanze del caso concreto[367].

Va tenuto presente che sono codificate anche talune ipotesi rispetto alle quali non solo va presunta l'assenza del consenso, ma, se si dimostrano conosciute dal soggetto, anche l'irragionevolezza dell'eventuale convincimento sulla presenza dello stesso. La *section* 75(1) infatti, nella sua ultima parte stabilisce che, in relazione alle ipotesi elencate al 75(2), «si deve ritenere che l'imputato non abbia ragionevolmente creduto che la denunciante fosse consenziente, a meno che non vengano addotte prove sufficienti a sollevare un problema sul fatto che egli lo abbia ragionevolmente creduto»[368]. La presunzione, che essendo di carattere probatorio non assume carattere assoluto[369], ha ad oggetto ipotesi come l'uso della forza, lo sfruttamento dell'incoscienza della vittima, il suo stato di detenzione[370].

---

[366] Nell'originale, «*whether a belief is reasonable is to be determined having regard to all the circumstances, including any steps A has taken to ascertain whether B consents*».

[367] Come osserva, M.L. Mattheudakis, *Un'indagine comparatistica sulla configurazione dei reati sessuali per colpa (grave)*, cit., 293, «il fatto che il giudizio sia arricchito anche dalle caratteristiche dell'agente concreto non può che avvicinarlo ancora di più alla colpa che non alla responsabilità oggettiva, almeno secondo il punto di vista del giurista di *civil law* contemporaneo, che concepisce sempre più la responsabilità colposa in termini individualizzati».

[368] Nell'originale, «*the defendant is to be taken not to have reasonably believed that the complainant consented unless sufficient evidence is adduced to raise an issue as to whether he reasonably believed it*».

[369] La presunzione è invece assoluta (v. *section* 76) in relazione ai casi in cui il reo inganna la vittima sulla natura o i propositi dell'atto sessuale, oppure impersona un conoscente della vittima. V. *infra*, § 10.1.

[370] Questo l'elenco completo: «*a)any person was, at the time of the relevant act or immediately before it began, using violence against the complainant or causing the complainant to fear that immediate violence would be used against him; (b) any person was, at the time of the relevant act or immediately before it began, causing the complainant to fear that violence was being used, or that immediate violence would be used, against another person; (c)the complainant was, and the defendant was not, unlawfully detained at the time of the relevant act; (d)the complainant was asleep or otherwise unconscious at the time of the relevant act; (e)because of the complainant's physical disability, the complainant would not have been able*

Dietro a tali previsioni sembra esservi la preoccupazione che, anche in casi eclatanti, la giuria possa spingersi, magari sulla scorta di pregiudizi e stereotipi, ad affermare la ragionevolezza dello stato mentale dell'imputato. I giurati, infatti, sono chiamati a considerare se una persona ragionevole, nella stessa situazione concreta dell'agente, avrebbe creduto che l'altra persona fosse consenziente. In alcuni casi, come una feroce resistenza, il risultato sarà ovvio. Altri invece si riveleranno molto più ambigui, come quelli nei quali la vittima rimane passiva o cambia idea in corso d'opera.

La dottrina in proposito osserva che la questione che devono dirimere i giurati non è "se la persona ragionevole avrebbe pensato che la vittima *potesse* acconsentire", ma "se la persona ragionevole avrebbe creduto che la vittima *acconsentisse*"[371]. Lo stato di incertezza della *reasonable person* dovrebbe, dunque, tendenzialmente riflettersi nell'impossibilità di affermare l'esistenza di un ragionevole convincimento[372].

Dovendosi considerare, per via della sezione 1(2) anche gli *step* realizzati dall'agente per accertare il consenso, alla luce del contesto complessivo, rileveranno considerazioni relative all'eventuale pregressa relazione sessuale tra le parti. Da questo punto di vista, infatti, fermo restando che non vi è spazio per presunzione di consenso neppure in questi casi, è chiaro che i passi che deve ragionevolmente fare chi è impegnato in una stabile relazione sono diversi da quelli richiesti a chi non abbia ancora raggiunto un'intimità consolidata.

10.1. *L'attenzione del modello consensuale puro per la volontà interna della vittima. Quando "sì vuol dire no" ("*yes means no*")*

Alla *section* 74, il *SOA* del 2003 prevede anche una definizione generale di consenso. La norma stabilisce che, ai fini del provvedi-

---

at the time of the relevant act to communicate to the defendant whether the complainant consented; (f)any person had administered to or caused to be taken by the complainant, without the complainant's consent, a substance which, having regard to when it was administered or taken, was capable of causing or enabling the complainant to be stupefied or overpowered at the time of the relevant act».

371 Cfr. J. Herring, *Criminal Law*, cit., 437.

372 *Ibidem*.

mento, «una persona acconsente se accetta per scelta e se ha la libertà e la capacità di compiere tale scelta» («*a person consents if he agrees by choice, and has the freedom and capacity to make that choice*»)[373].

La definizione non vincola il consenso ad un'esternazione secondo modalità precise, ma si concentra sulla volontà interna, e nello specifico sulla libertà di scelta e sulle condizioni di capacità di prestare il consenso. Si tratta dei due requisiti – capacità e libertà – che rendono valido il consenso ad un atto sessuale.

Il primo era oggetto di disciplina anche nei sistemi incentrati sulla violenza, che alle ipotesi di costrizione affiancavano norme relative all'età, all'infermità mentale o alla temporanea intossicazione da sostanze, descritta – secondo gli antichi moduli – in termini di "incapacità di resistere"[374]. Come si è accennato nelle prime due parti dello studio, l'impostazione tradizionale, proseguendo sulla scia dello "stupro semplice", teorizzava e proteggeva la c.d. "intangibilità" sessuale di talune categorie di soggetti[375].

Il quadro normativo internazionale segnala, in relazione a tali profili, una notevole diversità di soluzioni. Il problema comune a

---

[373] Sottolinea l'importanza di definire i requisiti di validità del consenso, ad esempio, J. Mcgregor, *Is it rape? On acquaintance rape and taking women's consent seriously*, Aldershot, Ashgate, 2005, 192.

[374] Si veda *supra*, I, §§ 5, 7, e, per quanto riguarda l'impossibilità di resistere, II, § 8.1. È per tale ragione che l'impostazione tradizionale appuntava particolare disvalore all'ipotesi nella quale l'incapcità è indotta dalla somministrazione dolosa di sostanze. Sul tema, ad esempio, E. Finch, V.E. Munro, *Intoxicated consent and the boundaries of drug assisted rape*, in *Criminal Law Review*, 2003, 773 ss.; e in Spagna, J.R. Agustina, M.N. Panyella-Carbò, *Redefiniendo los delitos sexuales facilitados mediante el uso de sustancias psicoactivas*, in *Politica Criminal*, 2020, vol. 15, n. 30, 526 ss.

[375] Per un ricco e aggiornatissimo affresco in prospettiva comparata su tutti questi profili, si vedano E. Hoven, T. Weigend, *Synopsis*, in Id. (a cura di), *Consent and sexual offenses*, cit., 327 ss. e in particolare 333 ss. Per un commento del quadro normativo italiano in tema di consenso dei minori agli atti sessuali, si vedano, in relazione alle novità introdotte nel 1996, P. Veneziani, *Art. 609-quater c.p.*, in A. Cadoppi (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, 4a ed., Padova, Cedam, 2006, 613 ss.; e per le recentissime riforme, S. De Bonis, *Atti sessuali con minorenne*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (diretto da), *Diritto penale*, Milano, Utet, 2022, 6311 ss. Per quanto riguarda, invece, la ricerca di un equilibrio in relazione al tema del consenso in stato di ubriachezza, il noto saggio di S. Wallerstein, *"A drunken consent is still consent?" – or is it? A critical analysis of the law on drunken consent to sex following bree*, in *Journal of Criminal Law*, 2009, vol. 73, 318 ss.

pressoché tutte le giurisdizioni è quello di ammodernare le disposizioni esistenti, trovando un equilibrio che, pur tutelando le situazioni di incapacità (o scarsa capacità), non riproponga l'assoluta intangibilità di determinati soggetti e ne pregiudichi la libertà "positiva".

Spostando il baricentro dell'incriminazione dalla violenza al consenso, invece, il profilo della libertà del consenso viene ora a trovarsi in primo piano. Se in passato le uniche forme di compromissione della stessa erano limitate, appunto, alla violenza e alla minaccia, la riformulazione del reato apre al possibile riconoscimento di altri elementi invalidanti il consenso. È dunque a questo tema che sembra il caso di dedicare, in chiusura della trattazione, qualche cenno.

Sulla scorta di tale definizione, in Inghilterra la giurisprudenza ha potuto enucleare alcune ipotesi nelle quali, a fronte di una formale manifestazione di consenso da parte della vittima, in realtà tale consenso è da ritenersi viziato. La libertà del consenso, ad esempio, può essere pregiudicata dall'attuazione di un inganno da parte dell'agente.

Due ipotesi specifiche sono disciplinate espressamente alla successiva *section* 76, che stabilisce che il consenso è da presumersi invalido se «l'imputato ha intenzionalmente ingannato il denunciante circa la natura o lo scopo dell'atto rilevante» («*the defendant intentionally deceived the complainant as to the nature or purpose of the relevant act*»); oppure «l'imputato ha intenzionalmente indotto il denunciante ad acconsentire all'atto in questione impersonando una persona conosciuta personalmente dal denunciante» («*the defendant intentionally induced the complainant to consent to the relevant act by impersonating a person known personally to the complainant*»).

Si tratta di forme di inganno tradizionali che, come esaminato, anche nel nostro sistema storicamente sono intese quali invalidanti il consenso apparentemente prestato dalla persona offesa[376].

[376] L'impersonificazione di un'altra persona è, come noto, disciplinata al n. 2 del comma 2 dell'art. 609-*bis* c.p. (per ulteriori commenti v. *supra*, II, § 8.2). Quanto all'inganno sulle finalità dell'atto sessuale, di solito spacciato dal reo per un atto medico, tale casistica ha spesso assunto rilevanza nell'ambito della c.d. "violenza impropria" (v. *supra*, II, § 4.1).

La particolare attenzione della disciplina per la libertà di scelta ha fatto sì che si sviluppasse una certa sensibilità per i possibili vizi del consenso[377]. In alcuni casi, addirittura, si giunge a paragonare il consenso in ambito sessuale al "consenso informato", tipico del contesto medicale[378]. Come osserva parte della dottrina, tuttavia, il diritto penale deve differenziarsi dall'approccio filosofico in argomento, in quanto è alla ricerca di un grado minimo di autonomia che permetta di ritenere lecito l'atto sessuale, non di una formazione nelle scelte completamente genuina ed informata[379].

Il parallelismo rischia di essere fuorviante ed ampliare notevolmente le circostanze che possono trasformare, ai fini legali, un sì in un no. Il problema è che la prospettiva tende a focalizzarsi su tutti i possibili errori su circostanze di fatto che motivano la vittima a prestare il consenso, come ad esempio, il fatto che l'imputato la ami, che l'imputato non sia sieropositivo, la religione del partner (una ragazza ebrea o indù, per esempio, potrebbe non voler assolutamente intrattenere un rapporto sessuale con un musulmano) e così via[380].

L'elenco è potenzialmente senza fine. Come sottolineato in precedenza, tuttavia, sembra opportuno che il diritto penale assuma un approccio restrittivo al tema dell'inganno (v. *supra*, II, § 8.2), limitandosi a considerare quelle ipotesi in cui l'errore indotto dall'imputato ricade sull'*oggetto* del consenso, ovvero lo specifico atto sessuale con la persona con la quale si vuole realizzare tale atto. Sono la natura e le modalità di tale atto, nonché la persona in senso fisico con la quale realizzarlo, a costituire l'oggetto della scelta di intrattenere un contatto sessuale.

Sembra dunque opportuno qui limitare il discorso ad un solo esempio che, da questo punto di vista, risulta particolarmente problematico, ovvero il caso in cui il soggetto agente occulti al partner il proprio genere sessuale. Un caso estremamente interessante

---

377 Cfr., ad es., J. Herring, *Mistaken sex*, cit., *passim*.

378 Come noto disciplinato di recente in modo organico nel nostro ordinamento (per qualche cenno in più, v. *supra*, I, § 11).

379 Cfr. S.J. Schulhofer, *Unwanted sex*, cit., 105 ss.

380 Per un'ampia panoramica, anche supportata da molteplici casi giurisprudenziali, J. Herring, *Criminal Law*, cit., 411 ss.

in tal senso è *McNally*, nel quale vi è stata condanna per "*sexual assualt by penetration*"[381]. L'imputata, una ragazza di tredici anni, e la vittima (X), di dodici, si erano conosciute *on-line*. L'imputata disse di essere un ragazzo. La relazione si sviluppò, al punto che X era convinta che McNally fosse il suo fidanzato. In un'occasione l'imputata realizzò su X una penetrazione orale ed una digitale. Quando la ragazza scoprì che McNally era una ragazza, la denunciò. Quest'ultima, che aveva alle spalle una complessa storia di confusione sulla sua identità di genere, come anticipato, è stata condannata per l'assenza di un consenso come definito ai sensi della *section* 74. Il principio generale espresso dalla Corte è che un inganno sul genere può viziare il consenso, perché incide sulla natura dell'atto sessuale, che risulta diversa da quella accettata dalla vittima. La libertà di scelta di X, che si era orientata per un contatto sessuale con un ragazzo, e non con una ragazza, è stata compromessa dal raggiro dell'imputata.

La questione è assai interessante e delicata perché, da un lato, in effetti cade sull'oggetto del consenso, ma, a livello politico-criminale, la soluzione della giurisprudenza inglese potrebbe risultare molto penalizzante per persone transessuali o in transizione, o comunque per chi non riconosca pienamente la propria attuale identità di genere, imponendo loro un obbligo informativo su questi aspetti.

Un altro caso di possibile vizio del consenso, ben più tradizionale, è quello legato alle pressioni provenienti da dinamiche di potere. È possibile ritenere invalido il consenso formalmente prestato da A in una situazione di pressione nella quale, tuttavia, difetta una minaccia esplicita[382].

Il caso che più di tutti incarna il problema è stato presentato sin dall'introduzione e ha ad oggetto il c.d. "*casting couch*", ovvero la prassi, diffusa soprattutto in certi ambienti, di affidare certi incari-

[381] R v. McNally [2013] EWCA Crim 1051. Commenta criticamente il caso A. Sharpe, *Criminalising sexual intimacy: transgender defendants and the legal construction of non-consent*, in *Criminal Law Review*, 2014, 207 ss.

[382] Alla luce del quadro normativo vigente in Italia, alcune ipotesi potrebbero essere affrontate nell'ambito della violenza sessuale per abuso di autorità. V. *supra*, II, § 8.3.

chi di lavoro ("*casting*") sulla base di favori sessuali (avvenuti sul divano, "*couch*"). L'esempio si presta perché quando, invece, vi è un rapporto tra datore di lavoro e dipendente è più semplice individuare una vera e propria minaccia di un male ingiusto (ad es. il licenziamento).

Tradizionalmente, la linea di confine è tracciata nella distinzione tra minaccia e offerta. Se la vittima è minacciata di subire un male a meno che non acconsenta ad un'attività sessuale, la condotta sarà illecita. Al contrario, se vi è un consenso all'atto sessuale dettato dalla volontà di conseguire un vantaggio, allora non potrà parlarsi di una limitazione dell'autodeterminazione, ma di una scelta consapevole[383].

La soluzione, come noto già impiegata nella giurisprudenza italiana per tracciare un confine tra concussione e induzione indebita[384], se applicata alla multiforme casistica ipotizzabile in ambito sessuale, sembra, in effetti, un po' artificiale. Come evidenziano le testimonianze contro Weinstein, la sensazione delle attrici era di trovarsi in una situazione priva di vie d'uscita vincenti (v. *supra*, Introduzione).

Altri rigettano tale distinzione, ritenendo che in entrambi i casi vi sia una pressione tale da viziare la libera scelta della vittima[385]. Altri ancora suggeriscono di guardare all'effetto della proposta sessuale sulla vittima per stabilire se questa ha avuto l'opportunità di

---

[383] Questa la tesi di A. Wertheimer, *Consent to sexual relations*, in F. Miller, A. Wertheimer (a cura di), *The ethics of consent*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 195 ss.

[384] V. Cass. pen., Sez. un., 24 ottobre 2013, n. 12228, in *Dir. pen. cont.*, 17 marzo 2014, con commento di G.L. Gatta, *Dalle Sezioni Unite il criterio per distinguere concussione e 'induzione indebita': minaccia di un danno ingiusto vs. prospettazione di un vantaggio indebito*, di cui si veda anche, per una più ampia messa a fuoco del concetto di minaccia (da cui, peraltro, le Sezioni unite sembrano trarre spunto), Id., *La minaccia. Contributo allo studio delle modalità della condotta penalmente rilevante*, Roma, Aracne, 2013, in particolare 149 ss. e 211 ss. Su tale criterio distintivo, si veda anche V. Mongillo, *L'incerta frontiera. Il discrimine tra concussione e induzione indebita nel nuovo statuto penale della pubblica amministrazione*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2013, n. 3, 166 ss.

[385] Ad es., M. Chamallas, *Consent, equality, and the legal control of sexual conduct*, in *South California Law Review*, 1988, vol. 61, 777 ss., in particolare 820 ss.

esercitare il proprio libero arbitrio[386]. Quest'ultima soluzione appare particolarmente difficile da coltivare sul piano dell'imputazione soggettiva, atteso che non è sempre agevole per l'agente rendersi conto del grado di pressione esercitato in concreto. Senza considerare, peraltro, che potrebbe attrarre nell'area della punibilità anche "minacce" lecite, come "porrò fine alla nostra relazione sentimentale se non acconsenti ad un rapporto sessuale".

Un ulteriore criterio proposto, allora, fa riferimento alla legittimità o meno dell'offerta. Alla luce di tale distinzione risulterebbe coercitiva l'offerta del produttore all'attrice, atti sessuali in cambio della parte, ma ma non, ad esempio, quella di chi inteattenga una relazione sentimentale/sessuale con una persona che vi aderisca sapendo di riceverne un sostegno economico. Da questo punto di vista, per non ricadere nella provocazione femminista per cui il sesso sarebbe sempre "coartato" da dinamiche sociali, il diritto penale dovrebbe rimanere su un "microlivello", senza analizzare le molteplici cause che hanno portato quella persona a trovarsi in una sitauzione di bisogno[387].

Il problema resta, in definitiva, decisamente aperto e molto complesso. Nel nostro ordinamento, la riflessione non potrà che ripartire dal recente intervento delle Sezioni uniti sul concetto di abuso (v. *supra*, II, 8.3).

11. *Sinossi dei modelli ed osservazioni di sintesi*

Esaminati nel dettaglio i modelli di incriminazione alternativi alla costrizione violenta, è ora il momento di riordinare le indicazioni emerse in questa terza parte della ricerca ed esprimere alcune considerazioni di sintesi.

La prima doverosa constatazione, per quanto lapalissiana possa apparire, è che sono in concreto praticabili paradigmi diversi da quello tradizionale. Certo, nessuno di essi sembra al momento privo

[386] Così V. Tadros, *No consent: a historical critique of the actus reus of rape*, in *Edinburgh Law Review*, 1999, vol. 3, 317 ss.

[387] Cfr. S.J. Schulhofer, *Unwanted sex*, cit., 131 ss.

di imperfezioni, ma l'analisi ha messo in luce anche soluzioni tutto sommato equilibrate, che ampliano la tutela dell'autodeterminazione senza rinunciare ad un effettivo coefficiente di colpevolezza.

Un'ulteriore considerazione che si può sin d'ora sviluppare è che ogni modello ha fortemente risentito dell'evoluzione storica dell'ordinamento che lo ha elaborato o implementato. In Inghilterra ad esempio, il caso *Morgan*, inserito nel contesto della contrapposizione tra soggettivisti ed oggettivisti, ha favorito il focalizzarsi del dibattito sullo specifico tema della ragionevolezza dell'errore, che ha investito anche altre giurisdizioni, come il Canada. Gli Stati Uniti, spaventati dallo "spauracchio" di *Morgan* e condizionati da alcuni noti casi interni come *M.T.S.* o *Berkowitz*, hanno elaborato *anche* soluzioni diverse, che, come esaminato, proprio da quei casi hanno tratto spunto (v. *supra*, § 5).

Da questo punto di vista, influisce certamente l'approccio casistico tipico dei sistemi di *common law*. Tuttavia, a ben vedere, qualcosa di non troppo diverso può essere accaduto anche in Germania, dove è stato introdotto un modello improntato al "*no means no*", dopo che uno dei casi più emblematici della necessità di una riforma aveva riguardato il rifiuto della timida utente del centro di collocamento all'atto sessuale impostole dal direttore dell'ufficio, rispetto al quale il *Bundesgerichtshof* aveva escluso la sussistenza della violenza sessuale (v. *supra*, § 10).

Quanto al diritto italiano, di conseguenza, è difficile formulare una previsione circa possibili evoluzioni, non essendovi stati casi che abbiano particolarmente segnato l'opinione pubblica o attratto l'attenzione del dibattito scientifico dopo la "sentenza sui *jeans*". Nondimeno, nel guardare ad altre esperienze, sembra utile tenere in considerazione anche le contingenze storiche che hanno orientato determinate scelte politico-criminali.

La retrospettiva sull'evoluzione delle riforme americane, inoltre, si è rivelata assai utile anche per dimostrare ciò che, secondo le aspettative iniziali, avrebbe dovuto emergere dall'analisi del diritto vivente, ovvero che lo schema della costrizione violenta lascia prive di tutela condotte gravi e fortemente intrusive della sfera sessuale delle vittime. L'inflessibile giurisprudenza americana sul concetto di *forcible compulsion*, certo con le rilevanti – ma isolate

– eccezioni di *Rusk* ed *M.T.S.*, ha evidenziato i limiti dell'impostazione tradizionale, mettendo in rilievo un'ampia casistica di abusi sessuali colpevoli ("*rape by a rapist*") che non vengono attratti dall'antica definizione.

Le possibili strategie di riforma sono dunque diverse e, peraltro, contrariamente a quanto spesso affiora dalle ricostruzioni della dottrina internazionale, non si riducono alla contrapposizione tra "*no means no*" e "*yes means yes*". I modelli, infatti, sono quantomeno tre e ognuno di essi, per di più, prevede delle declinazioni interne, a seconda delle quali l'estensione dell'area della punibilità può mutare in modo sensibile.

Il primo paradigma, non foss'altro a livello cronologico, è basato sulla mera assenza di consenso. Ad esso è riconducibile, ad esempio, la disciplina tratteggiata dall'ordinamento inglese a partire dal 1976, che, relativamente all'*actus reus*, specifica che nel reato di *rape* la vittima non è consenziente («*does not consent*»). Come si è già rimarcato, la normativa inglese fa riferimento ad un consenso sviluppato prevalentemente nella dimensione interna, non vincolando la sua assenza a una manifestazione esterna particolare, che sia di mancata aperta accettazione o di espresso rifiuto. Dal 2003, tale aspetto è stato ulteriormente chiarito dall'introduzione di una definizione che guarda soprattutto alla libera scelta della vittima (v. *supra*, § 10.1).

Come si è illustrato nell'esposizione della "transazione consensuale" ideale (v. *supra*, § 7), concentrarsi sulla volontà interna di A, attribuisce fondamentale importanza alla terza fase della transazione, nella quale B è chiamato ad interpretare tale volontà a partire dal contesto e dai comportamenti esternati da A.

È per questa ragione che il modello può articolarsi in diverse declinazioni a seconda della forma di imputazione soggettiva che viene privilegiata. Sul punto, le alternative che emergono dal quadro comparato sono essenzialmente tre[388].

[388] Per ovvi motivi, non si prendono nemmeno in considerazione quelle posizioni, comunque esistenti, per cui l'elemento dell'assenza del consenso si potrebbe imputare a titolo di responsabilità oggettiva. Ne propongono una forma, in determinate situazioni, B. Balos, M. Fellows, *Guilty of the crime of trust: non-stranger rape*, in *Minnesota Law Review*, 1991, vol. 75, 599 ss.

L'ipotesi principale è quella che non prevede deroghe al sistema della *mens rea*, ovvero, come ricordato più volte, l'imputazione dei reati esclusivamente a titolo di dolo o *recklessness*. La soglia minima, quindi, è qui individuabile nella consapevolezza del rischio che A possa non essere consenziente. Come si è altresì già precisato, le giurisdizioni angloamericane concedono ben poco a ricostruzioni in senso non strettamente soggettivistico di tali stati mentali, di talché anche una convinzione del tutto irragionevole, ma dimostratamente genuina, sul consenso potrebbe portare ad una affermazione di irresponsabilità.

Ecco che, dunque, alla luce di tale difficoltà applicativa, si è affermata un'altra versione del modello base, ovvero quella che limita la rilevanza dell'errore scusabile soltanto alle sue forme non colpose. Come si è ampiamente esaminato, dal 2003 la legislazione inglese richiede che l'errore sul consenso sia *ragionevole* per poter escludere la colpevolezza dell'agente.

Si tratta probabilmente del modello in assoluto più diffuso, poiché adottato, a quanto pare, anche da molte giurisdizioni statunitensi, oltre che dal già menzionato Canada[389].

Ultima variante in proposito è quella svedese, che non è stata oggetto di approfondimento nelle pagine che precedono, ma che sembra qui opportuno quantomeno richiamare. Con la riforma intervenuta nel 2018, si è ritenuto imputabile l'elemento dell'assenza del consenso non solo per dolo ma anche per "colpa grave" («*grovt oaktstam*»), con una pena proporzionalmente ridotta rispetto all'ipotesi dolosa[390].

---

[389] Convergono in tal senso le indicazioni contenute nella ricostruzione del diritto vivente realizzata pochi anni fa in occasione del *MPC Draft* 5. Nello stesso senso, in dottrina, S.H. Kadish, S.J. Schulhofer, C.S. Steiker, R.E. Barkow, *Criminal law and its processes*, cit., 396; A.E. Taslitz, *Willfully blinded: on date rape and self-deception*, cit., 384; A. Gruber, *Affirmative consent*, cit., 63.

[390] Cfr. L. Wegerstad, *Sense and caution: a comparative perspective on Sweden's negligent rape law*, in E. Hoven, T. Weigend (a cura di), *Consent and sexual offenses*, cit., 119 ss. Come noto, negli ultimi anni il tema della graduazione della colpa ha attirato crescente interesse anche nella scienza penalistica italiana, sebbene specialmente in relazione alle fattispecie di omicidio e lesioni. Ciò è avvenuto soprattutto a partire dalla monografia di D. Castronuovo, *La colpa penale*, Milano, Giuffré, 2009. Nella prospettiva di un'incriminazione di atti sessuali non consen-

La possibile imputazione colposa dell'elemento dell'assenza di consenso viene criticata da diverse prospettive. Secondo un'obiezione tradizionale, la colpa non costituirebbe un criterio di imputazione sufficiente. Nei sistemi angloamericani, infatti, con riguardo ai reati gravi – fatta salva l'eccezione del controverso *manslaughter*, nel quale comunque la colpa è limitata alle ipotesi gravi ("*gross negligence*") – sarebbe sempre necessaria la *mens rea*, rispetto alla quale la colpa è estranea[391]. Vi è chi, sul punto, ribatte sostenendo che per il *rape* sarebbe diverso, perché esso è nella maggior parte dei casi dettato da forme di autoconvincimento dell'imputato sulla presenza del consenso, che si rivelano moralmente più gravi rispetto alle altre ipotesi di colpa, magari dovute a disattenzioni o negligenze[392]. Secondo gran parte della dottrina americana, invece, sarebbe preferibile non incentrare l'accertamento sulla figura del *reasonable man*, poiché questo si presterebbe a far confluire nel giudizio stereotipi di vario tipo. Ogni giurato, infatti, potrebbe avere le sue idee su cosa significhi consenso ed è opportuno, invece, istruire la giuria su che *cos'è* il consenso piuttosto che consentirle di deciderlo da sé[393].

A prescindere da tali preoccupazioni, che sembrano più che altro dettate dalle possibili distorsioni verificabili in un sistema basato appunto sulla giuria popolare, a chi scrive sembra che il rischio di un modello che dà spazio alla colpa sia di contestare all'imputato, in ogni occasione, la mancata richiesta di chiarimenti alla vittima. Il che, in sostanza, porterebbe il modello molto vicino a quello di *affirmative consent* basato sullo "*stop and ask*" (v. *supra*, § 8). Per im-

---

suali solo per colpa grave, si veda M.L. Mattheudakis, *Un'indagine comparatistica sulla configurazione dei reati sessuali per colpa (grave)*, cit., 292 ss.

[391] Con riguardo alla realtà americana tali considerazioni sono dettate anche da una preoccupazione sul piano della severità sanzionatoria. Le legislazioni americane prevedono infatti pene altissime nei minimi edittali nonché una serie di pene accessorie assai afflittive. Entrambe sembrano senza dubbio sproporzionate in caso di addebito colposo dello stupro. Sul punto, in particolare, M. Vitiello, *Punishing sex offenders: when good intentions go bad*, in *Arizona State Law Review*, 2008, vol. 40, 2, 651 ss., in particolare 667-674.

[392] Cfr. A.E. Taslitz, *Willfully blinded: on date rape and self-deception*, cit., 387-388.

[393] Cfr., ad esempio, S.J. Schulhofer, *The gender question in criminal law*, in *Social Philosophy and Policy*, 1990, vol. 7, 2, 105 ss., in particolare 132-133.

plementare in modo equilibrato questa soluzione, dunque, sarebbe necessario prendere atto che l'uomo ragionevole si fermerebbe per chiedere esplicitamente il consenso soltanto in casi di dubbio, poiché in altri casi, possono risultare *ragionevoli* anche altri *step* (per usare la terminologia della legge inglese), non necessariamente verbali. A differenza di uno "*yes means yes*" in accezione rigida, pertanto, la differenza dovrebbe essere che a seconda dei contesti può risultare opportuno richiedere un consenso verbale per fugare ogni dubbio, ma ciò non dovrebbe essere sempre indispensabile, specialmente nei casi in cui si verifica una graduale progressione degli atti sessuali.

Allo stesso tempo, un pregio dell'impostazione colposa è quella di poter biasimare il soggetto per la mancata considerazione di fattori coartanti che potrebbero aver condotto la vittima ad aderire, magari anche fattivamente, agli atti sessuali, ad esempio una costrizione ambientale, una minaccia implicita nel contesto, una latente asimmetria nei rapporti di potere tra le parti.

In generale, per quanto riguarda la situazione italiana, si potrebbe osservare che, per come la giurisprudenza accerta in concreto il dolo, e in particolare il dolo eventuale[394], forse potrebbe non essere essenziale ricorrere ad una forma colposa. Al contempo, ammettere anche un'imputazione per colpa potrebbe rivelarsi più "onesto" nei confronti dell'imputato, perlomeno in relazione a quei casi che la prassi tenderebbe comunque ad assorbire verso il dolo eventuale. Ciò risulterebbe anche più proporzionato sotto il profilo sanzionatorio, perché sarebbe a quel punto opportuno modulare la cornice edittale anche a seconda del criterio di imputazione[395].

---

[394] Sottolinea tali aspetti, ad esempio, G. Losappio, *Formula BARD e accertamento del dolo eventuale*, in *Dir. pen. cont.*, 23 maggio 2017, il quale rileva come neppure la nota sentenza Thyssen Krupp (Cass. pen., Sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343) abbia permesso di superare determinate criticità. Su tale pronuncia, si veda, in particolare il commento di K. Summerer, *La sentenza delle Sezioni unite sul caso Thyssen Krupp. Profili di tipicità e colpevolezza al confine tra dolo e colpa*, in *Cass. pen.*, 2015, n. 2, 490 ss. Sull'accertamento del dolo risulta indispensabile la lettura di G.P. Demuro, *Il dolo, II. L'accertamento*, Milano, Giuffré, 2010.

[395] Queste le intuizioni di M.L. Mattheudakis, *Un'indagine comparatistica sulla configurazione dei reati sessuali per colpa (grave)*, cit., *passim*, 298 ss. sul profilo sanzionatorio.

Il secondo paradigma è il consenso affermativo, rispetto al quale si sono esaminati con cura tanto la complessa anatomia delle forme che il paradigma può assumere (v. *supra*, § 8), quanto il dibattito politico-criminale (v. *supra*, § 8.1). Sotto il primo profilo, si è dato conto del fatto che, anche in questo caso, è possibile individuare una pluralità di declinazioni del modello, ciascuna delle quali presenta riflessi anche molto diversi dalle altre. Si è provato sin da quel momento della trattazione ad evidenziare le possibili stravaganze applicative cui condurrebbero le sue forme più ortodosse, nella specie quelle che richiedono un consenso di tipo verbale per ogni atto sessuale realizzato. Tali esagerazioni, tuttavia, come è emerso affrontando il secondo profilo, sono intimamente legate a concezioni promozionali del diritto penale. Attraverso l'implementazione dello "*yes means yes*", infatti, i movimenti femministi mirano soprattutto a stravolgere le abitudini sessuali consolidate, promuovendo un copione dell'intimità maggiormente "proceduralizzato", che dovrebbe evitare molteplici fraintendimenti.

L'idea, alla cui diffusione ha contribuito sicuramente la svolta punitiva del femminismo americano (v. *supra*, § 6), è senz'altro inaccettabile dal punto di vista del metodo, ma forse anche da quello del merito.

Una soluzione più moderata, al punto da far venire il dubbio che si tratti effettivamente di una declinazione del consenso affermativo, è quella del "consenso espressivo", che postula che l'assenso possa essere esplicitamente prestato senza particolari formalità. In effetti, il modello si colloca a mezza strada tra l'impostazione inglese e lo "*yes means yes*" (v. *supra*, § 8.1). Pertanto, non sorprende che non sia stato adottato quale riferimento per il *MPC*, nonostante l'autorevolezza del suo proponente. Benché equilibrato nelle applicazioni concrete, esso non risolve alcun problema sul piano della certezza del diritto e, anzi, lascia ampia discrezionalità al giudicante di vagliare il contesto nel quale si sono svolti i fatti. Al contrario, l'aspirazione cui tende gran parte degli *scholars* americani è proprio quella di elaborare un modello incentrato sul consenso, ma che abbia la stessa determinatezza del modello tradizionale basato sulla forza, forse anche per il timore di applicazioni basate su pregiudizi razziali (v. *supra*, § 3).

Ad ogni modo, il paradigma del consenso espressivo sembra quello che maggiormente rappresenta lo stato del diritto vivente italiano. Come si è osservato (v. *supra*, II, § 7), per considerare lecito l'atto sessuale la Cassazione pretende la manifestazione di un consenso, senza tuttavia, almeno fino ad oggi, essere giunta ad affermarne la natura verbale. Che si tratti di un modello (tendente all') affermativo, nondimeno, si deduce dalle statuizioni in tema di errore sull'assenza del consenso, che viene qualificato come errore sul precetto penale.

Proprio la limitazione degli spazi applicativi dell'errore di fatto risulta il tratto comune a tutte le tre macro-soluzioni: il modello inglese ritiene scusabile solo l'errore non colposo; l'*affirmative consent* riduce il perimetro dell'errore di fatto, in gran parte assorbito dall'errore di diritto[396]; il modello tedesco, prevedendo che la volontà contraria della vittima sia riconoscibile, finisce per rendere in concreto piuttosto improbabili gli errori sul dissenso.

Il riferimento alla Germania introduce il discorso all'ultimo paradigma esaminato, il "*no means no*".

Come gli altri, anche tale modello può acquisire diverse graduazioni. In una versione minimale, può limitarsi a stabilire la regola interpretativa per cui un "no" non può essere letto che nel suo significato letterale. In una versione "temperata", come quella adottata in Germania, può prevedere anche la punibilità di una pluralità di ipotesi nelle quali la vittima non è riuscita ad opporre un rifiuto esplicito, oppure non è nelle condizioni di comunicarlo.

Una prima critica mossa al modello incentrato sul dissenso è di carattere "assiologico". Si sostiene che esso non ribalta, come sarebbe invece opportuno fare, la prospettiva secondo la quale in assenza di una protesta un atto sessuale è da ritenersi acconsentito[397].

---

[396] Sul punto, si vedano anche le considerazioni critiche di K.W. Simons, *Mistake of fact or mistake of criminal law? Explaining and defending the distinction*, in *Criminal Law and Philosophy*, 2009, vol. 3, 213 ss., che, in uno studio sulla distinzione tra le due forme di errore, critica proprio la tendenza delle recenti legislazioni a trasformare gli errori di fatto in errori di diritto irrilevanti.

[397] In questo senso, ad esempio, S.J. Schulhofer, *Reforming the law of rape*, cit., 340 ss.

Un'altra obiezione è di ordine pratico. Viene sottolineato che "*no means no*" non tutelerebbe a sufficienza le ipotesi nelle quali la condotta della vittima si sviluppa passivamente e si risolve in un mero silenzio[398]. Si tratta di una possibilità tutt'altro che eventuale, come dimostrano gli stessi esempi inseriti già nell'introduzione, ma anche tanti altri casi incontrati lungo il percorso. In effetti, anche in ragione delle osservazioni svolte sulla cosiddetta "immobilità tonica" (v. *supra*, I, § 8), questo profilo rischia di essere una vera e propria lacuna in una normativa che attribuisca centralità all'espressione di un dissenso. Diversamente, con il modello colposo, in caso di passività, il reo è giustificato solo se ha delle ragionevoli motivazioni per ritenere che quella passività non è indotta dal contesto o da altri fattori coartanti e si risolve in un'acquiescenza, magari non entusiastica, ma comunque consensuale.

Rispetto a tale problematica, la disciplina tedesca pare decisamente più equilibrata di quanto non si possa a prima vista pensare. Fermo restando che sarebbe opportuno attendere un assestamento delle applicazioni giurisprudenziali delle fattispecie riformate, sembra comunque possibile abbozzare quale potrebbe essere, in linea di principio, la risposta della normativa tedesca ai casi di passività affrontati nell'indagine.

In una fattispecie speculare a quella del caso *Rusk* (v. *supra*, Introduzione), si potrebbe ritenere l'imputato responsabile sulla base del § 177 (5) 3 *StGB*, che tipizza, equiparandole alla costrizione violenta, le ipotesi in cui la vittima è in balia dell'aggressore.

Episodi simili a quello avvenuto in *Iniguez* (v. *supra*, Introduzione), invece, potrebbero essere attratti dal § 177 (2) 3 *StGB*, che punisce forme di aggressione sessuale realizzate sfruttando la sorpresa. La norma, infatti, come si è sottolineato, non limita l'oggetto della condotta ai toccamenti, lasciandone pertanto presagire l'eventuale applicazione anche ad atti sessuali penetrativi. Nel caso californiano, la vittima era rimasta pietrificata dall'azione rapidissima di Iniguez che era giunto alle sue spalle, le aveva tirato giù i pantaloni e l'aveva penetrata, concludendo il rapporto in meno di un minuto.

[398] *Ibidem*.

I casi che sembrano davvero segnare la differenza tra la disciplina tedesca e gli altri paradigmi di imputazione del consenso sono *M.T.S.* e il "*casting couch*" (v. *supra*, Introduzione).

I contorni del primo sono piuttosto sfocati. Ipotizzando che M.T.S. fosse passato improvvisamente ad un atto penetrativo, accelerando improvvisamente – e in modo inaspettato per C.G. – la progressione degli atti, allora forse potrebbe valere lo stesso discorso fatto per *Iniguez*. Diversamente, qualora la penetrazione sia avvenuta dopo una graduale preparazione, risulta più difficile desumerne la sussumibilità sotto la legge tedesca. In tal caso, sarebbe spettato a C.G. chiarire che non intendeva intrattenere un rapporto sessuale.

Presumendo che se l'interazione sessuale si evolve in maniera fisiologica, in assenza di fattori esterni coartanti e di gesti a sorpresa, la vittima sarà nella gran parte dei casi portata ad opporre un rifiuto riconoscibile (anche la stessa C.G. in M.T.S. si è ribellata chiarendo la sua volontà attraverso uno schiaffo quando il contatto si è sviluppato in senso a lei sgradito) e, quindi, idoneo a dar luogo alla fattispecie base, sembrano davvero residuali le ipotesi che rimarrebbero scoperte dalla protezione penale. E peraltro si tratta di casi, nei quali, effettivamente, le indicazioni sul consenso sarebbero piuttosto opache.

Per quanto riguarda condotte del tenore di quelle realizzate da Harvey Weinstein, invece, è vero che la riforma del 2016 ha introdotto una fattispecie incentrata su situazioni di intimidazione indipendenti da minacce esplicite, ma la giurisprudenza sembra essersi orientata ad interpretazioni restrittive ed in senso oggettivo, escludendo l'applicazione a timori per la propria carriera percepiti dalla vittima senza prospettive "concrete".

Ad ogni modo, va nuovamente evidenziato che un sistema basato sul rifiuto esplicito degli atti sessuali non voluti deve affiancarvi una molteplicità di previsioni, che garantiscano la vittima anche nelle situazioni in cui non le è possibile opporre tale rifiuto, perché si trova in stato di incoscienza, o per via di situazioni coartanti ("*yes means no*"), o perché l'atto è stato compiuto insidiosamente e a sorpresa. Rispetto agli altri, il modello tedesco richiede decisamente un maggiore sforzo a livello normativo, ma se il legislatore riesce a disciplinare anche tali ipotesi, allora le differenze pratiche tra i diversi paradigmi vengono, in concreto, ad assottigliarsi notevolmente.

IV. *Postilla: cenni alle ultime frontiere del dibattito angloamericano*

12. «Guilt by accusation»*: gli Stati Uniti alle prese con le distorsioni mediatico-processuali del* #MeToo*. Femminismo e incarcerazione di massa*

Prima di tirare le fila della ricerca, pare il caso di soffermarsi telegraficamente su due profili ulteriori, a completamento della "sottotrama" del libro che ha preso le mosse con la rappresentazione, in fase introduttiva, dello "stupro" di Stanford[399] e del "sofà del produttore"[400]. In relazione a quest'ultimo è piuttosto agevole cogliere i collegamenti col tema che ci si accinge ad affrontare. Per quanto riguarda il primo caso, invece, va sottolineato che, benché sia già stato impiegato quale esempio paradigmatico delle problematiche che pongono gli atti sessuali realizzati su una persona in stato di incoscienza, esso assume interesse soprattutto in relazione ad altri aspetti, guardati con crescente interesse anche dalla scienza penalistica italiana.

Come si è accennato, il giovane protagonista della vicenda, Brock Turner, non è mai stato accusato di stupro ("*rape*"), non essendovi la prova della condotta penetrativa tipizzata, ed è stato condannato per il meno grave reato di "aggressione sessuale" ("*sexual assault*"). Nondimeno, nel racconto mediatico della vicenda lo studente è rimasto lo "*Stanford rapist*" ("lo stupratore di Stanford"), secondo una narrativa che ha certamente contribuito ad alimentare le polemiche seguite alla sua condanna a *soli* sei mesi di reclusione[401]. Lo stesso processo nei confronti di Turner sembra essere stato fortemente condizionato dalla immanente copertura televisiva: la vittima, inizialmente incline al perdono con gli ufficiali incaricati della *probation*, aveva poi decisamente mutato atteggiamento da-

[399] Per l'illustrazione dei fatti, si vedano *supra*, Introduzione e II, § 8.1.

[400] V. *supra*, Introduzione, anche per il richiamo bibliografico relativo all'espressione usata nel testo.

[401] Per un maggiore approfondimento di questi aspetti, cfr. M. Vitiello, *Revenge porn and other crime victims: is it right to blame them?*, in G.M. Caletti, K. Summerer (a cura di), *Criminalising intimate image abuse. A comparative perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2023 (in corso di pubblicazione).

vanti alle telecamere, dimostrandosi assai determinata nella ricerca di una retribuzione del torto patito[402].

La tendenza a dar luogo a paralleli processi mediatici, dai molteplici effetti perversi[403], non è certo una novità, né si limita al campo dei delitti sessuali che, tuttavia, ne costituisce senza dubbio uno dei principali terreni d'elezione. Come si è osservato[404], a partire dalla seconda metà del secolo scorso lo stupro ha goduto di una elevata visibilità, proporzionata ad una sempre maggiore percezione dello stesso come di un crimine efferato, secondo soltanto all'omicidio nelle rilevazioni criminologiche. Come altresì già evidenziato, tale rappresentazione ha a lungo coinciso con quella dello "*stranger rape*"[405], ovvero la violenza sessuale commessa da uno sconosciuto mediante l'uso di una brutale forza fisica o di una seria intimidazione.

La contrapposta figura dell'"*acquaintance rape*", invece, è stata prepotentemente portata in primo piano dal movimento americano #*MeToo*. Come noto, in seguito ad un articolo del *New York Times* relativo alle confessioni di alcune attrici e collaboratrici sugli abusi sessuali subiti dal produttore hollywoodiano Harvey Weinstein[406], attrici e attiviste hanno ideato l'utilizzo dell'*hashtag MeToo* per contrassegnare (e promuovere) sui *social media* i post di denuncia contro stupri, molestie sessuali e "*rape culture*". Ne è scaturita una mobilitazione senza precedenti, che ha dato vita ad una campagna di aperta denuncia – da parte di persone famose e non – di abusi sessuali precedentemente avvenuti[407].

---

[402] Cfr. A. Gruber, *The feminist war on crime. The unexpected role of women's liberation in mass incarceration*, cit., 180.

[403] Sui quali si appunta la penetrante disamina di V. Manes, *Giustizia mediatica. Gli effetti perversi sui diritti fondamentali e sul giusto processo*, Bologna, Il Mulino, 2022.

[404] V. *supra*, I, § 8.

[405] V. *supra*, I, § 8; III, § 3.

[406] Per una appassionante ricostruzione dello sviluppo dell'inchiesta giornalistica su Weinstein, J. Kantor, M. Twohey, *She said. Breaking the sexual harassment story that helped ignite a movement*, New York, Penguin Press, 2019.

[407] Sulla genesi, gli obiettivi e le conquiste del movimento si veda il libro di L. Hirshman, *Reckoning. The epic battle against sexual abuse and harassment*, Boston-New York, HMH, 2019. Va precisato che l'espressione "*Me Too*", che in inglese significa "anche io", era già stata usata in questo contesto da Tarana Burke

Osservandolo nel complesso, non possono tacersi alcuni effetti senz'altro positivi del #*MeToo*, come, ad esempio, l'aver contribuito a raggiungere una maggiore consapevolezza pubblica su alcuni temi, o aver dato avvio a investigazioni che hanno poi condotto a processi e condanne per abusi di notevole gravità[408].

Tuttavia, anche se alcuni eccessi critici paiono prevenuti, in una dimensione squisitamente penalistica sembrano prevalere le ombre.

Aderire al #*MeToo* raccontando la propria esperienza significa esclamare «è successo anche a me!» e, pertanto, raccontare una storia qualificandola in termini di abuso, secondo una logica di "*naming and blaming*" non troppo distante da quella che caratterizza il rimprovero penale[409]. Il movimento, dunque, ha una struttura intrinsecamente colpevolizzante, che, specialmente nella sua seconda fase di vita, ha portato ad accusare dei misfatti sessuali anche persone specifiche[410]. In questo senso, il #*MeToo* rischia di sovvertire la presunzione di innocenza: le accuse di abuso sessuale sono accettate nell'opinione pubblica come verità *implicita*, che spetta al presunto autore confutare nel merito. Non sempre, tuttavia, tale possibilità di discolparsi viene garantita al di fuori delle sedi mediatiche. In molti casi, infatti, gli episodi riportati non divengono

---

nel 2006, alla quale si deve la creazione del movimento. È stata poi resa popolare dall'attrice Alyssa Milano, che nel 2017 ha incoraggiato le donne ad usarla su *Twitter*, invitando gli utenti dei *social network* a raccontare le proprie esperienze di molestia o violenza sessuale, accompagnando il racconto con l'*hashtag* #*MeToo*. Alyssa Milano twittò per la prima volta l'espressione il 15 ottobre 2017; alla fine della giornata l'espressione era stata già usata 200.000 volte (più che raddoppiate dopo due giorni). Su *Facebook*, invece, l'*hashtag* è stato usato in 12 milioni di *post* da 4,7 milioni di persone solo nelle prime 24 ore.

[408] Cfr. T. Hörnle, *Evaluating #MeToo: the perspective of criminal law theory*, in *German Law Journal*, 2021, vol. 22, 833 ss., in particolare 846.

[409] Cfr. T. Hörnle, #*MeToo - Implications for Criminal Law?*, in *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, 2018, 115.

[410] Cfr. M.A. Franks, *A thousand and one stories: myth and the #MeToo Movement*, in B. Fileborn, R. Loney-Howes (a cura di), #*MeToo and the politics of social change*, New York, Palgrave MacMillan, 2019, 85 ss., testo nel quale, tuttavia, non manca una certa difesa del movimento, o perlomeno di molti suoi aspetti. È stata coniata anche l'espressione "*Weinstein effect*", che indica il *trend* globale ad incolpare persone famose o potenti di illeciti sessuali (v. *www.wikipedia.org/wiki/Weinstein_effect*).

oggetto di accertamento giudiziario, o perché troppo risalenti nel tempo o perché alla denuncia mediatica non si accompagna quella formale[411].

Un altro elemento di preoccupazione per i caratteri fondanti del movimento riguarda il suo fortissimo impatto emotivo. Come è emerso nelle pagine che precedono, la riforma della violenza sessuale presuppone la ricerca di un punto di equilibrio tra la tutela dell'autodeterminazione sessuale e diverse altre istanze: i principi fondamentali del diritto penale, e in particolare il principio di colpevolezza (tensione questa riassunta, come detto, nell'espressione "*rape by a rapist*"), il rispetto delle *Kulturnormen*, la libertà sessuale "positiva". Si tratta di un'operazione complessa e delicata, da condurre con estrema prudenza.

Da questo punto di vista, come è stato sottolineato in dottrina, il #*MeToo* è stato fortemente caricato di pressanti istanze morali che, amplificate dalla forte componente emozionale, potrebbero portare il dibattito giuridico a spingersi oltre il suo reale obiettivo di proteggere i diritti dei cittadini[412]. Del resto, nel corso dell'analisi, si sono già ampiamente segnalate talune pulsioni promozionali, in particolare in relazione al modello del consenso affermativo[413].

Il rischio, in definitiva, è che movimenti come quello in esame finiscano per esacerbare il dibattito, conducendo verso soluzioni irragionevolmente dure e, per certi versi, controproducenti[414].

---

[411] Su tutti questi profili, si veda il libro del notissimo penalista americano A. Dershowitz, *Guilt by accusation. The challenge of proving innocence in the age of #MeToo*, Newyork, Skyhorse Publishing, 2019, spec. 61 ss., che parte dalla confutazione di una accusa a lui personalmente rivolta di "*sexual misconduct*" per mettere a fuoco le difficoltà a dimostrare la propria innocenza nel post #*MeToo*. Peraltro, le forti pressioni mediatiche possono anche indurre l'imputato a percorrere la strada di un accordo, nel timore di ottenere un risultato molto più penalizzante nel processo. Come noto, il patteggiamento ("*plea bargain*") è uno strumento essenziale del "*justice system*" americano, che solleva anche diverse criticità. In merito, si rinvia, all'approfondimento di M. Caputo, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli, Jovene, 2009.

[412] Cfr. T. Hörnle, *Evaluating #MeToo*, cit., 846.

[413] V. *supra*, §§ 6, 8, 8.1.

[414] Cfr. A. Gruber, *#MeToo and mass incarceration*, in *Ohio State Journal of Criminal Law*, 2020, vol. 17, 2, 275 ss.

Secondo un recente studio[415], ciò sarebbe in gran parte già avvenuto in relazione alla violenza di genere e alla violenza domestica negli Stati Uniti, dove le costanti rivendicazioni femministe si sono tradotte in un quadro normativo sempre più punitivo, fatto di arresti obbligatori, estensione delle ipotesi di procedibilità di ufficio, frequenti incarcerazioni[416]. Non è difficile riconoscere in tali elementi, le linee programmatiche di un vero e proprio "diritto penale del nemico", che strumentalizza le ansie punitive per giungere a una neutralizzazione del "delinquente sessuale"[417].

Uno scenario per molti versi "distopico", che sembra potersi riassumere nella constatazione di Aya Gruber, secondo la quale «*the zealous, well-groomed female prosecutor who throws the book at "sicko" sex offenders has replaced the 1970s bra-burner as the icon of women's empowerment*»[418].

---

[415] Cfr. A. Gruber, *The feminist war on crime. The unexpected role of women's liberation in mass incarceration*, cit., *passim*.

[416] Sul ruolo dei movimenti americani per le vittime si veda anche il libro in uscita di M. Vitiello, *The Victims' Rights Movement. What it gets right, what it gets wrong*, New York, New York University Press, in corso di pubblicazione, che ne propone un bilancio equilibrato, che mette a fuoco sia i pregi che i lati oscuri.

[417] In proposito, si vedano A.M. Maugeri, *Diritto penale del nemico e reati sessualmente connotati*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2020, n. 2, 908 ss., prevalentemente incentrato sui reati commessi negli ambiti – "sessualmente connotati" – della prostituzione e della pornografia minorile, nonché Id., *I reati sessualmente connotati e diritto penale del nemico*, cit., che allarga l'indagine anche alla violenza sessuale. Intuiva il pericolo già qualche anno fa M. Donini, *Il diritto penale di fronte al nemico*, in *Cass. pen*., 2006, n. 2, 694 ss., spec. 707, dove illustra chiaramente il processo di strumentalizzazione del reo e la sua trasformazione in "nemico": «C'è un altro modo di atteggiarsi del diritto penale di lotta, e forse talora del nemico, che lo vede emergere «dentro» al diritto penale normale, quotidiano, classico, o anche a quello che è stato chiamato il diritto penale «del cittadino». Questa forma spuria, nascosta, insidiosa di diritto penale del nemico concerne tutti i possibili casi o i momenti nei quali si intenda trasformare il diritto penale ordinario (quello che reprime, per es. delitti come l'omicidio, *lo stupro* o la corruzione), da strumento di tutela (di beni) e di giustizia (verso l'autore e non solo verso le vittime) in una pura arma sociale, sì che gli autori di quei delitti vengano improvvisamente trattati come «terroristi» o come «nemici dello Stato», o comunque subendo una *capitis deminutio*, anche solo per essere considerati espressione del "male"» (corsivo di chi scrive per enfatizzare la parola "stupro"). In generale, sul tema si veda, *ex multis*, anche G. Losappio, *Diritto penale del nemico, diritto penale dell'amico e nemici del diritto penale*, in *Ind. pen*., 2007, 61 ss.

[418] Cfr. A. Gruber, *Rape, feminism, and the war on crime*, cit., 583. Si può tradurre il trafiletto citato come segue: «la procuratrice zelante e ben curata, che incrimina i molestatori sessuali "malati", ha sostituito il reggiseno bruciato degli anni Settanta come icona dell'emancipazione femminile».

13. *Le suggestioni provenienti dal Sud del mondo. Gli esperimenti in tema di* restorative justice *di Australia e Nuova Zelanda*

Un possibile, per quanto parziale, "antidoto" alle problematiche (solo) accennate nel paragrafo che precede può consistere nell'esplorazione, anche in relazione alla violenza sessuale, di forme alternative di giustizia.

La questione meriterebbe ben altro approfondimento, ma sembra comunque opportuno dare conto del fatto che alcuni ordinamenti angloamericani hanno da tempo avviato programmi sperimentali in tema, ad esempio, di "*restorative justice*" (giustizia riparativa)[419], rispetto ai quali, peraltro, si registrano significative aperture da parte di avvedute studiose femministe[420]. Il dato non va trascurato in quanto la dottrina femminista si è tradizionalmente mostrata ostile a soluzioni di questo tipo, soprattutto in relazione alla violenza domestica, argomentando che l'uso della giustizia riparativa finirebbe per trivializzare le forme di violenza contro le donne, porrebbe vittima ed accusato in una inaccettabile posizione paritaria e condurrebbe a forme di vittimizzazione sia primaria che secondaria.

La prospettiva che ha caratterizzato la presente indagine, del resto, implica sotto molti aspetti che si tenti di esplorare soluzioni di tale tenore. L'allargamento dei confini della tipicità del reato di violenza sessuale, infatti, come analizzato, finisce per guardare anche ad ipotesi non connotate soltanto da una costrizione indubitabile, ma anche da equivoci, incomprensioni, fraintendimenti sulla sussistenza del consenso[421]. E, come si è più volte evidenziato, anche la stessa relazione interpersonale tra i protagonisti del fatto viene in

---

[419] Cfr. C. McGlynn, N. Westmarland, N. Godden, *"I just wanted him to hear me": sexual violence and the possibilities of restorative justice*, in *Journal of Law and Society*, 2012, vol. 39(2), 213 ss., che descrivono i risultati di talune ricerche empiriche in Australia e Nuova Zelanda.

[420] Cfr., oltre alle Autrici citate alla nota precedente si vedano, nella letteratura femminista australiana, N. Henry, A. Flynn, A. Powell, *The promise and paradox of justice. Rape justice beyond the criminal law*, in N. Henry, A. Flynn, A. Powell, *Rape justice. Beyond the criminal law*, New York, Palgrave MacMillan, 2015, 1 ss., e, ancor più nello specifico, A. Flynn, *Sexual violence and innovative responses to justice*, *ivi*, 92 ss.

[421] V. *supra*, § 7.

qualche misura a mutare: il delitto, in altre parole, non si occupa più (solo) dello sconosciuto che "violenta" la vittima per strada – ipotesi rispetto alla quale nessuno avanzerebbe la possibilità di rivolgersi a strumenti "dialogici" –, ma soprattutto del *conoscente* che, con la sua condotta, finisce per comprimere, secondo molteplici possibili schemi, l'autodeterminazione sessuale della persona offesa.

A quest'ultima, per far valere le proprie ragioni, si è sin qui offerta soltanto la soluzione processuale. La vittima, pertanto, è consapevole che per "ottenere giustizia" dovrà sottoporsi ad un lungo *iter* processuale[422], caratterizzato da un'esasperata contrapposizione tra le parti[423]. L'imputato, infatti, per quanto possa astrattamente essere propenso a riconoscere il proprio misfatto, si difenderà con tutte le proprie energie, alimentando sospetti, ricorrendo a stereotipi, attaccando la credibilità della sua controparte, negando ferocemente ogni addebito[424]. Ciò avverrà a maggior ragione ora, viste le strette punitive degli ultimi anni, anche in relazione all'istituto della sospensione condizionale[425].

Nel caso dello "Stanford *rape*", ad esempio, la vittima si era dimostrata assai attenta a ciò che sarebbe successo al suo aggressore, comunicando all'ufficiale di *probation* anche un certo disagio in relazione ad un possibile esito carcerario della vicenda[426]. Il contesto processuale, appesantito dal "carico" mediatico, ha invece ribaltato lo scenario, sfociando in una aperta (e naturale) ostilità tra le parti.

Ferma l'impossibilità di giungere ad una riparazione intesa in senso tradizionale[427], il caso forse si sarebbe prestato a proiettarsi

---

[422] Per quanto il c.d. "Codice Rosso" abbia oggi istituito una sorta di corsia preferenziale per molti reati riconducibili alla violenza di genere, i tempi della giustizia rimangono "lunghi" e snervanti nella prospettiva di una persona che viene attinta da simili esperienze.

[423] E, non a caso, è ancora irrisolto il problema della c.d. "cifra oscura", v. *supra*, I, § 8 e II, §, 13.

[424] In proposito rimane (in gran parte) attuale la cruda ricostruzione di quanto deve sopportare la vittima di violenza sessuale realizzata da R. Farinelli, *Aspetti forensi*, in A. Cadoppi (a cura di), *Commentario delle "Norme contro la violenza sessuale" (Legge 15 febbraio 1996, n. 66)*, 1ª ed., Padova, Cedam, 1996, 375 ss.

[425] V. *supra*, I, § 11.

[426] V. *supra*, Introduzione.

[427] Sulla quale, risulta indispensabile l'ampia indagine di D. Fondaroli, *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, Giuffré, 1999.

in una dimensione maggiormente "dialogica"[428], "interpersonale"[429], nella quale, riconosciuto l'illecito, la giovane Chanel Miller avrebbe potuto "far sentire la sua voce", facendo comprendere a Brock Turner ciò che aveva subito e provato.

Il vuoto empirico, nel quale si è sin qui sviluppato il dibattito, è destinato dunque ad essere colmato ed, anzi, i risultati sembrano incoraggianti[430]. Dal canto suo, la dottrina italiana appare sempre più attenta alla giustizia riparativa[431] e, di recente, anche l'ordinamento giuridico sembra aver imboccato una strada che porterà ad un suo maggiore uso nella prassi[432]. Per quanto si tratti di un passaggio delicato, da ponderare nei minimi dettagli, le esperienze angloamericane sembrano suggerire la possibilità di introdurre, anche in relazione alla violenza sessuale, strategie non solo integrative ma anche alternative alla giustizia tradizionale, che, peraltro, potrebbero permettere di intercettare parte della imponente cifra oscura che, come noto, contraddistingue i delitti sessuali.

---

[428] Si veda, ad esempio, G. De Francesco, *Il silenzio e il dialogo. Dalla pena alla riparazione dell'illecito*, in *Leg. pen.*, 2021, n. 2, 308 ss.

[429] Cfr. M. Donini, *Le due anime della riparazione come alternativa alla pena-castigo: riparazione prestazionale* vs. *riparazione interpersonale*, in *Cass. pen.*, 2022, n. 6, 2027 ss.

[430] C. McGlynn, N. Westmarland, N. Godden, *"I just wanted him to hear me"*, cit., 220 ss.

[431] Cfr., senza pretese di esaustività, G. Mannozzi, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, Giuffrè, 2004; M. Donini, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2015, n. 2, 236 ss.; E. Mattevi, *Una giustizia più riparativa. Mediazione e riparazione in materia penale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017; C. Mazzucato, *Dalla parte di Caino per una giustizia riparativa*, Agrate Brianza, Centro Formazione e Lavoro A. Grandi, 2018.

[432] Per tutti, in relazione alle novità su questo punto nella c.d. "Riforma Cartabia, G. Mannozzi, *Nuovi scenari per la giustizia riparativa. Riflessioni a partire dalla legge delega 134/2021*, in *Arch. pen.*, 2022, n. 1, 1 ss.

Osservazioni di sintesi

I risultati delle tre parti dell'indagine sono stati compendiati al termine di ciascuna di esse. In conclusione del lavoro, dunque, occorre solo sintetizzarne i contenuti ed osservarli secondo una prospettiva finalmente "sincronica", che dia anche rilievo ad alcune delle tesi sparse lungo tutto l'approfondimento.

Lo studio si proponeva di offrire un contributo scientifico in vista del superamento della costrizione violenta quale elemento della formulazione del delitto di violenza sessuale. A tal fine, sin dagli inizi della trattazione si è messa in primo piano la stretta correlazione che ha luogo nell'ambito dei delitti sessuali tra costume, stereotipi culturali e norme penali, sottolineando a più riprese la necessità che queste ultime risultino aderenti all'evolversi delle attitudini della società[1]. Nella difficoltà, per uno studio giuridico, di ricostruire con esattezza l'attuale costume sociale in merito ai confini dello stupro, la prima parte del lavoro ha adottato una prospettiva storica, con la finalità di determinare le origini e l'evoluzione della formulazione tradizionale del reato imperniata sul paradigma della costrizione violenta.

L'approfondimento ha messo in rilievo gli indissolubili legami, risalenti già all'epoca romana, tra lo schema di incriminazione ancora in vigore ed un sistema assiologico assai lontano dalle attuali di-

[1] V. *supra*, I, § 1.

mensioni di tutela. Le modalità costitutive della condotta tipizzate dall'art. 609-*bis* c.p., e in particolare la violenza, infatti, costituiscono il corollario di una tradizione millenaria, nella quale la sessualità non era espressione di una libertà individuale, bensì un'attività vincolata al perseguimento di finalità politiche e, segnatamente, della procreazione legittima all'interno del vincolo matrimoniale. Alla donna era richiesto di difendere attraverso una strenua resistenza la propria lealtà coniugale o, in caso di giovani "in età da marito", la propria castità, a dimostrazione di una volontà fedele alle scelte familiari e, pertanto, *innocente*[2].

In proposito, l'itinerario sviluppato ha altresì evidenziato le numerose connessioni dell'onere di resistenza con i c.d. "miti dello stupro": per giustificare l'assetto normativo, la riflessione giuridica di ogni epoca ha contribuito a forgiare e consolidare luoghi comuni e pregiudizi sulla figura femminile, tutti intrisi di una marcata diffidenza nei confronti del suo (asseritamente) "indecifrabile" volere interiore.

In definitiva, il dogma – come lo si è definito – della costrizione violenta appare oggi come un retaggio storico-culturale, certamente non privo di vantaggi sui piani della tipizzazione e dell'imputazione colpevole (come, del resto, si è specificato sin dall'introduzione), ma contraddittorio rispetto ad un approccio liberale alla regolamentazione della sessualità, che dovrebbe fare del principio di autodeterminazione il perno sul quale orientare le scelte politico-criminali.

Come si è osservato, proprio sulla scorta di tale principio nella seconda metà del Novecento gli ordinamenti giuridici moderni hanno archiviato una molteplicità di incriminazioni ormai desuete (in tema, ad esempio, di adulterio, omosessualità, pornografia, ecc.)[3]. Giunti a disfarsi di quelle "anticaglie", tuttavia, vi è stata un'iniziale resistenza a intaccare il quadro di un diritto penale sessuale fi-

[2] Più avanti nel corso della trattazione, ciò è stato confermato anche dall'analisi della giurisprudenza americana di fine Ottocento ed inizio Novecento, nella quale, anche in giurisdizioni che non esplicitavano il requisito della forza, l'assenza di consenso prevista della definizione era interpretata ineluttabilmente come richiesta di una resistenza al massimo delle possibilità della vittima (v. *supra*, III, § 3).

[3] V. *supra*, I, § 8.

nalmente "minimo"[4], come testimoniano anche il dibattito tedesco[5] e americano[6]. Ma l'enfasi riposta sul consenso quale chiave di volta per tali depenalizzazioni non poteva che sollevare il problema di una riespansione penalistica, diretta a reprimere le condotte sessuali realizzate in assenza di un'adesione volontaria. Il passaggio dall'ordine delle famiglie all'autodeterminazione quale referente di tutela, infatti, sembra richiedere che quest'ultima venga protetta e presidiata anche al di fuori degli angusti confini tratteggiati dal modello tradizionale.

Ad un percepibile mutamento di sensibilità su questi temi contribuiscono anche le moderne acquisizioni delle scienze psicosociali e criminologiche, che, da un lato, mettono in luce i profondi traumi che possono essere cagionati da situazioni di coartazione indipendenti dalla violenza fisica e, dall'altro, evidenziano l'inesigibilità di una resistenza fisica all'aggressione sessuale da parte delle vittime, atteso che molte di esse sono naturalmente portate a reagire in modo passivo[7].

A conclusione della retrospettiva storica, si è osservato l'art. 609-*bis* c.p. all'interno del più ampio microcosmo normativo del contrasto alla violenza di genere, nutritosi negli anni di una pluralità di interventi di riforma (spesso originati da impulsi sovranazionali), nel quale predominano logiche di incriminazione basate sull'assenza di consenso. Rispetto alle nuove disposizioni, la formulazione della violenza sessuale appare un corpo estraneo, una scheggia di passato rimasta incardinata all'interno di una legislazione ispirata a valori moderni.

L'indagine si è allora orientata sul diritto vivente, al fine di valutare se tale contraddizione venga riproposta anche dalla prassi, nonché per stabilire, anche alla luce dei problematici casi presentati in sede introduttiva, quali fattispecie siano in concreto lasciate prive di tutela dallo schema di incriminazione fondato sulla costrizione violenta.

---

[4] V. *supra*, I, § 11.
[5] V. *supra*, III, § 9.
[6] V. *supra*, III, § 4.
[7] V. *supra*, I, § 8.

Questa seconda parte dello studio ha fatto registrare i risultati meno attesi. Dall'analisi progressiva della giurisprudenza italiana è infatti emersa una protezione a "tutto tondo" dell'autodeterminazione sessuale[8], perlomeno da parte della Corte di Cassazione[9]. Ciò peraltro avviene non solo in relazione alle ipotesi che da tempo sono state ricondotte, su suggestione delle teorie sviluppate in Germania[10], alla categoria della "violenza impropria"[11], come gli atti sessuali realizzati approfittando della sorpresa, ma anche in relazione ad ipotesi che nulla hanno a che vedere con lo schema coercitivo ancora previsto al primo comma dell'art. 609-*bis* c.p.[12]

L'analisi delle pronunce più recenti ha permesso di evidenziare un deciso cambio di passo da parte della giurisprudenza rispetto alle operazioni ortopediche da tempo segnalate dalla dottrina. Nello specifico, si sono individuate due nuove fasi interpretative, il cui denominatore comune è l'assoluta assenza di riferimenti alla violenza, ancorché smaterializzata[13].

Nella prima, la giurisprudenza si è focalizzata sull'espressione di un dissenso, ritenendo configurato il reato anche qualora la volontà di uno dei partner muti *in itinere* o un atto sia realizzato secondo modalità diverse da quelle concordate[14]. Dalla riforma del 1996 (ma, come si è detto più volte, ogni tentativo di scansione temporale risulta del tutto indicativo), l'esegesi giurisprudenziale ha dunque trasformato il dissenso da elemento "tacito" della fattispecie di violenza sessuale ad asse portante del delitto, implementando un paradigma punitivo ispirato al rifiuto espresso dell'atto sessuale (il c.d. "*no means no*" dell'esperienza americana[15]). Nel corso dell'analisi si è anche incidentalmente sostenuta la tesi per cui, laddove la Corte dovesse trovarsi ad affrontare un caso di *stealthing* – la prassi, affer-

---

[8] V. *supra*, II, §§ da 4 a 8.3.

[9] Qualche resistenza in più si ravvisa, invece, nella giurisprudenza di merito (v. *supra*, II, § 9).

[10] V. *supra*, II, § 5.

[11] V. *supra*, II, §§ 4, 4.1, 4.2, 5.

[12] Per una descrizione del quale si veda *supra*, II, § 1.

[13] La stessa sorte è spettata anche alla condotta di induzione prevista al secondo comma. V. *supra*, II, § 8.1.

[14] V. *supra*, II, §§ 6.1 e 6.2.

[15] V. *supra*, III, §§ 5 e 9.

matasi recentemente, di rimuovere fraudolentemente il preservativo a rapporto sessuale iniziato – addiverrebbe, sulla base di tali principi e precedenti, a riconoscere la responsabilità per violenza sessuale[16].

Le sentenze dell'ultimo lustro invece richiedono, affinché un atto sessuale possa definirsi lecito, una previa manifestazione esteriore di consenso da parte della persona offesa[17]. Il successivo approfondimento del dibattito angloamericano ha fornito le coordinate per ricondurre l'incriminazione (ri)definita nel "diritto penale sessuale giurisprudenziale" al discusso paradigma americano del consenso affermativo ("*affirmative consent*", di solito sintetizzato nello slogan "*only yes means yes*"), e in particolare alla sua declinazione del "consenso espressivo", che postula una estrinsecazione della volontà positiva all'interazione sessuale, per quanto non necessariamente verbale[18]. Come si è esaminato[19], si tratta di un modello di incriminazione che ha l'effetto pratico di ridurre notevolmente lo spazio applicativo dell'errore sul fatto: esso viene in larga parte "assorbito" dall'errore sul precetto penale, dal momento che quest'ultimo, secondo la riformulazione giurisprudenziale della disposizione, richiederebbe tra gli elementi costitutivi una previa adesione – espressa ed esteriorizzata – agli atti sessuali.

Così facendo, la Suprema Corte ha potuto estendere la tutela penale ad una ampia serie di intrusioni nella sfera sessuale che non sarebbe possibile ricondurre al perimetro applicativo dell'art. 609-*bis* c.p. ove venisse tassativamente osservato lo schema tradizionale. Oltre ai numerosi casi descritti, la riprova si è avuta poco più avanti nel proseguo della trattazione, in particolare con l'analisi della *case law* americana degli anni Ottanta. La prima "ondata" di riforme del delitto di "*rape*", congegnate in occasione della c.d. "*second wave*" femminista, aveva posto enfasi sul requisito legale della *forcible compulsion* (lett. "costringimento violento"), nella speranza di spostare il baricentro dell'indagine processuale sulla condotta dell'autore e mettere definitivamente da parte l'onere di resistenza[20]. Le Corti

[16] V. *supra*, II, § 6.2.
[17] V. *supra*, II, § 7.
[18] V. *supra*, III, § 8.
[19] V. soprattutto *supra*, II, § 7.
[20] V. *supra*, III, § 4.

americane hanno letto in modo assai stringente il requisito, giungendo, salvo in rarissime eccezioni, ad assolvere l'imputato anche in casi di evidente coartazione del volere della vittima[21].

Il "prezzo" di tale adeguamento della norma da parte della giurisprudenza di legittimità, tuttavia, è la riscrittura della fattispecie incriminatrice, in evidente violazione del principio di legalità e dei suoi corollari. Come si è rilevato[22], lo iato tra *disposizione* e *norma* si è ulteriormente approfondito rispetto a quanto avveniva in precedenza con la teoria della violenza "impropria". L'enunciato normativo continua a recitare che commette il reato chi «costringe con violenza o minaccia a compiere o subire atti sessuali», mentre il risultato dell'interpretazione di tale enunciato finisce per punire chiunque «compia o faccia compiere o subire a qualcuno un atto sessuale senza il suo consenso espresso»[23]. Dunque, l'assenza di consenso, requisito implicito della costrizione violenta, che ne è indice esogeno e tangibile, è divenuto nella *law in action* il baricentro dell'incriminazione. È inoltre posto in capo all'agente l'onere di accertarne la presenza, senza che alla vittima siano prescritti obblighi di rappresentazione del dissenso. In ciò si risolve, a ben vedere, la portata *affermativa* del modello assunto dalla Corte di Cassazione, che rivoluziona gli schemi comunicativi tradizionali, secondo i quali spettava alla vittima dimostrare in modo inequivocabile, attraverso la resistenza fisica, la mancata volontà di sottoporsi al contatto sessuale.

Osservando da vicino i ragionamenti della Corte, si è infine concluso per la natura analogica degli approdi ermeneutici del diritto vivente[24].

Le fondamenta storiche dell'indagine hanno consentito di evidenziare come gran parte della responsabilità per tale eversione della legalità possa essere addebitata allo stesso legislatore che, da una parte, pur essendo da tempo consolidata una concezione particolarmente "estensiva" del mezzo costrittivo della violenza, nel 1996 ha rinunciato a rimodellare il reato in linea con la nuova collocazione

---

[21] Si vedano i casi *Gonzales*, *Goldberg*, *Evans* e gli altri illustrati *supra*, III, § 4.

[22] V. *supra*, II, § 11.

[23] Per maggiori considerazioni v. *supra*, II, § 11.

[24] V. *supra*, II, § 11.

tra i reati contro la persona e, dall'altra, dopo la ratifica della Convenzione di Istanbul, non ha introdotto una definizione consensuale del delitto come da essa previsto e raccomandato[25]. Sotto quest'ultimo profilo, si è sottolineato come il percorso intrapreso dalla giurisprudenza costituisca un inedito caso di interpretazione conforme ad un obbligo positivo di criminalizzazione di provenienza sovranazionale[26].

Nondimeno, il *vulnus* al principio appare particolarmente grave.

In un ambito come quello dei rapporti sessuali, dove antichi retaggi e tradizioni continuano a svolgere un ruolo rilevante, solo un inequivocabile mutamento della legge sembra adeguato a fornire una chiara guida per orientare i comportamenti dei consociati. Per secoli, il discrimine tra un atto di piacere ed un crimine è stato tracciato dall'uso della forza fisica, al punto che, a differenza di altri ordinamenti, persino il *nomen* del reato non richiama lo stupro, bensì la violenza impiegata per ottenere l'atto sessuale[27]. Ciò ha contribuito fortemente ad identificare nell'immaginario collettivo il reato con il mezzo violento e, sebbene la riprovazione sociale del fatto sia oggi ricollegata all'assenza del consenso, è proprio alle modalità che la fantasia popolare continua a guardare per stabilire se vi è stata la commissione del reato. Va da sé che l'abbandono di uno dei dogmi più longevi del diritto penale debba essere sancito politicamente ed attuato mediante lo strumento legislativo[28].

Alla luce del quadro descritto si è dunque affermato, non senza un certo grado di provocatorietà, che la riforma dell'art. 609-*bis* c.p. non avrebbe natura strettamente "vittimocentrica", ma servirebbe soprattutto ad orientare l'eventuale reo su ciò che è consentito nell'estrinsecazione della sua libertà sessuale "positiva", nonché a "difenderlo" dalle imprevedibili applicazioni del reato nella pras-

[25] V. *supra*, II, § 10.

[26] V. *supra*, II, § 10.

[27] Come si è messo in luce, l'origine del nome si deve proprio alla polemica illuministica nei confronti dello "stupro semplice", ovvero la figura che incriminava rapporti sessuali illegittimi, anche se consensuali. V. *supra*, I, § 6.

[28] Per maggiori riflessioni sul punto, sia consentito il richiamo anche a G.M. Caletti, *Coercion by violence and its changing meaning in action. The experience of Italy*, in E. Hoven, T. Weigend (a cura di), *Consent and sexual offenses. Comparative perspectives*, Baden-Baden, Nomos, 2022, 25 ss.

si[29]. Naturalmente, come si è altresì evidenziato, una riforma appare opportuna anche al fine di garantire maggiore uniformità al diritto vivente: l'approfondimento della giurisprudenza di merito ha infatti messo in luce una certa ritrosia da parte dei tribunali a recepire gli orientamenti della Cassazione[30] (circostanza che, peraltro, si presta ad essere letta *anche* come spia del fatto che la giurisprudenza di legittimità potrebbe essersi spinta oltre, finendo per precorrere le attitudini sociali).

Appurate la necessità e, forse, anche l'improcrastinabilità di una riforma legislativa, l'indagine è venuta a concentrarsi sulle soluzioni alternative proposte nell'ambito del dibattito angloamericano. La descrizione dei diversi modelli è stata preceduta da una digressione sulle origini del reato di "*rape*" nella *common law*, che ha evidenziato molte similitudini rispetto a quanto precedentemente illustrato in relazione all'Europa continentale[31]. La lente d'ingrandimento si è poi posata sugli Stati Uniti, dando conto di alcune tendenze del loro frammentario diritto statuale e dell'evoluzione della riflessione femminista[32].

L'approfondimento non è risultato fine a sé stesso. In primo luogo, come già accennato, la parte del lavoro in oggetto ha rappresentato uno scenario di applicazione tassativa della costrizione violenta da parte delle Corti nordamericane negli anni Ottanta e Novanta, dimostrandone l'incapacità di intercettare interferenze della libertà sessuale particolarmente gravi e dissipando ogni dubbio sui limiti dell'impostazione tradizionale[33]. In secondo luogo, la retrospettiva ha consentito di osservare da vicino le radici – giuridiche e culturali – dei modelli di incriminazione basati sul consenso.

Secondo quanto si è messo in luce, ogni diverso paradigma di criminalizzazione dello stupro alternativo a quello "classico" è fortemente influenzato dall'evoluzione storica che ha condotto alla sua elaborazione. Inoltre, considerando l'approccio tradizionalmente casistico dei giuristi di *common law*, non può nemmeno trascurarsi

---

[29] Per ulteriori considerazioni in merito, v. *supra*, III, § 13.
[30] V. *supra*, II, § 9.
[31] V. *supra*, III, §§ 1, 2, 3.
[32] V. *supra*, III, §§ 4, 5, 6.
[33] V. *supra*, III, § 4.

l'incidenza di alcuni casi sull'evolversi (anche) delle leggi scritte in tema di violenza sessuale. Così l'*affirmative consent* trae origine dalla decisione del caso *M.T.S.*[34], nel quale l'imputato aveva proceduto ad una penetrazione senza un'autorizzazione espressa, ma solo sulla base di una progressione di atti preliminari. Il "*no means no*", invece, trova in *Berkowitz*[35] – nel quale la Corte aveva assolto uno studente nonostante il rapporto sessuale realizzato a fronte di reiterati rifiuti da parte della vittima – il suo caso di riferimento; mentre il modello inglese, fondato su assenza di consenso e limitazione dell'errore rilevante alle ipotesi ragionevoli, deve evidentemente molto al dibattito scaturito dalla controversa decisione sul caso *Morgan*[36].

Pertanto, quando ci si rivolge, in prospettiva comparata, a soluzioni attuate nell'ambito di esperienze straniere, sembra il caso di tenere ben presenti gli sviluppi e le influenze storiche di ciascun paradigma.

Da questo punto di vista, ad esempio, l'esplorazione del passato ha consentito di mettere chiaramente in rilievo gli stretti legami tra il modello dell'*affirmative consent* (o "*only yes means yes*") e il femminismo americano nelle sue declinazioni più radicali[37]. Tale soluzione legislativa viene sostenuta anche (e, forse, soprattutto) per *promuovere* un mutamento del costume sociale, nella speranza di incentivare i destinatari delle norme ad adottare una comunicazione sessuale più trasparente e scevra di fraintendimenti[38].

Data la chiara aspirazione promozionale del modello, ed esaminati alcuni esiti applicativi paradossali, si è escluso che l'*affirmative consent* possa costituire, al momento, una soluzione auspicabile per il nostro ordinamento, perlomeno per quanto riguarda le sue accezioni più rigide, che richiedono autorizzazioni concesse verbalmente o implicano l'adozione della dinamica dello "*stop and ask*", ovvero l'arrestarsi in prossimità di atti pregnanti per chiedere il permesso di potervi dare corso[39]. Per quanto, come ribadito più volte, non sia

[34] V. *supra*, Introduzione e III, § 5.
[35] V. *supra*, III, § 5.
[36] V. *supra*, Introduzione e III, § 10.
[37] V. *supra*, III, §§ 6, 8.
[38] V. *supra*, III, § 8.1.
[39] Per le quali v. *supra*, III, § 8.

semplice ricostruire le "*social attitudes*" correnti, lo "*yes means yes*" va dichiaratamente oltre le stesse, proponendosi appunto di incentivarne il mutamento attraverso il ricorso alla minaccia sanzionatoria. Il rischio di creare, attraverso tale inversione metodologica, uno scollamento tra il sentire sociale e la disciplina penale sarebbe decisamente elevato.

Sotto questo profilo, pare istruttiva l'esperienza spagnola che, per via dell'incertezza sul processo di riforma al momento della stesura della presente opera monografica, si è scientemente deciso di non prendere in considerazione, se non per qualche breve cenno[40]. Ebbene, occorre rilevare come la "*ley del solo sí es sí*" (la "legge del solo sì è sì"), chiaramente improntata al predetto modello del consenso affermativo, stia andando incontro ad una sorta di "crisi di rigetto" e, da quanto si apprende da recentissimi commenti "qualificati" sulla stampa, potrebbe essere oggetto di riconsiderazione a pochi mesi dalla sua introduzione: una vera e propria "riforma della riforma"[41].

Più in generale, come si è più volte rimarcato, un approccio liberale richiede che, lungi dal prestarsi a combattere "battaglie culturali", la tutela dell'autodeterminazione sessuale rimanga aderente ai principi fondamentali del diritto penale e si realizzi tenendo in considerazione anche, seppure in posizione generalmente subordinata, il diritto di libertà sessuale "positiva". In questo senso, alcune proceduralizzazioni imposte dal consenso affermativo rischiano di inibire fortemente tale declinazione dell'autodeterminazione. Al contrario, il formalismo dello "*stop and ask*" potrebbe rivelarsi idoneo a divenire la regola di condotta in altri settori, come quello della sessualità digitale[42], o in frangenti particolari, come quelli di minorata capacità a

[40] Si vedano, ad esempio, *supra* I, § 1, dove si sono menzionate le proteste di piazza nei confronti della disciplina dei delitti sessuali, nonché *supra* II, § 8.1, dove si sono affrontate le problematiche ricollegate al caso della "*Manada* di Manresa".

[41] M. Cancio Melià, *La revisión de condenas después de la reforma de los delitos sexuales*, in *El País*, 17 novembre 2022. La possibile revisione della legge è scaturita soprattutto da un suo concreto aspetto applicativo. Nonostante le intenzioni, infatti, paradossalmente la nuova legge si presenta rispetto ad alcuni casi come più favorevole; circostanza che ha aperto la possibile revisione di numerose condanne. Il dibattito apertosi, tuttavia, sembra aver coinvolto gli stessi fondamenti politico-criminali della riforma.

[42] Per un parallelismo tra sessualità fisica e virtuale sul punto dell'imputazione del consenso, v. *supra*, III, § 8.1.

prestare il consenso. Si pensi, ad esempio, a quelle ipotesi nelle quali, pur non perdendo conoscenza, la persona alla quale sono proposti gli atti sessuali è alterata dall'alcol. In questi casi, nella legge tedesca, il modello del "*no means no*" vira verso la pretesa di un consenso affermativo, non criminalizzando a prescindere gli atti sessuali ma condizionandoli all'osservanza di una cautela supplementare[43].

Il discorso si fa più articolato in relazione al "consenso espressivo" proposto da Stephen Schulhofer[44], che sembra ricalcato dalla attuale situazione del diritto vivente italiano[45]. Rispetto a tale modello, tuttavia, alcuni dubitano si tratti di una forma riconducibile al più vasto paradigma dell'*affirmative consent*. In effetti, esso si avvicina ad un modello consensualistico "puro", basato sulla mera assenza di consenso, da esso differenziandosi – perlomeno nell'applicazione giurisprudenziale italiana – solo per la notevole restrizione dell'impatto pratico dell'errore (che, non a caso, molti dei sistemi basati sull'espressione "*without consent*" circoscrivono in modo diverso, ovvero esentando soltanto i casi di errore ragionevole). Nella descrizione di Schulhofer, il modello non sembra condurre a risultati irragionevoli, ma viene non a torto accusato dai detrattori di una notevole indeterminatezza. Un aspetto che non può che destare notevoli preoccupazioni in relazione alla realtà italiana, nella quale all'applicazione del modello si è giunti per via giurisprudenziale, in assenza di un testo scritto di riferimento.

La ricerca di un equilibrio tra tutela e garanzie, riassunta nella formula "*rape by a rapist*" – non a caso coniata in senso dispregiativo nella dottrina femminista – ma anche tra le due componenti (negativa e positiva) della libertà sessuale, sembra meglio perseguita dagli altri modelli di incriminazione che sono stati presi in considerazione: quello inglese, basato sulla mera assenza del consenso, esaminato anche in relazione alla sua declinazione "colposa", e quello tedesco, improntato ad un "*no means no* temperato".

Anche in sede conclusiva, sembra necessario rimarcare che l'attuale tendenza a ridurre il dibattito alla contrapposizione tra "*no*

[43] V. *supra*, III, § 9.
[44] V. *supra*, III, § 8.
[45] V. *supra*, II, § 7.

means no" e "*yes means yes*" non rispecchia quella che, più correttamente, va intesa come una tripartizione dei moderni paradigmi di incriminazione dello stupro. Inghilterra, Canada e molte giurisdizioni statunitensi, infatti, si sono affidate ad una legislazione che non richiede l'espressione del dissenso per considerare illecito l'atto sessuale, ma nemmeno un'autorizzazione espressa per ritenerlo lecito[46]. A questo modello intermedio sembra riconducibile la proposta di riforma dei reati sessuali elaborata in seno all'Associazione dei Professori di Diritto Penale, che, sia nel delitto di violenza sessuale che di "aggressione sessuale", prevede la punizione di atti sessuali realizzati su una persona «senza il suo valido consenso»[47].

L'individuazione e l'analisi dei tre paradigmi – e delle rispettive declinazioni interne – sono avvenute a partire dalla rappresentazione di una "transazione consensuale" trifasica[48], che ha permesso di evidenziare la particolare attenzione del "modello inglese" per la volontà interiore della vittima. La diffidenza per quest'ultima soluzione, che tra tutte è appunto quella che più scava in profondità per delineare gli stati mentali dei protagonisti (e non a caso l'accertamento finisce spesso per sbilanciarsi sul versante dell'imputazione colpevole), è dovuta al timore di ricostruzioni condizionate da falsi miti e stereotipi ad opera della giuria popolare. Piuttosto che lasciare ai giurati la ricostruzione del consenso[49], la dottrina americana ritiene preferibile prestabilire una definizione di consenso, legandola a fattori esteriorizzati come un "sì" o un "no".

Tuttavia, all'esito dell'esame dei tre modelli è sembrato convincente concludere che, *in concreto*, ferme alcune esagerazioni cui possono condurre le forme più rigide di consenso affermativo, la ve-

---

[46] V. *supra*, III, § 10.

[47] Il gruppo, coordinato dal Prof. Sergio Seminara, era composto dai professor Giuliano Balbi e Marta Bertolino, nonché dalle dottoresse Malaika Bianchi, Sofia Braschi e Lara Ferla. Cfr. S. Seminara (a cura di), *Reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale*, in *www.aipdp.it*. Su questo specifico aspetto (ma non solo) dell'articolato, tuttavia, si vedano le critiche di A. Cadoppi, *Il "reato penale". Teorie e strategie di riduzione della criminalizzazione*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2022, 303 ss., secondo il quale sarebbe stato più opportuno rivolgersi verso un modello incentrato sul dissenso della persona offesa.

[48] V. *supra*, III, § 7.

[49] Aspetto che la disciplina del *SOA* del 2003 prova a mitigare attraverso una molteplicità di disposizioni (v. *supra*, III, §§ 10 e 10.1).

ra differenza tra di essi è marcata essenzialmente da un unico caso, che per comodità lungo la trattazione si è ricondotto all'esempio già descritto nell'introduzione, *M.T.S.*[50]. Nel caso si registra, da parte dell'agente, una "*escalation*" nella progressione degli atti compiuti, passando da atti sessuali certamente consensuali ad un atto che non lo è, senza che vi sia una richiesta esplicita di autorizzazione.

Secondo il consenso affermativo nelle sue accezioni più dure, difettando la manifestazione espressa di volontà da parte della persona attinta dall'atto sessuale, bisognerebbe ritenere illecita la condotta dell'imputato; mentre, applicando l'accezione del "consenso espressivo", prima di emettere un verdetto di colpevolezza, andrebbe anche verificato se non vi sia stata una forma di consenso espressa positivamente sul piano fisico da parte della denunciante. Un giudice inglese, invece, opererebbe una valutazione della ragionevolezza degli *step* intrapresi dal soggetto per desumere la consensualità di tale atto, anche alla luce del contesto, delle sue conoscenze e del rapporto pregresso tra le parti dell'interazione sessuale[51]. L'ordinamento tedesco, infine, sarebbe l'unico a ritenere quasi certamente lecita la condotta di *M.T.S.*

Rispetto a questa ricostruzione, si potrebbe obiettare che altri casi sembrano attirare risposte diverse a seconda del modello prescelto. *In astratto*, ciò è senz'altro vero. Si pensi, ad esempio, ad *Iniguez*[52], che si era precipitosamente avvicinato nudo alla sua vittima prendendola di sorpresa. In quel caso, la vittima, sveglia e cosciente, si era limitata a subire l'inatteso atto penetrativo, senza opporre un rifiuto, di talché si potrebbe considerarlo alla stregua di una lacuna del "*no means no*".

Tuttavia, per come è strutturata, la legge tedesca non richiede alla persona oggetto di attenzioni sessuali di esprimere *sempre* e comunque un dissenso esteriorizzato. Come si è esaminato[53], infatti, il § 177 dello *Strafgesetzbuch*, oltre alla fattispecie base fondata sulla "riconoscibile volontà contraria" della vittima, contempla molteplici altre ipotesi – di qui il riferimento ad un "*no means no* temperato"

[50] V. *supra*, Introduzione e III, § 5.
[51] V. *supra*, III, § 13.
[52] V. *supra*, Introduzione, III, § 5.
[53] V. *supra*, III, § 9.

– relative, ad esempio, alla commissione repentina degli atti (anche di natura penetrativa, come nel caso *Iniguez*), alla "costrizione ambientale", alle minacce implicite, allo stato di incapacità di esprimere il dissenso.

In prospettiva *de iure condendo*, dunque, la necessità di una pluralità di disposizioni costituisce uno dei principali punti fermi: la riforma dell'impianto dei delitti sessuali non può avvenire mediante una minimale modifica dell'art. 609-*bis* c.p., ma richiede un ripensamento complessivo della disciplina, che, a seconda del modello base cui si ispira, introduca anche fattispecie *ad hoc* per ipotesi particolari, che altrimenti, in assenza di previsioni espresse, sarebbero consegnate all'irrilevanza penale o, come più probabile, a nuove applicazioni analogiche da parte della giurisprudenza[54].

Ciò – si badi – non vale soltanto per il "*no means no* temperato" introdotto in Germania, come testimonia il *Sexual Offences Act* inglese del 2003, che, limitandosi alle disposizioni di diritto sostanziale, prevede più di settanta articoli. Una disciplina dei delitti sessuali basata sul consenso, infatti, richiede ad esempio che siano tratteggiate con maggiore precisione anche le condizioni perché sussistano la *capacità* e la *libertà* di prestare tale consenso[55].

Sotto il primo profilo, sembra necessaria l'elaborazione di risposte moderne, che scongiurino le assolutizzazioni nelle quali talvolta ricade la prassi, come quella per la quale se la vittima ha bevuto sostanze alcoliche, il suo consenso sarà comunque invalido, a prescindere da una effettiva compromissione della capacità[56]. Per

---

[54] V. *supra*, III, § 13.

[55] Per qualche cenno in più, v. *supra*, III, § 10.1. Sul punto, si veda la critica di A. Cadoppi, *Il "reato penale"*, cit., 305, all'articolato dell'AIPDP, che, pur orientandosi verso un modello per molti versi sovrapponibile a quello inglese, non chiarisce in quali casi il consenso deve essere ritenuto invalido. L'unica disposizione in tal senso, infatti, è l'art. 6, che prevede le condizioni di validità del consenso prestato dai minori. Si tratta di una criticità comune a molti interventi legislativi recenti nei Paesi europei, come segnala l'attenta ricostruzione di C. Kremens, *Regulating expression of consent in sexual relations*, in E. Hoven, T. Weigend (a cura di), *Consent and sexual offenses. Comparative perspectives*, Baden-Baden, Nomos, 2022, 43 ss., in particolare 53.

[56] Sul punto, ad esempio, le considerazioni di M. Papa, *Quando c'è l'ebrezza il consenso della vittima è sempre anomalo: i limiti delle nostre leggi*, in *www.repubblica.it*, 15 settembre 2017.

quanto riguarda la libertà del consenso, invece, si è sostenuto, da una parte, che la legge dovrebbe adottare un approccio restrittivo in tema di inganno, limitandosi a punire le manipolazioni che ricadono sull'oggetto del consenso, ovvero l'atto sessuale e la persona con la quale si vuole realizzarlo, e non sulle motivazioni[57]; dall'altra, si è criticato un approccio che riconduca alla dicotomia tra minaccia ed offerta la questione delle relazioni asimmetriche di potere, che potrebbe rivelarsi eccessivamente semplicistica in relazione alle dinamiche sessuali, dando conto anche delle proposte alternative del dibattito internazionale[58]. Sul tema, la riflessione non potrà che ripartire dalla recente decisione delle Sezioni Unite sull'abuso di autorità, che, come esaminato, ha riletto tale condotta secondo logiche "consensualistiche"[59].

Ma non sono questi gli unici aspetti che inducono a ritenere necessaria una disciplina organica.

Nel corso dell'indagine si è rivelato in maniera piuttosto incontrovertibile il fallimento dell'unificazione tra condotte penetrative e atti di libidine realizzata nel 1996. Essa rappresenta ancora un *unicum* nel panorama internazionale che, al contrario, sembra orientato verso una sempre maggiore graduazione (e tipizzazione) delle condotte intrusive della sfera sessuale.

Come si è esaminato, peraltro, in assenza di una definizione di atti sessuali, la prassi non è riuscita a stabilirne con certezza i contorni, avvalorando le preoccupazioni che la dottrina aveva manifestato già prima della riforma in relazione ai principi di tassatività e proporzione. Nell'analisi, si è provato anche ad osservare il problema secondo una prospettiva nuova, quella del "*fair labelling*", dimostrando attraverso l'analisi delle reazioni ad un recente caso pratico come l'opinione pubblica non condivida la classificazione quale "violenza sessuale" di alcune delle condotte che oggi integrano la fattispecie[60]. Le oscillazioni – e l'ipertrofia – della prassi non fanno che incrementare lo stato di incertezza rispetto a ciò che è consentito e ciò che non lo è.

---

[57] V. *supra*, II, § 8.2; III, § 10.1.
[58] V. *supra*, III, § 10.1.
[59] V. *supra*, II, § 8.3.
[60] V. *supra*, II, § 12.

Sempre in prospettiva *de iure condendo*, dunque, sarebbe opportuno tipizzare una pluralità di fattispecie, secondo una graduazione che tenga conto dell'atto compiuto, della sua invasività nella sfera sessuale, ma anche del mezzo utilizzato per realizzare l'atto[61]. In proposito, sulla falsariga di quanto previsto in Germania (ma non in Inghilterra), il reato commesso con violenza dovrebbe implicare un aggravamento della pena. Osservata secondo gli schemi della nostra tradizione, infatti, la questione appare componibile quasi in termini algebrici: negli atti sessuali compiuti con violenza si sommano il disvalore di evento e di azione.

In generale, una disciplina improntata ad una pluralità di reati consentirebbe di predisporre una risposta sanzionatoria più proporzionata, non solo sul piano della pena in senso stretto, ma anche delle altre conseguenze, sempre più numerose[62], che l'"etichetta" di violenza sessuale porta con sé[63].

Da ultimo, come rilevato nella "postilla" alla terza parte[64], un ampliamento dell'area dello stupro penalmente rilevante dovrebbe interrogarsi sull'eventuale elaborazione di strategie alternative. Eliminare la violenza, infatti, significa attirare nell'area penalmente rilevante anche di situazioni meno chiare persino agli stessi protagonisti dell'interazione sessuale. Ebbene, in tali frangenti, fermo il riconoscimento dell'illiceità di quanto avvenuto, potrebbero essere individuati spazi per una mediazione, che eviti il calvario processuale tanto all'imputato quanto alla stessa vittima.

---

[61] Nella dottrina italiana, si veda la tripartizione proposta da B. Romano, *Proposte di riforma nei delitti contro la sfera sessuale della persona*, in *Dir. pen. cont.*, 29 novembre 2018. Nella dottrina angloamericana (in questo caso australiana), tra i tanti, J. Rofee, *When yes actually means yes: confusing messages and criminalising consent*, in N. Henry, A. Flynn, A. Powell, *Rape justice. Beyond the criminal law*, New York, Palgrave MacMillan, 2015, 72 ss. Nella dottrina "continentale", invece, di recente, W. Jasiński, *Defining rape. In quest of the optimal solution*, in E. Hoven, T. Weigend (a cura di), *Consent and sexual offenses*, cit., 11 ss., in particolare 23-24.

[62] Per alcune delle quali v. *supra*, I, § 11.

[63] V. *supra*, II, § 12.

[64] V. *supra*, III, § 12.

Bibliografia

Aa.Vv., *La vittima del reato, questa dimenticata* (Roma 5 dicembre 2000), Roma, Atti Convegni Lincei, 2001.

Abbey A., *Sex differences in attributions for friendly behavior: do males misperceive females' friendliness?*, in *Journal of Personality and Social Psychology*, 1982, vol. 42, 830 ss.

Abukar Hayo A., *L'abuso di autorità e l'abuso di poteri nei delitti di violenza sessuale*, in *Leg. pen.*, 28 gennaio 2021.

Acalé Sánchez M., *La miopia di "vostro onore"*, in *Criminal Justice Network*, 10 novembre 2019.

Acalé Sánchez M., *La riforma dei reati sessuali in Italia vista da occhi stranieri*, in *Osservatorio contro la violenza sulle donne*, n. 1, 2020, in *Sistema penale*, 25 novembre 2020.

Agustina J.R., Panyella-Carbò M.N., *Redefiniendo los delitos sexuales facilitados mediante el uso de sustancias psicoactivas*, in *Politica Criminal*, 2020, vol. 15, n. 30, 526 ss.

Aikenhead M., *Revenge pornography and rape culture in Canada's nonconsensual distribution case law*, in J. Bailey, A. Flynn, N. Henry (cura di), *The Emerald International Handbook of Technology-Facilitated Violence and Abuse*, Bingley, Emerald Publishing, 2021, 533 ss.

Albert M.D., *State v Baby: one step forward for Maryland. Protecting a woman's right to withdraw consent, but sending a conflicting message to appellate courts reviewing multiple-conviction cases*, in *Maryland Law Review*, 2009, vol. 68, 1019 ss.

Aleo S., Lanza E., *L'ampliamento degli spazi di discrezionalità del giudice nella determinazione della pena, dal codice Rocco ai giorni nostri,*

come sintomo della trasformazione penale, in *Ind. pen.*, 2017, n. 3, 853 ss.

Alessandri A., *La falsità delle valutazioni di bilancio secondo le Sezioni unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1479 ss.

Alexander D., *Twenty years of Morgan: a criticism of the subjectivist view of mens rea and rape in Great Britain*, in *Pace International Law Review*, 1995, vol. 7, 1, 207 ss.

Allegrezza S., *La riscoperta della vittima nella giustizia penale europea*, in S. Allegrezza, H. Belluta, M. Gialuz, L. Luparia, *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Torino, Giappichelli, 2012, 1 ss.

Amarelli G., *Pornografia minorile: le Sezioni unite elidono retroattivamente il pericolo di diffusione*, in *Giur. it.*, 2019, n. 5, 1207 ss.

Amati E., *L'enigma penale. L'affermazione politica dei populismi nelle democrazie liberali*, Torino, Giappichelli, 2020.

Amato G., *Se è chiara la direzione sessuale dell'atto anche il bacio sulla guancia è reato*, in *Guida dir.*, 1998, n. 25, 134 e ss.

Ambrosini G., *Le nuove norme sulla violenza sessuale*, Torino, Utet, 1997.

Ambrosini G., *Violenza sessuale (voce)*, in *Digesto disc. pen.*, 4ª ed., Torino, Utet, 1999, 286 ss.

Amir M., *Patterns in forcible rape*, Chicago, University of Chicago Press, 1971.

Anderson M.J., *Reviving resistance in rape law*, in *University of Illinois Law Review*, 1998, 953 ss.

Anderson M.J., *From chastity requirement to sexuality license: Sexual consent and a new rape shield law*, in *George Washington Law Review*, 2002, vol. 70, 1, 51 ss.

Anderson M.J., *The legacy of the prompt complaint requirement, corroboration requirement, and cautionary instructions on campus sexual assault*, in *Boston University Law Review*, vol. 84, 2004, 945 ss.

Anderson M.J., *All-American rape*, in *St. John's Law Review*, 2005, vol. 79, 625 ss.

Anderson M.J., *Negotiating sex*, in *Southern California Law Review*, 2005, vol. 78, 1401 ss.

Andrias R.T., *Rape myths: a persistent problem in defining and prosecuting rape*, in *Criminal Justice*, vol. 7, 2, 1992, 2 ss.

Antolisei F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. I, 5ª ed., Milano, Giuffré, 1966.

Antolisei F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. I, 8ª ed., Milano, Giuffré, 1981.

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. I, 9ª ed., Milano, Giuffré, 1986.

ARCHARD D., *"A nod's as good as a wink". Consent, convention, and reasonable belief*, in *Legal Theory*, 1997, vol. 3, 273 ss.

ARCIDIACONO E., SELMINI R., *Le denunce per violenza sessuale in Europa e negli Usa: alcuni spunti di riflessione*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 2014, vol. 37, n. 1, 5 ss.

ASHWORTH A., *The elasticity of mens rea*, in C. TAPPER (a cura di), *Crime, proof and punishment. Essays in memory of Sir Rupert Cross*, Londra, Butterworths, 1981, 53 ss.

ASHWORTH A., *Principles of criminal law*, 3ª ed., Oxford, Oxford University Press, 1999.

ASHWORTH A., *Positive obbligations in criminal law*, Oxford, Hart Publishing, 2015.

ASHWORTH A., HORDER J., *Principles of criminal law*, 7ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2013.

ATTWOOD F., *Mainstreaming sex: the sexualization of western culture*, Londra-New York, Tauris Accademic Studies, 2009.

BAKER K., *Gender and emotion in criminal law*, in *Harvard Journal of Law and Gender*, 2005, vol. 28, 447 ss.

BALBI G., *Violenza sessuale*, in *Enc. Giur.*, Treccani, Roma, 1998, 1 ss.

BALBI G., *I reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale in una prospettiva di riforma*, in *Sistema penale*, 3 marzo 2020.

BALOS B., FELLOWS M., *Guilty of the crime of trust: non-stranger rape*, in *Minnesota Law Review*, 1991, vol. 75, 599 ss.

BALZARINI M., *Violenza (diritto romano)* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffré, 1993, 830 ss.

BANDES A., *Child rape, moral outrage, and the death penalty*, in *Northwestern University Law Review*, 2008, vol. 103, 17 ss.

BARGH J.A., RAYMOND P., *The naïve misuse of power: nonconscious sources of sexual harassment*, in *Journal of Social Issues*, 1995, vol. 51, 85 ss.

BARKOW R.E., *Prisoners of politics. Breaking the cycle of mass incarceration*, Cambridge Massachusetts, Harvard University Press, 2019.

BARNI M., *Sessualità e medicina legale*, in G. CANEPA, M. LAGAZZI (a cura di), *I delitti sessuali*, Padova, Cedam, 1988, 47 ss.

BARTOLI R., *Lettera, precedente, scopo. Tre paradigmi interpretativi a confronto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, n. 4, 1769 ss.

BARTOLI R., *Legalità europea* versus *legalità nazionale? Un tentativo di possibile integrazione*, in C.E. PALIERO, S. MOCCIA, G. DE FRANCESCO, G. INSOLERA, M. PELISSERO, R. RAMPIONI, L. RISICATO (a cura di), *La cri-*

si della legalità. Il sistema vivente delle fonti penali, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, 283 ss.

Bartoli R., *Nuovi scenari della legalità. Tra regole ermeneutiche, giustiziabilità dell'analogia, nomofilachia e mutamento sfavorevole*, in *Sistema penale*, 28 giugno 2022.

Bartolo da Sassoferrato, *In secundum Digesti novi partem (commentaria)*, Venetiis, 1585.

Bartolucci D., Parziale C., *La violenza sessuale tra le avances e le molestie*, Milano, Munari Cavani Publishing, 2020.

Basile F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, Giuffrè, 2010.

Basile F., *Violenza sulle donne: modi e limiti dell'intervento penale*, in *Dir. pen. cont.*, 11 dicembre 2013.

Basile F., *La tutela delle donne dalla violenza dell'uomo: dal Codice Rocco… al Codice Rosso*, in *Dir. pen. Uomo*, 20 novembre 2019.

Beccaria C., *Dei delitti e delle pene* (a cura di G.D. Pisapia), (Livorno, 1764) Milano, Giuffrè, (ristampa) 1973.

Belfiore E.R., *Contributo alla teoria dell'errore in diritto penale*, Torino, Giappichelli, 1997.

Belluta H., Luparia L., *La parabola ascendente dell'istruttoria in appello nell'esegesi "formante" delle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2017, n. 3, 151 e ss.

Beltrani S., Marino R., *Le nuove norme sulla violenza sessuale. Commento sistematico alla L. 15 febbraio 1966, n. 66*, Napoli, Simone, 1997.

Ben-David S., Schneider O., *Rape perceptions, gender role attitudes, and victim perpetrator acquaintance*, in *Sex Roles*, 2005, vol. 53, 385 ss.

Bene T., *Forme di* bias *nel sistema di tutela delle donne vittima di violenza*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2021, n. 3, 125 ss.

Bennett T., *Consent interruptus: rape law and cases of initial consent*, in *Flinders Law Journal*, 2017, vol. 19, 145 ss.

Bergelson V., *Conditional rights and comparative wrongs: more on the theory and application of comparative criminal liability*, in *Buffalo Criminal Law Review*, 2004, vol. 44, 567 ss.

Berger V., *Man's trial, woman's tribulation: Rape cases in the courtroom*, in *Columbia Law Review*, 1977, vol. 77, 1, 1 ss.

Berger V., *Rape law reform at the millennium*, in *Buffalo Criminal Law Review*, 2000, vol. 3, 513 ss.

Berliner D., *Rethinking the reasonable belief defense to rape*, in *Yale Law Journal*, 1991, vol. 100, 2687 ss.

Bernardi A., *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, Torino, Giappichelli, 2010.

Bernardi S., sub *art. 558*-bis *c.p.*, in E. Dolcini, G. Gatta (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. III, 5ª ed., Milano, Ipsoa, 2021, 643 ss.

Bernardi S., *Le Sezioni unite chiariscono i limiti della (ir)rilevanza della pornografia domestica ai sensi dell'art. 600*-ter *c.p.*, in *Sistema penale*, 25 febbraio 2022.

Bertaccini D., Pavisic B., *I reati contro la libertà sessuale e la morale sessuale nel diritto penale croato*, in *Critica del diritto*, 2002, n. 3-4, 303 ss.

Bertolino M., *I reati contro la libertà sessuale tra codice e riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1464 ss.

Bertolino M., *Libertà sessuale e tutela penale*, Milano, Giuffré, 1993.

Bertolino M., *La violenza sessuale tra presente e futuro*, in A. Cadoppi (a cura di), *Commentario delle "Norme contro la violenza sessuale" (Legge 15 febbraio 1996, n. 66)*, 1ª ed., Padova, Cedam, 1996, 383 ss.

Bertolino M., *La riforma dei reati di violenza sessuale*, in *Studium Iuris*, 1996, 401 ss.

Bertolino M., *Garantismo e scopi di tutela nella nova disciplina dei reati di violenza sessuale*, in *Jus*, 1997, 51 ss.

Bertolino M., *Libertà sessuale e* blue-jeans, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 692 ss.

Bertolino M., *La tutela penale della persona nella disciplina dei reati sessuali*, in L. Fioravanti (a cura di), *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, Milano, Giuffré, 2001, 159 ss.

Bertolino M., *Il trattamento del delinquente sessuale tra legislazione e prassi. Introduzione al focus*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 1805 ss.

Bertolino M. (a cura di), *Verso la riforma dei reati sessuali. Parte I: i reati* stricto sensu *sessuali*, in *www.aipdp.it*, 2018.

Biaggioni E., *Reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale, tra esigenze reali e stereotipi*, in C. Pecorella (a cura di), *Donne e violenza. Stereotipi culturali e prassi giudiziarie*, Torino, Giappichelli, 2021, 55 ss.

Biaggioni E., *La difficile posizione delle vittime di violenza sessuale. L'insostenibile confronto con il pregiudizio sulla scarsa attendibilità della persona offesa e lo stereotipo dello stupratore modello*, in *Sistema penale*, 22 luglio 2022.

Bianchi M., *I confini della repressione penale della pornografia minorile. La tutela dell'immagine sessuale del minore tra esigenze di protezione e istanze di autonomia*, Torino, Giappichelli, 2019.

Bienen L., *Rape III*, in *Women's rights law reporter*, 1977, vol. 3, 90 ss.

Bienen L., *Rape reform legislation in the United States: a look at some practical effects*, in *Victimology*, 1983, vol. 8, 139 ss.

Blackstone W., *Commentaries on the laws of England*, vol. IV, *Of public wrongs* (1769), Chicago-Londra, University of Chicago Press, 1979.

Bobbio N., *Libertà* (voce), in *Enciclopedia del Novecento*, Roma, Treccani, 1978, ora in *www.treccani.it*.

Bohn T., *Yes, then no, means no: current issues, trends, and problems in post-penetration rape*, in *Northern Illinois University Law Review*, 2004-2005, vol. 25, 151 ss.

Bonetti M., Galluccio A., *Profili specifici sull'Art. 8*, in G. Ubertis, F. Viganò (a cura di), *Corte di Strasburgo e diritto penale*, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 2022, 327 ss.

Bonini S., *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

Borgogno R., *Il delitto di violenza sessuale*, in F. Coppi (a cura di), *I reati sessuali. I reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali*, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 2007, 81 ss.

Borsari R., *Diritto penale, creatività e codisciplinarità*, Padova, Cedam, 2013.

Bossi E., *De pluribus violentiis*, in *Tractatus varii*, Venetiis, 1570.

Botta F., *"*Per vim inferre*"*, *Studi su* stuprum *violento e* raptus *nel diritto romano e bizantino*, Cagliari, Edizioni AV, 2004.

Botta F., Stuprum per vim illatum. *Violenza e crimini nel diritto classico e dell'occidente tardoantico*, in F. Lucrezi, F. Botta, G. Rizzelli, *Violenza sessuale e società antiche. Profili storico-giuridici*, 2ª ed., Lecce, Edizioni del Grifo, 2011, 85 ss.

Botto M., Rape as torture: *la lotta alla* gender-based violence *che passa attraverso la proibizione della tortura*, in *Criminalia*, 2022 (in corso di pubblicazione).

Botto M., Caletti G.M., *Osservatorio Corte europea dei diritti dell'uomo (Art. 3)*, in *Ind. pen.*, 2022, n. 1, *online*, 7 ss.

Bourke J., *Stupro. Storia della violenza sessuale dal 1860 ad oggi*, tr. it. di M.G. Cavallo, L. Fantoni e P. Falcone, Roma-Bari, Laterza, 2009.

Boyle K., *What's in a name? Theorising the inter-relationships of gender and violence*, in *Feminist Theory*, 2019, vol. 20, 1, 19 ss.

Branca G., *Adulterio (diritto romano)* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffré, 1958, 620 ss.

Braschi S., *La violenza sessuale con abuso di autorità al vaglio delle sezioni unite*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, n. 1, 45 ss.

Bressanelli C., *La violenza di genere fa il suo ingresso nella giurisprudenza di legittimità. Le Sezioni unite chiariscono l'ambito di applicazione dell'art. 408, co. 3 bis c.p.p.*, in *Dir. pen. cont.*, 21 giugno 2016.

Bricola F., *Le aggravanti indefinite (legalità e discrezionalità in tema di circostanze del reato)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, 1019 ss.

Bricola F., *Tutela penale della pubblica amministrazione e principi costituzionali*, in *Temi*, 1968, 566 ss.

Bricola F., *Legalità e crisi*, in *Quest. crim.*, 1980, 179ss.

Bricola F., *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in *Quest. crim.*, 1981, 445 ss.

Brodsky A., *Rape-Adjacent: imagining legal responses to nonconsensual condom removal*, in *Columbia Journal of Gender and Law*, 2017, vol. 32, 2, 183 ss.

Brown W., *Finding the man in the state*, in *Feminist Studies*, 1992, vol. 18, 7, 17 ss.

Brownmiller S., *Against our will: men, women and rape*, New York, Simon and Schuster, 1975.

Brownmiller S., *Contro la nostra volontà*, Milano, Bompiani, 1976 (trad. it. a cura di A. D'Anna).

Brunelli D., *Il sequestro di persone a scopo di estorsione*, Padova, Cedam, 1995.

Brunelli D., *Bene giuridico e politica criminale nella riforma dei reati a sfondo sessuale*, in F. Coppi (a cura di), *I reati sessuali. I reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali*, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 2007, 37 ss.

Bryden D.P., *Redefining rape*, in *Buffalo Criminal Law Review*, 2000, vol. 3, 317 ss.

Bryden D.P., Lengnick S., *Rape in the criminal justice system*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, 1997, vol. 87, 1194 ss.

Bryson N., *Two narratives of rape in the visual arts: Lucretia and the sabine women*, in S. Tomaselli, R. Porter (a cura di), *Rape. An historical and social enquiry*, Oxford-New York, Basil Blackwell, 1986, 152 ss.

Burgess-Jackson K., *A History of Rape Law*, in Id. (a cura di), *A most detestable crime. New philosphical essays on rape*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1999, 15 ss.

Burkholder Walsh N., *The collusion of consent, force, and mens rea in withdrawal of consent rape cases: the failure of In Re John Z*, in *Whittier Law Review*, 2004-2005, vol. 26, 224 ss.

Butler S., *The Authoress of the Odissey*, Londra, Longmans Green and Co., 1897.

Cadoppi A., *Il reato omissivo proprio*, Padova, Cedam, 1988.
Cadoppi A., Mens Rea, in *Digesto disc. pen.*, vol. VII, Torino, Utet, 1993, 618 ss.
Cadoppi A., *Moralità pubblica e buon costume (delitti contro la) (diritto anglo-americano)*, in *Digesto disc. pen.*, vol. VIII, Torino, Utet, 1994, 187 ss.
Cadoppi A., *Riflessioni critiche intorno alla nuova legge sulla violenza sessuale*, in *Critica dir.*, 1996, 127 ss.
Cadoppi A., *Art. 3*, in Id. (a cura di), *Commentario delle "Norme contro la violenza sessuale" (Legge 15 febbraio 1996, n. 66)*, 1ª ed., Padova, Cedam, 1996, 23 ss.
Cadoppi A., *Art. 7*, in Id. (a cura di), *Commentario delle "Norme contro la violenza sessuale" (Legge 15 febbraio 1996, n. 66)*, 1ª ed., Padova, Cedam, 1996, 185 ss.
Cadoppi A. (a cura di), *Il problema delle definizioni legali nel diritto penale:* omnis definitio in iure periculosa*?*, Padova, Cedam, 1996.
Cadoppi A., *La genesi delle fattispecie penali. Una comparazione tra* civil law *e* common law, in G. Fiandaca (a cura di), *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Padova, Cedam, 1997, 164 ss.
Cadoppi A., *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione* in action *della legalità*, Torino, Giappichelli, 1999.
Cadoppi A., *Presentazione*, in Id. (a cura di), *La violenza sessuale a cinque anni dalla legge n. 66/96. Profili giuridici e criminologici*, Padova, Cedam, 2001, 1 ss.
Cadoppi A., *Art. 3*, in Id. (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, 3ª ed., Padova, Cedam, 2002, 27 ss.
Cadoppi A., *Art. 609-*bis *c.p.*, in Id. (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, 4ª ed., Padova, Cedam, 2006, 439 ss.
Cadoppi A., *"Un bacio è solo un bacio". Alla ricerca di una più appropriata tipizzazione dei reati sessuali*, in *Ind. pen.*, 2012, 31 ss.
Cadoppi A., *Tra storia e comparazione. Studi di diritto penale comparato*, Milano, Cedam-Wolters Kluwer, 2014.
Cadoppi A., *La violenza sessuale alla ricerca della tassatività perduta*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 1469 ss.
Cadoppi A., *Giurisprudenza e diritto penale*, in *Digesto disc. pen.*, IX agg., Milano, Utet, 2016, 407 ss.
Cadoppi A., *Cassazione e legalità penale. Presentazione*, in Id. (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, Roma, Dike, 2017, 1 ss.

Cadoppi A., *Il "reato penale". Teorie e strategie di riduzione della criminalizzazione*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2022.

Cadoppi A., McCall Smith A., *Introduzione allo studio del diritto penale scozzese*, Padova, Cedam, 1995.

Cadoppi A., Vitiello M., *A kiss is just a kiss, or is it? A comparative look at Italian and American sex crimes*, in *Seton Hall Law Review*, 2010, 191 ss.

Cadoppi A., Veneziani P., Mazzacuva Fr. (a cura di), *Laicità e diritto penale nella recente giurisprudenza costituzionale*, Bologna, Bononia University Press, 2022.

Calame C., *Eros inventore e organizzatore della società greca antica*, in Id. (a cura di), *L'amore in Grecia*, Roma-Bari, Laterza, 1983, ix ss.

Caletti G., Del Pra G., Fojadelli A., Gazerro M.L., Serena A., *Il comportamento sessuale degli italiani (indagine su campioni rappresentativi della popolazione)*, Bologna, Calderini, 1976.

Caletti G.M., "Revenge porn" *e tutela penale. Prime riflessioni sulla criminalizzazione specifica della pornografia non consensuale alla luce delle esperienze angloamericane*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2018, n. 3, 63 ss.

Caletti G.M., *Libertà e riservatezza sessuale all'epoca di* Internet. *L'art. 612*-ter *c.p. e l'incriminazione della pornografia non consensuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 2045 ss.

Caletti G.M., *Can affirmative consent save "revenge porn" laws? Lessons from the Italian criminalization of non-consensual pornography*, in *Virginia Journal of Law and Technology*, 2021, vol. 25, 3, 112 ss.

Caletti G.M., Recklessness (voce), in M. Donini (a cura di), *Reato colposo*, in *Enciclopedia del Diritto, I Tematici*, II-2021, Milano, Giuffré, 1047 ss.

Caletti G.M., *Coercion by violence and its changing meaning in action. The experience of Italy*, in E. Hoven, T. Weigend (a cura di), *Consent and sexual offenses. Comparative perspectives*, Baden-Baden, Nomos, 2022, 25 ss.

Caletti G.M., *Italy* (National report), in E. Hoven, T. Weigend (a cura di), *Consent and sexual offenses. Comparative perspectives*, Baden-Baden, Nomos, 2022, 197 ss.

Caletti G.M., *Modelos de criminalización de la pornografía no consentida. Reflexiones sobre diversos enfoques político-criminales de los sistemas angloamericanos y de los países de la Europa continental a la luz de la ley italiana* (in corso di pubblicazione).

Cancio Melià M., *Guerra cultural y reforma de los delitos sexuales*, in *El País*, 7 giugno 2022.

Cancio Melià M., *La revisión de condenas después de la reforma de los delitos sexuales*, in *El País*, 17 novembre 2022.

Canepa G., *Introduzione allo studio criminologico della delinquenza sessuale*, in G. Canepa, M. Lagazzi (a cura di), *I delitti sessuali*, Padova, Cedam, 1988, 1 ss.

Canestrari S., *L'illecito penale preterintenzionale*, Padova, Cedam, 1989.

Canestrari S., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, Giuffrè, 1999.

Canestrari S., *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in E. Dolcini, C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, Giuffré, 2006, 139 ss.

Canestrari S. (a cura di), *Laicità e diritto*, Bologna, Bononia University Press, 2007.

Canestrari S., *Principi di biodiritto penale*, Bologna, Il Mulino, 2015.

Canestrari S., *La legge n. 219 del 2017 in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, in *Leg. pen.*, 19 dicembre 2018, 1 ss.

Canestrari S., *Ferite dell'anima e corpi prigionieri. Suicidio e aiuto al suicidio nella prospettiva di un diritto liberale e solidale*, Bologna, Bononia University Press, 2021.

Canestrari S., Cornacchia L., De Simone G., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 2ª ed., Bologna, Il Mulino, 2017.

Cantarella E., (voce) *Prostituzione*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Utet, 1966, 225 ss.

Cantarella E., *Studi sull'omicidio in diritto greco e romano*, Milano, Giuffré, 1976, 129 ss.

Cantarella E. (a cura di), *Il potere femminile, storia e teoria*, Milano, Il Saggiatore, 1977.

Cantarella E., *Spunti di riflessione critica su* hybris *e* timè *in Omero*, in H.J. Wolff (a cura di), *Symposion 1979. Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte*, Köln-Wien, 1983, 85 ss.; (ora anche) in A. Maffi, L. Gagliardi (a cura di), *Eva Cantarella. Diritto e società in Grecia e a Roma. Scritti scelti*, Milano, Giuffré, 2011, 75 ss.

Cantarella E., *Secondo natura. La bisessualità nel mondo antico*, Roma, Editori Riuniti, 1988.

Cantarella E., *Donne di casa e donne sole in Grecia: sedotte o seduttrici?*, in Uglione R. (a cura di), *Atti del Convegno nazionale di studi su La donna nel mondo antico. Torino, 18-19-20 aprile 1988*, Torino, Re-

gione Piemonte, 45 ss.; (ora anche) in A. Maffi, L. Gagliardi (a cura di), *Eva Cantarella. Diritto e società in Grecia e a Roma. Scritti scelti*, Milano, Giuffré, 2011, 765 ss.

Cantarella E., *La causa d'onore dalla «*Lex Iulia*» al Codice Rocco*, in Aa.Vv., *Testimonium Amicitiae*, Milano, 1992, 73 ss.; (ora anche) in A. Maffi, L. Gagliardi (a cura di), *Eva Cantarella. Diritto e società in Grecia e a Roma. Scritti scelti*, Milano, Giuffré, 2011, 553 ss.

Cantarella E., *Itaca. Eroi, donne, potere tra vendetta e diritto*, Milano, Feltrinelli, 2002.

Cantarella E., *I reati sessuali nel diritto ateniese. Alcune considerazioni su «*moicheia*» e violenza sessuale*, in Aa.Vv., *"*Iuris Vincula*". Studi in onore di Mario Talamanca*, Napoli, Jovene, 2002, 375 ss.; (ora anche) in A. Maffi, L. Gagliardi (a cura di), *Eva Cantarella. Diritto e società in Grecia e a Roma. Scritti scelti*, Milano, Giuffré, 2011, 373 ss.

Cantarella E., *L'amore è un Dio. Il sesso e la polis*, Milano, Feltrinelli, 2007.

Cantarella E., *L'ambiguo malanno. Condizione e immagine della donna nell'antichità greca e romana*, Milano, Feltrinelli, 2010.

Canzio G., *Crisi della nomofilachia e prospettive di riforma della Cassazione*, in A. Cadoppi (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, Roma, Dike, 2017, 329 ss.

Cappai Michela, *Guida alle norme contro la violenza sessuale*, Cagliari, Punto di fuga editore, 1997.

Cappai Michele, *La qualificazione delle "violenze" prive di un contatto* corpore corpori *alla prova della recente giurisprudenza in tema di atti sessuali*, in *Dir. pen. cont. Riv. Trim.*, 2017, n. 2, 43 ss.

Caputo M., *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli, Jovene, 2009.

Caputo M., *La mossa dello struzzo: i segnali di allarme tra* willful blindness *e dolo come volontà*, in *Giur. it.*, 2016, n. 10, 2252 ss.

Carbone V., *Alla ricerca dell'arte del giudicare: perché i giudici credono ancora alla* vis grata puellae*?*, in *Corr. giur.*, 1999, n. 3, 371 ss.

Card R., Gillespie A.A., Hirst M., *Sexual offences*, Bristol, Jordans, 2008.

Cardinale N.M., *Il rapporto del GREVIO sull'applicazione della Convenzione di Istanbul: il lavoro ancora da fare*, in *Criminal Justice Network*, 13 maggio 2021.

Cardinale N.M., *Troppi stereotipi di genere nella motivazione di una sentenza assolutoria per violenza sessuale di gruppo: la Corte EDU condanna l'Italia per violazione dell'art. 8*, in *Sistema penale*, 14 giugno 2021.

Carey C., *Rape and adultery in Athenians law*, in *Classical Quarterly*, 1995, vol. 45, 407 ss.

Carmignani G., *Accusa di stupro violento* (1831), in *Cause celebri discusse dal cav. Commentatore Giovanni Carmignani*, vol. III, Pisa, F.lli Nistri, 1845, 311 ss.

Carmignani G., *Elementi di diritto criminale*, vol. II, Milano, Sanvito Editore, 1863.

Carmona A., *Le nuove norme a tutela della libertà sessuale: problemi di diritto intertemporale*, in *Cass. pen.*, 1998, 992 ss.

Caroli P., Geneuss J., *La rimozione fraudolenta del preservativo come aggressione sessuale. Lo* Stealthing *davanti al giudice penale*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2021, n. 1, 136 ss.

Carrara F., *Programma del corso di diritto criminale dettato nella R. Università di Pisa. Parte speciale*, vol. II, 3ª ed., Lucca, Giusti, 1873.

Carrara F., *Programma del corso di diritto criminale dettato nella R. Università di Pisa. Parte speciale*, vol. II, 9ª ed., Firenze, F.lli Cammelli, 1908.

Cartabia M., *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, 3564 ss.

Cartabia M., Violante L., *Giustizia e mito. Con Antigone, Edipo e Creonte*, Bologna, Il Mulino, 2018.

Cassese A., *The prohibition on torture or inhuman or degrading treatment or punishment*, in R.S.J. MacDonald, F, Matscher, H. Petzold (a cura di), *The European system for the protection of human rights*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 225 ss.

Castronuovo D., *La colpa penale*, Milano, Giuffré, 2009.

Cattaneo M.A., *Illuminismo e legislazione*, Milano, Ed. di Comunità, 1966.

Cavaliere A., *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale. Contributo ad una sistematica teleologica*, Napoli, Jovene, 2000.

Cavina M., *Nozze di sangue. Storia della violenza coniugale*, Roma-Bari, Laterza, 2011.

Cazzetta G., *"Colpevole col consentire". Dallo stupro alla violenza sessuale nella penalistica dell'Ottocento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 424 ss.

Cazzetta G., Praesumitur seducta. *Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna*, Milano, Giuffré, 1999.

Cerrato D., *La cultura dello stupro: miti antichi e violenza moderna*, in Jaime de Pablos M.E. (a cura di), *Epistemologia feminista: mujeres e identitad*, Siviglia, Arcibel Editores, 2011, 432 ss.

Cerqua L.D., *Considerazioni in tema di violenza carnale*, in *Giur. mer.*, 1984, 135 ss.

Chalmers J., Leverick F., *Fair labelling in criminal law*, in *Modern Law Review*, 2008, vol. 71, 217 ss.

Chamallas M., *Consent, equality, and the legal control of sexual conduct*, in *South California Law Review*, 1988, vol. 61, 777 ss.

Charlesworth H., *The mid-life crisis of the Universal Declaration of Human Rights*, in *Washington and Lee Law Review*, 1998, vol. 55, 3, 781 ss.

Charlow R., *Bad acts in search of a mens rea: anatomy of a rape*, in *Fordham Law Review*, 2002, vol. 71, 263 ss.

Chinkin C., *Women, rights of, international protection*, in R. Wolfrum (a cura di), *The Max Planck encyclopedia of public international law*, vol. X, Oxford, Oxford University Press, 891 ss.

Cino da Pistoia, *Super Codice et Digesto veteri lectura*, Francoforti ad Moenum, 1578.

Citron D.K., *Law's expressive value in combating cyber gender harassment*, in *Michigan Law Review*, 2009, vol. 108, 373 ss.

Citron D.K., *Hate crimes in Cyberspace*, Cambridge Massachusetts-Londra, Harvard University Press, 2014.

Citron D.K., *Sexual Privacy*, in *Yale Law Journal*, 2019, 1895 ss.

Citron D.K., *Why sexual privacy matters for trust*, in *Washington University Law Review*, 2019, vol. 96, 1189 ss.

Cocco G., *Può costituire reato la detenzione di pornografia minorile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 863 ss.

Cocco G., *La lotta senza esclusione di colpi contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile. Le questioni dell'*error aetatis *e del concetto di pornografia minorile*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 1802 ss.

Cocco G. (a cura di), *Per un manifesto del neoilluminismo penale*, Padova, 2016.

Cole A., *International criminal law and sexual violence. An overview*, in C. McGlynn, V.E. Munro (a cura di), *Rethinking Rape Law*, Abingdon Oxon, Routledge, 2010, 47 ss.

Colombo C., *Violenza sessuale e vittime del reato. Breve* excursus *giuridico-scientifico*, in *Riv. pen.*, 2006, 521 ss.

Colli A., *La tutela della persona nella recente legge sulla violenza sessuale all'epilogo di un travagliato cammino legislativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1163 ss.

Consulich F., *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, Torino, Giappichelli, 2018.

Contieri E., *La congiunzione carnale violenta*, 2ª ed., Milano, Giuffré, 1967.

Coppi F., *I reati sessuali e i reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù nella legislazione penale italiana*, in Id. (a cura di), *I reati*

sessuali. I reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 2007, 3 ss.

Cornacchia L., *La vittima nel diritto penale contemporaneo. Tra paternalismo e legittimazione del potere coercitivo*, Roma, Aracne, 2012.

Cornacchia L., *Vittima e giustizia criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1760 ss.

Correa Camargo B., Renzikowski J., *The concept of an "act of sexual nature" in criminal law*, in *German Law Journal*, 2021, vol. 21, 753 ss.

Cortesi M.F., La Rosa E., Parlato L., Selvaggi N. (a cura di), Flor R. (coord.), *Sistema penale e tutela delle vittime tra diritto e giustizia*, Milano, DiPLaP, 2015.

Coy M., Kelly L., Vera-Gray F., Garner M., Kanyeredzi A., *From "no means no" to "an enthusiastic yes": changing the discourse on sexual consent through sex and relationships education*, in V. Sundaram, H. Saunders (a cura di), *Global perspectives and debates on sex and relationships education. Addressing issues of gender, sexuality, plurality and power*, Londra, Palgrave Macmillan, 2016, 84 ss.

Crenshaw K., *Mapping the margins: intersectionality, identity politics, and violence against women of color*, in *Stanford Law Review*, 1991, vol. 43, 1241 ss.

Cupelli C., *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012.

Curi F., *L'istituto della* Recklessness *nel sistema penale inglese*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 975 ss.

Curi F., Tertium datur. *Dal* Common Law *al* Civil Law *per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, Milano, Giuffrè, 2003.

D'Alessandro F., *La riforma delle false comunicazioni sociali al vaglio del Giudice di legittimità: davvero penalmente irrilevanti le valutazioni mendaci?*, in *Giur. it.*, 2015, pp. 2211 ss.

Dalia A.A., *Ratto (diritto vigente)* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffré, 1987, 743 ss.

Dalla D., Lambertini R., *Istituzioni di diritto romano*, Torino, Giappichelli, 2006.

Damini P., *Sulla nozione di atti sessuali ex art. 609-bis c.p.: nuova legge, vecchia giurisprudenza?*, in *Ind. pen.*, 1998, 199 ss.

Damini P., *Analisi di due casi giurisprudenziali in tema di "atti sessuali"*, in A. Cadoppi (a cura di), *La violenza sessuale a cinque anni dalla legge n. 66/96. Profili giuridici e criminologici*, Padova, Cedam, 2001, 50 ss.

Dassano F., *Minaccia (diritto penale)* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Giuffré, 1976, 333 ss.

Davis A.O., *Clarifying the issue of consent: the evolution of post-penetration rape law*, in *Stetson Law Review*, 2005, vol. 34, 729 ss.

De Bonis S., *Atti sessuali con minorenne*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (diretto da), *Diritto penale*, Milano, Utet, 2022, 6311 ss.

De Francesco G., *Due temi controversi: lo sviluppo del "diritto giurisprudenziale" ed i principi intertemporali della legge penale*, in *Critica dir.*, 2015, 148 ss.

De Francesco G., *Ermeneutica e legalismo nella stretta delle ideologie*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, n. 11, 1405 ss.

De Francesco G., *Il silenzio e il dialogo. Dalla pena alla riparazione dell'illecito*, in *Leg. pen.*, 2021, n. 2, 308 ss.

De Maglie C., *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa, ETS Edizioni, 2010.

De Maglie C., *La lingua del diritto penale*, *Criminalia*, 2018, 105 ss.

De Maglie C., *Verso una lingua del diritto penale non sessista*, in *Criminalia*, 2020, 71 ss.

De Simone G., *Violenza (diritto penale)* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffré, 1993, 881 ss.

De Simone G., *Il delitto di atti persecutori*, Roma, Aracne, 2013.

de Vero G., *La giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in G. de Vero, G. Panebianco, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle Corti europee*, Torino, Giappichelli, 2007, 11 ss.

Delitala G., *Il "fatto" nella teoria generale del reato*, Padova, Cedam, 1930.

Dell'Osso A.M., *Gli assensi artificiali: abuso di sostanze psicotrope e capacità di autodeterminazione nel prisma della violenza sessuale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2021, 409 ss.

Delogu T., Giannini M.C., *L'indice di criminalità di Sellin e Wolfgang nella teoria generale della misurazione di gravità dei reati*, Milano, Giuffré, 1982.

Del Tufo V., *Profili critici della vittimo-dogmatica. Comportamento della vittima e delitto di truffa*, Napoli, Jovene, 1990.

Demuro G.P., *Il dolo*, II. *L'accertamento*, Milano, Giuffré, 2010.

Demuro G.P., *La combinazione dolo-colpa. Un modello generalizzabile a partire dalla preterintenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2019, n. 2, 543 ss.

Denno D.W., *Why the Model Penal Code's sexual offense provisions should be pulled and replaced*, in *Ohio Sate Journal of Criminal Law*, 2003, vol. 1, 207 ss.

Dershowitz A., *Guilt by accusation. The challenge of proving innocence in the age of #MeToo*, Newyork, Skyhorse Publishing, 2019.

Di Giovine O., *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, Giuffrè, 2006.

Di Giovine O., *Intervento*, in Aa.Vv., *Tra analogia e interpretazione estensiva. A proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenza. Opinioni a confronto*, in *Criminalia*, 2010, 355 ss.

Di Giovine O., *I recenti interventi legislativi in materia di violenza contro le donne (perché il "dilemma del femminismo" è anche il "dilemma del diritto penale")*, in *Arch. pen.*, 1, 2017, 299 ss.

Di Landro A.R., Negligence (voce), in M. Donini (a cura di), *Reato colposo*, in *Enciclopedia del Diritto*, *I Tematici* II-2021, Milano, Giuffré, 799 ss.

di Martino A., *Commento all'art. 7 l. 15 febbraio 1996, n. 66*, in *Leg. pen.*, 1996, 456 ss.

di Martino A., *Sul bacio involato a «lei» che dissente (postilla in margine a G.U.P. Trib. Piacenza, 4 giugno 1998)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, n. 4, 1526 ss.

di Martino A., *Stato di bisogno o condizione di vulnerabilità tra sfruttamento lavorativo, tratta e schiavitù. Contenuti e metodi fra diritto nazionale e orizzonti internazionali*, in *Arch. pen.*, 2019, n. 1, 1 ss.

Di Nicola Travaglini P., *Il divieto di vittimizzazione secondaria*, in C. Pecorella (a cura di), *Donne e violenza. Stereotipi culturali e prassi giudiziarie*, Torino, Giappichelli, 2021, 37 ss.

Di Nicola Travaglini P., *La mia parola contro la sua. Quando il pregiudizio è più importante del giudizio*, Milano, HarperCollins Italia, 2021.

Di Stefano A., *Violenza contro le donne e violenza domestica nella Convenzione del Consiglio d'Europa dell'11 maggio 2011*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2012, 169 ss.

Diehl B., *Affirmative consent in sexual assault: prosecutors' duty*, in *Georgetown Journal of Legal Ethics*, 2015, vol. 28, 503 ss.

Dodaro G., *La Corte Costituzionale tedesca e l'incesto tra fratelli maggiorenni tra divieti culturali universali, incertezze della scienza e pretese dei diritti*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2009, n. 4, 2115 ss.

Dodge A., *Digitizing rape culture: online sexual violence and the power of the digital photograph*, in *Crime Media Culture*, 2015, 1 ss.

Dolcini E., *Leggi penali* ad personam*, riserva di legge e principio costituzionale di eguaglianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 51 ss.

Dolcini E., *Embrione, pre-embrione, ootide: nodi interpretativi nella disciplina della procreazione medicalmente assistita (l. 19 febbraio 2004, n. 40)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 440 ss.

Donini M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, Giuffré, 1991.

Donini M., *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, Cedam, 1996.

Donini M., *Il diritto penale di fronte al nemico*, in *Cass. pen.*, 2006, n. 2, 694 ss.

Donini M., *Art. 609*-octies, in A. Cadoppi (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, 4ª ed., Padova, Cedam, 2006, 761 ss.

Donini M., *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Milano, Giuffré, 2011.

Donini M., *L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2012, n. 2, 51 ss.

Donini M., *Il diritto penale come etica pubblica. Considerazioni sul politico quale "tipo d'autore"*, Modena, STEM Mucchi Editore, 2014.

Donini M., *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2015, n. 2, 236 ss.

Donini M., *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie. I bilanciamenti d'interessi dentro e oltre la giustificazione del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 698 ss.

Donini M., An impossible exchange? *Prove di dialogo tra* civil *e* common lawyers *su legalità, morale e teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, n. 1, 14 ss.

Donini M., *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in A. Cadoppi (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, Roma, Dike, 2017, 77 ss.

Donini M., *Populismo e ragione pubblica. Il postilluminismo penale tra* lex *e* ius, Modena, STEM Mucchi Editore, 2019.

Donini M., *Le due anime della riparazione come alternativa alla pena-castigo: riparazione prestazionale* vs. *riparazione interpersonale*, in *Cass. pen.*, 2022, n. 6, 2027 ss.

Dressler J., *Where we have been, and where we might be going: some cautionary reflections on rape law reform*, in *Cleveland State Law Review*, vol. 46, 3, 409 ss.

Dressler J., Garvey S.P., *Criminal law. Cases and materials*, 7ª ed., Saint Paul, West Academic Publishing, 2016, 454 ss.

Dripps D.A., *Beyond rape: an essay on the difference between the presence of force and the absence of consent*, in *Columbia Law Review*, 1992, vol. 92, 1780 ss.

Dripps D.A., *After rape law: will the turn to consent normalize the prosecution of sexual assault?*, in *Akron Law Review*, 2008, vol. 41, 957 ss.

Duderija A., Isac Alak A., Hissong K., *Islam and gender. Major issues and debates*, Abingdon Oxon-New York, Routledge, 2020.

Duff R.A., *Intention, agency and criminal liability*, Oxford, Blackwell, 1990.

Duff A.R., *Punishment, communication and community*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

Duncan M.J., *Sex crimes and sexual miscues: the need for a clearer line between forcible rape and nonconsensual sex*, in *Wake Forest Law Review*, 2007, vol. 42, 1087 ss.

Dyer A., *Mistaken beliefs about consent*, in E. Hoven, T. Weigend (a cura di), *Consent and sexual offenses. Comparative perspectives*, Baden-Baden, Nomos, 2022, 103 ss.

Edwards K.E., Macleod M.D., *The reality and myths of rape: implications for the criminal justice system*, in *Expert Evidence*, 1999, vol. 7, 37 ss.

Edwards K.M., Turchik J.A., Dardis C.M., Reynolds N., Gidycz C.A., *Rape myths: history, individual and institutional-level presence, and implications for change*, in *Sex Roles*, 2011, vol. 65, 761 ss.

Eisele J., § 177, in *Schönke/Schröder Strafrechtgesetzbuch Kommentar*, 30ª ed., Monaco, Beck, 2019, 1792 ss.

Ellison L., Munro V.E., *A stranger in the bushes, or an elephant in the room - critical reflections upon received rape myth wisdom in the context of a mock jury study*, in *New Criminal Law Review*, 2010, vol. 13, 4, 781 ss.

Ellison L., Munro V.E., *Better the devil you know? "Real rape" stereotypes and the relevance of a previous relationship in (mock) juror deliberations*, in *International Journal of Evidence & Proof*, 2013, vol. 12, 299 ss.

Estrich S., *Rape*, in *Yale Law Journal*, 1986, vol. 95, 6, 1087 ss.

Estrich S., *Real rape. How the legal system victimizes women who say no*, Cambridge Massachusetts-Londra, Harvard University Press, 1987.

Estrich S., *Palm Beach stories*, in *Law & Philosophy*, 1992, vol. 11, 5 ss.

Eusebi L., *Laicità e dignità umana nel diritto penale (pena, elementi del reato, biogiuridica)*, in M. Bertolino, G. Forti (a cura di), *Scritti per Federico Stella*, vol. I, Napoli, Jovene, 2007, 163 ss.

Eusebi L., *L'insostenibile leggerezza del testo: la responsabilità perduta della progettazione politico criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1668 ss.

Falcinelli D., *Il senso del diritto penale per la donna. Un itinerario dalla valorizzazione dell'identità femminile alla protezione penale della maternità*, in *Arch. pen.*, 2020, n. 2, 1 ss.

Falk P.J., *Rape by fraud and rape by coercion*, in *Brooklyn Law Review*, 1998, vol. 64, 39 ss.

Fanci G., *La vittimizzazione secondaria: ambiti di ricerca, teorizzazioni e scenari*, in *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza*, 2011, vol. 5, n. 3, 53 ss.

Fanelli A., *Sulla rilevanza penale del «bacio rubato»*, in *Gazz. giur.*, 1998, n. 30, 8 ss.

Faraldo Cabana P., *¿Intimidación o prevalimiento? La sentencia de La Manada y los delitos sexuales en España*, in *Criminal Justice Network*, 25 settembre 2018.

Faraldo Cabana P., Acalé Sánchez M. (*directoras*), Rodrìguez López S., Fuentes Loureiro M.A. (*coordinadoras*), *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

Farinacci P., *Praxis et theorica criminalis*, pt. 2, t. 2, Venetiis, 1614.

Farinelli R., *Aspetti forensi*, in A. Cadoppi (a cura di), *Commentario delle "Norme contro la violenza sessuale" (Legge 15 febbraio 1996, n. 66)*, 1ª ed., Padova, Cedam, 1996, 375 ss.

Fedorczyk F., *Attendibilità della vittima e accertamento del consenso nel reato di violenza sessuale*, in *Sistema Penale*, 28 aprile 2020.

Feinberg J., *The expressive function of punishment*, in *The Monist*, 1965, vol. 49, 3, 397 ss.

Feinberg J., *The moral limits of the criminal law*, Oxford, Oxford University Press, 1984-1988.

Fenton R.A., *Rape in Italian law: towards the recognition of sexual autonomy*, in C. McGlynn, V.E. Munro (a cura di), *Rethinking Rape Law*, Abingdon Oxon, Routledge, 2010, 183 ss.

Ferrajoli L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1989.

Ferrajoli L., *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Quest. giust.*, 2016, n. 4, 13 ss.

Ferrajoli L., *Il populismo penale nell'età dei populismi politici*, in *Quest. giust.*, 2019, n. 1, 79 ss.

Ferrato A., *Il concetto di abuso: l'arbitraria utilizzazione della qualifica autoritativa nella violenza sessuale*, in *Arch. pen.* (*web*), 2021, n. 1.

Fiandaca G., *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 42 ss.

Fiandaca G., *Inescusabilità dell'errore sull'età della persona offesa nella violenza carnale e principi costituzionali*, in *Foro it.*, 1983, vol. 1, 2652 ss.

Fiandaca G., *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume. Profili penali, costituzionali e politico criminali*, Padova, Cedam, 1984.

Fiandaca G., *Buon costume: III) Moralità pubblica e buon costume (diritto penale)*, in *Enc. Giur.*, Treccani, Roma, 1988, 2 ss.

Fiandaca G., *I reati sessuali nel pensiero di Francesco Carrara: un onorevole compromesso tra audacia illuministica e rispetto per la tradizione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 903 ss.

Fiandaca G., *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in Aa.Vv., *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, vol. I, Milano, Giuffré, 1991, 167 ss.

Fiandaca G., *Violenza sessuale* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffré, 1993, 953 ss.

Fiandaca G., *Prospettive di riforma dei reati sessuali: considerazioni problematiche*, in A. Cadoppi (a cura di), *Commentario delle "Norme contro la violenza sessuale" (Legge 15 febbraio 1996, n. 66)*, 1ª ed., Padova, Cedam, 1996, 405 ss.

Fiandaca G., *La rilevanza penale del «bacio» tra anatomia e cultura*, in *Foro it.*, 1998, 505 ss.

Fiandaca G., *Violenza su donna «in* jeans*» e pregiudizi nell'accertamento giudiziario*, in *Foro it.*, 1999, 165 ss.

Fiandaca G., *Violenza sessuale* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffré, 2000, IV agg., 1153 ss.

Fiandaca G., *Relazione di sintesi*, in A. Cadoppi (a cura di), *La violenza sessuale a cinque anni dalla legge n. 66/96. Profili giuridici e criminologici*, Padova, Cedam, 2001, 237 ss.

Fiandaca G., *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008.

Fiandaca G., *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa*, in *Criminalia*, 2011, 79 ss.

Fiandaca G., *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, 95 ss.

Fiandaca G., *Prima lezione di diritto penale*, Bari, Laterza, 2017.

Fiandaca G., Musco E., *Diritto penale. Parte generale*, 8ª ed., Bologna, Zanichelli, 2019.

Fiandaca G., Musco E., *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, t. I, *I delitti contro la persona*, 7ª ed., Bologna, Zanichelli, 2020.

Filangieri G., *La scienza della legislazione*, Filadelfia (Livorno), Stamperia delle provincie unite, 1799.

Finch E., Munro V.E., *Intoxicated consent and the boundaries of drug assisted rape*, in *Criminal Law Review*, 2003, 773 ss.

Finch E., Munro V.E., *Juror stereotypes and blame attribution in rape cases involving intoxicants: the findings of a pilot study*, in *British Journal of Criminology*, 2005, vol. 45, 25 ss.

Finocchiaro S., *L'abuso di autorità dell'insegnante privato tra violenza sessuale (art. 609-*bis*) e atti sessuali con minorenne (art. 609-*quater*): la parola alle Sezioni unite*, in *Sistema penale*, 20 febbraio 2020.

Finocchiaro S., *Le Sezioni unite sul concetto di "abuso di autorità" nel delitto di violenza sessuale mediante costrizione*, in *Sistema penale*, 5 ottobre 2020.

Fiorella A., *La codificazione penale in Italia e le sue prospettive di riforma*, in *Arch. pen.*, 2019, n. 2, 1 ss.

Fischer T., *Zum letzten Mal: Nein heißt Nein*, in *Zeit online*, 28 giugno 2016.

Fletcher G.P., *Rethinking criminal law*, Boston-Toronto, Little Brown, 1978.

Flick G.M., *Libertà individuale (delitti contro la) (voce)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffré, 1974, 535 ss.

Flora G., *Manuale per lo studio della parte speciale*, vol. I, 4ª ed., Padova, Cedam, 2014.

Flora G., *La tutela della libertà personale ed i tormenti di Cupido nell'era postmoderna*, in G. De Francesco, A. Gargani, D. Notaro, A. Vallini (a cura di), *La tutela della persona umana. Dignità, salute, scelte di libertà (per Francesco Palazzo). Atti del Convegno. Pisa, 12 ottobre 2018*, Torino, Giappichelli, 2019, 19 ss.

Flynn A., Henderson E., Henry N., Powell A., *Meanings of "sex" and "consent": the persistence of rape myths in Victorian rape law*, in *Griffith Law Review*, 2013, vol. 22, 2, 456 ss.

Flynn A., *Sexual violence and innovative responses to justice*, in N. Henry, A. Flynn, A. Powell, *Rape justice. Beyond the criminal law*, New York, Palgrave MacMillan, 2015, 92 ss.

Foffani L., *Introduzione. Una* «novelle vague» *del diritto penale dell'economia in Italia?*, in L. Foffani, D. Castronuovo (a cura di), *Casi di diritto penale dell'economia*, vol. I, Bologna, Il Mulino, 11 ss.

Fondaroli D., *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, Giuffré, 1999.

Fondaroli D., *Principio di legalità e regola del "caso concreto"*, in M. Mantovani, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, M. Caianiello (a cura di), *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, Bononia University Press, 2016, 197 ss.

Ford, S., *Il sofà del produttore. Il rito del "pedaggio sessuale" nella storia di Hollywood*, Milano, Mondadori, 1991.

Fornasari G., *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, Cedam, 1990.

Fornasari G., *L'evoluzione della comparazione giuridica in ambito penalistico*, in A. Somma, V. Zeno Zencovich (a cura di), *Comparazione e diritto positivo. Un dialogo tra saperi giuridici*, Roma, RomaTre Press, 2021, 319 ss.

Forti G., *L'insostenibile pesantezza della «tangente ambientale»: inattualità di disciplina e disagi applicativi nel rapporto corruzione-concussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 476 ss.

Forti G., *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni "liberali" e paternalismi giuridici*, in E. Dolcini, C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, Giuffré, 2006, 283 ss.

Foucault M., *Storia della sessualità*, vol. I, *La volontà di sapere*, tr. it. di P. Pasquino e G. Procacci, Milano, Feltrinelli, 1984.

Foucault M., *Storia della sessualità*, vol. II, *L'uso dei piaceri*, tr. it. di L. Guarino, Milano, Feltrinelli, 1984.

Francolini G., *Ai limiti della violenza sessuale: il dibattuto problema della rilevanza penale dei toccamenti repentini ed insidiosi*, in *Riv. pen.*, 2006, 716 ss.

Franke K.M., *Theorizing yes: an essay on feminism, law, and desire*, in *Columbia Law Review*, 2001, vol. 101, 181 ss.

Franks M.A., *A thousand and one stories: myth and the #MeToo Movement*, in B. Fileborn, R. Loney-Howes (a cura di), *#MeToo and the politics of social change*, New York, Palgrave MacMillan, 2019, 85 ss.

Franzke K., *Zur Strafbarkeit des so genannten "Stealthings"*, in *Bonner Rechtsjournal*, 2019, 114 ss.

Frommel M., § 177, in U. Kindhäuser, U. Neumann, H.U. Paeffgen (a cura di), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 5ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2017.

Gabrieli F., *Violenza carnale* (voce), in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XII, Torino, Utet, 1940, 1069 ss.

Galanti G.M., *Osservazioni sopra la nuova legge abolitiva de' delitti di stupro* (1786), in F. Venturi (a cura di), *Illuministi italiani*, t. V, *Riformatori napoletani*, Milano, Ricciardi, 1962, 1024 ss.

Galimberti U., *I miti del nostro tempo*, Milano, Feltrinelli, 2009.

Gallo M., *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, Giuffré, 1951.

Gardner S., *Appreciating Olugboja*, in *Legal Studies*, 1996, vol. 16, 3, 275 ss.

Gardner J., Shute S., *The wrongness of rape*, in J. Horder (a cura di), *Oxford essays in jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 2000, 193 ss.

Gargani A., *Verso una democrazia giudiziaria? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in *Criminalia*, 2011, 99 ss.

Garisto F.R., *Quando i maltrattamenti diventano tortura: la Cassazione riconosce il concorso tra 572 e 613*-bis *in un caso di reiterate violenze alla partner*, in *Sistema penale*, 28 ottobre 2021.

Gatta G.L., *La minaccia. Contributo allo studio delle modalità della condotta penalmente rilevante*, Roma, Aracne, 2013.

Gatta G.L., *Dalle Sezioni Unite il criterio per distinguere concussione e "induzione indebita": minaccia di un danno ingiusto vs. prospettazione di un vantaggio indebito*, in *Dir. pen. cont.*, 17 marzo 2014.

Gatta G.L., *Atti sessuali su minore incosciente per effetto dell'uso di alcool e droga: violenza o abuso sessuale? Il caso spagnolo della "*Manada de Manresa*", nella prospettiva del penalista italiano. Sui confini dei concetti di violenza e minaccia*, in *Criminal Justice Network*, 10 novembre 2019.

Gersen J., Suk J., *The sex bureaucracy*, in *California Law Review*, 2016, vol. 104, 881 ss.

Gerstmann E., *Campus sexual assault. Constitutional rights and fundamental fairness*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018.

Giddings P.J., *Ida: a sword among lions: Ida B. Wells and the campaign against lynching*, New York, HarperCollins, 2009.

Gilbert N., *The phantom epidemic of sexual assault*, in *The Public Interest*, 1991, vol. 103, 54 ss.

Gill S., *Dismantling gender and race stereotypes: using education to prevent date rape*, in *UCLA Women's Law Journal*, 1996, vol. 7, 27 ss.

Gillespie A.A., *"Trust me, it's only for me": "revenge porn" and the criminal law*, in *Criminal Law Review*, 2015, 866 ss.

Gislon M., Palazzi R., *Dizionario di mitologia e dell'antichità classica*, Bologna, Zanichelli, 1997.

Giunta F. (a cura di), *Tra analogia e interpretazione estensiva. A proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenza. Opinioni a confronto*, in *Criminalia*, 2010, 355 ss.

Giunta F. (a cura di), *Il burocrate creativo. La crescente intraprendenza interpretativa della giurisprudenza penale*, in *Criminalia*, 2016, 157 ss.

Giunta F., *I beni della persona penalmente tutelati: vecchie e nuove sfaccettature*, in De Francesco G., Gargani A., Notaro D., Vallini A. (a cura di), *La tutela della persona umana. Dignità, salute, scelte di*

libertà (per Francesco Palazzo). Atti del Convegno. Pisa, 12 ottobre 2018, Torino, Giappichelli, 2019, 25 ss.

Giunta F., Jus legibus solutum. *Ovvero, la legge del giudice penale*, in R. Acquaroli, E. Fronza, A. Gamberini (a cura di), *La giustizia penale tra ragione e prevaricazione. Dialogando con Gaetano Insolera*, Roma, Aracne, 2021, 379 ss.

Gius E., Giabardo G., *Normalità e comportamento sessuale*, in E. Gius (a cura di), *La sessualità in prospettiva psicosociale. Ruoli normativi e devianza*, Padova, Cleup, 1978, 11 ss.

Goisis L., *La violenza sessuale: profili storici e criminologici*, in *Dir. pen. cont.*, 31 ottobre 2012.

Goisis L., *Violenza sessuale e attenuante dei casi di minor gravità: gli incerti confini dell'elemento circostanziale*, in *Giur. it.*, 2015, 4, 984 ss.

Gold S., Wyatt M., *The rape system: old roles and new times*, in *Catholic University Law Review*, 1978, vol. 27, 4, 695 ss.

Gordon M.T., Roger S., *The female fear: the social cost of rape*, Champaign, University of Illinois Press, 1991.

Goria F., *Ratto (diritto romano)* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffré, 1987, 707 ss.

Goudsmith M., *What makes a sex crime? A fair label for image-based sexual abuse*, in *BJU Straflblad*, 2021, n. 2, 67 ss.

Grande E., Justification and excuse (voce), in *Digesto disc. pen.*, vol. VII, Torino, Utet, 1993, 309 ss.

Grandi C., *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, Giuffré, 2010.

Grandi C., *I reati contro la famiglia e contro la persona culturalmente motivati: teoria ed evoluzione della prassi*, in *Arch. pen.*, 2022, n. 3, 1 ss.

Graziosi M., Infirmitas sexus. *La donna nell'immaginario penalistico*, in *Democrazia e diritto*, 1993, n. 33, 2, 99 ss.

Green S.P., *Criminalizing sex. A unified liberal theory*, New York, Oxford University Press, 2020.

Greer E., *The truth behind legal dominance feminism's "two percent false rape claim" figure*, in *Loyola at Los Angeles Law Review*, 2000, vol. 33, 947 ss.

Griffin S., *Rape: the all-American crime*, in *Ramparts*, 1971, 26 ss.

Grossi P., *Pensiero giuridico. Appunti per una "voce" enciclopedica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1988, n. 17, 262 ss.

Grosso C.F., *L'errore sulle scriminanti*, Milano, Giuffré, 1961.

Gruber A., *The feminist war on crime*, in *Iowa Law Review*, 2007, vol. 92, 741 ss.

Gruber A., *Rape, feminism, and the war on crime*, in *Washington Law Review*, 2009, vol. 84, 4, 581 ss.

Gruber A., *Race to incarcerate: punitive impulse and the bid to repeal stand your ground*, in *University of Miami Law Review*, 2014, vol. 68, 961 ss.

Gruber A., *Not affirmative consent*, in *University of the Pacific Law Review*, 2016, vol. 47, 683 ss.

Gruber A., *Consent confusion*, in *Cardozo Law Review*, 2016, vol. 38, 415 ss.

Gruber A., *#MeToo and mass incarceration*, in *Ohio State Journal of Criminal Law*, 2020, vol. 17, 2, 275 ss.

Gruber A., *The feminist war on crime. The unexpected role of women's liberation in mass incarceration*, Oakland, University of California Press, 2020.

Gruber A., *The complexity of college consent*, in C.M. Renzetti, D.R. Follingstad (a cura di), *Adjudicating campus sexual misconduct and assault: controversies and challenges*, San Diego, Cognella, 2020, 25 ss.

Gruber A., *Affirmative consent*, in E. Hoven, T. Weigend (a cura di), *Consent and sexual offenses. Comparative perspectives*, Baden-Baden, Nomos, 2022, 57 ss.

Guerini T., *Il bacio di vero amore. Un grave fatto di cronaca fiabesca*, in *disCrimen*, 10 maggio 2021.

Guerrini R., *L'abrogazione dell'art. 587 c.p.: la causa d'onore come elemento circostanziale*, in *Arch. pen.*, 1982, 526 ss.

Guidi A., *Sulla configurabilità del delitto di violenza sessuale in caso di bacio sulla guancia*, in *Dir. pen. cont.*, 21 gennaio 2013.

Hale M., *Historia Placitorum Coronae*, vol. I (1736), Londra, Professional Books Limited, 1971.

Halperin D.M., *The democratic body: prostitution and citizenship in classical Athens*, in Id. (a cura di), *One hundred years of homosexuality and other essays on Greek love*, Londra, Routledge, 1989, 88 ss.

Harris A., *Race and essentialism in feminist legal theory*, in *Stanford Law Review*, 1990, vol. 42, 3, 581 ss.

Harris E.M., *Did the Athenians regard seduction as a worse crime than rape?*, in *Classical Quarterly*, 1990, vol. 40, 2, 370 ss.

Hart H.L., *Law, liberty and morality*, Stanford, Stanford University Press, 1963.

Hasday J.E., *Contest and consent: a legal history of marital rape*, in *California Law Review*, 2000, vol. 88, 1373 ss.

Helfer M., *Sulla repressione della prostituzione e pornografia minorile. Una ricerca comparatistica*, Padova, Cedam, 2007.

Helfer M., *I reati culturalmente motivati nel sistema penale italiano*, in E.M. Ambrosetti (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, 2017, 382 ss.

Henderson L., *Rape and responsibility*, in *Law & Philosophy*, 1992, vol. 11, 127 ss.

Henderson L., *Getting to know: honoring women in law and in fact*, in *Texas Journal of Women & the Law*, 1993, vol. 2, 42 ss.

Henry N., Flynn A., Powell A., *The promise and paradox of justice. Rape justice beyond the criminal law*, in N. Henry, A. Flynn, A. Powell, *Rape justice. Beyond the criminal law*, New York, Palgrave MacMillan, 2015, 1 ss.

Henry N., Powell A., *Sexual violence in the digital age: The scope and limits of criminal law*, in *Social & Legal Studies*, 2016, vol. 25, 4, 397 ss.

Henry N., McGlynn C., Flynn A., Johnson K., Powell A., Scott A.J., *Image-based sexual abuse. A study on the causes and consequences of non-consensual nude or sexual imagery*, Abingdon-Oxon e New York, Routledge, 2021.

Hermann-Kolb B., *Die Systematik der sexuellen Gewalt- und Missbrauchdelikte nach den Reformen 1997, 1998 und 2004*, Frankfurt, Peter Lang, 2005.

Herning L., Illgner J., *"Ja heißt Ja" – Konsensorientierter Ansatz im deutschen Sexualstrafrecht*, in Zeitschrift *für Rechtspolitik*, 2016, vol. 17, 77 ss.

Herring J., *Does yes mean yes? The criminal law and mistaken consent to sexual activity*, in *Singapore Law Review*, 2002, vol. 22, 182 ss.

Herring J., *Mistaken sex*, in *Criminal Law Review*, 2005, 511 ss.

Herring J., *Criminal Law. Text, Cases and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 7ª ed., 2016.

Herring J., Madden Dempsey M., *Why sexual penetration requires justification*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2007, vol. 27, 467 ss.

Herzog F., *Sex wider Willen. Anmerkungen zu dem Grund und den Grenzen der Strafbarkeit von nicht konsensual verlaufendem Geschlechtsverkehr*, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 2015, vol. 98, 18 ss.

Hickman S.E., Muehlenhard C., *"By the semi-mystical appearance of a condom": how young women and men communicate sexual consent in heterosexual situations*, in *Journal of Sex Research*, 1999, vol. 36, 258 ss.

Hirshman L., *Reckoning. The epic battle against sexual abuse and harassment*, Boston-New York, HMH, 2019.

Hörnle T., *Penal law and sexuality: recent reforms in German criminal law*, in *Buffalo Criminal Law Review*, 1999-2000, vol. 3, 639 ss.

Hörnle T., *Warum § 177 Abs. 1 StGB durch einen neuen Tatbestand ergänzt werden sollte*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2015, vol. 7, 206 ss.

Hörnle T., *The new German law on sexual assault and sexual harassment*, in *German Law Journal*, 2017, 1309 ss.

Hörnle T., *#MeToo - Implications for Criminal Law?*, in *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, 2018, 115 ss.

Hörnle T., *Sexueller Übergriff (§ 177 Abs. 1 StGB) bei aktivem Handeln von Geschädigten*, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2019, 439 ss.

Hörnle T., *Evaluating #MeToo: the perspective of criminal law theory*, in *German Law Journal*, 2021, vol. 22, 833 ss.

Hoven E., *Das neue Sexualstrafrecht – Ein erster Überblick*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2020, 578 ss.

Hoven E., Weigend T., *Zur Strafbarkeit von Täuschungen im Sexualstrafrecht*, in *Kriminalpolitische Zeitschrift*, 2018, 156 ss.

Hoven E., Weigend T., *Synopsis*, in Id. (a cura di), *Consent and sexual offenses. Comparative perspectives*, Baden-Baden, Nomos, 2022, 327 ss.

Humphreys T.P., Brousseau M.M., *The sexual consent scale – revised: development, reliability, and preliminary validity*, in *Journal of Sex Research*, 2010, vol. 47, 402 ss.

Hurd H.M., *Was the frog prince sexually molested?*, in *University of Michigan Law Review*, 2005, vol. 103, 1329 ss.

Husak D., *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

Husak D., Thomas III G., *Rapes without rapists: consent and reasonable mistake*, in *Philosophical Issues*, 2001, vol. 11, 86 ss.

Hutchinson D.L., *Ignoring the sexualization of race: heteronormativity, critical race theory and anti-racist politics*, in *Buffalo Law Review*, 1999, vol. 47, 1, 1 ss.

Iacoviello F.M., *Toghe e* jeans*. Per una difesa (improbabile) di una sentenza indifendibile*, in *Cass. pen.*, 1999, 2197 ss.

Ingram J.D., *Date rape: it's time for "no" to really mean "no"*, in *American Journal of Criminal Law*, 1993, vol. 21, 3 ss.

Insolera G., *La produzione del penale: tra Governo e Parlamento maggioritario*, in *Dir. pen. cont.*, 17 giugno 2016.

Insolera G., *Perché non possiamo non dirci liberali*, in *Ind. pen.*, 2017, n. 3, 3 ss.

Insolera G., *Il populismo penale*, in *disCrimen*, 13 giugno 2019.

Irti N., *I cancelli delle parole*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015.

Jäger H., *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*, Stoccarda, Enke, 1957.

Jasiński W., *Defining rape. In quest of the optimal solution*, in E. Hoven, T. Weigend (a cura di), *Consent and sexual offenses. Comparative perspectives*, Baden-Baden, Nomos, 2022, 11 ss.

Jasiński W., Kremens K., *Poland* (National report), in E. Hoven, T. Weigend (a cura di), *Consent and sexual offenses. Comparative perspectives*, Baden-Baden, Nomos, 2022, 231 ss.

Kadish S.H., Schulhofer S.J., Steiker C.S., Barkow R.E., *Criminal law and its processes. Cases and materials*, New York, Wolters Kluwer, 2012.

Kahan D.M., *Gentle nudges vs. hard shoves: solving the sticky norms problem*, in *University of Chicago Law Review*, 2000, vol. 67, 607 ss.

Kantor J., Twohey M., *She said. Breaking the sexual harassment story that helped ignite a movement*, New York, Penguin Press, 2019.

Kaplan M., *Sex-positive law*, in *N.Y.U. Law Review*, 2014, vol. 87, 89 ss.

Kennedy D., *Sexual abuse, sexy dressing and the eroticization of domination*, in *New England Law Review*, 1992, vol. 26, 1309 ss.

Kennedy M.J., Brown B.J., *Rape by omission*, in *Criminal Law Journal*, 1981, vol. 5, 280 ss.

Kessler Ferzan K., *A reckless response to rape: A reply to Ayres and Baker*, in *U.C. Davis L. Rev.*, 2006, vol. 39, 637 ss.

Kessler Ferzan K., *Consent, culpability, and the law of rape*, in *Ohio State Journal of Criminal Law*, 2016, vol. 13, 397 ss.

Klein R., *An analysis of thirty-five years of rape reform: a frustrating search for fundamental fairness*, in *Akron Law Review*, 2008, vol. 41, 981 ss.

Kölbel R., *"Progressive" criminalization? A sociological and criminological analysis based on the German "no means no" provision*, in *German Law Journal*, 2021, vol. 22, 817 ss.

Koss M.P., *The hidden rape victim: personality, attitudinal, and situational characteristics*, in *Psychology of Women Quarterly*, 1985, vol. 9, 193 ss.

Kremens C., *Regulating expression of consent in sexual relations*, in E. Hoven, T. Weigend (a cura di), *Consent and sexual offenses. Comparative perspectives*, Baden-Baden, Nomos, 2022, 43 ss.

Kyker B.M., *"Initial consent" rape: inherent and statutory problems*, in *Cleveland State Law Review*, 2005-2006, vol. 53, 161 ss.

Lacey N., *Unspeakable subjects, impossible rights: sexuality, integrity and criminal law*, in *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 1998, vol. 11, 47 ss.

Langlands R., *Sexual morality in ancient Rome*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

Lanza E., *Il matrimonio forzato tra problemi definitori e obbligo di penalizzazione*, in *Ind. pen.*, 2016, n. 1, 294 ss.

Larcombe W., *Falling rape conviction rates: (some) feminist aims and measures for rape law*, in *Feminist Legal Studies*, 2011, vol. 19, 27 ss.

Larizza S., *Violenza sessuale: il ridimensionamento della gravità del fatto in una singolare decisione della Cassazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, n. 7, 858 ss.

Larson J.E., *Introduction: third wave – can feminists use the law to effect social change in the 1990s?*, in *Northwestern University Law Review*, 1993, vol. 87, 1, 1252 ss.

Larson J.E., *Even a worm will turn at last: rape reform in late nineteenth century America*, in *Yale Journal of Law and the Humanities*, 1997, vol. 9, 1, 1 ss.

LeGrand C.E., *Rape and rape laws: sexism in society and law*, in *California Law Review*, 1973, vol. 61, 3, 919 ss.

Lemme F., *Libertà sessuale (delitti contro la)* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffré, 1974, 555.

Little N.J., *From no means no to only yes means yes: the rational results of an affirmative consent standard in law rape*, in *Vanderbilt Law review*, 2005, 1321 ss.

Littleton H., Axsom D., Grills-Taquechel A., *Sexual assault victims' acknowledgment status and revictimization risk*, in *Psychology of Women Quarterly*, 2009, vol. 33, 34 ss.

Lo Monte E., Repetita (non) iuvant*: una riflessione "a caldo" sulle disposizioni penali di cui al recente d.l. n. 93/13, con. in l. n. 119/13 in tema di "femminicidio"*, in *Dir. pen. cont.*, 12 dicembre 2013.

Loh W.D., *The impact of common law and reform rape statutes on prosecution: an empirical study*, in *Washington Law Review*, 1980, vol. 55, 3, 543 ss.

Lolli F., *La Convenzione di Istanbul: profili penali*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte generale e speciale. Riforme 2008-2015*, Milano, Utet, 2015, 17 ss.

Londono P., *Positive obligations, criminal procedure and rape cases*, in *European Human Rights Law Review*, 2007, vol. 2, 158 ss.

Londono P., *Defining rape under the European Convention on Human Rights: torture, consent and equality*, in C. McGlynn, V.E. Munro (a cura di), *Rethinking Rape Law*, Abingdon Oxon, Routledge, 2010, 109 ss.

Lonsway K.A., Archambault J., *The "justice gap" for sexual assault cases: future directions for research and reform*, in *Violence Against Women*, 2012, vol. 18, 145 ss.

Losappio G., *Diritto penale del nemico, diritto penale dell'amico e nemici del diritto penale*, in *Ind. pen*., 2007, 61 ss.

Losappio G., *Formula BARD e accertamento del dolo eventuale*, in *Dir. pen. cont.*, 23 maggio 2017.

Losappio G., Manca G., Vichinkeski Teixeira A. (a cura di), *Il diritto penale nel guado tra libertà, sicurezza e populismo*, Pisa, Pacini, 2021.

Lotierzo R., *Sulla configurabilità del reato di violenza sessuale nel caso di un bacio sulla bocca limitato al semplice contatto delle labbra*, in *Cass. pen*., 2008, n. 3, 1041 ss.

Lovett J., Hales G., Kelly L., Khan A., Hardiman M., Trott L., *What can we learn from police data about timeliness in rape and serious sexual offence investigations in England and Wales?*, in *International Criminology*, 2022, n. 2, 286 ss.

Luparia L. (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, Padova, Cedam, 2015.

Lupo E., *Cassazione e legalità penale. Relazione introduttiva*, in A. Cadoppi (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, Roma, Dike, 2017, 27 ss.

Lyon M.R., *No means no?: withdrawal of consent during intercourse and the continuing evolution of the definition of rape*, in *Journal of Criminal Law & Criminology*, 2004, vol. 95, 1, 277 ss.

MacIntosh C. (a cura di), *Cambridge advanced learner's Dictionary*, 4ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

MacKinnon C., *Feminism, Marxism, method and the State: toward a feminist jurisprudence*, in *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, 1983, vol. 8, 635 ss.

MacKinnon C., *Toward a feminist theory of the State*, Cambridge Massachusetts, Harvard University Press, 1889.

MacKinnon C., *The road not taken: sex equality in Lawrence v. Texas*, in *Ohio State Law Journal*, 2004, n. 65, 1081 ss.

MacKinnon C., *On torture*, in Id., *Are women human? And other international dialogues*, Cambridge Massachusetts, Harvard University Press, 2007, 17 ss.

MacKinnon C., *Defining rape internationally: a comment on* Akayesu, in Id., *Are women human? And other international dialogues*, Cambridge Massachusetts, Harvard University Press, 2007, 237 ss.

MacKinnon C., *Rape redefined*, in *Harvard Law & Policy Review*, 2016, vol. 10, 431 ss.

MacKinnon J.K., *The reason for the Danaid's "flight"*, in *The Classical Quarterly*, 1978, vol. 29, 74 ss.

Macrì F., *Costrizione "ambientale" agli atti sessuali: la tutela del dissenso tra legalità ed esigenze repressive in un raffronto tra codice penale italiano e* StGB *tedesco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1492 ss.

Macrì F., *La giurisprudenza di legittimità sugli atti sessuali tra interpretazione estensiva ed analogia* in malam partem, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 109 ss.

Macrì F., *Verso un nuovo diritto penale sessuale. Diritto vivente, diritto comparato e prospettive di riforma dei reati sessuali in Italia*, Firenze, Firenze University Press, 2010.

Macrì F., *Le nuove norme penali sostanziali di contrasto al fenomeno della violenza di genere*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, I, 11 ss.

Macrì F., *La violenza sessuale (art. 609-bis c.p.) nella giurisprudenza della suprema corte del 2015*, in *Dir. pen. cont., Riv. Trim.*, 2016, 1, 162 ss.

Macrì F., *La riforma dei reati sessuali in Germania*, in *Dir. pen. cont.*, 24 novembre 2016.

Maggiore G., *Diritto penale*, vol. II, t. I, 4ª ed., Bologna, Zanichelli, 1950.

Maiello V., *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale. Raccolta di scritti*, Torino, Giappichelli, 2014.

Maiello V., *La legalità della legge nel tempo del diritto dei giudici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020.

Maiello V., *La legalità della legge e il diritto dei giudici: scossoni, assestamenti e sviluppi*, in *Sistema penale*, 5 marzo 2020.

Maiwald M., *Die Einwilligung des Verletzten im deutschen Strafrecht*, in A. Eser, W. Perron, *Rechtfertigung und Entschuldigung. Deutsch-italienisch-portugiesisch-spanisches Strafrechtskolloquium 1990*, 3ª ed., Friburgo i B., 1991, 165 ss.

Makepeace J., "I'm not sure this is rape, but…" *Zur Strafbarkeit des "Stealthing" nach dem neuen Sexualstrafrecht*, in *Kriminalpolitische Zeitschrift*, 2021, 10 ss.

Manacorda S., *«Dovere di punire?». Gli obblighi di tutela penale nell'era della internazionalizzazione del diritto*, in A.M. Stile, S. Manacor-

da, V. Mongillo (a cura di), *I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, 107 ss.

Manci F., *Reati Sessuali. Violenza carnale, atti di libidine, corruzione di minorenni, ratto, lenocinio, azione penale*, Torino, F.lli Bocca, 1927.

Manes V., *La «concussione ambientale» da fenomenologia a fattispecie* «extra legem», in *Foro it.*, 1999, vol. 2, 645 ss.

Manes V., *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, Dike, 2012.

Manes V., *Art. 7, § 1, Cedu*, in S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, Cedam, 2012, 258 ss.

Manes V., Common law-isation *del diritto penale? Trasformazioni del* nullum crimen *e sfide prossime future*, in *Cass. pen.*, 2017, 955 ss.

Manes V., *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in *Dir. pen. cont.*, 17 gennaio 2018.

Manes V., *Giustizia mediatica. Gli effetti perversi sui diritti fondamentali e sul giusto processo*, Bologna, Il Mulino, 2022.

Manes V., Caianiello M., *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, istituti, casi*, Torino, Giappichelli, 2020.

Manes V., Napoleoni V., *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, Giappichelli, 2019.

Manna A., *La delinquenza sessuale: profili relativi all'imputabilità ed al trattamento sanzionatorio*, in *Ind. pen.*, 2004, n. 4, 855 ss.

Manna A., *È davvero irrisolvibile il "mistero" del dolo eventuale?*, in *Arch. pen.*, 2012, n. 2, 23 ss.

Mannozzi G., *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, Giuffrè, 2004.

Mannozzi G., *Nuovi scenari per la giustizia riparativa. Riflessioni a partire dalla legge delega 134/2021*, in *Arch. pen.*, 2022, n. 1, 1 ss.

Mantovani F., *Diritto penale. Parte speciale*, Padova, Cedam, 1989.

Mantovani F., *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la libertà e l'intangibilità sessuale. Appendice ai delitti contro la persona*, Padova, Cedam, 1998.

Mantovani F., *Diritto penale. Parte Speciale. I delitti contro la persona*, 7ª ed., Padova, Cedam, 2019.

Mantovani M., *Violenza privata* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLVI, Milano, Giuffré, 1993, 930 ss.

Mantovani M., *Novità e irrazionalità della riforma in tema di pedopornografia minorile*, in G. Insolera (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, Cedam, 2006, 147 ss.

Mantovani M., *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel sistema penale vigente*, Bologna, Bononia University Press, 2014.

Manzini V., *Trattato di diritto penale italiano*, vol. VI, Torino, Utet, 1922.

Manzini V., *Trattato di diritto penale italiano. Parte speciale*, vol. VIII, Torino, Utet, 1984.

Marini G., *Violenza carnale (diritto penale)* (voce), in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Utet, 1975, 953 ss.

Marini G., *I delitti contro la persona*, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 1996.

Marinucci G., *Antigiuridicità*, in *Digesto disc. pen.*, vol. I, Torino, Utet, 1987, 172 ss.

Marinucci G., *L'analogia e la "punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1254 ss.

Marinucci G., Dolcini E., *Note sul metodo della codificazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 385 ss.

Marinucci G., Dolcini E., Gatta G.L., *Manuale di Diritto Penale*, 8ª ed., Milano, Giuffré, 2019.

Marongiu A., *Adulterio (diritto intermedio)* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffré, 1958, 622 ss.

Marra G., *La nozione di sfruttamento nel delitto di pornografia minorile e la «terza via» delle Sezioni unite*, in *Cass. pen.*, 2001, 428 ss.

Marsili I., *Repetitio legis unicae C. de raptu verginum*, Lugduni, 1551.

Martini A., *La tipicità alla prova delle migliori intenzioni: l'incerta nozione di atto sessuale*, in *Leg. pen.*, 27 luglio 2022.

Marx B.P., Forsyth J.P., Gallup G.G., Fusé T., Lexington J.M., *Tonic immobility as an evolved predator defense: implications for sexual assault survivors*, in *Clinical Psychology Science and Practice*, 2008, vol. 15, 74 ss.

Massetto G.P., *Ratto (diritto intermedio)* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffré, 1958, 725 ss.

Masullo M.N., *Nuove prospettive (e nuovi problemi) nella tutela della libertà sessuale: la violenza di gruppo*, in *Cass. pen.*, 1997, 2917 ss.

Mattevi E., *Una giustizia più riparativa. Mediazione e riparazione in materia penale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017.

Mattheudakis M.L., *Il* bondage *e le "corde" dell'imputazione colpevole*, in *Ind. pen.*, 2017, n. 2, 549 ss.

Mattheudakis M.L., *L'imputazione colpevole differenziata. Interferenze tra dolo e colpa alla luce dei principi fondamentali in materia penale*, Bologna, Bononia University Press, 2020.

Mattheudakis M.L., *Un'indagine comparatistica sulla configurazione dei reati sessuali per colpa (grave) sui profili di consenso della vittima*, in *Revista de Direito Brasileira*, 2020, vol. 25, 10, 280 ss., pubblicato anche in *disCrimen*, 2 dicembre 2020.

Maugeri A., *Lo* stalking *tra necessità politico-criminale e promozione mediatica*, Torino, Giappichelli, 2010.

Maugeri A.M., *Diritto penale del nemico e reati sessualmente connotati*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2020, n. 2, 908 ss.

Maugeri A.M., *I reati sessualmente connotati e diritto penale del nemico*, Pisa, Pisa University Press, 2021.

Mayr S., Schmoller K., *Particularized consent and non-consensual condom removal*, in E. Hoven, T. Weigend (a cura di), *Consent and sexual offenses. Comparative perspectives*, Baden-Baden, Nomos, 2022, 95 ss.

Mazza B., *La libertà personale quale elemento centrale delle nuove norme sulla violenza sessuale: prime osservazioni*, in *Riv. pen.*, 1996, 129 ss.

Mazzacuva Fr., *Violenza sessuale di gruppo*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (diretto da), *Diritto penale*, Milano, Utet, 2022, 6417 ss.

Mazzacuva Fr., *Art. 7.* Nulla poena sine lege, in G. Ubertis, F. Viganò (a cura di), *Corte di Strasburgo e diritto penale*, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 2022, 299 ss.

Mazzacuva N., *A proposito della "interpretazione creativa" in materia penale: nuova "garanzia" o rinnovata violazione di principi fondamentali?*, in E. Dolcini, C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, Giuffré, 2006, 437 ss.

Mazzacuva N., *Intervento*, in Aa.Vv., *Tra analogia e interpretazione estensiva. A proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenza. Opinioni a confronto*, in *Criminalia*, 2010, 355 ss.

Mazzacuva N., *I delitti contro la persona: le altre ipotesi di tutela*, in Aa.Vv., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, 6ª ed., Bologna, Monduzzi, 2014, 595 ss.

Mazzucato C., *Dalla parte di Caino per una giustizia riparativa*, Agrate Brianza, Centro Formazione e Lavoro A. Grandi, 2018.

McGlynn C., *Rape as "torture"? Catharine MacKinnon and questions of feminist strategy*, in *Feminist Legal Studies*, 2008, vol. 16, 71 ss.

McGlynn C., *Rape, torture and the European Convention on Human Rights: expanding the boundaries*, in *International Criminal Law Quarterly*, 2009, vol. 58, 1 ss.

McGlynn C., *Feminist activism and rape law reform in England and Wales. A Sisyphean struggle?*, in C. McGlynn, V.E. Munro (a cura di), *Rethinking rape law*, Abingdon Oxon, Routledge, 2010, 139 ss.

McGlynn C., Munro V.E., *Rethinking rape law: an introduction*, in Id. (a cura di), *Rethinking rape law*, Abingdon Oxon, Routledge, 2010, 1 ss.

McGlynn C., Westmarland N., Godden N., *"I just wanted him to hear me": sexual violence and the possibilities of restorative justice*, *Journal of Law and Society*, 2012, vol. 39, 2, 213 ss.

McGlynn C., Rackley E., *Image-based sexual abuse*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2017, vol. 37, 3, 534 ss.

McGlynn C. Rackley E., Houghton R., *Beyond "revenge porn": The continuum of image-based sexual abuse*, in *Feminist legal Studies*, 2017, 25 ss.

McGregor J., *Is it rape? On acquaintance rape and taking women's consent seriously*, Aldershot, Ashgate, 2005.

McLellan A., *Post-penetration rape. Increasing the penalty*, in *Santa Clara Law Review*, 1991, vol. 31, 779 ss.

Melchionda A., *Limiti tecnici e difetti sistematici della nuova disciplina delle circostanze nei reati sessuali*, in A. Cadoppi (a cura di), *La violenza sessuale a cinque anni dalla legge n. 66/96. Profili giuridici e criminologici*, Padova, Cedam, 2001, 72 ss.

Melchionda A., *Forme di colpevolezza e prospettive di codificazione europea. Brevi riflessioni sulle auspicate revisioni normative dei confini fra dolo e colpa*, in A. Cadoppi (a cura di), *Verso un codice penale modello per l'Europa. Offensività e colpevolezza*, Padova, Cedam, 2002, 185 ss.

Melchionda A., *Art. 609-ter c.p.*, in A. Cadoppi (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, 4ª ed., Padova, Cedam, 2006, 559 ss.

Mereu V., *La rilevanza penale del bacio "rubato" sulla guancia*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 1551 ss.

Merli A., *Violenza di genere e femminicidio*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2015, n. 1, 430 ss.

Merzagora I., *Relativismo culturale e percezione sociale in materia di comportamenti sessuali deviati*, in A. Cadoppi (a cura di), *Commentario delle "Norme contro la violenza sessuale" (Legge 15 febbraio 1996, n. 66)*, 1ª ed., Padova, Cedam, 1996, 343 ss.

Merzagora Betsos I., *Profili generali criminologici*, in A. Cadoppi (a cura di), *La violenza sessuale a cinque anni dalla legge n. 66/96. Profili giuridici e criminologici*, Padova, Cedam, 2001, 189 ss.

Mezzetti E., *La nuova grammatica del legislatore sulle* Straf-Kulturnormen, in *Arch. pen.*, 2019, n. 2, 1 ss.

Miccio G.K., *A house divided: mandatory arrest, domestic violence, and the conservatization of the battered women's movement*, in *Houston Law Review*, 2005, vol. 42, 237 ss.

Militello V., *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, Milano, Giuffré, 1982.

Militello V., *Rischio e responsabilità penale*, Milano, Giuffrè, 1988.

Militello V., *L'identità della scienza giuridica penale nell'ordinamento multilivello*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, n. 1, 106 ss.

Millman C., *Sodomy satutes and the Eighth Amendment*, in *Columbia Journal of Law and Social Problems*, 1988, vol. 21, 267 ss.

Minicucci G., *Il diritto penale della vittima. Ricadute sistematiche e interpretative*, in *Riv. pen.*, 2020, 1041 ss.

Moccia S., *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1979.

Moccia S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 1ª ed., Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.

Moccia S., *Il sistema delle circostanze e le fattispecie qualificate nella riforma del diritto penale sessuale (l. 15 febbraio 1996, n. 66): un esempio paradigmatico di sciatteria legislativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1997, 395 ss.

Monaco L., *Itinerari e prospettive di riforma del diritto penale sessuale*, in *Studi urb*., 1988-89/1989-90, 403 ss.

Mongillo V., *L'incerta frontiera. Il discrimine tra concussione e induzione indebita nel nuovo statuto penale della pubblica amministrazione*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2013, n. 3, 166 ss.

Montagna A., *La difficile definizione del caso di minore gravità nei reati sessuali*, in *Cass. pen.*, 2011, n. 4, 1429 ss.

Montanari M., *Adescamento di minorenni tramite Facebook: tra tentativo di violenza sessuale mediante induzione con inganno e nuovo art. 609-undecies c.p.*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2014, n. 2, 218 ss.

Monticelli L., *Costrizione o induzione al matrimonio (art. 558-*bis *c.p.)*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (diretto da), *Diritto penale*, Milano, Utet, 2022, 4490 ss.

Morgante G., *Dalla Convenzione di Istanbul alle Corti Europee: il difficile cammino del diritto nella prevenzione e repressione della violenza di genere*, in C. Veltri (a cura di), *Ri-scrivere. Principi, pratiche e tratti fondanti dei Centri antiviolenza dieci anni dopo la redazione della Carta nazionale*, Città di Castello, SetteNove, 33 ss.

Mori F.A., *Teorica del codice penale toscano*, Firenze, Stamperia delle Murate, 1854.

Muehlenhard C., Sakaluk J.K., Esterline K.M., *Double standard*, in P. Whelehan, A. Bolin (a cura di), *International Encyclopedia of human sexuality*, Hoboken, Wiley-Blackwell, 2015, 309 ss.

Mulliri G., *La legge sulla violenza sessuale. Analisi del testo, primi raffronti e considerazioni critiche*, in *Cass. pen.*, 1996, 734 ss.

Mulliri G., *La nuova fattispecie di violenza sessuale messa alla prova da un caso piuttosto singolare*, in *Giur. mer.*, 2004, n. 9, 2, 1794 ss.

Munro V.E., *From consent to coercion: evaluating international and domestic frameworks for the crminalization of rape*, in C. McGlynn, V.E. Munro (a cura di), *Rethinking Rape Law*, Abingdon Oxon, Routledge, 2010, 17 ss.

Munro V.E., *Sexual autonomy*, in M. Dubber, T. Hörnle (a cura di), *The Oxford handbook of criminal law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 747 ss.

Musacchio V., *La nuova legge sulla violenza sessuale*, in *Riv. Pen.*, 1997, 257 ss.

Musacchio V., *Il delitto di violenza sessuale (art. 609-bis c.p.)*, Padova, Cedam, 1999.

Musco E., *Consenso e legislazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 80 ss.

Musumeci E., *Emozioni, crimine, giustizia. Un'indagine storico-giuridica tra Otto e Novecento*, Milano, Franco Angeli, 2015.

Nappi A, *Commento alle nuove norme contro la violenza sessuale*, in *Gazz. giur.*, 1996, n. 8, 1 ss.

Nappi A., *I reati contro la moralità pubblica e il buon costume*, in F. Bricola, V. Zagrebelsky (diretta da), *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, vol. IV, 2ª ed., Torino, Utet, 1996, 368 ss.

Nappi A., *I* jeans *e la logica: tra legittimità e merito*, in *Gazz. giur.*, 1999, n. 42, 1 ss.

Nappi A., *La prevedibilità nel diritto penale. Contributo ad un'indagine sistemica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020.

Neppi Modona G., *Sulla posizione della «violenza» e della «minaccia» nella struttura delle fattispecie criminose*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, 522 ss.

Nicosia E., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2006.

Nisco A., *La tutela penale dell'integrità psichica*, Torino, Giappichelli, 2012.

Nisco A., *L'incesto innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Margine di apprezzamento e controllo delle norme penali*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2012, n. 3-4, 70 ss.

Nissenbaum H., *Privacy in context. Technology, policy, and the integrity of social life*, Stanford, Stanford University Press, 2010.

Norrie A., *Subjectivism, objectivism and the limits of criminal recklessness*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1992, vol. 12, 45 ss.

Norrie a., *Crime, reason and history*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

Nussbaum M.C., *Poetry and the passions: two Stoic views*, in J. Brunschwig, M.C. Nussbaum, *Passions and perceptions. Studies in Hellenistic philosophy of mind*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993, 99 ss.

Nuvolone P., *I limiti taciti della norma penale*, Palermo, G. Priulla Editore, 1947.

Nuvolone P., *Il diritto penale comparato quale mezzo di ricerca nell'ambito della politica criminale*, in *Ind. pen.*, 1980, 5 ss.

Orenstein A., *No bad men!: a feminist analysis of character evidence in rape trials*, in *Hastings Law Journal*, 1998, vol. 49, 663 ss.

Orenstein A., *Special issues raised by rape trials*, in *Fordham Law Review*, 2007, vol. 76, 1585 ss.

Ormerod D., Laird K., *Smith and Hogan's Criminal Law*, 14ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2015.

Osman S., Davis C.M., *Belief in toke resistance and type of resistance as predictors of men's perception of date rape*, in *Journal of Sex Education and Therapy*, 1999, vol. 24, 189 ss.

Padovani T., *L'intangibilità del minore degli anni quattordici e l'irrilevanza dell'errore sull'età: una presunzione ragionevole ed una* fictio *assurda*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 429 ss.

Padovani T., *Costringimento fisico e psichico*, in *Digesto disc. pen.*, vol. III, Torino, Utet, 1987, 209 ss.

Padovani T., *Violenza carnale e tutela della libertà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1301 ss.

Padovani T., *Pre-Art. 609*-bis *c.p. Commento ad Art. 1 l. 15 febbraio 1996, n. 66*, in A. Cadoppi (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, 4ª ed., Padova, Cedam, 2006, 415 ss.

Padovani T., *Pre-Art. 609*-bis *c.p. Commento ad Art. 2 l. 15 febbraio 1996, n. 66*, in A. Cadoppi (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, 4ª ed., Padova, Cedam, 2006, 431 ss.

Padovani T., «Jus non scriptum» *e crisi della legalità nel diritto penale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014.

Pagliaro A., *Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 41 ss.

Palazzo F., *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, Padova, Cedam, 1979.

Palazzo F., *Principi costituzionali, beni giuridici e scelte di criminalizzazione*, in Aa.Vv., *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, vol. I, Milano, Giuffré, 1991, 383 ss.

Palazzo F., *Tendenze e prospettive nella tutela penale della persona umana*, in L. Fioravanti (a cura di), *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, Milano, Giuffré, 2001, 401 ss.

Palazzo F., *La scienza giuridica di fronte alla giurisprudenza (diritto penale), in Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 2013, 143 ss.

Palazzo F., *Legalità fra* law in the books *e* law in action, in A. Cadoppi (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, Roma, Dike, 2017, 63 ss.

Palazzo F., *Il principio di proporzione e i vincoli sostanziali del diritto penale*, in G. Conte, S. Landini (a cura di), *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furgiuele*, vol. I, Mantova, Universitas Studiorum, 2017, 311 ss.

Palazzo F., *La tutela della persona umana. Dignità, salute, scelte di libertà*, in G. De Francesco, A. Gargani, D. Notaro, A. Vallini (a cura di), *La tutela della persona umana. Dignità, salute, scelte di libertà (per Francesco Palazzo). Atti del Convegno. Pisa, 12 ottobre 2018*, Torino, Giappichelli, 2019, 121 ss.

Palazzo F., *Legalità penale, interpretazione ed etica del giudice*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 1249 ss.

Palazzo F., *Corso di diritto penale*, 8ª ed., Torino, Giappichelli, 2021.

Palazzo F., Papa M., *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, Giappichelli, 2013.

Palazzo F., Viganò F., *Diritto penale. Una conversazione*, Bologna, Il Mulino, 2018.

Paliero C.E., *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 849 ss.

Paliero C.E., *La laicità penale alla sfida del "secolo delle paure"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, n. 3, 1154 ss.

Paliero C.E., Moccia S., De Francesco G., Insolera G., Pelissero M., Rampioni R., Risicato L. (a cura di), *La crisi della legalità. Il sistema vivente delle fonti penali*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016.

Palmer E.G., *Antiquated notions of womanhood and the myth of the unstoppable male: why post-penetration rape should be a crime in North Carolina*, in *North Carolina Law Review*, 2003-2004, vol. 82, 1258 ss.

Palumbieri S.R., *Rassegna di giurisprudenza, edita ed inedita, in materia di reati sessuali*, in A. Cadoppi (a cura di), *La violenza sessuale a cinque anni dalla legge n. 66/96. Profili giuridici e criminologici*, Padova, Cedam, 2001, 81 ss.

Palumbieri S.R., *Violenza sessuale*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, vol. IX, Torino, Utet, 2011, 17 ss.

Palumbieri S.R., *Art. 609 bis*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, P. Veneziani (a cura di), *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Torino, Giappichelli, 2018, 2523 ss.

Palumbieri S.R., *Violenza sessuale*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (diretto da), *Diritto penale*, Milano, Utet, 2022, 6187 ss.

Pannain R., *Delitti contro la morale pubblica e il buon costume*, Torino, Utet, 1952.

Panormitano, *Commentaria in quartum et quintum Decretalium librum*, Venetiis, 1571.

Paoli U.E., *Il reato di adulterio (*moicheia*) in diritto attico*, in *Studia et Doc. Hist. et Iuris*, 1950, n. 16, 123 ss.

Paonessa C., *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, ETS Edizioni, 2009.

Papa M., *Osservazioni sulla disciplina dei reati sessuali quale "microsistema di tutela integrata"*, in A. Cadoppi (a cura di), *Commentario delle "Norme contro la violenza sessuale" (Legge 15 febbraio 1996, n. 66)*, 1ª ed., Padova, Cedam, 1996, 427 ss.

Papa M., *Quando c'è l'ebrezza il consenso della vittima è sempre anomalo: i limiti delle nostre leggi*, in *www.repubblica.it*, 15 settembre 2017.

Papa M., Fantastic voyage. *Attraverso la specialità del diritto penale*, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 2019.

Papa M., *La fisiognomica della condotta illecita nella struttura dei reati sessuali: appunti per una riflessione sulla crisi della tipicità*, in G. De Francesco, A. Gargani, D. Notaro, A. Vallini (a cura di), *La tutela della persona umana. Dignità, salute, scelte di libertà (per Francesco Palazzo). Atti del Convegno. Pisa, 12 ottobre 2018*, Torino, Giappichelli, 2019, 145 ss.

Paradiso A., *Violenza sessuale,* hybris *e consenso nelle fonti greche*, in R. Raffaelli (a cura di), *Vicende e figure femminili in Grecia e a Roma*.

Atti del Convegno Pesaro 28-30 aprile 1994, Ancona, Commissione per le pari opportunità della regione Marche, 1995, 93 ss.

Parker S.O., *No means no… sometimes: developments in post-Penetration rape law and the need for legislative action*, in *Brooklyn Law Review*, 2012-2013, vol. 78, 3, 1067 ss.

Parmiggiani M.C., Rape by omission*, ovvero lo "stupro omissivo": note a margine di un recente caso californiano*, in *Ind. pen.*, 2005, 311 ss.

Parziale Y., *Abuso di autorità dell'insegnante privato nei confronti del minorenne: per le Sezioni Unite è violenza sessuale*, in *Pen. dir. proc.*, 17 dicembre 2020.

Pavarani C., *Il mero dissenso della vittima nella violenza sessuale: profili di diritto italiano e anglosassone*, in *Ind. pen.*, 2002, n. 2, 771 ss.

Peccioli A., *La tutela delle vittime vulnerabili nei delitti di riduzione in schiavitù e di tratta*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 879 ss.

Pecoraro-Albani A., *Atti di libidine violenti*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffré, 1959, 7 ss.

Pecoraro-Albani A., *Congiunzione carnale commessa con abuso della qualità di pubblico ufficiale*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffré, 1961, 1075 ss.

Pecoraro-Albani A., *Il concetto di violenza nel diritto penale*, Milano, Giuffré, 1962.

Pecoraro Albani A., *Violenza sessuale e arbitrio del legislatore*, Napoli, Jovene, 1997.

Pecorella C., *Sicurezza vs Libertà? La risposta penale alle violenze sulle donne nel difficile equilibrio tra istanze repressive e interessi della vittima*, in *Dir. pen. cont.*, 5 ottobre 2016.

Pecorella C., *Violenza di genere e sistema penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 1181 ss.

Pecorella C. (a cura di), *Donne e violenza. Stereotipi culturali e prassi giudiziarie*, Torino, Giappichelli, 2021.

Pecorella C. (a cura di), *La legittima difesa delle donne. Una lettura del diritto penale oltre pregiudizi e stereotipi*, Milano, Mimesis, 2022.

Pedrazzi C., *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, Giuffré, 1955.

Pedrazzi C., *Il consenso dell'avente diritto* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffré, 1961, 140 ss.

Pedrazzi C., *Millantato credito,* trafic d'influence, influence peddling, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, 913.

Pedrazzi C., *Il concorso di persone nel reato*, in Id., *Scritti di parte generale*, vol. I, Milano, Giuffré, 2003, 3 ss.

Pelissero M., Bondage *e sadomasochismo: i limiti della responsabilità penale tra fine di piacere e libero consenso*, in *Cass. pen.*, 2017, 350 ss.

Pelissero M., *Le tensioni tra consenso sociale e diritto penale: complessità dei problemi, semplificazioni populiste e ruolo della dottrina*, in F. Giunta, R. Guerrini, V. Maiello, S. Seminara, F. Sgubbi (a cura di), *Diritto penale e paradigma liberale. Tensioni e involuzioni nella contemporaneità*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, 340 ss.

Pepè G., *Matrimoni forzati e prezzo della sposa: la Cassazione ribadisce l'irrilevanza di tradizioni e culture lesive della libertà individuale*, in *Sistema penale*, 15 febbraio 2022.

Perini C., *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, Giuffrè, 2010.

Perkins R., *Criminal law*, 2ª ed., New York, Foundation Press, 1969.

Perrone D., Nullum crimen sine iure. *Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative* in malam partem *e nuove istanze di garanzia*, Torino, Giappichelli, 2019.

Petrini D., *I reati contro la libertà sessuale*, in G. Flora, P. Tonini (a cura di), *Nozioni di diritto penale*, 1997, 321 ss.

Petrini D., *Il trattamento del delinquente sessuale, tra esigenze securitarie e controllo della recidiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 1823 ss.

Petrocelli B., *Principi di diritto penale*, Napoli, Jovene, 1949.

Petrone G., *La donna "virile"*, R. Raffaelli (a cura di), *Vicende e figure femminili in Grecia e a Roma. Atti del Convegno Pesaro 28-30 aprile 1994*, Ancona, Commissione per le pari opportunità della regione Marche, 1995, 259 ss.

Petrone M., *Moralità pubblica e buon costume (diritto penale)* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffré, 1977, 60 ss.

Picotti L., *Il dolo specifico. Un'indagine sugli "elementi finalistici" delle fattispecie penali*, Milano, Giuffré, 1993.

Picotti L., *Il delitto sessuale: da sfogo «non autorizzato» della libidine a «rapporto interpersonale» illecito. Spunti di riflessione sull'evoluzione e la riforma dei reati sessuali*, in A. Cadoppi (a cura di), *Commentario delle "Norme contro la violenza sessuale" (Legge 15 febbraio 1996, n. 66)*, 1ª ed., Padova, Cedam, 1996, 419 ss.

Picotti L., *Profili generali di diritto penale sostanziale*, in A. Cadoppi (a cura di), *La violenza sessuale a cinque anni dalla legge n. 66/96. Profili giuridici e criminologici*, Padova, Cedam, 2001, 19 ss.

Pignata M., *"Dal" Corpo e "sul" Corpo della donna. Il reato di stupro tra Ottocento e Novecento*, in *Quest. giust.*, 2016, n. 2, 175 ss.

Pillsbury S.H., *Crimes against the heart: recognizing the wrongs of forced sex*, in *Loyola at Los Angeles Law Review*, 2002, vol. 35, 845 ss.

Pineau L., *Date rape: a feminist analysis*, in *Law & Philosophy*, 1989, vol. 8, 217 ss.

Pinna A.N., *Uno sguardo sulla prassi. Considerazioni a margine di una ricerca empirica sulla giurisprudenza del Tribunale di Milano*, in *Osservatorio contro la violenza sulle donne*, n. 1/2020, in *Sistema penale*, 25 novembre 2020.

Pinna A.N., *Violenza sessuale e ricerca del dissenso della vittima: la difficoltà dei giudici di merito a recepire gli insegnamenti della Corte di Cassazione*, in *Sistema penale*, 8 marzo 2022.

Pisa P., *Le nuove norme contro la violenza sessuale (commento alla l. 15 febbraio 1996 n. 66)*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 3, 283 ss.

Pisa P., *Tutela della libertà sessuale tra distorsioni giurisprudenziali e carenze legislative*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 5, 535 ss.

Pisapia G.D., *Delitti contro la famiglia*, Torino, Utet, 1953.

Pitch T., *Responsabilità limitate. Attori, conflitti, giustizia penale*, Milano, Feltrinelli, 1989.

Pitch T., *Un diritto per due: la costruzione giuridica di genere, sesso e sessualità*, Milano, Il Saggiatore, 1998.

Pitea C., *Rape as a human rights violation and a criminal offence: the European Court's judgement in M.C. v. Bulgaria*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2005, n. 3, 447 ss.

Plantamura V., *Morte a seguito di sesso "estremo" consensuale: dolo eventuale, preterintenzione o colpa cosciente?*, in *Ind. pen.*, 2013, 576 ss.

Poggi G.A., *Elementa jurisprudentiae criminalis*, vol. V, Florentiae, Pagani, 1838.

Poggi M., *Violenza sessuale: la rilevanza della resistenza della vittima ai fini della configurabilità del reato*, in *Riv. pen.*, 1999, 259 ss.

Pollock F., Maitland F.W., *The History of the English law before the time of Edward I*, vol. II, (1895), 2ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 1968.

Pomeroy S.B., *Donne in Atene e Roma*, tr. it. di L. Comoglio, Torino, Einaudi, 1978.

Ponti G., Merzagora I., *Sessualità, cultura e delitto*, in G. Canepa, M. Lagazzi (a cura di), *I delitti sessuali*, Padova, Cedam, 1988, 13 ss.

Porges S.W., *La teoria polivagale. Fondamenti neurofisiologici delle emozioni, dell'attaccamento, della comunicazione e dell'autoregolazione*, Roma, Fioriti Editore, 2014.

Powell A., *Sex, power and consent*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

Precone F., *Buon costume (reati contro il)*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, vol. II, 3, 1892, 582 ss.

Provera A., *Tra frontiere e confini. Il diritto penale dell'età multiculturale*, Napoli, Jovene, 2018.

Puccioni G., *Il codice penale toscano illustrato sulla scorta delle fonti del diritto e della giurisprudenza*, Pistoia, tip. Cino, 1857.

Pulitanò D., *Supplenza giudiziaria e poteri dello Stato*, in *Quaderni costituzionali*, 1982, 93 ss.

Pulitanò D., *Picchettaggio e categorie penalistiche: per una riconsiderazione del reato di violenza privata*, in *Riv. giur. lav.*, 1984, 351 ss.

Pulitanò D., *Laicità e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 55 ss.

Pulitanò D., *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2010.

Pulitanò D., *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2013, 123 ss.

Pulitanò D., *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 29 ss.

Pulitanò D., *Il giudice e la legge penale*, in *Quest. giust.*, 2017, n. 2, 149 ss.

Questa C., *Messalina* "meretrix augusta", in R. Raffaelli (a cura di), *Vicende e figure femminili in Grecia e a Roma. Atti del Convegno Pesaro 28-30 aprile 1994*, Ancona, Commissione per le pari opportunità della regione Marche, 1995, 399 ss.

Radacic I., *Rape cases in the jurisprudence of the European Court of Human Rights: defining rape and determining the scope of the State's obligations*, in *European Human Rights Law Review*, 2008, vol. 3, 357 ss.

Raffaele S., *Essenza e confini del dolo*, Milano, Giuffrè, 2018.

Rampioni R., *Dalla parte degli «ingenui». Considerazioni in tema di tipicità, offesa e c.d. giurisprudenza «creativa»*, Padova, Cedam, 2007.

Rayburn C., *To catch a sex thief: the burden of Performance in rape and sexual assault trials*, in *Columbia Journal of Gender and Law*, 2006, vol. 15, 437 ss.

Recchia N., *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di incriminazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2020.

Renon P., *I* jeans*… stanno stretti alla Cassazione (a proposito di una recente sentenza)*, in *Gazz. giur.*, 1999, n. 42, 7 ss.

Riondato S., *Introduzione a «Famiglia» nel diritto penale italiano*, in Id. (a cura di), *Diritto penale della famiglia*, in P. Zatti (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 2011, 3 ss.

Risicato L., Error aetatis *e principio di colpevolezza: un* perseverare diabolicum*?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 584 ss.

Risicato L., *L'errore sull'età tra* error facti *ed* error iuris*: una decisione "timida" o "storica" della Corte costituzionale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 1465 ss.

Risicato L., *Dal diritto di vivere al diritto di morire. Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, Giappichelli, 2008.

Ristroph A., *Sexual punishments*, in *Columbia Journal of Gender and Law*, 2006, vol. 15, 139 ss.

Riz R., *Il consenso dell'avente diritto*, Padova, Cedam, 1979.

Rizzelli G., *"*Stuprum*" e "*adulterium*" nella cultura augustea e la "*lex Iulia de adulteriis*"*, in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, 1987, n. 90, 357 ss.

Rizzelli G., Lex Iulia de adulteriis. *Studi sulla disciplina di* adulterium, lenocinium, stuprum, Lecce, Edizioni del Grifo, 1997.

Rizzelli G., In has servandae integritatis custodias nulla libido inrumpet *(Sen. contr. 2.7.3). Donne passioni e violenza*, in F. Lucrezi, F. Botta, G. Rizzelli, *Violenza sessuale e società antiche. Profili storico-giuridici*, 2ª ed., Lecce, Edizioni del Grifo, 2011, 149 ss.

Roach K., *Criminal law*, 7ª ed., Toronto, Irwin Law, 2018.

Roberts D.E., *Rape, violence, and women's autonomy*, in *Chicago-Kent Law Review*, 1993, vol. 69, 359 ss.

Robinson P.H., *Criminal law defences*, in *Columbia Law Review*, 1982, vol. 82, 199 ss.

Rofee J., *When yes actually means yes: confusing messages and criminalising consent*, in N. Henry, A. Flynn, A. Powell, *Rape justice. Beyond the criminal law*, New York, Palgrave MacMillan, 2015, 72 ss.

Romano B., *Il rinnovato volto delle norme contro la violenza sessuale: una timida riforma dopo una lunga attesa*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1996, 1610 ss.

Romano B., *Appunti sui sospetti di illegittimità costituzionale degli «atti sessuali» alla luce del principio di determinatezza*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1999, 62 ss.

Romano B., *La tutela penale della sfera sessuale. Indagine alla luce delle recenti norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, Milano, Giuffré, 2000.

ROMANO B., *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, 2ª ed., Milano, Giuffré, 2002.

ROMANO B., *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, 6ª ed., Milano, Giuffré, 2016.

ROMANO B., *Proposte di riforma nei delitti contro la sfera sessuale della persona*, in *Dir. pen. cont.*, 29 novembre 2018.

ROMANO B., *La pornografia minorile nella (nuova) lettura delle Sezioni unite: dal pericolo concreto al reato di danno*, in *Cass. pen.*, 2019, 601 ss.

ROMANO B., *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, 7ª ed., Milano, Giuffré, 2022.

ROMANO B., MARANDOLA A. (a cura di), *Codice Rosso. Commento alla l. 19 luglio 2019, n. 69, in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, Pisa, Pacini, 2020.

ROMANO M., *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 477 ss.

ROMANO M., *Legislazione penale e consenso sociale*, in *Jus*, 1985, 413 ss.

ROMANO M., *Legislazione penale e tutela della persona umana (contributo alla revisione del titolo XII del codice penale)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 53 ss.

ROMANO M., *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 55 ss.

ROMANO M., *Commentario sistematico del Codice penale*, vol. I, *Art. 1-84*, 3ª ed., Milano, Giuffré, 2004.

ROMITO P., *Un silenzio assordante. La violenza occultata su donne e minori*, Milano, Franco Angeli, 2005.

RONCO M., *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, Giuffré, 2006, 693 ss.

ROSANI D., «Send nudes». *Il trattamento penalistico del sexting in considerazione dei diritti fondamentali del minore d'età*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2019, n. 2, 9 ss.

ROSANI D., Sexting *minorile: le Sezioni Unite chiamate ad esprimersi sul materiale pedopornografico prodotto col consenso del minore (600-ter c.p.)*, in *Sistema penale*, 29 settembre 2021.

ROSANI D., *L'introduzione giurisprudenziale di una clausola di non punibilità per la "pornografia minorile domestica": pensieri critici*, in *Sistema penale*, 15 aprile 2022.

ROSONI I., *Violenza (diritto intermedio)* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffré, 1993, 843 ss.

Roxin C., *Sui rapporti tra diritto e morale nella riforma penale tedesca*, in *Arch. pen.*, 1982, 28 ss.

Roxin C., *Über die Einwilligung im Strafrecht*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, vol. III, Coimbra, 1984, 396 ss.

Roxin C., *Sul consenso nel diritto penale*, in S. Moccia (a cura di), *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1996, 119 ss.

Rubenfeld J., *The riddle of rape-by-deception and the myth of sexual autonomy*, in *Yale Law Journal*, 2013, vol. 122, 1372 ss.

Ruggiero G., *La proporzionalità nel diritto penale. Natura e attuazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

Ryan W., *Blaming the victim*, New York, Pantheon Books, 1971.

Salvadori I., *L'adescamento di minori. Il contrasto al* child-grooming *tra incriminazione di atti preparatori ed esigenze di garanzia*, Torino, Giappichelli, 2018.

Santangelo A., *Precedente e prevedibilità. Profili di deontologia ermeneutica nell'era del diritto penale giurisprudenziale*, Torino, Giappichelli, 2022.

Sbarro A., *Il delitto di "costrizione o induzione al matrimonio" ex art. 558-bis c.p.: alcune riflessioni critiche*, in *Leg. pen.*, 22 febbraio 2022.

Scevi P., *La prevedibilità della norma penale tra* legislatio e iurisdictio, Torino, Giappichelli, 2022.

Sharpe A., *Criminalising sexual intimacy: transgender defendants and the legal construction of non-consent*, in *Criminal Law Review*, 2014, 207 ss.

Scheidegger N., *Balancing sexual autonomy, responsibility, and the right to privacy: principles for criminalizing sex by deception*, in *German Law Journal*, 2021, vol. 22, 769 ss.

Scheidegger N., *Of nagging and guilt-tripping. Lack of consent in one's own activities?*, in E. Hoven, T. Weigend (a cura di), *Consent and sexual offenses. Comparative perspectives*, Baden-Baden, Nomos, 2022, 83 ss.

Schirò D.M., *La modifica all'art. 165 del codice penale in materia di sospensione condizionale della pena*, in B. Romano, A. Marandola (a cura di), *Codice Rosso. Commento alla l. 19 luglio 2019, n. 69, in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, Pisa, Pacini, 2020, 57 ss.

Schulhofer S.J., *The gender question in criminal law*, in *Social Philosophy and Policy*, 1990, vol. 7, 2, 105 ss.

Schulhofer S.J., *Taking sexual autonomy seriously: rape law and beyond*, in *Law and Philosophy*, 1992, vol. 11, 1-2, 35 ss.

Schulhofer S.J., *Feminist challenge in criminal law*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1995, vol. 143, 6, 2151 ss.

Schulhofer S.J., *Unwanted sex. The culture of intimidation and the failure of law*, Cambridge Massachusetts-Londra, Harvard University Press, 1998.

Schulhofer S.J., *Consent: What it means and why it's time to require it?*, in *University of the Pacific Law Review*, 2016, vol. 47, 665 ss.

Schulhofer S.J., *Reforming the law of rape*, in *Law and Inequality: A Journal of Theory and Practice*, 2017, vol. 35, 2, 335 ss.

Scoletta M., *Sulla sindacabilità dell'interpretazione imprevedibile e dell'applicazione analogica della legge penale*, in R. Acquaroli, E. Fronza, A. Gamberini (a cura di), *La giustizia penale tra ragione e prevaricazione. Dialogando con Gaetano Insolera*, Roma, Aracne, 2021, 441 ss.

Seminara S., *Consenso sociale, populismo e diritto penale*, in F. Giunta, R. Guerrini, V. Maiello, S. Seminara, F. Sgubbi (a cura di), *Diritto penale e paradigma liberale. Tensioni e involuzioni nella contemporaneità*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, 326 ss.

Seminara S. (a cura di), *Reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale*, in *www.aipdp.it*.

Seminara S., *I delitti contro la personalità sessuale*, in R. Bartoli, M. Pelissero, S. Seminara, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Torino, Giappichelli, 2022, 165 ss.

Sessa A., *La fisiologica sistematicità dell'emergenza: tendenze autoritarie nel diritto giurisprudenziale penale compulsivo*, in *Ind. pen.*, 2016, n. 3, 785 ss.

Severino Di Benedetto P., *Antigone o Porzia? Il giurista davanti alla legge ingiusta*, in *Cass. pen.*, 2013, n. 3, 898 ss.

Sgubbi F., *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna, Il Mulino, 1990.

Sgubbi F., *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa*, Bologna, Il Mulino, 2019.

Simester A.P., *A disintegrated theory of culpability*, in D. Baker, J. Horder (a cura di), *The Sanctity of life and the criminal law: the legacy of Glanville Williams*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 178 ss.

Simons K.W., *Mistake of fact or mistake of criminal law? Explaining and defending the distinction*, in *Criminal Law and Philosophy*, 2009, vol. 3, 213 ss.

Simpson D.P., *Cassell's Latin Dictionary*, 5ª ed., New York, Macmillan, 1968.

Smart C., *Feminism and the power of the law*, Londra-New York, Routledge, 1989.

Smith J.C., *Note*, in *Criminal Law Review*, 1975, vol. 42.

Smith P., *Social revolution and the persistance of rape*, in K. Burgess-Jackson (a cura di), *A most detestable crime. New philosophical essays on rape*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1999, 32 ss.

Snow N.E., *Evaluating rape shield laws. Why the law continues to fail rape victims*, in K. Burgess-Jackson (a cura di), *A most detestable crime. New philosphical essays on rape*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1999, 245 ss.

Solove D.J., *The future of reputation: gossip, rumor, and privacy on the Internet*, New Haven, Yale University Press, 2007.

Sotis C., *Vincolo di rubrica e tipicità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1346 ss.

Spena A., *Harmless rapes? A false problem for the harm principle*, in *Dir. & quest. pubb.*, 2010, 497 ss.

Spohn C., Horney J., *Rape law reform: a grassroots revolution and its impact*, New York, Springer 1992.

Sprecher S., Hatfield E., Cortese A., Potapova E., Levitskaya A., *Token resistance to sexual intercourse and consent to unwanted sexual intercourse: college students' dating experiences in three countries*, in *Journal of Sex Research*, 1994, vol. 31, 125 ss.

Stark F., *Culpable carelessness. Recklessness and negligence in the criminal law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016.

Stile An., *Anche la 'pacca' sul sedere costituisce violenza sessuale. L'interpretazione della Cassazione sulla nozione di atto sessuale*, in *Cass. pen.*, 2005, 1182 ss.

Stortoni L., *Relazione di sintesi*, in A. Cadoppi (a cura di), *Commentario delle "Norme contro la violenza sessuale" (Legge 15 febbraio 1996, n. 66)*, 1ª ed., Padova, Cedam, 1996, 473 ss.

Stortoni L., *Qualche cosa deve essermi sfuggita a proposito del Ddl Zan*, in *disCrimen*, 2 settembre 2021.

Stortoni L., Tordini Cagli S. (a cura di), *Cultura, culture e diritto penale*, Bologna, Bononia University Press, 2013.

Stuntz W.J., *Unequal justice*, in *Harvard Law Review*, 2008, vol. 121, 1969 ss.

Suk J., *"The look in his eyes": the story of Rusk and rape reform*, in D. Cooker, R. Weisberg (a cura di), *Criminal law stories*, New York, Thomson Reuters-Foundation Press, 2013, 171 ss.

Sullivan G.R., *Knowledge, belief and culpability*, in S. Shute, A.P. Simester (a cura di), *Criminal law theory*, Oxford, Oxford University Press, 2005, 207 ss.

Summerer K., *La sentenza delle Sezioni unite sul caso Thyssen Krupp. Profili di tipicità e colpevolezza al confine tra dolo e colpa*, in *Cass. pen.*, 2015, n. 2, 490 ss.

Summerer K., *I delitti di schiavitù e tratta di persone*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (diretto da), *Diritto penale*, Milano, Utet, 2022, 5592 ss.

Sweeney J., *"Brock Turner is not a rapist": the danger of rape myths in character letters in sexual assault cases*, in *University of Missouri-Kansas City Law Review*, 2020, vol. 89, 121 ss.

Szegö A., *Quando lo stupro è legale: la "*marital rape exemption*"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 853 ss.

Szegö A., *Quando lo stupro è legale: la "*marital rape exemption*"*, in A. Cadoppi (a cura di), *Commentario delle "Norme contro la violenza sessuale" (Legge 15 febbraio 1996, n. 66)*, 1ª ed., Padova, Cedam, 1996, 443 ss.

Tabarelli De Fatis S., *Sulla rilevanza penale del «bacio» come atto di libidine prima e dopo la riforma dei reati sessuali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 965 ss.

Tabarelli De Fatis S., *Molestie sessuali e l. n. 66/96: un'occasione mancata, ma forse non ancora perduta*, in A. Cadoppi (a cura di), *La violenza sessuale a cinque anni dalla legge n. 66/96. Profili giuridici e criminologici*, Padova, Cedam, 2001, 133 ss.

Tabarelli De Fatis S., *Le molestie sessuali tra incriminazione penale ed alternative di tutela*, in L. Fioravanti (a cura di), *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, Milano, Giuffré, 2001, 207 ss.

Tadros V., *No consent: a historical critique of the actus reus of rape*, in *Edinburgh Law Review*, 1999, vol. 3, 317 ss.

Tadros V., *Recklessness and the duty to take care*, in S. Shute, A.P. Simester (a cura di), *Criminal law theory*, Oxford, Oxford University Press, 2005, 227 ss.

Tadros V., *Rape without consent*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2006, vol. 26, 515 ss.

Tadros V., *Fair labelling and social solidarity*, in L. Zedner, J. Roberts (a cura di), *Principles and values in criminal law and criminal justice: essays in honour of Andrew Ashworth*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 67 ss.

Tannahill R., *Storia dei costumi sessuali. L'uomo, la donna, l'evoluzione delle società di fronte al sesso*, Milano, Rizzoli, 1985 (trad. it., A. Sordelli).

Taslitz A.E., *Rape and the culture of the courtroom*, New York, New York University Press, 1999.

Taslitz A.E., *Willfully blinded: on date rape and self-deception*, in *Harvard Journal of Law & Gender*, 2005, vol. 28, 381 ss.

Telesca M., *La proposta di legge sulla castrazione farmacologica. Verso la riscoperta delle pene corporali: ossia prove di arcaismo penale*, in *Ind. pen.*, 2019, n. 3, 596 ss.

Temkin J., *Towards a modern law of rape*, in *Modern Law Review*, 1982, vol. 45, 4, 399 ss.

Temkin J., *The limits of reckless rape*, in *Criminal Law Review*, 1983, 5 ss.

Temkin J., Krahé B., *Sexual assault and the justice gap: a question of attitude*, Oxford, Hart, 2008.

Thomas T., *Sex crimes. Sex offending and society*, Abingdon Oxon-New York, Routledge, 2016.

Tordini Cagli S., *Condotta della vittima ed analisi del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, n. 3, 1148 ss.

Tordini Cagli S., *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, Bologna University Press, 2008.

Tordini Cagli S., *Profili penali del trattamento medico-chirurgico in assenza di consenso*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 1060 ss.

Torre V., *Violenza privata e minaccia*, in A. Manna (a cura di), *I delitti contro la persona*, Torino, Giappichelli, 571 ss.

Torrey M., *Feminist legal scholarship on rape: a maturing look at one form of violence against women*, in *William & Mary Journal of Race, Gender, and Social Justice*, 1995, vol. 2, 35 ss.

Tuerkheimer D., *Affirmative consent*, in *Ohio State Journal of Criminal Law*, 2016, vol. 13, 441 ss.

Valentini V., *Le garanzie liberali e il protagonismo delle vittime. Uno schizzo sistemico dell'attuale giustizia penale europea*, in *Ius17@unibo.it*, 2011, 97 ss.

Valentini V., *Legalità penale convenzionale e obbligo d'interpretazione conforme alla luce del nuovo art. 6 TUE*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2012, n. 2, 167 ss.

Vallini A., Mens rea, in A. Cassese (a cura di), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 412 ss.

Vallini A., *Nuove norme a salvaguardia del minore, della sua libertà (integrità) sessuale e del minore nella "famiglia"*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 151 ss.

Van Cleave R.A., *Sudden, forced, and unwanted kisses in the #MeToo era: why a kiss is not "just a kiss" under Italian sexual violence law*, in *University of Detroit Mercy Law Review*, 2019, vol. 96, 627 ss.

Vassalli G., *Il diritto alla libertà morale (Contributo alla teoria dei diritti della personalità)*, in Aa.Vv., *Studi giuridici in memoria di F. Vassalli*, vol. II, Torino, Utet, 1960, 1629 ss.

Vassalli G., *Analogia nel diritto penale*, in *Digesto disc. pen.*, vol. I, Torino, Utet, 1987, 158 ss.

Vassalli, Nullum crimen, nulla poena sine lege, in *Digesto Disc. pen.*, vol. VIII, Torino, Utet, 1994, 278 ss.

Venafro E., Piemontese C. (a cura di), *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2004.

Venditto M., *La regolamentazione degli atti sessuali alla luce della legge 15 febbraio 1996, n. 66*, in *Rass. it. crim.*, 1997, 327 ss.

Venditto M., Ricci P., Bassi S., *La violenza sessuale e risposta istituzionale. Considerazioni problematiche sulla normativa penale in materia*, in *Giust. pen.*, 1996, vol. 1, 366 ss.

Veneziani P., *Note in tema di violenza di gruppo ed "*estrinsecazione iniziale*" del dissenso della vittima*, in A. Cadoppi (a cura di), *La violenza sessuale a cinque anni dalla legge n. 66/96. Profili giuridici e criminologici*, Padova, Cedam, 2001, 167 ss.

Veneziani P., *Art. 609*-quater *c.p.*, in A. Cadoppi (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, 4ª ed., Padova, Cedam, 2006, 613 ss.

Venturoli M., *La tutela della vittima nelle fonti europee*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2012, n. 3-4, 86 ss.

Venturoli M., *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, Napoli, Jovene, 2015.

Venturoli M., *La vulnerabilità della vittima di reato quale categoria "a geometria variabile" del diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, 553 ss.

Vernant J.P., *Tensioni ed ambiguità nella tragedia greca*, in J.P. Vernant, P. Vidal-Naquet, *Mito e tragedia nell'antica Grecia*, tr. it. di M. Rettori, Torino, Einaudi, 1976, 8 ss.

Vernant J.P., *Mito e società nell'antica Grecia*, tr. it. di P. Pasquino, L. Berrini Pajetta, Torino, Einaudi, 1981.

VERNANT J.P., *Il tiranno zoppo: da Edipo a Periandro*, in J.P. VERNANT, P. VIDAL-NAQUET, *Mito e tragedia, due. Da Edipo a Dioniso*, tr. it. di C. Pavanello, Torino, Einaudi, 1991, 31 ss.

VERZA A., *Aggredire attraverso l'immagine. Cristallizzazioni tecnologiche, genere e diniego di tutela nella logica disciplinante neoliberale*, in *Ragion pratica*, 2017, 467 ss.

VESSICHELLI M., *Con l'aumento del minimo edittale a cinque anni ora più difficile la strada del "patteggiamento"*, in *Guida dir.*, 1996, n. 9, 21 ss.

VETTERHOFFER D., *No means no: weakening sexism in rape law by legitimizing post-penetration rape*, in *St Louis University Law Journal*, 2004-2005, vol. 49, 1229 ss.

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

VIGANÒ F., *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, n. 1, 42 ss.

VIGANÒ F., *Obblighi convenzionali di tutela penale?* in V. MANES, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, Giuffré, 2011, 243 ss.

VIGANÒ F., *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in M. BERTOLINO, L. EUSEBI, G. FORTI (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, Napoli, Jovene, 2011, 2645 ss.

VIGANÒ F., *L'adeguamento del sistema penale italiano al "diritto europeo" tra giurisdizione ordinaria e corte costituzionale*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2014, n. 2, 167 ss.

VIGANÒ F., *Il dolo eventuale nella giurisprudenza più recente*, in *Dir. pen. cont.*, 31 marzo 2014.

VIGANÒ F., *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 19 dicembre 2016.

VIGANÒ F., *Il diritto giurisprudenziale nella prospettiva della Corte costituzionale*, in *Sistema penale*, 19 gennaio 2021.

VIGANÒ F., *Art. 50*, in E. DOLCINI, G. GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, vol. I, 5ª ed., Assago, Ipsoa, 2021, 822 ss.

VIGANÒ F., *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2021.

VIGARELLO G., *Storia della violenza sessuale. XVI-XX secolo*, tr. it. di A. Folin, Padova, Marsilio, 2001.

VINCIGUERRA S., *Introduzione del diritto penale inglese. I principi*, Padova, Cedam, 1992.

Virgilio M., *Riforme penali, processi e violenza sessuale*, in *Pol. dir.*, 1983, 481 ss.

Virgilio M., *Corpo di donna e legge penale. Ancora sulla legge contro la violenza sessuale!?*, in *Dem. Dir.*, 1996, 157 ss.

Virgilio M. (a cura di), *Il cammino verso la riforma*, in A. Cadoppi (a cura di), *Commentario delle "Norme contro la violenza sessuale" (Legge 15 febbraio 1996, n. 66)*, 1ª ed., Padova, Cedam, 1996, 481 ss.

Virgilio M., *Violenza sessuale e norma. Legislazioni penali a confronto*, Ancona, Casa ed. Nuove Ricerche, 1997.

Virgilio M., *Nei dintorni della legge contro la violenza sessuale: un bilancio oltre la giurisprudenza*, in A. Cadoppi (a cura di), *La violenza sessuale a cinque anni dalla legge n. 66/96. Profili giuridici e criminologici*, Padova, Cedam, 2001, 175 ss.

Visconti C., *La tutela penale della religione nell'età post-secolare e il ruolo della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1029 ss.

Vitiello M., *Punishing sex offenders: when good intentions go bad*, in *Arizona State Law Review*, 2008, vol. 40, 2, 651 ss.

Vitiello M., *Defining the reasonable person in the criminal law: fighting the Lernean Hydra*, in *Lewis & Clark Law Review*, 2010, vol. 14, 4, 1435 ss.

Vitiello M., *Brock Turner: sorting through the noise*, in *University of the Pacific Law Review*, 2018, vol. 49, 631 ss.

Vitiello M., *The Victims' Rights Movement. What it gets right, what it gets wrong*, New York, New York University Press, in corso di pubblicazione.

Vitiello M., *Revenge porn and other crime victims: is it right to blame them?*, in G.M. Caletti, K. Summerer (a cura di), *Criminalising intimate image abuse. A comparative perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2023 (in corso di pubblicazione).

Vizzardi M., *Il bidello e la bambina: i baci "a sorpresa" al banco di prova del principio di legalità*, in *Il corriere del merito*, 2007, n. 11, 1297 ss.

Vizzardi M., *Bacio sulle labbra e diritto penale: ancora sulla nozione di «atto sessuale»*, in *Cass. pen.*, 2008, 755 ss.

Vizzardi M., *Violenza sessuale (art. 609-*bis*)*, in C. Piergallini, F. Viganò, M. Vizzardi, A. Verri (a cura di), *I delitti contro la persona. Libertà personale, sessuale e morale. Domicilio e segreti*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da G. Marinucci e E. Dolcini, Padova, Cedam, 2015, 47 ss.

Vizzardi M., *Violenza sessuale senza coinvolgimento del corpo della vittima? Brevissime considerazioni critiche a tesi che… a volte ritornano*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, n. 2, 57 ss.

Vogliotti M., *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2011.

Volpato C., *Le radici psicologiche e culturali della violenza contro le donne*, in C. Pecorella (a cura di), *Donne e violenza. Stereotipi culturali e prassi giudiziarie*, Torino, Giappichelli, 2021, 1 ss.

Volterra E., *Per la storia dell'*«accusatio adulterii iure mariti vel patris», in Id., *Scritti giuridici*, I, *Famiglia e successioni* (1927-1938), Napoli, Jovene, 1991, 261 ss. (precedentemente in *Studi economico-giuridici dell'Università di Cagliari*, 17, 1928, 1 ss.).

von Hirsch A., *Censure and sanctions*, Oxford, Clarendon Press, 1993.

Wallerstein S., *"A drunken consent is still consent?" – or is it? A critical analysis of the law on drunken consent to sex following bree*, in *Journal of Criminal Law*, 2009, vol. 73, 318 ss.

Warshaw R., *I never called it a rape. The Ms. report on recognizing, fighting, and surviving date and acquaintance rape*, New York, Harper & Row, 1988.

Wegerstad L., *Sense and caution: a comparative perspective on Sweden's negligent rape law*, in E. Hoven, T. Weigend (a cura di), *Consent and sexual offenses. Comparative perspectives*, Baden-Baden, Nomos, 2022, 119 ss.

Weigend T., *Germany*, in E. Hoven, T. Weigend (a cura di), *Consent and sexual offenses. Comparative perspectives*, Baden-Baden, Nomos, 2022, 183 ss.

Weigend T., *Consent – making the difference between pleasure and crime*, in G.M. Caletti, K. Summerer (a cura di), *Criminalising intimate image abuse. A comparative perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2023 (in corso di pubblicazione).

Wells C., *I reati sessuali nel diritto inglese*, in *Giur. it.*, 1997, n. 6, 217 ss.

Wells C.E., Motley E.E., *Reinforcing the myth of the crazed rapist: a feminist critique of recent rape legislation*, in *Buffalo Law Review*, 2001, vol. 81, 127 ss.

Welzel H., *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 6ª ed., Berlino, de Gruyter, 1958.

Wendell Holmes O., *The Common Law*, Boston, Little Brown, 1981.

Wertheimer A., *Consent to sexual relations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

Wertheimer A., *Consent to sexual relations*, in F. Miller, A. Wertheimer (a cura di), *The ethics of consent*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 195 ss.

West R., *Legitimating the illegitimate: a comment on Beyond Rape*, in *Columbia Law Review*, 1993, vol. 93, 1442 ss.

Westmarland N., *Violence against women: criminological perspectives on men's violences*, Abingdon Oxon, Routledge, 2015.

Williams G., *Textbook of Criminal Law*, 2ª ed., London, Steven & Sons, 1983.

Withey C., *Female rape. An ongoing concern: strategies for improving reporting and conviction levels*, in *Journal of Criminal Law*, 2007, vol. 70, 54 ss.

Wittes B., Poplin C., Jurecic Q., Spera C., *Sextortion: Cybersecurity, teenagers, and remote sexual assault*, in *Brookings Center for Technology Innovation*, 2016, 5, 1 ss.

Wolak J., Finkelhor D., *Sextortion: Findings from a survey of 1,631 victims*, disponibile sul sito del *Crime Against Children Research Center* dell'università del New Hampshire (*www.unh.edu/ccrc/*).

Wolbert Burgess A., Lytle Holmstrom I., *Rape trauma syndrome*, in *American Journal of Psychiatry*, 1974, 131 ss.

Zeitlin F., *Configurations of rape in Greek myth*, in S. Tomaselli, R. Porter (a cura di), *Rape. An historical and social enquiry*, Oxford-New York, Basil Blackwell, 1986, 122 ss.

Zeno Zencovich V., *Il corpo del reato: pornografia minorile, libertà di pensiero e cultura giuridica*, in *Politica del diritto*, 1998, 642 ss.

Ziino G., *Stupro e attentati contro il pudore e il buon costume (medicina legale)*, in *Il Digesto italiano*, vol. XXII, t. II, 1895, 897 ss.

SOMMARIO

Introduzione
Dalla violenza al consenso: alcune ipotesi paradigmatiche 7

Capitolo I
LA COSTRIZIONE SESSUALE VIOLENTA
Origine ed evoluzione storica di un dogma nella correlazione tra costumi sessuali, stereotipi culturali e norme penali

1. Premessa: l'intreccio tra costumi sessuali, stereotipi culturali e norme penali. L'ipotesi di studio 22
2. Dal mito ai "miti" sullo stupro. La codificazione dei ruoli sessuali nella mitologia classica tra seduzione violenta, pregiudizi misogini e *hybris* 39
3. I reati sessuali nel diritto penale ateniese: l'irrilevanza del consenso femminile riflessa nell'indistinguibilità tra *moicheia* e violenza sessuale 54
4. La forza quale causa di esclusione della colpevolezza dell'adultera. L'evoluzione della disciplina di *stuprum per vim* e *raptus* nel diritto romano 61
5. «*Praesumitur seducta*»: le contraddizioni del diritto intermedio nella ricostruzione di violenza e consenso a tutela dell'"onestà" femminile 73
6. «Lo stupro semplice cadde in faccia al progresso dei lumi». Il consenso femminile quale artifizio retorico della scienza penalistica ottocentesca per lo sgretolamento del sistema di antico regime 82
7. La violenza carnale tra Ottocento e Novecento: la codificazione della resistenza della vittima quale difesa di interessi sovraindividuali 91
8. L'affermarsi dell'approccio liberale e dell'autodeterminazione sessuale. La nuova centralità dello stupro tra i delitti sessuali e la messa in discussione psicosociale e criminologica dei miti 102
9. La riforma dei reati sessuali nel 1996 tra statuizioni simboliche e «bassifondi della banalità». La sopravvivenza della costrizione violenta 115

10. L'onere di resistenza e la resistenza dei miti nella "sentenza sui *jeans*" 124
11. Osservazioni di sintesi sulla costrizione violenta: un dogma penalistico dai molteplici retaggi applicativi; un corpo estraneo in un sistema di tutela complesso 129

Capitolo II
IL CONSENSO NEL DIRITTO PENALE SESSUALE GIURISPRUDENZIALE
L'evaporazione del requisito della costrizione violenta nel diritto vivente tra tutela dell'autodeterminazione e legalità penale

I. La struttura del dogma e l'interpretazione tradizionale 142
1. Premessa. La struttura coercitiva dell'art. 609-*bis* c.p. e la collocazione sistematica del consenso nella tipicità 142
2. La lunga stagione della "*vis atrox*" e dell'irrilevanza penale della "*vis grata puellis*" 152
3. Un primo affievolimento del concetto di violenza. La giurisprudenza sulla forza di «qualsiasi intensità». (Parentesi: il riconoscimento della rilevanza penale dello stupro maritale) 155

II. L'abbandono del dogma: la tesi della violenza "impropria" 158
4. La dematerializzazione della violenza per ampliare la tutela della libertà sessuale 158
4.1. I primi ambiti applicativi della violenza "impropria": gli atti sessuali "repentini" o a sorpresa e la violenza "potenziale" dei sanitari 160
4.2. (*segue*): la «costrizione ambientale» 164
5. Il fondamento teorico della violenza "impropria": la generale «spiritualizzazione» del concetto penalistico di violenza (*Gewaltbegriff*) sulla scorta della riflessione tedesca 167

III. La riformulazione della norma: dalla violenza al dissenso, fino al consenso espresso 175
6. Dalla costrizione "*in re ipsa*" al "mero" dissenso 175
6.1. Il caso del dissenso *in itinere*: "*rape by omission*" o "*post-penetration rape*" 177
6.2. L'atto sessuale secondo modalità diverse da quelle acconsentite. Il fenomeno della rimozione non consensuale del preservativo (c.d. "*stealthing*") 185
7. Verso un modello di "*affirmative consent*"? Le più recenti sentenze della Cassazione in tema di assenza del consenso ed errore 194
8. Tracce di consenso nell'interpretazione giurisprudenziale delle forme di violenza sessuale diverse dalla costrizione violenta 202
8.1. L'evaporazione (anche) dell'induzione nei casi di incoscienza della vittima. La prospettiva della giurisprudenza italiana su "*Manada di Manresa*" e "*Stanford rape*" 205

8.2. L'inganno quale vizio del consenso 211
8.3. Geometrie "consensualistiche" nell'interpretazione dell'abuso di autorità: l'intervento delle Sezioni Unite nel 2020 216
9. Le *resistenze* della giurisprudenza di merito ad applicare gli orientamenti della Cassazione 223

IV. La riforma giurisprudenziale del diritto penale sessuale. Profili di legalità penale 229
10. Le influenze sovranazionali da Strasburgo e Istanbul per l'adozione di un modello consensualistico. Un inedito caso di interpretazione conforme ad un obbligo positivo di criminalizzazione? 229
11. Il "diritto penale sessuale giurisprudenziale". «Tensioni immanenti» con riserva di legge e divieto di analogia 242
12. «Alla ricerca della tassatività perduta». Il problema della definizione di atti sessuali tra prevedibilità, proporzione e "*fair labelling*" 254
13. Rilievi di sintesi sulla costrizione violenta nel diritto vivente: un dogma da abbandonare a tutela… del reo! 272

Capitolo III
«*RAPE BY A RAPIST*»
La ricerca dello «stupro colpevole» nella dialettica angloamericana tra modelli di incriminazione basati sul consenso

I. Sezione introduttiva 282
1. Premesse. L'enigma del «*rape by a rapist*». Ragioni di una comparazione: la prominenza del delitto di stupro nei sistemi giuridici angloamericani 282
2. Le origini del delitto di stupro ("*rape*") nella *common law* inglese. Breve storia dei suoi primi sviluppi giurisprudenziali 289

II. «*Real rape*»: il problematico allontanamento da "*resistance*" e "*forcible rape*" negli Stati Uniti 295
3. "*Putting the victim on trial*": la giurisprudenza sulla «*resistance to the utmost*» e il diverso trattamento di "*stranger rape*" ed "*acquaintance rape*" 295
4. Dalla vittima al reo, dalla resistenza alla forza. Il fallimento dell'approccio del *Model Penal Code* e delle prime riforme femministe in una rassegna di casi storici 305
5. La tesi della "*inherent force*" in *M.T.S.* e il dibattito incendiato dal caso *Berkowitz* («*no is not enough*»): tempo di nuove riforme 323
6. La svolta punitiva del femminismo. Cenni sull'evoluzione del pensiero femminista angloamericano 333

III. Dalla forza al consenso. Modelli di incriminazione alternativi alla costrizione violenta 340
7. Le basi (e i problemi) di una ricostruzione consensualistica del delitto. La bidimensionalità del consenso all'atto sessuale spiegata in una ideale «transazione consensuale» trifasica 340
8. "*Yes means yes*": anatomia del consenso affermativo. La declinazione moderata del consenso "espressivo" 350
8.1. (*segue*): Il dibattito sulle criticità del paradigma affermativo. Una breve comparazione con la sessualità "digitale" 359
9. "*No means no*" nella sua declinazione europea: la riforma dei delitti sessuali in Germania 366
10. L'abbandono della forza nell'esperienza inglese. Dal "*reckless rape*" alla punibilità dell'errore colposo sulla presenza del consenso 378
10.1. L'attenzione del modello consensuale puro per la volontà interna della vittima. Quando "sì vuol dire no" ("*yes means no*") 394
11. Sinossi dei modelli e osservazioni di sintesi 400

IV. Postilla: le ultime frontiere del dibattito angloamericano 410
12. «*Guilt by accusation*»: gli Stati Uniti alle prese con le distorsioni mediatico-processuali del #*MeToo*. Le spinte femministe per l'incarcerazione di massa 410
13. Le suggestioni provenienti dal Sud del mondo. Gli esperimenti in tema di *restorative justice* di Australia e Nuova Zelanda 414

Osservazioni di sintesi 419

Bibliografia 435

PUBBLICAZIONI DEL SEMINARIO GIURIDICO DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

1. Coli U., *Collegia et sodalitates*, 1913.
2. Donatelli I., *La "consortia" di Avesa*, 1914.
3. Valenza P., *Il diritto di usufrutto nelle leggi sulle tasse del registro*, 1915.
4. Zingali G., *La statistica della criminalità*, 1916.
5. Tumedei C., *La separazione dei beni ereditari*, 1917.
6. Albertoni A., *L'"Apokeryxis"*, 1923.
7. Salvi F., *La cessione dei beni ai creditori*, 1947.
8. Milani F., *Distinzioni delle servitù prediali*, 1948.
9. Fassò G., *I "quattro autori" del Vico*, 1949.
10. Ferri L., *La trascrizione degli acquisti "mortis causa" e problemi connessi*, 1951.
11. Rossi G., *La "Summa arboris actionum" di Ponzio da Ylerda*, 1951.
12. Poggeschi R., *Le associazioni e gli altri gruppi con autonomia patrimoniale nel processo*, 1951.
13. Matteucci N., *Antonio Gramsci e la filosofia della prassi*, 1951.
14. Forchielli P., *I contratti reali*, 1952.
15. Salvi F., *Il possesso di stato familiare*, 1952.
16. Fassò G., *La storia come esperienza giuridica*, 1953.
17. Palazzini Finetti L., *Storia della ricerca delle interpolazioni nel Corpus iuris giustinianeo*, 1953.
18. Rossi G., *Consilium sapientis iudiciale*, 1958.
19. Mancini G.F., *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, 1957.
20. Ferri L., *L'autonomia privata*, 1959.
21. Torelli P., *Scritti di storia del diritto italiano*, 1959.
22. Santini G., *I Comuni di Valle del medioevo. La Costituzione federale del "Frignano"*, 1960.
23. Gianniti F., *I reati della stessa indole*, 1959.
24. Ghezzi G., *La prestazione di lavoro nella comunità familiare*, 1960.
25. Nardi E., *Case "infestate da spiriti" e diritto romano e moderno*, 1960.
26. Ferri L., *Rinunzia e rifiuto nel diritto privato*, 1960.
27. Ghezzi G., *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali*, 1963.
28. Bonsignori A., *Espropriazione della quota di società a responsabilità limitata*, 1961.
29. Redenti E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. I, *Intorno al diritto processuale*, 1962.
30. Redenti E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. II, *Intorno al diritto sostanziale*, 1962.
31. Gualandi A., *Spese e danni nel processo civile*, 1962.
32. Bonsignori A., *Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato*, 1960.
33. Mancini G.F., *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, vol. I, *Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, 1962.
34. Nardi E., *Rabelais e il diritto romano*, 1962.
35. Romagnoli U., *Il contratto collettivo di impresa*, 1963.
36. Santini G., *I "comuni di pieve" nel medioevo italiano*, 1964.
37. Rudan M., *Il contratto di tirocinio*, 1966.
38. Bonini R., *I "libri de cognitionibus" di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della "cognitio extra ordinem"*, 1964.
39. Colliva P., *Ricerche sul principio di legalità nell'amministrazione del Regno di Sicilia al tempo di Federico II*, 1964.
40. Mengozzi P., *L'agenzia di approvvigionamento dell'Euratom*, 1964.
41. *Scritti minori di Antonio Cicu*, tomi I e II, *Scritti di teoria generale del diritto - Diritto di famiglia*, 1965.
42. *Scritti minori di Antonio Cicu*, *Successioni e donazioni. Studi vari*, 1965.
43. Sacchi Morsiani G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, I, 1965.
44. Ghezzi G., *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, 1965.
45. Roversi Monaco F.A., *Enti di gestione. Struttura, funzioni, limiti*, 1967.
46. Gianniti F., *L'oggetto materiale del reato*, 1966.

47. Mengozzi P., *L'efficacia in Italia di atti stranieri di potestà pubblica su beni privati*, 1967.
48. Romagnoli U., *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, 1967.
49. Montuschi L., *I limiti legali nella conclusione del contratto di lavoro*, 1967.
50. Ranieri S., *Scritti e discorsi vari*, vol. I, *Scritti di diritto penale*, 1968.
51. Ranieri S., *Scritti e discorsi vari*, vol. II, *Scritti di procedura penale*, 1968.
52. Bonini R., *Ricerche di diritto giustinianeo*, 1968.
53. Santini G., *Ricerche sulle "Exceptiones legum romanorum"*, 1969.
54. Lo Castro G., *La qualificazione giuridica delle deliberazioni conciliari delle fonti del diritto canonico*, 1970.
55. Sacchi Morsiani G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, II, 1970.
56. Roversi Monaco F.A., *La delegazione amministrativa nel quadro dell'ordinamento regionale*, 1970.
57. Gianniti F., *Studi sulla corruzione del pubblico ufficiale*, 1970.
58. De Vergottini G., *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, 1971.
59. Mengozzi P., *Il regime giuridico internazionale del fondo marino*, 1971.
60. Carinci F., *Il conflitto collettivo nella giurisprudenza costituzionale*, 1971.
61. Osti G., *Scritti giuridici*, voll. I e II, 1973.
62. Zuelli F., *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, 1973.
63. Pergolesi F., *Sistema delle fonti normative*, 1973.
64. Montuschi L., *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, 1973.
65. Pattaro E., *Il pensiero giuridico di L.A. Muratori tra metodologia e politica*, 1974.
66. Pini G., *Arbitrato e lavori pubblici*, 1974.
67. Carpi F., *L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile*, 1974.
68. De Vergottini G., *Lo "Shadow cabinet"*, 1973.
69. Paolucci L.F., *La mutualità nelle cooperative*, 1974.
70. De Gennaro A., *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, 1974.
71. Stortoni L., *L'abuso di potere nel diritto penale*, 1978.
72. Gianniti F., *Prospettive criminologiche e processo penale*, 1977.
73. Bonvicini D., *Le "joint ventures": tecnica giuridica e prassi societaria*, 1977.
74. De Vergottini G., *Scritti di storia del diritto italiano*, voll. I, II, III, 1977.
75. Lambertini R., *I caratteri della Novella 118 di Giustiniano*, 1977.
76. Dalla D., *L'incapacità sessuale in diritto romano*, 1978.
77. Di Pietro A., *Lineamenti di una teoria giuridica dell'imposta sull'incremento di valore degli immobili*, 1978.
78. Mazzacuva N., *La tutela penale del segreto industriale*, 1979.
79. Romanelli G., *Profilo del noleggio*, 1979.
80. Borghesi D., *Il contenzioso in materia di eleggibilità*, 1979.
81. Dalla Torre G., *L'attività assistenziale della Chiesa nell'ordinamento italiano*, 1979.
82. Carpi F., *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, 1979.
83. Alleva P., *Il campo di applicazione dello statuto dei lavoratori*, 1980.
84. Puliatti S., *Ricerche sulla legislazione "regionale" di Giustiniano*, 1980.
85. Fassò G., *Scritti di filosofia del diritto*, voll. I, II, III, 1982.
86. Sgubbi F., *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, 1980.
87. Lambertini R., *Plagium*, 1980.
88. Dalla D., *Senatus consultum Silanianum*, 1980.
89. Vandelli L., *L'ordinamento regionale spagnolo*, 1980.
90. Nardi E., *L'otre dei parricidi e le bestie incluse*, 1980.
91. Pellicanò A., *Causa del contratto e circolazione dei beni*, 1981.
92. Giardini D., *Politica e amministrazione nello Stato fondato sul decentramento*, 1981.
93. Bortolotti D., *Potere pubblico e ambiente*, 1981.
94. Roffi R., *Contributo per una teoria delle presunzioni nel diritto amministrativo*, 1982.
95. Alessi R., *Scritti minori*, 1981.
96. Bassanelli Sommariva G., *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustinianeo*, 1983.
97. Zanotti A., *Cultura giuridica del Seicento e* jus publicum ecclesiasticum *nell'opera del cardinal Giovanni Battista De Luca*, 1983.
98. Illuminati G., *La disciplina processuale delle intercettazioni*, 1983.
99. Toniatti R., *Costituzione e direzione della politica estera negli Stati Uniti d'America*, 1983.
100. Nardi E., *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, 1983.
101. Dalla D., *Praemium emancipationis*, 1983.

102. Mazzacuva N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale - L'illecito commissivo doloso e colposo*, 1983.
103. *Studi in onore di Tito Carnacini*. I. *Studi di diritto costituzionale, civile, del lavoro, commerciale*, 1983.
104. Caia G., *Stato e autonomie locali nella gestione dell'energia*, 1984.
105. Baratti G., *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*, 1984.
106. Bortolotti D., *Attività preparatoria e funzione amministrativa*, 1984.
107. Puliatti S., *Ricerche sulle novelle di Giustino II. La legislazione imperiale da Giustiniano I a Giustino II*, 1984.
108. Lambertini R., *La problematica della commorienza nell'elaborazione giuridica romana*, 1984.
109. Zuelli F., *Le collegialità amministrative*, 1985.
110. Pedrazzoli M., *Democrazia industriale e subordinazione*, 1985.
111. Zanotti M., *Profili dogmatici dell'illecito plurisoggettivo*, 1985.
112. Ruffolo U., *Interessi collettivi o diffusi e tutela del consumatore*, I, 1985.
113. Biagi M., *Sindacato democrazia e diritto*, 1986.
114. Insolera G., *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, 1986.
115. Malagù L., *Esecuzione forzata e diritto di famiglia*, 1986.
116. Ricci G.F., *La connessione nel processo esecutivo*, 1986.
117. Zanotti A., *Il concordato austriaco del 1855*, 1986.
118. Selmini R., *Profili di uno studio storico sull'infanticidio*, 1987.
119. Dalla D., *"Ubi venus mutatur"*, 1987.
120. Zunarelli S., *La nozione di vettore*, 1987.
121. Zoli C., *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore*, 1988.
122. Cavina M., *Dottrine giuridiche e strutture sociali padane nella prima età moderna*, 1988.
123. Califano L., *Innovazione e conformità nel sistema regionale spagnolo*, 1988.
124. Sarti N., *Gli statuti della società dei notai di Bologna dell'anno 1336 (contributo allo studio di una corporazione cittadina)*, 1988.
125. Scarponi S., *Riduzione e gestione flessibile del tempo di lavoro*, 1988.
126. Bernardini M., *Contenuto della proprietà edilizia*, 1988.
127. La Torre M., *La "lotta contro il diritto soggettivo". Karl Larenz - la dottrina giuridica nazionalsocialista*, 1988.
128. Garcia De Enterria J., *Le obbligazioni convertibili in azioni*, 1989.
129. Biagi Guerini R., *Famiglia e Costituzione*, 1989.
130. Caia G., *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo*, 1989.
131. Magagni M., *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, 1989.
132. Petroni L., *La disciplina pubblicistica dell'innovazione tecnologica in Francia*, 1990.
133. Zanotti A., *Le manipolazioni genetiche e il diritto della Chiesa*, 1990.
134. Sartor G., *Le applicazioni giuridiche dell'intelligenza artificiale*, 1990.
135. Rossi L.S., *Il "buon funzionamento del mercato comune". Delimitazione dei poteri fra CEE e Stati membri*, 1990.
136. Luchetti G., *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, 1990.
137. Sarti N., *Un giurista tra Azzone e Accursio*, 1990.
138. Gustapane A., *La tutela globale dell'ambiente*, 1991.
139. Bottari C., *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, 1991.
140. Donini M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, 1991.
141. Perulli A., *Il potere direttivo dell'imprenditore*, 1992.
142. Vandelli L. (a cura di), *Le forme associative tra enti territoriali*, 1992.
143. Gasparri P., *Institutiones iuris publici*, 1992.
144. Capuzzo E., *Dal nesso asburgico alla sovranità italiana*, 1992.
145. Biavati P., *Accertamento dei fatti e tecniche probatorie nel processo comunitario*, 1992.
146. Ferrari F., *Atipicità dell'illecito civile. Una comparazione*, 1992.
147. Gustapane A., Sartor G., Verardi C.M., *Valutazione di impatto ambientale. Profili normativi e metodologie informatiche*, 1992.
148. Orlandi R., *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, 1992.
149. Carpani G., *Le aziende degli enti locali. Vigilanza e controlli*, 1992.
150. Musso A., *Concorrenza ed integrazione nei contratti di subfornitura industriale*, 1993.
151. Donini M., *Il delitto contravvenzionale. "Culpa iuris" e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, 1993.

152. Califano Placci L., *Le commissioni parlamentari bicamerali nella crisi del bicameralismo italiano*, 1993.
153. Fornasari G., *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, 1994.
154. Manzini P., *L'esclusione della concorrenza nel diritto antitrust italiano*, 1994.
155. Timoteo M., *Le successioni nel diritto cinese. Evoluzione storica ed assetto attuale*, 1994.
156. Sesta M. (a cura di), *Per i cinquant'anni del codice civile*, 1994.
157. Tullini P., *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, 1994.
158. Rescigno F., *Disfunzioni e prospettive di riforma del bicameralismo italiano: la camera delle regioni*, 1995.
159. Lugaresi N., *Le acque pubbliche. Profili dominicali, di tutela, di gestione*, 1995.
160. Sarti N., *Maximum dirimendarum causarum remedium. Il giuramento di calunnia nella dottrina civilistica dei secoli XI-XIII*, 1995.
161. Colliva P., *Scritti minori*, 1996.
162. Dugato M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, 1996.
163. Gardini G., *La comunicazione degli atti amministrativi. Uno studio alla luce della legge 7 agosto 1990, n. 241*, 1996.
164. Manzini P., *I costi ambientali nel diritto internazionale*, 1996.
165. Mittica M.P., *Il divenire dell'ordine. L'interazione normativa nella società omerica*, 1996.
166. Luchetti G., *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, 1996.
167. La Torre M., *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, 1996.
168. Camon A., *Le intercettazioni nel processo penale*, 1996.
169. Mancini S., *Minoranze autoctone e Stato. Tra composizione dei conflitti e secessione*, 1996.
170. Zanobetti Pagnetti A., *La non comparizione davanti alla Corte internazionale di giustizia*, 1996.
171. Bricola F., *Scritti di diritto penale*. Vol. I, *Dottrine generali, Teoria del reato e sistema sanzionatorio*. Vol. II, *Parte speciale e legislazione complementare, Diritto penale dell'economia*, 1997.
172. Graziosi A., *La sentenza di divorzio*, 1997.
173. Mantovani M., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, 1997.
174. Biavati P., *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, 1997.
175. Rossi G. (1916-1986), *Studi e testi di storia giuridica medievale*, a cura di Giovanni Gualandi e Nicoletta Sarti, 1997.
176. Pellegrini S., *La litigiosità in Italia. Un'analisi sociologico-giuridica*, 1997.
177. Boni G., *La rilevanza del diritto dello Stato nell'ordinamento canonico. In particolare la canonizatio legum civilium*, 1998.
178. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*. Vol. I, *Diritto del lavoro*, 1998.
179. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*. Vol. II, *Diritto dell'Unione europea*, 1998
180. Rossi A., *Il GEIE nell'ordinamento italiano. Criteri di integrazione della disciplina*, 1998.
181. Bongiovanni G., *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920*, 1998.
182. Caputo G., *Scritti minori*, 1998.
183. Garrido J.M., *Preferenza e proporzionalità nella tutela del credito*, 1998.
184. Bellodi Ansaloni A., *Ricerche sulla contumacia nelle* cognitiones extra ordinem, I, 1998.
185. Franciosi E., *Riforme istituzionali e funzioni giurisdizionali nelle Novelle di Giustiniano. Studi su nov. 13 e nov. 80*, 1998.
186. Cattabriga C., *La Corte di giustizia e il processo decisionale politico comunitario*, 1998.
187. Mancini L., *Immigrazione musulmana e cultura giuridica. Osservazioni empiriche su due comunità di egiziani*, 1998.
188. Gustapane A., *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della bicamerale*, premessa di Giuseppe De Vergottini, 1999.
189. Ricci G.F., *Le prove atipiche*, 1999.
190. Canestrari S., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, 1999.
191. Fassò G., *La legge della ragione*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.
192. Fassò G., *La democrazia in Grecia*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.
193. Scarciglia R., *La motivazione dell'atto amministrativo. Profili ricostruttivi e analisi comparatistica*, 1999.

194. Briguglio F., *"Fideiussoribus succurri solet"*, 1999.
195. Maltoni A., *Tutela dei consumatori e libera circolazione delle merci nella giurisprudenza della Corte di giustizia, profili costituzionali*, prefazione di Augusto Barbera, 1999.
196. Fondaroli D., *Illecito penale e riparazione del danno*, 1999.
197. Rossi L.S., *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, 2000.
198. Gragnoli E., *Profili dell'interpretazione dei contratti collettivi*, 2000.
199. Boni G., *La rilevanza del diritto secolare nella disciplina del matrimonio canonico*, 2000.
200. Lugaresi N., *Internet, privacy e pubblici poteri negli Stati Uniti*, 2000.
201. Lalatta Costerbosa M., *Ragione e tradizione. Il pensiero giuridico ed etico-politico di Wilehlmvon Humboldt*, 2000.
202. Semeraro P., *I delitti di millantato credito e traffico di influenza*, 2000.
203. Verza A., *La neutralità impossibile. Uno studio sulle teorie liberali contemporanee*, 2000.
204. Lolli A., *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico. Studio sulla qualificazione giuridica*, 2000.
205. Busetto M.L., *Giudice penale e sentenza dichiarativa di fallimento*, 2000.
206. Campanella P., *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, 2000.
207. Bricola F., *Scritti di diritto penale. Opere monografiche*, 2000.
208. Lassandari A., *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, 2001.
209. Bianco A., *Il finanziamento della politica in Italia*, 2001.
210. Raffi A., *Sciopero nei servizi pubblici essenziali. Orientamenti della Commissione di garanzia*, 2001.
211. Piergigli V., *Lingue minoritarie e identità culturali*, 2001.
212. Cafaro S., *Unione monetaria e coordinamento delle politiche economiche. Il difficile equilibrio tra modelli antagonisti di integrazione europea*, 2001.
213. Morrone A., *Il custode della ragionevolezza*, 2001.
214. Masutti A., *La liberalizzazione dei trasporti in Europa. Il caso del trasporto postale*, 2002.
215. Zanotti A., Orlando F., *L'itinerario canonistico di Giuseppe Caputo*, 2002.
216. Lupoi M.A., *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*. Vol. I, *Policies, metodi, criteri di collegamento*. Vol. II, *Parallel proceedings*, 2002.
217. Lolli A., *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo. Stabilità del giudicato e difesa del terzo nel processo amministrativo*, 2002.
218. Curi F., *Tertium datur. Dal Common Law al Civil Law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, 2003.
219. Cottignola G., *Studi sul pilotaggio marittimo*, 2003.
220. Gardini G., *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, 2003.
221. Cevenini C., *Virtual enterprises. Legal issues of the on-line collaboration between undertakings*, 2003.
222. Monducci J., *Diritto della persona e trattamento dei dati particolari*, 2003.
223. Villecco Bettelli A., *L'efficacia delle prove informatiche*, 2004.
224. Zucconi Galli Fonseca E., *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, 2004.
225. Brighi R., *Norme e conoscenza: dal testo giuridico al metadato*, 2004.
226. Luchetti G., *Nuove ricerche sulle istituzioni di Giustiniano*, 2004.
227. *Studi in memoria di Angelo Bonsignori*, voll. I, II, 2004.
228. Piperata G., *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, 2005.
229. Canestrari S., Foffani L. (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per l'Europa?* Atti del Convegno organizzato dall'Associazione Franco Bricola (Bologna, 28 febbraio-2 marzo 2002), 2005.
230. Memmo D., Miconi S. (a cura di), *Broadcasting regulation: market entry and licensing. Regolamentazione dell'attività radiotelevisiva: accesso al mercato e sistema di licenze. Global Classroom Seminar*, 2006.
230.bis Briguglio F., *Studi sul procurator*, 2007.
231. Querzola L., *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, 2006.
232. Tarozzi S., *Ricerche in tema di registrazione e certificazione del documento nel periodo postclassico*, 2006.
233. Botti F., *L'eutanasia in Svizzera*, 2007.
234. Fondaroli D., *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, 2007.
235. Alagna R., *Tipicità e riformulazione del reato*, 2007.
236. Giovannini M., *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, 2007.
237. Montalti M., *Orientamento sessuale e costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, 2007.

238. Tordini Cagli S., *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, 2008.
239. Legnani Annichini A., *La mercanzia di Bologna. Gli statuti del 1436 e le riformagioni quattrocentesche*, 2008.
240. Lolli A., *L'amministrazione attraverso strumenti economici*, 2008.
241. Vaccarella M., *Titolarità e funzione nel regime dei beni civici*, 2008.
242. Tubertini C., *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni*, 2008.
243. Fioriglio G., *Il diritto alla privacy. Nuove frontiere nell'era di Internet*, 2008.
244. Botti F., *Manipolazioni del corpo e mutilazioni genitali femminili*, 2009.
245. Nisco A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, 2009.
246. Zanobetti Pagnetti A., *Il rapporto internazionale di lavoro marittimo*, 2008.
247. Mattioli F., *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti*, 2010.
248. Bertaccini D., *La politica di polizia*, 2009.
249. Astrologo A., *Le cause di non punibilità. Un percorso tra nuovi orientamenti interpretativi e perenni incertezze dogmatiche*, 2009.
250. Di Maria S., *La cancelleria imperiale e i giuristi classici: "Reverentia antiquitatis" e nuove prospettive nella legislazione giustinianea del codice*, 2010.
251. Valentini E., *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, 2010.
252. Querzola L., *Il processo minorile in dimensione europea*, 2010.
253. Bologna C., *Stato federale e "national interest". Le istanze unitarie nell'esperienza statunitense*, 2010.
254. Rasia C., *Tutela giudiziale europea e arbitrato*, 2010.
255. Zucconi Galli Fonseca E., *Pregiudizialità e rinvio (Contributo allo studio dei limiti soggettivi dell'accertamento)*, 2011.
256. Bellodi Ansaloni A., Ad eruendam veritatem. *Profili metodologici e processuali della* quaestio per tormenta, 2011.
257. Pontoriero I., *Il prestito marittimo in diritto romano*, 2011.
258. *Giustizia senza confini. Studi offerti a Federico Carpi*, 2012.
259. Gustapane A., *Il ruolo del pubblico ministero nella Costituzione italiana*, 2012.
260. Caianiello M., *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, 2012.
261. Briguglio F., *Il Codice Veronese in trasparenza. Genesi e formazione del testo delle Istituzioni di Gaio*, 2012.
262. Valentini E., *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, Nuova edizione, 2012.
263. Tassinari D., *Nemo tenetur se detegere. La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*, 2012.
264. Martelloni F., *Lavoro coordinato e subordinazione. L'interferenza delle collaborazioni a progetto*, 2012.
265. Roversi-Monaco F. (a cura di), *Università e riforme. L'organizzazione delle Università degli Studi ed il personale accademico nella legge 30 dicembre 2010, n. 240*, 2013.
266. Torre V., *La privatizzazione delle fonti di diritto penale*, 2013.
267. Raffiotta E.C., *Il governo multilivello dell'economia. Studio sulle trasformazioni dello Stato costituzionale in Europa*, 2013.
268. Caruso C., *La libertà di espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*, 2013.
269. Pedrini F., *Le "clausole generali". Profili teorici e aspetti costituzionali*, 2013.
270. Curi F., *Profili penali dello* stress *lavoro-correlato. L'*homo faber *nelle organizzazioni complesse*, 2013.
271. Casale D., *L'idoneità psicofisica del lavoratore pubblico*, 2013.
272. Nicodemo S., *Le istituzioni della conoscenza nel sistema scolastico*, 2013.
273. Legnani Annichini A., *«Proxeneta est in tractando». La professione ingrata del mediatore di commercio (secc. XII-XVI)*, 2013.
274. Monducci J., *Il dato genetico tra autodeterminazione informativa e discriminazione genotipica*, 2013.
275. Mantovani M., *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel sistema penale vigente*, 2014.
276. De Donno M., *Consensualità e interesse pubblico nel governo del territorio*, 2015.
277. Pacilli M., *L'abuso dell'appello*, 2015.
278. Pištan Č., *Tra democrazia e autoritarismo. Esperienze di giustizia costituzionale nell'Europa centro-orientale e nell'area post-sovietica*, 2015.

279. Bellodi Ansaloni A., *L'arte dell'avvocato,* actor veritatis. *Studi di retorica e deontologia forense*, 2016.
280. Hoxha D., *La giustizia criminale napoleonica. A Bologna fra prassi e insegnamento universitario*, 2016.
281. Querzola L., *L'efficacia dell'attività processuale in un diverso giudizio*, 2016.
282. Pieri B., *Usurai, ebrei e poteri della Chiesa nei* consilia *di Paolo da Castro*, 2016.
283. Rasia C., *La crisi della motivazione nel processo civile*, 2016.
284. Drigo C., *Le Corti costituzionali tra politica e giurisdizione*, 2016.
285. Polacchini F., *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, 2016.
286. Calcagnile M., *Inconferibilità amministrativa e conflitti di interesse nella disciplina dell'accesso alle cariche pubbliche*, 2017.
287. Villa E., *La responsabilità solidale come tecnica di tutela del lavoratore*, 2017.
288. Vincieri M., *L'integrazione dell'obbligo di sicurezza*, 2017.
289. Casale D., *L'automaticità delle prestazioni previdenziali. Tutele, responsabilità e limiti*, 2017.
290. Ganarin M., *L'interpretazione autentica nelle attuali dinamiche evolutive del diritto canonico*, 2018.
291. Laus F., *Il rapporto collaborativo tra pubblico e privato nella contrattazione pubblica. Unione Europea e ordinamenti nazionali: analisi comparata di modelli e riforme*, 2018.
292. Bonacini P., *Multa scripsit, nihil tamen reperitur. Niccolò Mattarelli giurista a Modena e Padova (1204 ca.-1314 ca.)*, 2018.
293. Gabellini E., *L'azione arbitrale. Contributo allo studio dell'arbitrabilità dei diritti*, 2018.
294. Lupoi M.A., *Tra flessibilità e semplificazione. Un embrione di case management all'italiana?*, 2018.
295. Dallari F., *Vincoli espropriativi e perequazione urbanistica. La questione della discrezionalità*, 2018.
296. Donini A., *Il lavoro attraverso le piattaforme digitali*, 2019.
297. Novaro P., *Profili giuridici dei residui delle attività antropiche urbane. Gli incerti confini della gestione dei rifiuti urbani*, 2019.
298. Mattioli F., *Giustiniano, gli* argentarii *e le loro attività negoziali. La specialità di un diritto e le vicende della sua formazione*, 2019.
299. Raffiotta E.C., *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, 2019.
300. Medina M.H., *Servio Sulpicio Rufo: un retrato final desde la perspectiva de Cicerón*, 2020.
301. Centamore G., *Contrattazione collettiva e pluralità di categorie*, 2020.
302. Caruso C., *La garanzia dell'unità della Repubblica. Studio sul giudizio di legittimità in via principale*, 2020.
303. Mattheudakis M.L., *L'imputazione colpevole differenziata. Interferenze tra dolo e colpa alla luce dei principi fondamentali in materia penale*, 2020.
304. Tega D., *La Corte nel contesto. Percorsi di* ri-accentramento *della giustizia costituzionale in Italia*, 2020.
305. Bologna C., *La libertà di espressione dei «funzionari»*, 2020.
306. Abis S., *Capace di intendere, incapace di volere. Malinconia, monomania e diritto penale in Italia nel XIX secolo*, 2020.
307. Legnani Annichini A., *Avvocati indisciplinati. I procedimenti del Sindacato Fascista degli Avvocati e dei Procuratori di Bologna (1934-1942)*, 2020.
308. Caruso C., Medico F., Morrone A. (a cura di), Granital Revisited? *L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, 2020.
308.bis Canestrari S., *Ferite dell'anima e corpi prigionieri. Suicidio e aiuto al suicidio nella prospettiva di un diritto liberale e solidale*, 2021.
309. Morrone A., *Il sistema finanziario e tributario della Repubblica. I principi costituzionali*, 2021.
310. Pezzato E., Si sanctitas inter eos sit digna foedere coniugali. *Gli apporti patrimoniali alla moglie superstite in età tardoantica e giustinianea*, 2021.
311. Molinari M., *La Parafrasi greca delle Istituzioni di Giustiniano tra* methodus docendi *e mito.* Ἔχε ταῦτα ὡς ἐν προθεωρία, 2021.
312. Guerrieri G., Luchetti G., Lupoi M.A., Manes P., Martino M., Tassani T. (a cura di), *Fiducia e destinazione patrimoniale. Percorsi giuridici a confronto*, 2022.
313. Morrone A., Mocchegiani M. (a cura di), *La regolazione della sicurezza alimentare tra diritto, tecnica e mercato: problemi e prospettive*, 2022.
314. Giupponi T.F., Arcuri A. (a cura di), *Sicurezza integrata e* welfare *di comunità*, 2022.
315. Bonetti T., *La partecipazione strumentale*, 2022.

316. Guarnieri E., *Funzionalizzazione e unitarietà della vicenda contrattuale negli appalti pubblici*, 2022.
317. Cavina M., *Un inedito di Giulio Claro (1525-1575): Il «trattato di duello». Edizione dal manoscritto [Madrid] Biblioteca de San Lorenzo de El Escorial, g. II. 10*, 2022.
318. Pacilli M., *La tutela camerale tra forme e garanzie*, 2022.
319. Calcagnile M., *L'oggetto del provvedimento amministrativo e la garanzia di effettività nell'amministrazione pubblica*, 2022.
320. Mengozzi P., *L'idea di solidarietà nel diritto dell'Unione europea*, 2022.
321. Tomer A., *'Aedes sacrae' e 'edifici destinati all'esercizio pubblico del culto cattolico'. La condizione giuridica delle chiese tra ordinamento canonico e ordinamento italiano*, 2022.
322. Caletti G.M., *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali. Profili storici, comparati e di diritto vivente*, 2023.

Finito di stampare nel mese di febbraio 2023
per i tipi di Bologna University Press