



ASSOCIAZIONE ITALIANA  
**PROFESSORI DI  
DIRITTO PENALE**

**DiP  
LaP**

Laboratorio  
Permanente  
di Diritto e  
Procedura  
Penale

# **La riforma dei delitti contro la persona**

**Proposte dei gruppi di lavoro dell'AIPDP**

**Atti dei seminari di discussione in collaborazione  
con il DiPLaP**

**Edizioni**

**DiPLaP**



Collana DIPLAP  
del Laboratorio Permanente di Diritto e Procedura Penale

**Comitato scientifico**

*Roberto Flor (Direttore)*

*Giandomenico Dodaro (Vicedirettore)*

*Fabio Salvatore Cassibba*

*Rossella Fonti*

*Ciro Grandi*

*Enrico Maria Mancuso*

*Marco Pierdonati*

*Vico Valentini*





Laboratorio Permanente di Diritto e Procedura Penale  
Via Fontana, 28 – 20122 Milano (Italia)  
C.F. 97664840150  
Web: <http://labdirpen.wix.com/diplap>

2023 - DiPLaP Editor  
ISBN: 978-88-940949-5-4

Publicazione destinata esclusivamente alla distribuzione online  
Creative Commons 2023  
Attribuzione - Non commerciale - 2023





# **La riforma dei delitti contro la persona**

**Proposte dei gruppi di lavoro dell'AIPDP  
Atti dei seminari di discussione in collaborazione  
con il DiPLaP**

*A cura di*

Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale e  
Laboratorio Permanente di Diritto e Procedura Penale

**Edizioni  
DiPLaP**



# INDICE

|  |    |
|--|----|
| Introduzione   | 1  |
| <b>RIFORMA DEI REATI DOLOSI CONTRO LA VITA E<br/>L'INTEGRITÀ FISICA</b>  |    |
| Sezione I – Risultati del gruppo di lavoro<br>coordinato da Roberto Bartoli e Antonio Vallini  |    |
| PROPOSTA DI ARTICOLATO   | 5  |
| RELAZIONI DI ACCOMPAGNAMENTO   | 19 |
| 1. Appunti <i>de iure condendo</i> in tema di procreazione medicalmente assistita – tutela dell’embrione – tutela dell’identità genetica<br><b>Antonio Vallini</b>   | 20 |
| 2. Reati codicistici in materia di interruzione di gravidanza: questioni <i>de iure condendo</i><br><b>Antonio Vallini</b>   | 34 |
| 2-bis. Note a margine delle proposte in tema di procreazione medicalmente assistita – tutela dell’embrione – tutela dell’identità genetica – interruzione di gravidanza<br><b>Luciano Eusebi</b>                                     | 45 |
| 3. La riforma dei delitti di omicidio doloso (art. 575, 576, 577 e 578 c.p.). Brevi considerazioni<br><b>Enrico Ambrosetti</b>   | 50 |
| 4. La riforma delle circostanze aggravanti dell’omicidio<br><b>Gianluca Gentile</b>  | 52 |
| 5. Prospettive di riforma in materia di suicidio assistito e omicidio <i>pietatis causa</i><br><b>Gianluca Gentile</b>   | 65 |
| 6. Relazione di accompagnamento alla proposta di riforma degli artt. 579-580 c.p.<br><b>Maria Beatrice Magro</b>   | 79 |
| 6-bis. Note a margine alla relazione e proposta di articolato elaborata dalla prof.ssa Beatrice Magro, avente ad oggetto le fattispecie di “omicidio del consenziente” e “istigazione o aiuto al suicidio”<br><b>Antonio Vallini</b> | 87 |

|   |     |
|---|-----|
| 7. Osservazioni su colpa in attività illecita, omicidio preterintenzionale e art. 586 c.p.<br><b>Stefano Canestrari e Matteo Leonida Mattheudakis</b>   | 89  |
| 8. Lineamenti di una riforma delle fattispecie qualificate dall'offesa alla vita e all'incolumità personale<br><b>Giovannangelo De Francesco</b>  | 94  |
| 9. Progetto di riforma dei delitti di lesioni<br><b>Annamaria Peccioli</b>  | 99  |
| 10. Intervento medico in assenza di consenso<br><b>Marco Pelissero</b>  | 105 |
| 11. Doping: stato dell'arte e futuribili<br><b>Sergio Bonini</b>  | 111 |
| 11-bis. Note a margine in tema di omicidio del consenziente e istigazione o aiuto al suicidio, omicidio preterintenzionale, aggravanti dell'omicidio, atto medico arbitrario, delitti di doping<br><b>Luciano Eusebi</b>                            | 118 |
| 12. Criticità e proposte di soluzione de iure condendo in ordine ai delitti di cui agli artt. 588, 591, 593 c.p.<br><b>Fabio Basile</b>   | 121 |
| 12-bis. Note a margine alle proposte di riforma dei delitti in ordine ai delitti di cui agli artt. 588, 591, 593 c.p.<br><b>Antonio Vallini</b>   | 128 |
| 12-ter. Note a margine in tema di delitti contro l'embrione umano e la maternità, di reati di omicidio e fattispecie a struttura preterintenzionale, di abbandono di persona incapace<br><b>Marco Pelissero</b>                                     | 129 |
| Sezione II – Atti del seminario di discussione<br>a cura di Enrico Mario Ambrosetti ed Emanuele La Rosa   |     |
| Preterintenzione e reati aggravati dall'evento<br><b>Guido Piffer</b>   | 135 |
| I delitti di omicidio e le questioni di fine vita<br><b>Antonella Massaro</b>   | 149 |
| Prospettive di riforma dei reati in materia di procreazione medicalmente assistita: le soluzioni suggerite dal Gruppo di ricerca per la riforma dei reati dolosi e preterintenzionali contro la vita e l'integrità fisica<br><b>Vincenzo Tigano</b> | 159 |

RIFORMA DEI REATI COLPOSI CONTRO LA PERSONA

Sezione I – Risultati del gruppo di lavoro  
coordinato da Andrea Castaldo e Sergio Seminara

|   |     |
|---|-----|
| PROPOSTA DI ARTICOLATO  | 181 |
| RELAZIONI DI ACCOMPAGNAMENTO  |     |
| Relazione sulla nuova bozza di articolato<br><i>Matteo Caputo</i>   | 191 |
| Il regime di responsabilità penale dell' esercente una professione<br>sanitaria<br><i>Matteo Caputo</i>   | 195 |
| Tutela penale della sicurezza sul lavoro, linee-guida e “buone prassi”.<br>Considerazioni per una proposta di modifica degli artt. 589 e 590 c.p.<br>in materia di infortuni sul lavoro<br><i>Alberto De Vita</i> | 209 |
| Omicidio e lesioni sul lavoro<br><i>Giuseppe Losappio</i>   | 219 |
| Omicidio e lesioni stradali<br><i>Stefano Preziosi</i>  | 223 |
| Sezione II – Atti del seminario di discussione<br>a cura di Andrea Castaldo e Marco Venturoli   |     |
| Prevenzione antinfortunistica e selettività della “risposta” penale<br><i>Alberto De Vita</i>   | 231 |
| La riforma dei reati colposi contro la persona nelle prospettive di riforma<br>della colpa<br><i>Giuseppe Losappio</i>  | 241 |
| Omicidio e lesioni stradali<br><i>Stefano Preziosi</i>  | 243 |
| La disciplina della responsabilità penale degli esercenti le professioni<br>sanitarie. La proposta di riforma dell'Associazione italiana dei<br>professori di diritto penale<br><i>Matteo Caputo</i>              | 251 |
| Analisi propositiva della prima bozza di articolato Aipdp sulla «non<br>punibilità dell' esercente le professioni sanitarie»<br><i>Andrea Perin</i>   | 271 |

|   |     |
|---|-----|
| I reati colposi contro la persona. Parola d'ordine: differenziazione!<br><b>Gaetano Scalise</b> | 281 |
|---|-----|

|  |     |
|--|-----|
| Osservazioni sull'impronta deflattiva delle proposte di riforma<br>dell'Aipdp in materia di circolazione stradale e attività sanitaria<br><b>Matteo Leonida Mattheudakis</b> | 285 |
|--|-----|

## RIFORMA DEI REATI CONTRO LA LIBERTÀ PERSONALE E MORALE

### Sezione I – Risultati del gruppo di lavoro coordinato da Antonio Cavaliere

|                        |     |
|------------------------|-----|
| PROPOSTA DI ARTICOLATO | 297 |
|------------------------|-----|

#### RELAZIONI DI ACCOMPAGNAMENTO

|  |     |
|--|-----|
| La riforma dei reati contro la libertà personale<br><b>Cristiano Cupelli</b> | 299 |
|--|-----|

|  |     |
|--|-----|
| La disciplina codicistica relativa ai delitti contro la libertà morale: spunti<br>di riflessione per una futuribile riforma<br><b>Giulio De Simone</b> | 313 |
|--|-----|

|   |     |
|---|-----|
| Note minime sulle proposte Cupelli e De Simone per la riforma dei reati<br>contro la libertà personale<br><b>Vincenzo Militello</b> | 325 |
|---|-----|

### Sezione II – Atti del seminario di discussione a cura di Vincenzo Militello ed Emanuele La Rosa

|  |     |
|--|-----|
| Osservazioni sulla proposta di riforma dei delitti contro<br>la libertà morale discussa dall'AIPDP<br><b>Attilio Nisco</b> | 331 |
|--|-----|

|   |     |
|---|-----|
| Brevi osservazioni sulla proposta di riforma dei delitti contro la libertà<br>morale discussa dall'AIPDP<br><b>Federico Bacco</b> | 339 |
|---|-----|

## RIFORMA DEI REATI CONTRO LA LIBERTÀ E L'AUTODETERMINAZIONE SESSUALE

### Sezione I – Risultati del gruppo di lavoro coordinato da Sergio Seminara

|                              |     |
|------------------------------|-----|
| RELAZIONE DI ACCOMPAGNAMENTO | 347 |
|------------------------------|-----|

|                        |     |
|------------------------|-----|
| PROPOSTA DI ARTICOLATO | 353 |
|------------------------|-----|

Sezione II – Atti del seminario di discussione  
a cura di Giuliano Balbi e Licia Siracusa

|  |     |
|--|-----|
| Spigolature a margine del seminario “La riforma dei reati contro la libertà e l’autodeterminazione sessuale”<br><b>Marta Bertolino</b> | 359 |
| Osservazioni sulle proposte in materia di reati sessualmente connotati del gruppo di lavoro dell’AIPDP<br><b>Anna Maria Maugeri</b>    | 363 |
| Per una tipizzazione della produzione e diffusione di “pedo-pornografia domestica”<br><b>Malaika Bianchi</b>                           | 391 |
| Il reato di adescamento di minorenni. Problemi interpretativi e prospettive di riforma<br><b>Sofia Braschi</b>                         | 407 |

RIFORMA DEI REATI CONTRO L’INVIOLABILITÀ DEL  
DOMICILIO, LA TUTELA DELLA VITA PRIVATA E DEI  
SEGRETI, LA LIBERTÀ E LA PERSONALITÀ INFORMATICA

Sezione I – Risultati del gruppo di lavoro  
coordinato da Alessandra Rossi

ARTICOLATO E RELAZIONE DI ACCOMPAGNAMENTO

|  |     |
|--|-----|
| Riservatezza e sicurezza informatica, identità digitale<br><b>Lorenzo Picotti, Roberto Flor, Ivan Salvadori</b>  | 423 |
| Reati contro il diritto alla riservatezza<br><b>Stefano Fiore</b>  | 449 |
| Rivelazione di segreto professionale e rivelazione di segreti scientifici o commerciali (artt. 622 e 623 c.p.)<br><b>Alessandra Rossi e Maurizio Riverditi</b> | 479 |

Sezione II – Atti del seminario di discussione  
a cura di Lorenzo Picotti e Marco Venturoli

|  |     |
|--|-----|
| Reati contro l’inviolabilità del domicilio, la tutela della vita privata e dei segreti, la libertà e la personalità informatica<br><b>Vincenzo Bruno Muscatiello</b> | 489 |
|--|-----|

|  |     |
|--|-----|
| Rivelazione di segreti, violazione del domicilio (anche informatico) e tutela della vita privata<br><b>Vito Plantamura</b>                                 | 509 |
| Sulla proposta di riforma del delitto di accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico<br><b>Marta Lamanuzzi</b>                                  | 519 |
| Introduzione agli interventi della seconda sessione<br><b>Lorenzo Picotti</b>  | 547 |
| Reati contro l'inviolabilità del domicilio, la tutela della vita privata e dei segreti, la libertà e la personalità informatica<br><b>Francesco Cajani</b> | 549 |
| Reati contro la riservatezza e la sicurezza informatiche, nonché l'identità digitale<br><b>Giuseppe Vaciago</b>  | 557 |
| Reati contro la riservatezza della vita privata<br><b>Stefano Fiore</b>  | 561 |
| Un timido tentativo di riforma alla tutela apprestata alla corrispondenza: gli articoli 616, 618, 619 e 620 c.p.<br><b>Maristella Amisano</b>              | 565 |
| Identità digitale e tutela penale<br><b>Roberto Flor</b>   | 573 |
| Il delitto di accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico. Sono maturi i tempi per un suo <i>restyling</i> ?<br><b>Ivan Salvadori</b>           | 579 |
| Intervento alla Tavola rotonda<br><b>Lorenzo Picotti</b>   | 593 |
| <b>RIFORMA DEI REATI IN MATERIA DI FAMIGLIA E<br/>FORMAZIONI SOCIALI ESISTENZIALI</b>  |     |
| Sezione I – Risultati del gruppo di lavoro<br>coordinato da Silvia Larizza, Silvio Riondato, Costantino Visconti   |     |
| PROPOSTA DI ARTICOLATO   | 599 |
| RELAZIONE DI ACCOMPAGNAMENTO   |     |
| Riforma del codice penale in materia di famiglia e formazioni sociali esistenti. Relazione<br><b>Silvio Riondato</b>                                       | 607 |

|   |     |
|---|-----|
| Allegato in materia di incesto<br>Interventi di<br><b>Adelmo Manna, Silvio Riondato, Alberto di Martino, Alessandra Giunti</b>                      | 617 |
| Allegato in materia di maltrattamenti   |     |
| Piattaforma provvisoria per la riformulazione dell'art. 572 c.p.<br><b>Silvia Larizza</b>   | 633 |
| Contributo<br><b>Antonella Merli</b>  | 637 |
| Osservazioni su una possibile riforma dell'art. 572, a partire dalla piattaforma provvisoria elaborata da Silvia Larizza<br><b>Alessandro Spena</b> | 643 |
| Note minime in tema di modifiche all'art. 572 c.p.<br><b>Alessandro Roiati</b>  | 645 |
| Contributo<br><b>Elisabetta Palermo</b>   | 647 |
| Per una riformulazione dell'art. 572 c.p.: quadro di sintesi delle posizioni espresse<br><b>Silvia Larizza</b>                                      | 649 |
| Allegato in materia di violazione degli obblighi di assistenza  |     |
| Contributo<br><b>Paolo Pittaro e Natalina Folla</b>   | 651 |
| Contributo<br><b>Alessandro Spena</b>   | 655 |
| Brevi riflessioni in tema di violazione degli obblighi di assistenza familiare (artt. 570 - 570-bis c.p.)<br><b>Alessandro Roiati</b>               | 657 |
| Articolato definitivo<br><b>Paolo Pittaro e Natalina Folla</b>  | 661 |
| Sezione II – Atti del seminario di discussione<br>a cura di Alessandro Spena e Giandomenico Dodaro  |     |
| Interpretazione teleologica e reati contro la famiglia<br><b>Angelo Costanzo</b>  | 665 |
| Contributo all'incontro di studio di AIPDP in collaborazione con DiPLaP sulla Riforma dei reati in materia di famiglia                              | 675 |

**Paola Farinoni**

|   |     |
|---|-----|
| Tutela della persona nell'ambito delle relazioni familiari.<br>Prospettive di riforma dei delitti contro la famiglia<br><b>Lara Ferla</b>       | 689 |
| Il delitto di incesto: tra foro interno e foro esterno<br><b>Adelmo Manna</b>   | 713 |
| Sulla proposta di abolizione del delitto di “abuso dei mezzi di<br>correzione o di disciplina”<br><b>Giandomenico Dodaro</b>                    | 725 |
| La convivenza quale requisito tipizzante della fattispecie di<br>maltrattamenti in famiglia. Una proposta di lavoro<br><b>Tommaso Trincherà</b> | 729 |
| A proposito di maltrattamenti e violenza domestica<br><b>Silvia Larizza</b>   | 745 |
| Conclusioni<br><b>Silvio Riondato</b>   | 751 |

RIFORMA DEI REATI CONTRO L'UMANITÀ E  
L'EGUAGLIANZA

Sezione I – Risultati del gruppo di lavoro  
coordinato da Mauro Catenacci

|   |     |
|---|-----|
| ARTICOLATO E RELAZIONE DI ACCOMPAGNAMENTO                             | 755 |
| Opinione dissenziente in tema di genocidio<br><b>Alessandro Bondi</b> | 767 |

Sezione II – Atti del seminario di discussione  
a cura di Gaetana Morgante e Giandomenico Dodaro

|   |     |
|---|-----|
| I delitti contro l'umanità e l'uguaglianza: alcune osservazioni sulla<br>proposta del gruppo di lavoro della Aipdp<br><b>Gabriele Fornasari</b> | 775 |
| I delitti contro l'umanità e l'uguaglianza<br><b>Paolo Caroli</b>   | 789 |
| Intervento<br><b>Alessandra Galluccio</b>   | 795 |

RIFORMA DEI REATI CONTRO LA SALUTE PRIVATA E  
PUBBLICA E CONTRO L'INCOLUMITÀ PRIVATA E PUBBLICA

Sezione I – Risultati del gruppo di lavoro  
coordinato da Massimo Donini

|   |     |
|---|-----|
| Relazione finale  | 801 |
| 1. Tutela della vita e della salute (nei settori della sicurezza del lavoro,<br>degli alimenti, dei farmaci, etc.)<br><i>Alberto Gargani, Stefano Zirulia, Donato Castronuovo</i> | 801 |
| 2. I reati ambientali<br><i>Carlo Ruga Riva</i>   | 820 |
| 3. La disciplina degli stupefacenti<br><i>Marco Gambardella</i>   | 828 |

Sezione II – Atti del seminario di discussione  
a cura di Luca Masera e Licia Siracusa

|   |     |
|---|-----|
| Presente e futuro del diritto penale dell'ambiente<br><i>Carlo Ruga Riva</i>  | 849 |
| Le proposte di riforma in materia di stupefacenti: gli illeciti a tutela di<br>interessi individuali<br><i>Marco Gambardella</i>                                | 857 |
| <i>Brevi note (scettiche) sull'opportunità di introdurre una nuova<br/>categoria di delitti di pericolo individuale</i><br><i>Alexander Bell</i>                | 871 |
| Osservazioni sulla categoria dei delitti di pericolo concreto individuale<br>nella proposta di riforma<br><i>Chiara Perini</i>                                  | 881 |
| Osservazioni sulla proposta di riforma dei reati ambientali del Gruppo<br>di studio dell'Associazione dei professori di diritto penale<br><i>Licia Siracusa</i> | 889 |

# OSSERVAZIONI SULLE PROPOSTE IN MATERIA DI REATI SESSUALMENTE CONNOTATI DEL GRUPPO DI LAVORO DELL'AIPDP

Anna Maria Maugeri

**Sommario:** 1. Premessa; 2. Bene giuridico tutelato; 3. Sulla fattispecie unificata di violenza sessuale; 4. Le modalità della condotta, l'assenza di un valido consenso; 4.1. La validità del consenso: qualche considerazione; 5. Aggravanti: *con abuso di un potere giuridicamente fondato*; 6. Violenza di gruppo; 7. La tutela dei minori.

## 1. Premessa.

Nel procedere a un breve commento sulle proposte di riforma dei reati sessualmente connotati presentate dall'AIDP, sia consentito ricordare in premessa che il settore dei reati sessualmente connotati è un settore particolarmente esposto anche mediaticamente, in cui emerge talora la logica del c.d. diritto penale del nemico come diritto penale d'autore, che arriva a porsi in contrasto con il principio di materialità e offensività, con l'emergere del rischio di criminalizzare l'atteggiamento interiore dell'autore<sup>1</sup>.

Si tratta di qualcosa di più del diritto penale della prevenzione, ma di un diritto penale del nemico basato sulla presunzione di pericolosità desumibile dall'appartenenza a una categoria soggettiva, quella degli autori di reati sessuali, con la tendenza a prevedere *pene sproporzionatamente elevate*<sup>2</sup>, che tendono alla eliminazione o alla esclusione o alla neutralizzazione<sup>3</sup>, piuttosto che alla rieducazione,<sup>4</sup> e con la tendenza a relativizzare – se non eliminare - determinate garanzie processuali<sup>5</sup>.

L'affermazione di logiche proprie del diritto penale del nemico, o perlomeno di lotta, nonché di populismo politico, sono state favorite da due attori della normazione criminale «post moderni», oltre al legislatore nazionale, e cioè: a livello endoistituzionale o istituzionale tout court il legislatore sovrastale (politiche securitarie del legislatore europeo); a livello esoistituzionale il «formante mediatico» che «ha assunto un ruolo squisitamente politico criminale ormai assunto a pieno regime».

---

<sup>1</sup> M. CANCIO MELIÁ, *Diritto penale del nemico?*, in *Diritto penale del nemico: un dibattito internazionale*, a cura di M. DONINI - M. PAPA, Giuffrè, 2007, 94 ss. In materia sia consentito il rinvio a A. M. MAUGERI, *I reati sessualmente connotati e diritto penale del nemico*, Pisa University Press, 2021.

<sup>2</sup> M. CANCIO MELIÁ, *op. cit.*, 81,

<sup>3</sup> F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Quest. Giust.* 2006, 678.

<sup>4</sup> T. HÖRNLE, *Dimensioni descrittive e normative del concetto di "diritto penale del nemico"*, in *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, cit., 108.

<sup>5</sup> M. CANCIO MELIÁ, *op. cit.*, 81. Con riferimento all'ordinamento tedesco circa l'emergere di modifiche dell'ordinamento processuale penale ispirate alla logica del diritto penale del nemico cfr. W. HASSEMER, *Stiamo andando verso un diritto penale del nemico?*, in *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*, a cura di A.M. STILE, Esi, 2000, 100 ss. Ai tre profili sopra evidenziati (anticipazione della tutela,...; esemplarità della pena e riduzione delle garanzie processuali) F. MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2007, 472 aggiunge o meglio specifica "4) sotto il profilo penitenziario, nella sottoposizione a regime di sorveglianza speciale e nella non applicazione delle misure alternative o riduttive della detenzione; 5) sotto il profilo preventivo, nella applicazione di misure di prevenzione, personali e patrimoniali".

In relazione al primo attore della normazione, emerge talora la tendenza del legislatore europeo ad adottare la logica del diritto penale di lotta, che «si candida a diventare *una costante epistemologica* del diritto penale europeo, e quindi, a pioggia, nazionale»<sup>6</sup>; in questa direzione sono inquadrati le più recenti decisioni quadro in tema di lotta contro lo sfruttamento sessuale dei minori, tratta degli esseri umani ecc.<sup>7</sup>. Con riferimento al secondo attore, i media sono oggi costruttori della realtà «mediatica» del crimine, come dimostra la constatazione che l'immagine televisiva del crimine influenza l'agenda delle politiche di contrasto alla criminalità, anche se spesso per le sue intrinseche distorsioni ostacola il formarsi del consenso sociale per policy razionali e legittime<sup>8</sup>.

Con specifico riferimento ai crimini di carattere sessuale, la trattazione mediatica è quantitativamente superiore alla trattazione che i mass-media riservano ad altre categorie di reato (quindi non in termini assoluti, ma relativi), risultando sovrastimati con una distorsione quantitativa per eccesso; dal punto di vista qualitativo, dagli studi empirici emergono rilevanti indici di gravità delle notizie su questa categoria di reati, caratterizzate da una descrizione dei fatti colorita da espressioni allarmistiche ed enfatiche<sup>9</sup>. «Questa distorsione qualitativa è ancora più grave se si pensa che i reati sessuali rappresentano dei c.d. campanelli d'allarme per il pubblico (reati civetta), nel senso che si tratta di reati che, a differenza di altri, suscitano un forte allarme sociale e generano un elevato bisogno di sicurezza dei cittadini nei confronti della criminalità generalmente intesa»<sup>10</sup>.

Si realizza poi una distorta complicità tra mass media e forze politiche nel senso che attraverso una più o meno strumentalizzata campagna mediatica capace di amplificare singoli episodi e di esaltarne le note di efferatezza, si fomenta la paura del crimine e si crea un irrazionale senso di insicurezza nella collettività. Ad esempio si esaltano gli episodi di violenza sessuale efferata, che sono statisticamente ridotti rispetto alla massa di episodi "domestici" per opera di partner o conoscenti<sup>11</sup>; così come si stigmatizza lo straniero immigrato come il principale autore di stupri in Italia, il nemico da escludere dal consesso sociale e dalle garanzie penalistiche facendo circolare «online tabelle e grafici che non raccontano a pieno la realtà dei fatti, omettendo

---

<sup>6</sup> M. DONINI, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in AA.VV., *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, a cura di R. E. KOSTORIS – R. ORLANDI, Giappichelli, 2006, 132-144.

<sup>7</sup> Cfr. M. DONINI, *Diritto penale di lotta*, cit., 57 ss.: «il *novum* della legislazione europea e internazionale vigente è costituito da due aspetti: a) l'idea della lotta e l'impegno a una prassi conforme sono inseriti espressamente all'interno delle leggi penali o quanto meno delle leggi che "fanno corpo" con quelle penali nel definire la compiuta strategia di tutela; b) il clima di lotta, l'utilizzo lessicale di questo termine giuridico, di questo impegno collettivo al quale sono chiamati i pubblici poteri, giudici compresi sono ormai estesi a tutti i campi di intervento della "giustizia penale" dell'Unione Europea: dalle frodi comunitarie alla pedopornografia, dal riciclaggio al razzismo, dalla tratta di esseri umani agli stupefacenti alla criminalità economica, dai reati di immigrazione al terrorismo internazionale. Fenomeni estremi e fenomeni diffusi sortiscono il medesimo trattamento».

<sup>8</sup> G. FORTI – R. REDAELLI, *La ricerca criminologica*, in G. FORTI, - M. BERTOLINO (a cura di), *La televisione del crimine*, Atti del Convegno "La rappresentazione televisiva del crimine", V&Puniversità, 2005, 3; W. HASSEMER, *Il diritto attraverso i media: messa in scena della realtà*, in *Ars interpretandi* 2004, 160, il quale evidenzia che i media non necessariamente strumentalizzano le notizie, ma ne hanno una precomprensione diversa, in quanto hanno aspettative diverse e perseguono interessi diversi svolgendo il loro compito che consiste nella messa in scena della realtà.

<sup>9</sup> Cfr. M. BERTOLINO, *Reati sessuali e tutela dei minori: la prospettiva dei mezzi di informazione e quella dei giudici a confronto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 342 s.; M. INNES, *Signal crimes and collective memory: the politics of media-police interactions*, in G. FORTI - M. BERTOLINO (a cura di), *La televisione del crimine*, cit., 529 ss.; M. CATERINI, *La legalità penal-mediatica. La mercificazione del "prodotto" politico criminale tra vecchi e nuovi mezzi di comunicazione*, in E.R. ZAFFARONI - M. CATERINI (a cura di), *La sovranità mediatica. Una riflessione tra etica, diritto ed economia*, Cedam, 2014, 161.

<sup>10</sup> Cfr. M. BERTOLINO, *Reati sessuali e tutela dei minori*, cit., 342 s.

<sup>11</sup> Cfr. sulla distorsione dell'informazione in questo settore M. BERTOLINO, *Privato e pubblico nella rappresentazione mediatica del reato*, in *La televisione del crimine*, a cura di G. FORTI - M. BERTOLINO, cit., 213; sulle distorsioni quantitative e qualitative della comunicazione mediatica del crimine cfr. C.E. PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed effetti sociali dei media)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 493 ss.

numerose variabili di un fenomeno orrendo che non va semplificato»<sup>12</sup>, per poi realizzare un mirato disegno selettivo che chiama i consociati a partecipare all'opera di legiferazione con la loro richiesta di ordine e sicurezza<sup>13</sup>, che viene ad arte raccolta e soddisfatta con interventi normativi di carattere penalistico, fondati su semplificazioni e pregiudiziali criminologiche<sup>14</sup>.

Anche nell'introdurre il c.d. Codice Rosso i firmatari del progetto di legge n. 1331 (poi assorbito dal d.d.l. 1455), richiamano più volte l'"allarme sociale" suscitato dalla violenza sessuale, l'"inidoneità" della disciplina allora vigente, in quanto prevedeva «pene troppo basse in relazione alla gravità oggettiva delle azioni», e l'esigenza di «dare una risposta immediata alle continue e legittime sollecitazioni dell'opinione pubblica»<sup>15</sup>; si è così giustificato un imponente apparato di incrementi sanzionatori e di circostanze aggravanti (accompagnati anche dal mutamento del regime di punibilità talora, come per gli abusi con minore divenuto procedibile d'ufficio, con pena da 6 a 12 anni), la dottrina parla in chiave critica di sanzionorrea<sup>16</sup>, di bulimia penalistica<sup>17</sup> e sottolinea che l'omaggio tributato alle capacità salvifiche della prevenzione generale negativa, esasperato sino al parossismo, è vano e vuoto, non incrementa la tutela delle vittime, ma piuttosto rischia di produrre danno determinando aporie e sperequazioni<sup>18</sup>. Solo per fare alcuni esempi: per la violenza sessuale la pena passa da 5 a 10 anni, a 6-12 anni, così che un bacio sgradito o lo sfioramento di un gluteo – se riconosciuti di minore gravità – non potranno scendere sotto i 2 anni di reclusione; quando i fatti puniti dall'art. 609-bis c.p. (anche quel bacio o sfioramento) siano commessi in danno di un infraquattordicenne, la pena starà tra i 9 e i 15 anni; per salire da 12 fino a 24 anni (il massimo edittale per un omicidio non aggravato), quando l'offeso sia infradecenne. «Un sussulto di lucidità ha, per adesso, sbarrato la strada alla castrazione chimica, non mancando di attizzare polemiche all'interno della compagine governativa»<sup>19</sup>.

Critiche a tali incrementi sanzionatori e a tale approccio prevalentemente punitivo sono state sollevate dal mondo femminista che non chiede in una mera logica retribuzionista il ricorso esasperato al diritto penale o l'incremento delle sanzioni, come rivela il resoconto dell'audizione dell'associazione D.i.Re (Donne in rete contro la violenza)<sup>20</sup> presso la Commissione giustizia della Camera dei deputati (XVIII legislatura) del 21 febbraio 2019, proprio in merito ai disegni di legge da cui è scaturito il codice rosso: «Il criterio con cui abbiamo esaminato la proposta di legge, è quello di individuare gli strumenti giuridici in grado di migliorare il sistema normativo nel primario ed effettivo interesse delle donne vittime della violenza maschile. Ed è in questa logica che riteniamo che l'innalzamento delle pene edittali per i più ricorrenti reati

<sup>12</sup> D. PUENTE, *I dati sugli stupri degli stranieri*, 6 Maggio 2019 - 13:46. Cfr. piuttosto A. GUERRIERI, *Le mani sulle donne. Islam, culture religiose, violenza sessuale dopo il capodanno di Colonia*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* 20 febbraio 2017, [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it).

<sup>13</sup> Cfr. M. BERTOLINO, *Privato e pubblico nella rappresentazione mediatica*, cit., 200; D. L. ALTHEIDE, *I mass media, il crimine e il "discorso di paura"*, in *La televisione del crimine*, a cura di G. FORTI - M. BERTOLINO, **op. cit.**, 287 ss.; C. E. PALIERO, *La maschera e il volto*, cit., 526.

<sup>14</sup> Cfr. A. GARGANI, *Premessa*, in *Commenti articolo per articolo, D.1.23.2.2009 n. 11, conv., con modif.*, in *I.23.4.2009 n. 38 - Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori* (GU 24.2.2009 n. 45; GU 24.4.2009 n. 95), in *Leg. pen.* 2009, 417.

<sup>15</sup> A. VALSECCHI, *Violenza domestica o di genere "Codice rosso" e diritto penale sostanziale: le principali novità - Legge 19 luglio 2019, n. 69*, in *Diritto penale e processo*, v. 26, n. 2, 2020, 163 ss.

<sup>16</sup> G. FORTI, *La cura delle norme. Oltre la corruzione delle regole e del sapere*, Giuffrè, 2018, 217.

<sup>17</sup> T. VITARELLI, *Violenza contro le donne e bulimia repressiva*, in *Dir. pen. cont.*, 2020, 3, 461

<sup>18</sup> T. PADOVANI, *L'assenza di coerenza mette a rischio la tenuta del sistema*, in *Guida al diritto*, n. 37, 2019, 51.

<sup>19</sup> G. D. CAIAZZA, *Governo populista e legislazione penale: un primo bilancio*, in *Diritto penale e processo*, v. 25, n. 5, 2019, 592.

<sup>20</sup> Tale Associazione che rappresenta 80 associazioni di donne che gestiscono centri antiviolenza e case rifugio operanti a livello locale in tutta Italia e lavora in sinergia con altre reti di donne a livello europeo, risultato di un lungo percorso e di un'esperienza di oltre 30 anni. Cfr. I. BORRASI, *Prime considerazioni sul "codice rosso"*, in *Riv. pen.* 2019, 9, 739: «L'idea che il modo migliore per tamponare l'ondata di violenza domestica e di genere sia la pena detentiva a tutti i costi, ha il sapore di una facile scorciatoia».

di violenza contro le donne, non siano di interesse per la loro tutela, appartenendo ad una logica emergenziale dalla quale la normativa che ci occupa deve discostarsi per mettere a fuoco quanto davvero possa al meglio tutelare l'incolumità e la dignità delle donne e dei loro figli. Diversamente da quanto certa opinione ricorrente è portata a credere, *alle donne non interessa chiedere una maggiore condanna dei loro maltrattanti per "vendetta"*, ma a loro interessa essere tutelate dal rischio del ripetersi della violenza e dalle conseguenze che sono costrette a subire assieme ai loro figli, in assenza di adeguati supporti e strumenti giuridici e sociali» (cor-sivo aggiunto). Si ripete questa osservazione anche in relazione alle singole fattispecie.

In questo contesto lo sforzo di razionalizzazione della legislazione in materia rappresentato dal lavoro del gruppo di ricerca dell'AIPDP, coordinato dal professore Seminara, nonché dalla professoressa Bertolino e dal professore Balbi, assume, allora, un particolare significato trattandosi sicuramente di un lavoro che non vuole prediligere logiche ispirate al c.d. diritto penale del nemico, sempre sottilmente incombenti, ma piuttosto a un corretto approccio costituzionalmente orientato, volto alla tutela dei beni in gioco - a partire dalla "personalità sessuale" e al corretto sviluppo psico-fisico dei minori - attraverso un giusto bilanciamento tra istanze garantiste, da una parte, e istanze efficientiste, dall'altra parte, nel rispetto degli obblighi di armonizzazione di fonte europea.

## 2. Bene giuridico tutelato.

Come si osserva nella Relazione del gruppo di lavoro dell'AIPDP coordinato dal prof. Seminara,<sup>21</sup> nell'ordinamento italiano la scomparsa del Titolo IX del codice penale non è stata casuale in quanto il bene giuridico "moralità pubblica e buon costume" ha perduto via via legittimazione, col progressivo svincolarsi del diritto penale dalla tutela moralistica di beni pubblicistici in seguito a un processo avviato, sotto il profilo teorico, già con il giusnaturalismo, incrementato con l'illuminismo di Beccaria (1764), e forse mai giunto a compimento. Ferme restando, allora, le persistenti contaminazioni tra diritto penale e protezione della morale, non si dubita del fatto che la morale e il buon costume non dovrebbero essere oggetto di tutela penale, ma piuttosto anche in materia sessuale devono essere tutelate le persone nella loro libertà di autodeterminazione.

Alla luce di tale separazione tra diritto e morale, nel 1996 il legislatore italiano ha compiuto la scelta di spostare i delitti di violenza sessuale e simili dal titolo IX, dedicato ai reati contro la moralità pubblica e il buon costume, al titolo XII dedicato ai delitti contro la persona<sup>22</sup>.

Nell'ambito dei delitti contro la persona il legislatore ha inserito nel capo III, dedicato ai "delitti contro la libertà individuale", una sezione I intitolata "delitti contro la personalità individuale" tra i quali compare una serie di incriminazioni volte a colpire lo sfruttamento di minori in attività di prostituzione e pornografia (art. 600 bis fino a 600 septies.2), nella sezione II,

---

<sup>21</sup> Cfr. *Relazione del Gruppo di lavoro sui reati in materia sessuale*, in <https://www.aipdp.it/aipdp-documenti/>. Il gruppo di lavoro, coordinato dal prof. Sergio Seminara, è costituito dai prof. Giuliano Balbi, Marta Bertolino, Alberto Cadoppi. Al lavoro del gruppo hanno peraltro partecipato anche le dott.sse Malaica Bianchi, Università di Parma, Sofia Braschi, Università di Pavia, Lara Ferla, Università Cattolica del S. Cuore di Milano. La presente relazione, per quanto riguarda la Parte I, è il risultato di un'opera di coordinamento e di integrazione delle relazioni parziali dei componenti del gruppo, prof. Balbi, Bertolino, Cadoppi, realizzata da Marta Bertolino. Alla dott.ssa Lara Ferla si deve il lavoro relativo ai reati di prostituzione minorile e al trattamento sanzionatorio; alla dott.ssa Malaica Bianchi lo studio delle fattispecie di pornografia minorile con particolare riferimento al fenomeno del sexting (Parte II). La parte relativa alla tutela del pudore con riferimento agli artt. 527, 528 e 529 c.p. (Parte II) è opera della dott.ssa Sofia Braschi. Nel prosieguo sarà citata come Relazione.

<sup>22</sup> T. PADOVANI, *Commento all'art. 1, in Commentario delle "norme contro la violenza sessuale" (legge 15 febbraio 1996, n. 66)*, a cura di A. CADOPPI, Cedam, 1996, 1 ss.

avente ad oggetto “i delitti contro la libertà personale”, si trovano invece le varie forme di violenza sessuale e di corruzione e adescamento di minorenni (art. 609 bis fino a 609 duodecies). In dottrina è stato lucidamente osservato che questa distribuzione dei reati in ambito sessuale tra le due sezioni appare artificiosa e insoddisfacente, soprattutto perché la frammentazione nega il legame esistente fra i delitti “proiettati sulla personalità sessuale della vittima, cioè sulla sfera più intima dell’individuo, che governa la sua capacità relazionale e il suo modo di essere nella società e trova copertura negli artt. 2 e 3, comma 2, Cost.”<sup>23</sup>.

Non solo, ulteriori perplessità ha suscitato la collocazione della violenza sessuale tra i delitti contro la libertà personale in cui si trovano le norme poste a tutela della libertà di movimento, piuttosto che nella sezione a tutela della libertà morale in cui rientrano le fattispecie – a partire dalla violenza privata – a tutela della libertà di autodeterminarsi, di compiere liberamente le proprie scelte<sup>24</sup>. La violenza sessuale è considerata “un’ipotesi speciale di violenza privata, qualificata dalla natura dell’atto che la vittima è costretta a fare o tollerare”<sup>25</sup>.

Alla luce di tali considerazioni appare *corretta e assolutamente apprezzabile* la proposta del gruppo di lavoro dell’AIPDP non solo di considerare i reati in materia come reati contro la libertà sessuale quale “species della libertà di autodeterminazione – e questo avrebbe giustificato la collocazione dei fatti di violenza sessuale nell’ambito dei delitti contro la libertà morale”, ma piuttosto di prevedere all’interno del titolo dedicato ai delitti contro la persona, un capo autonomo intitolato ai “Delitti contro la personalità sessuale”, in considerazione del fatto che “sul piano valoriale la prima possiede una specificità, una pregnanza tale da giustificare” una simile scelta, il bene tutelato è la “personalità sessuale della vittima”: come sopra evidenziato si tratta della “sfera più intima dell’individuo, che governa la sua capacità relazionale e il suo modo di essere nella società e trova copertura negli artt. 2 e 3, comma 2, Cost.”<sup>26</sup>. Tali reati offendono non solo la libertà di autodeterminazione sessuale, ma offendono la salute psicofisica e la dignità della persona umana. In tal modo si ricomprendono in tale capo anche i fatti posti in essere in danno dei minori, cui l’ordinamento non riconosce “libertà”, o piena “autodeterminazione”, in materia sessuale, ma nei confronti dei quali i reati sessuali rischiano di compromettere il sano sviluppo psico-fisico<sup>27</sup>. Il Capo è stato, poi, suddiviso, in Sezioni: I Sezione: Delitti contro l’autodeterminazione sessuale; II Sezione: Delitti contro l’integrità sessuale dei minori; III Sezione: Delitti di prostituzione, pornografia e sfruttamento sessuale di minori; IV Sezione: Disposizioni comuni.

Si evidenzia significativamente che una simile scelta si ritrova nella maggioranza dei codici penali europei, a partire dall’ordinamento tedesco “il cui StGB ha la sezione XIII dedicata ai delitti contro l’autodeterminazione sessuale. A quest’ultimo bene e alla libertà sessuale si intitola il capitolo V del codice penale portoghese, che disciplina i reati sessuali, a sua volta diviso in due sezioni, la seconda delle quali relativa alle vittime minori. Anche il codice penale spagnolo sistematizza i reati oggetto della presente indagine all’interno di un titolo autonomo, l’VIII, dedicato ai Delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Il titolo è poi diviso in sei capitoli, di cui il secondo bis relativo agli abusi e alle aggressioni sessuali sui minori di anni sedici. Un’apposita sezione (la terza) intitolata alle aggressioni sessuali è prevista anche dal codice penale francese, all’interno del capitolo II, che disciplina gli attentati all’integrità fisica

<sup>23</sup> S. SEMINARA, *I delitti contro la personalità sessuale*, in *Diritto penale – Lineamenti di parte speciale*, a cura di R. BARTOLI - M. PELISSERO - S. SEMINARA, Giappichelli, 2021, 166.

<sup>24</sup> G. BALBI, *Violenza e abuso sessuale*, in D. PULITANÒ (a cura di), *Diritto penale – Parte speciale*, vol I, *Tutela penale della persona*, III ed., Giappichelli, 283.

<sup>25</sup> T. PADOVANI, *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*, Cedam, 2006, 433.

<sup>26</sup> S. SEMINARA, *I delitti contro la personalità sessuale*, cit., 166.

<sup>27</sup> G. BALBI, *I reati contro la libertà e l’autodeterminazione sessuale*, in *La riforma dei reati contro la persona*, VIII Convegno nazionale dell’Associazione Italiana dei Professori di Diritto penale, Napoli, 30 e 31 maggio 2019.

o psichica della persona, del titolo II relativo agli attentati alla persona del libro II, Dei crimini e delitti contro le persone”.

L'importanza di tale scelta, come segnalato nella Relazione, emerge innanzitutto sotto il profilo assiologico, richiamando l'attenzione sull'importanza dei beni da tutelare, anche in relazione ai minori “per i quali si propone un autonomo sotto-sistema in ragione della loro peculiare vulnerabilità e del più accentuato danno esistenziale che connota le fattispecie sessuali che li vede coinvolti come vittime”.

### 3. Sulla fattispecie unificata di violenza sessuale.

Il legislatore del 1996 ha eliminato la distinzione tra violenza carnale e atti di libidine violenti: la prima fattispecie richiedeva la congiunzione carnale (art. 519 c.p.), mentre la seconda “atti di libidine” diversi dalla congiunzione carnale (art. 521 c.p.); si prevedeva, inoltre, la fattispecie di congiunzione carnale, commessa con abuso della qualità di pubblico ufficiale (art. 520). Si è preferito introdurre una sola fattispecie di “violenza sessuale” che prevede la commissione di “atti sessuali” senza ulteriori specificazioni, senza fornirne una definizione, rimettendone l'interpretazione alla discrezionalità giurisprudenziale, anzi scaricando ancora una volta la “patata bollente” al giudice<sup>28</sup> (al punto che parte della dottrina ha subito denunciato problemi di compatibilità dell'espressione “atti sessuali” con il principio di legalità, sub specie di determinatezza<sup>29</sup>). Il legittimo auspicio di eliminare la necessità di indagini approfondite per accertare l'effettiva dinamica dei fatti al fine di distinguere tra la più grave ipotesi di congiunzione carnale e quella di atti di libidine, punita con pena ridotta di un terzo, ha finito per scontrarsi con l'esigenza di una corretta ricostruzione dei fatti ai fini della commisurazione della pena (art. 133 c.p.), dell'adempimento dell'obbligo di motivazione (art. 111, c. 6 Cost. e 125, c. 3, c.p.p.), a parte la necessità di distinguere i casi di minore gravità ex art. 609 bis, ultimo comma<sup>30</sup>.

Come si evidenzia nella relazione “la polarizzazione della condotta tipica sul concetto di *atti sessuali* è una peculiarità del codice penale italiano, che trova solo parziale riscontro in taluni altri ordinamenti. Si tratta di una soluzione totalmente eccentrica rispetto al principio costituzionale di proporzionalità, che ha determinato l'irragionevole perequazione – in termini di afflittività – di fatti muniti di indici di offesa tra loro non comparabili. Anche attraverso la comparazione, si è giunti quindi alla conclusione di diversificare la tutela, predisponendo differenti tipologie di reati sessuali, di varia forma e gravità, sia con riferimento ai mezzi posti in opera (es. abuso, sorpresa vs. violenza o minaccia, ecc.), sia con riferimento al grado dell'offesa (es. molestie vs. atti sessuali, penetrativi o meno, ecc.)”<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> In questa direzione A. CADOPPI, *Il “reato penale”. Teorie e strategie di riduzione della criminalizzazione*, ESI, 2022, 300.

<sup>29</sup> Così M. BERTOLINO, *La riforma dei reati di violenza sessuale*, in *Studium Iuris*, 1996, 403; V. MUSACCHIO, *Il delitto di violenza sessuale* (art. 609 – bis c.p.), Cedam, 1999, 26; P. RICCI - M. O. VENDITTO - S. BASSI, *Violenza sessuale e risposta istituzionale. Considerazioni critiche sulla nuova normativa penale in materia*, in *Giust. Pen.* 1996, I, 373; A. PECORARO ALBANI, *Violenza sessuale e arbitrio del legislatore*, Jovene, 1997, 29 ss.; G. FIAN-DACA, *La rilevanza penale del “bacio” tra anatomia e cultura*, nota a sent. Cass. 27 aprile 1998, in *Foro it.*, 1998, III, 507 e ss. Contra G. AMBROSINI, *Le nuove norme sulla violenza sessuale*, Giappichelli, 1997, 5; B. ROMANO, *La tutela penale della sfera sessuale*, Giuffrè, 2000, 67; A. CADOPPI, *Riflessioni critiche intorno alla nuova legge sulla violenza sessuale (l.n. 66/1996)*, in *Critica del diritto*, 1996, 132; A. GIARDA, *La repressione della violenza sessuale tra legge e costume*, in *Corriere giuridico* 1996, n. 8, 864; Cass., sez. III, 6 maggio 2004, in *Cass. pen.* 2006, 966.

<sup>30</sup> B. ROMANO, *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, Cedam, 2013, 98 s.

<sup>31</sup> In questa direzione critica rispetto alla parificazione sanzionatoria di comportamenti troppo diversi con la riforma del 1996, cfr. M. BERTOLINO, *La riforma dei reati di violenza sessuale*, cit., 404; A. CADOPPI, *La violenza sessuale alla ricerca della tassatività perduta*, in *Dir. pen. proc.* 2016, n. 11, 1469, propone di distinguere “più

In materia di violenza sessuale è vero come emerge dalla relazione che si rischia di violare il principio di proporzione perché, come evidenziato in altra sede, “a forza di concentrare l'intervento in materia sullo strumento penale emerge un'esasperazione punitiva e simbolica, sul modello del diritto penale del nemico”, “(fermo restando un corretto ampliamento della fattispecie di violenza sessuale negli ultimi anni in tutte le legislazioni europee)”<sup>32</sup>, e ciò non solo perché – come accennato all'inizio – un certo populismo penale strumentalizza i casi di violenza sessuale da parte di immigrati (esasperandone le note di efferatezza e mentendo spudoratamente sui dati statistici) al fine di ottenere il consenso per politiche sovraniste e antimigrazione, ma in generale nella prassi applicativa della fattispecie di violenza sessuale emerge una forte anticipazione dell'intervento punitivo. A parte la considerazione che si tratta di una fattispecie che prevede un minimo di ben sei anni e un massimo di dodici anni di reclusione dopo la riforma introdotta dal c.d. codice Rosso, l. 19 luglio 2019, n. 69; un simile minimo dovrebbe delimitare l'alveo delle condotte punibili ricomprendendovi solo condotte effettivamente e significativamente offensive del bene tutelato, ferma restando la possibilità di applicare l'attenuante prevista dall'ultimo comma dell'art. 609-bis. Si applica, invece, questa fattispecie, portatrice di una forte carica stigmatizzante in quanto incentrata su uno specifico tipo d'autore -lo stereotipo dello stupratore –, in relazione a casi quasi bagatellari e comunque con un disvalore e capacità offensiva assolutamente inferiore rispetto alle condotte di stupro e atti sessuali in senso stretto, ad esempio nei confronti di un bacio sgradito - purchè lo si possa ritenere sintomatico alla luce della morbosità della condotta tenuta dal reo nei confronti della vittima - o lo sfioramento di un gluteo<sup>33</sup>, con palese violazione del principio di offensività e di proporzione<sup>34</sup>. Si imprime l'etichetta di “violentatore sessuale” e il connesso biasimo sociale in seguito a condotte espressione di una sorta di pericolosità sessualmente connotata, se non mera espressione di stupidità o prevaricazione di genere.

Ciò è stato favorito da una dilatazione giurisprudenziale della fattispecie che, da una parte, accoglie una nozione ampia di atto sessuale, in seguito all'abrogazione con la riforma del 1996 della distinzione tra atto sessuale e atti di libidine<sup>35</sup> e «per effetto di soggettivizzazione “per contagio” derivante dalla connotazione in tal senso comunemente conferita agli atti di libidine

---

fattispecie a seconda del diverso grado o intensità della coartazione, e a seconda della diversa qualità degli atti commessi. Non si dovrebbe tornare alla distinzione vetusta, e legata a vecchi schemi morali, fra congiunzione carnale e atti di libidine violenti, ma si dovrebbero comunque elaborare diverse ipotesi normative, in una adeguata scala di gravità: dalle molestie sessuali allo stupro più feroce”; A. PECORARO ALBANI, *Violenza sessuale e arbitrio del legislatore*, Jovene, 1997, 52; G. BALBI, *Violenza e abuso sessuale*, cit., 284-288 s. che evidenzia la scarsa compatibilità con i principi di determinatezza e di proporzione.

<sup>32</sup> Per un'analisi sull'evoluzione di tale fattispecie in Europa, cfr. 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, v. 37, n. 1, 14 in cui si evidenzia come numerosi paesi dal secondo dopoguerra hanno ampliato la definizione di violenza sessuale, includendovi comportamenti che una volta non erano considerati stupro; in molti paesi è stata eliminata la necessità di provare la resistenza della vittima, in alcuni paesi si sono posti limiti alla possibilità di valutazione dello stile di vita della vittima, si ammette (anche se più a livello legale che culturale) lo stupro da parte del coniuge; può essere vittima di stupro una donna, un uomo, una persona con diversa identità sessuale.

<sup>33</sup> Per la pacca sul sedere cfr. Cass. pen., sez. III, 2 luglio 2004, in *Guida al diritto* 2004, n. 39, 74; Cass., sez. III, 3 luglio 2003, in *Riv. pen.* 2003, 698; Cass. 19 settembre 2000, in *Riv. pen.* 2000, 993.

<sup>34</sup> Critico nei confronti di questa prassi da ultimo A. CADOPPI, *Il “reato penale”*, cit., 300 s.; 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 L. Rev.*, 2010, vol. 40, 191 ss.; 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 *Univ. of Detroit Mercy L. Rev.*, v. 96, 2019, 627 ss.

<sup>35</sup> Cfr. la ricostruzione della dottrina e della giurisprudenza in materia di R.G. MARUOTTI, *Art. 609-bis – Violenza sessuale*, in *Reati contro la persona*, a cura di A. MANNA, Giappichelli, 2007, 656 ss.; B. ROMANO, *Delitti contro la sfera sessuale*, cit., 103 ss. sulla nozione di atti sessuali.

nella previgente fattispecie»<sup>36</sup>. Rientrano oggi nella nozione di violenza sessuale *ex art. 609-bis c.p.* sia le condotte di stupro, sia quelle di contatti “profondi” con zone erogene del corpo, ma anche, perlomeno “nei casi di minore gravità” previsti dall’ultimo comma dell’art. 609-bis – attenuante la cui interpretazione è rimessa all’assoluta discrezionalità giudiziaria<sup>37</sup> –, il bacio<sup>38</sup> o quelle che sono state definite «forme di sfogo “sessuale” senza contatto, nonché contatti leggeri in zone erogene (bacio “leggero” sulle labbra)», non mancano poi pronunce in cui si individua il delitto tentato o consumato per bacio sulla guancia<sup>39</sup> (o sulle labbra)<sup>40</sup>, o strofinamenti

<sup>36</sup> G. FLORA, *La tutela della libertà sessuale ed i tormenti di cupido nell’era postmoderna*, in *La tutela della persona umana. Dignità, salute, scelte di libertà (per Francesco Palazzo)*, a cura di G. DE FRANCESCO, A. GARGANI - D. NOTARO - A. VALLINI, Giappichelli, 2019, 22 s.

<sup>37</sup> Nega la violazione del principio di tassatività Corte cost., sent. 22 maggio 2005, n. 325 pur evidenziando che “l’attenuante si pone quale temperamento degli effetti della concentrazione in un unico reato di comportamenti, tra loro assai differenziati, che comunque incidono sulla libertà sessuale della persona offesa, e della conseguente diversa intensità della lesione dell’oggettività giuridica del reato”; nella medesima direzione Cass., 2 luglio 2003, n. 36758, R., CED 226072. Per la nozione ampia Cass., 11 novembre 1996, in *RIML*, 1998, 582; Cass. 4 dicembre 1998, in *Cass. pen.* 2000, 930; Cass. 27 gennaio 1999, n. 1137, in CED 212821, che ha qualificato atti sessuali i toccamenti delle mammelle, delle cosce e il bacio a labbra chiuse; Cass., 1 dicembre 2000, n. 12446, in CED 218351; Cass. 4 luglio 2000, n. 7772, in CED 217017. Critico G. BALBI, *Violenza e abuso sessuale*, cit., 294 che evidenzia che l’eccessiva discrezionalità viene esercitata irrazionalmente *in bonam partem*; S. VITELLI, *Atti sessuali e minore gravità nel delitto di violenza sessuale*, in *Arch. Pen.*, 2016, n.1, 63. Per un’ampia ricostruzione delle interpretazioni della nozione di atti sessuali cfr. M. BERTOLINO *Art. 609-bis c.p.*, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di G. FORTI - S. SEMINARA - G. ZUCCALÀ, VI ed., Cedam, 2017 ss.

<sup>38</sup> Cass., 27 aprile 1998, n. 6651, in *Foro it.* 1998, II, 505, con nota adesiva di G. FIANDACA, *La rilevanza penale del “bacio” tra anatomia e cultura*; cfr. Cass., 1 luglio 2002, n. 34297, P.c., in *Dir. e prat. lav.* 2000, 2957; Cass., 25 settembre 2000, in *Riv. pen.* 2001, 168; Cass. 7 luglio 2006, n. 23723, in *Dir. e prat. del lav.* 2006, n. 38, 2140, in cui si afferma che “commette il delitto di violenza sessuale di cui all’art. 609 bis c.p. nella configurazione attenuata di cui all’ultimo comma, e non il meno grave delitto di ingiuria, l’impiegato che, approfittando delle condizioni favorevoli nel luogo di lavoro, e pur senza compiere azioni particolarmente intrusive o a contatto con parti intime della vittima o spiccatamente erogene, realizza nei confronti di una collega di lavoro avances concretatesi in discorsi ed espressioni volgari, nello sfioramento del corpo della donna, nell’esibizione di fotografie oscene”. Cfr. G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2001, 353; S. TABARELLI DE FATIS, *Sulla rilevanza penale del “bacio” come atto di libidine prima e dopo la riforma dei reati sessuali*, in *Cass. pen.* 1997, 965 ss.; P. DAMINI, *Sulla nozione di “atti sessuali” ex art. 609-bis c.p.: nuova legge, vecchia giurisprudenza?*, in *Ind. pen.* 1998, 203 ss.; A. CADOPPI, *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, Cedam, 1999, 2ª ediz., 51-67; 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. e proc. pen.* 1999, 1522; A. STILE, *Anche la “pacca” sul sedere costituisce violenza sessuale. L’interpretazione della Cassazione sulla nozione di atto sessuale*, in *Cass. pen.* 2005, 4, 1182; sulla nozione di “casi di minore gravità” cfr. R. G. MARUOTTI, *op. cit.*, 672 ss.

<sup>39</sup> Cass., Sez. III, 26 settembre 2012, n. 44480 ritiene che il bacio sulla guancia integra il reato consumato; Cass. 7 aprile 2017, n. 13940 che considera tentata violenza sessuale il bacio sulla guancia quando è carpito con modalità coercitive; *contra* Cass. 5 maggio 2016, n. 18679 ritiene che si tratti di violenza privata.

<sup>40</sup> Cass., Sez. III, 19 gennaio 2018, n. 20712 che richiama Cass., Sez. III, 13 febbraio 2007, n. 25112 secondo cui “ai fini della configurabilità del reato di violenza sessuale va qualificato come “atto sessuale” anche il bacio sulla bocca che sia limitato al semplice contatto delle labbra, potendosi detta connotazione 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 di bacio sulla bocca scambiato, nella tradizione russa, come segno di saluto”, oppure si riconduce alla fattispecie di violenza sessuale il “caso di toccamento al seno”; Cass., Sez. III, 6 giugno 2008, n. 27762, B., in *CED Cass. pen.* 2008, «In tema di reati sessuali, il toccamento non casuale di una parte del corpo non considerata come zona erogena ma suscettibile di eccitare la concupiscenza sessuale, configura il delitto di violenza sessuale tentata e non quello di molestia sessuale (art. 660 cod. pen.), dovendosi quest’ultimo ritenere integrato solo in presenza di espressioni volgari a sfondo sessuale ovvero di atti di corteggiamento invasivo ed insistito diversi dall’abuso sessuale»; Cass., 5 giugno 2008, n. 27469, D. V., in *Guida al diritto* 2008, 40, 88, “In tema di reati sessuali, se il contatto corporeo posto in essere dall’agente nei confronti della vittima riguarda una zona diversa da quelle qualificabili come erogene, secondo la scienza medica, psicologica, antropologica, o comunque diversa da quella effettivamente presa di mira dall’agente, perché quest’ultimo è stato costretto a interrompere l’azione criminosa per la reazione della vittima o per altre ragioni, l’agente risponderà del solo tentativo del reato di vio-

in luoghi affollati<sup>41</sup>. Si è assistito a una vera e propria smaterializzazione degli atti sessuali<sup>42</sup>, soprattutto laddove la giurisprudenza non ha accolto dopo la riforma del 1996, l'orientamento oggettivo-scientifico, definito poi anatomico-culturale, più restrittivo che richiede «il contatto fisico tra una parte qualsiasi del corpo di una persona con una zona genitale (compresa la mammella nella donna), anale od orale del partner»<sup>43</sup> (contatto corporeo con zone erogene<sup>44</sup>), ma piuttosto ha adottato l'orientamento più ampio e soggettivizzante, volto a ricomprendere nella nozione di atti sessuali tutti i comportamenti precedentemente puniti come atti di libidine, e comunque «qualsiasi atto diretto ed idoneo a compromettere la libertà della persona attraverso l'eccitazione o il soddisfacimento dell'istinto sessuale dell'agente»<sup>45</sup>; o si abbraccia l'interpretazione definita “contestuale-relazionale” in base alla quale occorre prendere «in considerazione anche il “contesto” in cui il contatto fisico si realizza e, dunque, la complessa dinamica intersoggettiva che si sviluppa nell'ambito delle situazioni connotate da fattori coartanti»<sup>46</sup>, così riconducendo alla nozione di atti sessuali, di minore gravità, talune forme di molestie «facendo leva – per ripetere le parole contenute nella motivazione – sulla “complessiva valutazione di

---

lenza sessuale, se l'intenzione era comunque libidinosa. Diversamente opinando, del resto, dovrebbe essere chiamato a rispondere del reato consumato colui il quale afferra per le braccia una ragazza per baciarla senza raggiungere lo scopo per la reazione della vittima o per altre ragioni. In definitiva, deve ravvisarsi esclusivamente il tentativo del reato di violenza sessuale non solo quando gli atti idonei diretti in modo non equivoco alla perpetrazione dell'abuso sessuale non si siano estrinsecati in un contatto corporeo, ma anche quando il contatto corporeo, superficiale e fugace, non abbia potuto raggiungere una zona erogena, o comunque considerata tale e presa di mira dal reo, per la reazione della vittima o per altri fattori indipendenti dalla sua volontà. (Da queste premesse, la Corte ha ritenuto qualificabile come tentativo di violenza sessuale, e non come reato consumato, la condotta dell'imputato che si era limitato a toccare la gamba sinistra della persona offesa, avendo di mira la coscia e la zona genitale o comunque una zona erogena, ma desistendo subito dopo per la pronta reazione della vittima)”. Cfr. M. BERTOLINO *Art. 609-bis c.p.*, cit., 2017 ss.

<sup>41</sup> Cass. 16 dicembre 2016, n. 23781 ritiene si tratti di violenza sessuale consumata.

<sup>42</sup> Cfr. M. PAPA, *La fisiologica della condotta illecita nella struttura dei reati sessuali: appunti per una riflessione sulla crisi della tipicità*, in a cura di G. DE FRANCESCO - A. GARGANI - D. NOTARO - A. VALLINI, *La Tutela della persona umana*, cit., 145 ss.

<sup>43</sup> Così A. CADOPPI, *Commentario delle norme contro la violenza sessuale*, cit., 48; N. MAZZACUVA, *Delitti contro la persona: altre ipotesi di tutela*, in *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, a cura di S. CANESTRARI - A. GAMBERINI - G. INSOLERA - N. MAZZACUVA - F. SGUBBI - L. STORTONI - F. TAGLIARINI, IV ed., 462. In tale direzione L. MONACO, *Art. 609-bis*, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di A. CRESPI - G. FORTI - G. ZUCALÀ, Cedam, 2008, 2087 ss., e D. PROVERBIO, *Commento all'art. 609-bis*, in *Codice penale commentato, Artt. 1 - 384-bis*, a cura di E. DOLCINI - G. MARINUCCI, Ipsa, 2012, 3169-3170; F. MANTOVANI, *I delitti sessuali*, in AA.VV. 1988, 253; Cass. 6 febbraio 1997, *Coro*, CED 207299; Cass. 9 ottobre 1997, *Corsaro*, in *Foro it.* 1998, II, 505.

<sup>44</sup> G. BALBI, *Violenza e abuso sessuale*, cit., 285 e 289: “il contatto con zone del corpo sessualmente pregnanti secondo la valutazione socio culturale propria del macro contesto ordinamentale di riferimento, a connotare l'atto come sessuale, a prescindere dalle convinzioni dei soggetti coinvolti o del loro modo di vivere la sessualità”. Anche se pur partendo da un approccio oggettivo, basta il contatto fugace ed estemporaneo, cfr. Cass., sez. III, 2 novembre 2022, n. 45242, “Rientra nell'accezione di atto sessuale non soltanto ogni forma di congiunzione carnale, ma altresì qualsiasi atto che, risolvendosi in un contatto corporeo, ancorché fugace ed estemporaneo, tra soggetto attivo e soggetto passivo, o comunque coinvolgente la corporeità sessuale del soggetto passivo, sia finalizzato ed idoneo a porre in pericolo la libertà di autodeterminazione del soggetto passivo nella sua sfera sessuale, non avendo, invece, rilievo determinante, ai fini del perfezionamento del reato, la finalità del soggetto attivo e l'eventuale soddisfacimento del piacere sessuale”.

<sup>45</sup> Tra molte Cass., sez. III, 18 ottobre 2005, n. 44246; Cass., sez. III, 26 ottobre 2011, n. 45950; Cass., sez. III, 2 marzo 2017, n. 51582; Tribunale Udine, 15 ottobre 2021, n.1734: “Alla nozione di atto sessuale si riconduce qualsiasi comportamento, benché fugace, finalizzato a soddisfare l'impulso sessuale del suo autore e al contempo lesivo della sfera di libertà sessuale della vittima”.

<sup>46</sup> G. FIANDACA, *Violenza sessuale*, in *Enc. dir.*, 2000, 1158; Id., *Relazione di sintesi*, in AA.VV., *La violenza sessuale a cinque anni dall'entrata in vigore della legge n. 66/96, Profili giuridici e criminologici*, a cura di A. CADOPPI, Padova, 2001, 242; M. CAPPALÀ, *La qualificazione delle violenze prive di un contatto corporeo corporali alla prova della recente giurisprudenza in tema di atti sessuali*, nota a Cass., Sez. III, sent. 19 novembre 2015 (dep. 5 maggio 2016), n. 18679, in *Cammino Diritto* 2017, <https://rivista.camminodiritto.it>.

tutta la vicenda”, dando rilievo non al quantum di violenza materiale insito nella condotta costrittiva, bensì la valutazione del contesto situazionale e della dinamica interattiva in cui il comportamento violento si dispiega»<sup>47</sup>.

L’attenuante in questione, tra l’altro, è una circostanza indefinita<sup>48</sup> non incostituzionale, ma che, come minimo, rischia di comportare nella prassi applicativa la violazione del principio di uguaglianza (come fonte di trattamenti differenziati non del tutto razionali e giustificati); la giurisprudenza nell’applicarla, da una parte, adotta interpretazioni per cui si deve fare riferimento sia ad elementi oggettivi sia soggettivi ex art. 133 c.p., compresi la capacità a delinquere del reo, dall’altra ne pretende un’interpretazione fondata solo su solo elementi oggettivi, il fatto - il grado di lesione al bene tutelato -<sup>49</sup>.

Da ultimo, poi, la giurisprudenza fa rientrare nella nozione di violenza sessuale anche la condotta priva di contatto fisico: “Il delitto di violenza sessuale può essere realizzato anche tramite minacce che costringano una minore ad uno scambio di selfie e messaggi sessualmente espliciti via WhatsApp, senza contatto fisico con la vittima, poiché integrano atti che ne coinvolgono la corporeità sessuale e sono idonei a compromettere il bene primario della sua libertà individuale nella prospettiva di soddisfare od eccitare l’istinto sessuale dell’agente. Nella violenza sessuale commessa mediante strumenti telematici di comunicazione a distanza, la mancanza di contatto fisico tra l’autore del reato e la vittima non è determinante ai fini del riconoscimento della circostanza attenuante del fatto di minore gravità (fattispecie relativa all’invio di messaggi di Whatsapp allusivi e sessualmente espliciti ad una ragazza, minore di età, costretta a scattarsi foto sotto la minaccia di pubblicare la chat su Instagram e su pagine hot)”<sup>50</sup>.

La Suprema Corte, tra l’altro, ha negato – correttamente in considerazione del quantum editale - l’applicazione dell’istituto della particolare tenuità del fatto (art. 131-bis c.p.) “al reato di stupro attenuato dalla minore gravità del fatto”<sup>51</sup> e, quindi, a comportamenti come – nel caso di

---

<sup>47</sup> In questa direzione Cass, III sez., 3 maggio 2022, n. 21255; Cass., sez. 3, 10 ottobre 2019, n. 50336; Cass., sez. III, 14 maggio 2015, n. 23913. Pur accogliendo una concezione oggettiva, parla della necessità di una valutazione tenendo conto del contesto culturale G. BALBI, *Violenza e abuso sessuale*, cit., 285; Cass., 29 maggio 2018, n. 43553; M. ORRÙ, *Analisi comparata dei delitti sessuali con particolare riferimento agli elementi normativi culturali*, Berlino 2018, 47 ss.

<sup>48</sup> Cfr. S. SEMINARA, *I delitti contro la personalità sessuale*, in *Diritto penale – Lineamenti di parte speciale*, a cura di R. BARTOLI - M. PELISSERO - S. SEMINARA, Giappichelli, 2021, 171.

<sup>49</sup> Cass., sez. III, 1 luglio 2014, n. 39445; Cass., sez. III, 23 settembre 2020, n. 1272: “Ai fini della concessione della circostanza attenuante della minore gravità del fatto occorre svolgere una valutazione globale su tutti gli elementi della vicenda, tra cui i mezzi, le modalità esecutive, il grado di coartazione esercitato sulla vittima, le condizioni fisiche e mentali di questa, le sue caratteristiche psicologiche in relazione all’età, a seguito della quale deve essere possibile affermare che la liberà sessuale della p.o. non sia stata compressa in maniera grave”; conforme Cass., sez. III, 25 ottobre 2022, n. 912; Cass., sez. III, 3 maggio 2022, n. 21255 (cfr. F.D’ANZI, *Violenza sessuale: la circostanza attenuante del fatto di minore gravità necessita della valutazione globale del fatto*, in *CamminoDiritto* 19 gennaio 2023, <https://rivista.camminodiritto.it>); Cass., sez. III, 14 aprile 2022, n. 28009. Cfr. Cass., sez. III, 17 giugno 2022, n. 38858: “In tema di violenza sessuale, l’attenuante di cui all’art. 609-bis, comma 3, c.p., avendo natura oggettiva, non può essere riconosciuta ad alcuno soltanto dei concorrenti del reato”.

<sup>50</sup> Cass., sez. III, 2 luglio 2020, n. 25266, che precisa che “Più recentemente Cass., Sez. III, 26 marzo 2013, L., n. 19033, CED 255295 01 ha affermato, con ampi riferimenti alla giurisprudenza già formatasi sul tema, che nella violenza sessuale commessa mediante strumenti telematici di comunicazione a distanza, la mancanza di contatto fisico tra l’autore del reato e la vittima non è determinante ai fini del riconoscimento della circostanza attenuante del fatto di minore gravità”; Cass., sez. III, 30 ottobre 2018, D., n. 17509, CED 275595 – 01: “Ha ravvisato l’integrazione del reato di cui all’art. 609-quater c.p. nella condotta di richiesta ad un minorenne, nel corso di una conversazione telefonica, di compiere atti sessuali, di filmarli e di inviarli immediatamente all’interlocutore, non distinguendosi tale fattispecie da quella del minore che compia atti sessuali durante una video-chiamata o una video-conversazione”.

<sup>51</sup> Cass., sez. III, 18 ottobre 2018, n. 12250: “A prescindere da ogni considerazione in ordine alla gravità dell’offesa e alla non configurabilità, per tale motivo, della causa di non punibilità per la particolare tenuità del fatto, va ribadito il principio di diritto per il quale il reato di violenza sessuale, quantunque attenuato, come nel caso di

specie – un bacio, emergendo la logica del diritto penale d'autore che connota tale normativa.

Per rispondere a questa problematica nella relazione dell'AIDP si propone “una disciplina articolata su di una pluralità di incriminazioni, dove le più gravi (l'una con vittima maggiorenne, Sez. I, art. 1, *Violenza sessuale*; l'altra con vittima minore di anni diciotto, Sez. II, art. 4, *Violenza sessuale in danno di minore*) risultano caratterizzate dal compimento di *atti sessuali penetrativi* che – inevitabilmente traumatici, psichicamente patogeni, intollerabilmente invasivi, apicalmente offensivi - non possono essere equiparati, pur in presenza di una comune natura sessuale, ad atti quali baci o carezze non gradite, o al *toccamento fugace e repentino* di zone del corpo di interesse sessuale”. “Per queste ultime ipotesi, decisamente meno gravi, si propongono due fattispecie di *Aggressione sessuale* (Sez. I, art. 2, in caso di vittima maggiorenne; Sez. II, art. 5, nel caso di vittima di età inferiore agli anni diciotto). Si tratta di ipotesi strutturate sul compimento di atti oggettivamente sessuali, non penetrativi ma comunque caratterizzate da contatto fisico, che l'agente compie su taluno in assenza di un suo valido consenso”.

Rispetto a questa proposta si evidenzia che pur condividendo la valutazione generale del rischio di violare il principio di offensività e di proporzione laddove si parificano sotto il profilo della valutazione di disvalore sociale e di trattamento sanzionatorio delle ipotesi eccessivamente diversificate, tuttavia non si condivide la scelta di prevedere un'ipotesi di atti sessuali penetrativi perché: comporterebbe un'ulteriore inevitabile vittimizzazione della persona offesa ai fini del chiaro accertamento di questa tipologia di violenza sessuale; il disvalore della violenza sessuale quale forma di aggressione fisica che offende la libertà sessuale non è esclusivamente connessa al compimento di atti penetrativi, vi possono essere forme parimenti offensive anche in mancanza di penetrazione; non risolve il problema dell'ipercriminalizzazione di forme “bagatellari” di violenza sessuale perché si fanno rientrare nella fattispecie di aggressione sessuale sia forme gravi di violenza sessuale “caratterizzate da contatto fisico” - anche in mancanza di atti penetrativi -, sia quelle forme di tenue disvalore come lo sfioramento, il bacio, cui si accennava prima.

In tale direzione la Suprema Corte ha annullato con rinvio una decisione in cui si applicava l'attenuante per la mancanza di penetrazione, proprio in considerazione della gravità del fatto indipendentemente dalla penetrazione: “il giudice non ha proceduto ad una valutazione globale dell'accaduto e, pertanto, non ha fatto buon governo dei principi appena enunciati. Ed invero, la sentenza riferisce soltanto di toccamenti, ma, al contempo, assegna piena attendibilità alle parole della persona offesa (anche in forza di riscontri testimoniali e documentali) e, pertanto, ricostruisce la vicenda negli esatti termini da questa narrati; termini secondo i quali l'imputato si sarebbe introdotto nottetempo nel suo letto, l'avrebbe afferrata per il collo e minacciata di morte, si sarebbe steso su di lei strofinandosi con il suo corpo, avrebbe tentato di sfilargli gli slip e, alle urla della ragazza, l'avrebbe colpita con uno schiaffo, le avrebbe schiacciato il cuscino sul volto, insieme palpeggiandole il seno, il sedere e la vulva. Tutto ciò, fino a desistere per l'intervento di altri inquilini dell'appartamento. La condotta del ricorrente, come emerge dalla stessa sentenza gravata, non si è dunque limitata a meri toccamenti della persona offesa; ne deriva l'annullamento della pronuncia con rinvio, perché il G.u.p. del Tribunale di Udine valuti la sussistenza della circostanza attenuante alla luce di tutti gli elementi”<sup>52</sup>.

In tale direzione, a contrario, la Suprema Corte ha ritenuto compatibile l'attenuante prevista

---

specie, dalla diminuzione del caso di minore gravità, non consente quoad poenam l'applicabilità della causa di non punibilità ex art. 131-bis c.p. perché - siccome la norma si esprime nel senso che la pena è diminuita in misura non eccedente i due terzi e siccome, in tali casi, la diminuzione di pena per l'attenuante della minore gravità va calcolata, sul massimo, nella misura minima, cioè nella misura di un giorno (argomenta anche ex art. 65 c.p., comma, n. 3), - la pena massima edittale, una volta applicata la riduzione minima di un giorno di reclusione per la diminuzione prevista dall'art. 609-bis c.p., u.c., è ampiamente superiore al limite di cinque anni di reclusione previsto per l'applicazione della speciale causa di non punibilità dall'art. 131-bis c.p. (Sez. III, n. 35591 del 11 maggio 2016)”.

<sup>52</sup> Cass., sez III, n. 4927, 2015.

dall'art. 609 bis, c. 3, con un rapporto sessuale completo “La sussistenza di un rapporto sessuale completo non può, per ciò solo, escludere la configurabilità dell'attenuante della minore gravità ex art. 609 bis comma 3 c.p., dovendo il giudice effettuare una valutazione complessiva del fatto che tenga conto di una serie di indici riconducibili alla ratio della previsione normativa, al grado di coartazione esercitato sulla vittima, alle sue condizioni fisiche e alle caratteristiche psicologiche di quest'ultima, valutate in relazione all'età, all'entità della compressione della libertà sessuale e al danno arrecato anche in termini psichici”<sup>53</sup>.

“In tema di sussistenza dell'attenuante di cui all'ultimo comma dell'art. 609 bis (minore gravità), così come l'assenza un rapporto sessuale "completo" non può, per ciò solo, consentire di ritenere sussistente l'attenuante, simmetricamente la presenza dello stesso rapporto completo non può, per ciò solo, escludere che l'attenuante sia concedibile, dovendo effettuarsi una valutazione del fatto nella sua complessità”; “sicché deve escludersi che la sola "tipologia" dell'atto possa essere sufficiente per ravvisare o negare tale alternativa. (Nella specie, la Corte ha annullato la sentenza impugnata per aver escluso la citata circostanza attenuante in base alla unica considerazione che vi era stata la consumazione di rapporto sessuale completato, senza alcuna valutazione del fatto nella sua complessità)”<sup>54</sup>.

Pur ritenendo, allora, che in un diritto penale fondato sul principio di offensività non si può attribuire lo stigma di violentatore sessuale rispetto a taluni comportamenti che, per quanto riprovevoli, non meritano in termini di disvalore tale etichetta, se non vogliamo bagatellizzare il diritto penale, si ritiene preferibile la proposta di introdurre una fattispecie, foss'anche di difficile tipizzazione, di molestie sessuali, con funzione di limite verso il basso della violenza sessuale<sup>55</sup>, piuttosto che prevedere un simile sdoppiamento della fattispecie<sup>56</sup>, distinguendo tra atti

<sup>53</sup> Cass., sez. III, 1 luglio 2014, n. 39445; Cass., sez. III, 19 maggio 2021, n. 34582: “In particolare, per il riconoscimento della circostanza attenuante deve potersi ritenere che la libertà sessuale della persona offesa sia stata compressa in maniera non grave, e che il danno arrecato alla stessa anche in termini psichici sia stato significativamente contenuto (Cass., Sez. III, del 14 maggio 2014 n. 23913; Cass., Sez. III, 27 marzo 2015 n. 19336), dovendosi escludere che la sola tipologia dell'atto possa essere sufficiente per ravvisare o negare tale attenuante (Cass., Sez. III, del 01 luglio 2014 n. 39445)”.

<sup>54</sup> Cass., sez. III, 1 luglio 2014, n. 39445.

<sup>55</sup> L'ordinamento tedesco conosce il § 184i StGB *Sexuellen Belästigung*, introdotta nel 2016 voluta dal movimento femminista e fonte, però, di critiche e incertezze interpretative cfr. B. CORRÊA CAMARGO, *Die Strafbarkeit der sexuellen Belästigung durch körperliche Berührung*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 2019, 595 ss.; cfr. K. F. ZIPPEL, *The politics of sexual harassment*, Cambridge 2006, 33 che afferma che un comportamento privato è stato politicizzato e considerato ingiusto dalle donne. In ogni caso la fattispecie di molestia ex art. 660 c.p. dovrebbe essere riformata in modo da essere applicabile anche in relazione a comportamenti realizzati in luogo privato, e laddove se ne configurino gli estremi le molestie assillanti anche sessualmente connotate possono essere incriminate con la fattispecie di atti persecutori cfr. A. M. MAUGERI, *Lo stalking tra necessità politico criminale e promozione mediatica*, Giappichelli, 2010, 123 ss. Cfr. B. ROMANO, *Proposte di riforma nei delitti contro la sfera sessuale della persona*, in *Dir. Pen. Cont.* 23 novembre 2018, che propone anche lo spacchettamento del delitto di stupro e di abuso sessuale; S. TABARELLI DE FATIS, *Molestie sessuali e l. n. 66 del 1996: un'occasione mancata, ma forse non ancora perduta*, in *La violenza sessuale a cinque anni dall'entrata in vigore della legge n. 66/1006. Profili giuridici e criminologici*, a cura di A. CADOPPI, Cedam, Padova, 2001, 133 ss.; L. D. CERQUA, *La punibilità degli "atti sessuali" nel disegno di legge contenente nuove norme a tutela della libertà sessuale*, in *Giust. Pen.*, 1986, I, 349 ss.; R. IANNIELLO, *Proposta di una nuova disciplina delle molestie sessuali: un'espressione nuova per un problema antico*, in *Crit. Dir.*, 1994, 50 ss; M. BERTOLINO, *La riforma dei reati di violenza sessuale*, cit., 404 ss.

<sup>56</sup> Cfr. sull'opportunità di introdurre una specifica fattispecie incriminatrice delle molestie sessuali B. ROMANO, *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, cit., 122 ss.-277 ss.; A. IANNIELLO, *Proposta di una nuova disciplina delle molestie sessuali: un'espressione nuova per un problema antico*, in *Crit. del dir.* 1994, 51, il quale ritiene che “la norma penale – attraverso il messaggio di disvalore sociale che attribuisce al comportamento penalizzato – consentirebbe, [...] di lanciare un segnale di particolare forza. Mentre la tutela civilistica ha costi elevati, tempi defaticanti e, quando privilegia l'aspetto risarcitorio, rimanda ad una inaccettabile idea di mercificazione del corpo femminile, prima oggetto di desiderio indesiderato e, poi, misura del danno”; sulla difficoltà di introdurre una simile fattispecie anche alla luce dell'esperienza straniera M. VIRGILIO, *Conflitti di genere: le molestie sessuali nelle codificazioni europee*, in *Crit. del dir.* 1998, 41; S. GUGLIELMI, *Le molestie sessuali nei luoghi di lavoro*, in

penetrativi e atti di aggressione sessuale. Si può poi discutere sull'opportunità, laddove rimanesse la soluzione indifferenziata di atti sessuali, di introdurre una norma definitoria, peraltro più precisa di quella del par. 184h StGB, in cui specificare cosa si debba intendere per natura sessuale dell'atto, come già avviene nel Sexual Offences Act inglese<sup>57</sup>. Come osservato nella Relazione, anche in questa materia, come è successo per la definizione di pedopornografia, è ora che il legislatore italiano assuma i compiti che il principio di legalità gli impone, anziché delegarli alla giurisprudenza<sup>58</sup>.

#### 4. Le modalità della condotta; l'assenza di un valido consenso.

Un scelta assolutamente apprezzabile della proposta di riforma "più equilibrata e rispondente a complessive istanze di razionalità sistematiche e di tutela" è quella di impennare il disvalore della condotta sulla "sola assenza di un valido consenso: non necessariamente esplicito, evidentemente, ma comunque attuale e riconoscibile", in conformità all'orientamento internazionale sempre più a favore di un'illiceità imperniata sulla mancanza di consenso e non più tanto sulla natura violenta o minacciosa della condotta. Emblematica in proposito la recente riforma tedesca, che ha introdotto la fattispecie di atti sessuali realizzata "gegen den erkennbaren Willen, par. 177/1".

Come già si afferma oggi in relazione all'ipotesi prevista dal primo comma dell'art. 609-bis c.p., "la volontà contraria della persona offesa costituisce la premessa logica della costrizione all'atto sessuale, attuata mediante violenza, minaccia o abuso di autorità; il dissenso configura, cioè, il «presupposto del costringimento»<sup>59</sup>.

O, addirittura, già nella prassi l'obsolescenza della fattispecie di cui all'art. 609-bis c.p. fondata sulla violenza o minaccia e il corretto affermarsi delle esigenze di piena tutela della libertà c.d. negativa della vittima<sup>60</sup>, ha portato a una sorta di interpretatio abrogans del requisito della violenza e della minaccia, ritenendo tipica non solo l'ipotesi di *violenza impropria* - e cioè in cui non vi sia l'impiego di forza o di energia fisica direttamente o per mezzo di uno strumento (violenza propria) e via sia *l'utilizzazione di ogni altro mezzo idoneo a produrre l'effetto di*

---

*Studium iuris* 2000, 1121 ss.

<sup>57</sup> In esso non solo si distinguono gli atti penetrativi (sec. 1) da quelli che non lo sono (sec. 3) e alla sec. 77 si dà una definizione di essi, ma alla sec. 79 si offre un criterio in base al quale riconoscere la natura sessuale dell'atto.  
<sup>58</sup> P.7.

<sup>59</sup> M. BERTOLINO, *Libertà sessuale e tutela penale*, Milano, 1993, 145 – 146; così A. DELL'OSSO, *Gli assenti artificiali: abuso di sostanze psicotrope e capacità di autodeterminazione nel prisma della violenza sessuale*, in *Riv. it. di med. Leg. e del dir. in campo sanitario* 2021, 409-432, e in *disCrimen* dal 14.6.2021, 7; in questa direzione G. FIANDACA, *Violenza sessuale*, cit., 1153 ss.: «il bene tutelato è inequivocabilmente costituito (non più, come nella impostazione originaria del codice, dalla paternalistica ed evanescente moralità pubblica, bensì) dalla libertà sessuale quale aspetto particolare della libertà umana». Nella manualistica, per tutti, F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Giappichelli, 2016, 364: «È chiaro che un'aggressione sessuale (art. 609-bis c.p.) sussiste solo in quanto non vi sia un consenso valido dell'interessato: se costui consente all'atto sessuale, non vi sarà "aggressione" bensì un atto esercizio della propria libertà sessuale»; cfr. A. VALLINI, *Delitti contro la persona*, in *Lezioni di diritto penale – Parte speciale*, Giappichelli, 2021, 95 – 98 ss.

<sup>60</sup> Per critiche sulla mancata riforma della norma in tal senso cfr. G. GOISIS, *La violenza sessuale: profili storici e criminologici*, in *Dir. pen. cont.* 31 ottobre 2012, 15 che evidenzia come si continua a imporre una sorte di onere di resistenza alla donna; 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.; M. VIRGILIO, *Corpo di donna e legge penale. Ancora sulla legge sulla violenza sessuale?!*, in *Democrazia e diritto* 1996, 1, 166; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale*, vol. II, tomo I, Zanichelli, 2013, 250; A. MANNA, *La delinquenza sessuale: profili relativi alla imputabilità*, cit., 876; 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*, Florianópolis, SC, v. 25, n. 10, Genn./April. 2020, 280 ss.

coartazione<sup>61</sup>-, ma anche l'azione non coercitiva ma idonea a cogliere di sorpresa (repentina<sup>62</sup>, utilizzando anche l'espressione di violenza potenziale per i casi in cui il fatto sia realizzato "insidiosamente o rapidamente"<sup>63</sup>) o posta in essere in un contesto ambientale (spazio temporale, o socio familiare) che impedisce o sconsiglia la manifestazione del dissenso – utilizzando anche il concetto di violenza implicita laddove sussistano "particolari circostanze di tempo e di luogo che inducano la vittima a non opporre alcuna resistenza"<sup>64</sup> -, passando dal dissenso implicito alla necessità del consenso espresso<sup>65</sup>. Si tratta di un'interpretazione estensiva, se non di analogia in malam partem ("la condotta di costrizione a compiere o a subire atti sessuali di cui al c. 1 non è sufficiente a rendere il fatto penalmente illecito, essendo richiesto che la stessa debba essere accompagnata da violenza, minaccia o abuso d'autorità, quali comportamenti che vengono ad assumere, dunque, la natura di elementi costitutivi del reato imprescindibili per la configurabilità dell'ipotesi sanzionata, imperniata sull'esigenza di tutelare in pieno la libertà sessuale"<sup>66</sup>), determinata innanzitutto dal dovere di adeguare la norma alle mutate esigenze di tutela della libertà sessuale contro intromissioni meramente contrarie alla volontà della vittima, indipendentemente dalla condotta costringente e dall'adempimento di quella sorta di assurdo obbligo di resistenza della donna, preteso dal legislatore del '30 e ribadito da quello del '96; interpretazione, però, che rischia talora di violare il principio di legalità, comportando l'assoluta necessità di una riforma nella direzione indicata dal gruppo di ricerca dell'AIPDP.

---

<sup>61</sup> G. ANDREAZZA, *Art. 609 bis*, in *Codice penale*, a cura di T. PADOVANI, VII ed., Tomo II, Giuffrè, 2019, 4198; Cass., sez. III, 4 marzo 2021, n. 19611: "Sussiste violenza sessuale quando risulta coartata la volontà della vittima".

<sup>62</sup> Cass., sez. III, 23 gennaio 2023, n. 6596: "Tra gli atti idonei ad integrare il delitto di cui all'art. 609-bis c.p. vanno ricompresi anche quelli insidiosi e rapidi, purché ovviamente riguardino zone erogene su persona non consenziente - come ad es. palpamenti, sfregamenti, baci; la nozione di violenza nel delitto di violenza sessuale non è limitata alla 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, così costretto a subire atti sessuali contro la propria volontà"; Cass., sez. III, 5 febbraio 2021, n.1 3816: "violenza sessuale: rilevano anche gli atti repentini che impediscono alla vittima di opporsi"; Cass., sez. III, 8 luglio 2021, n. 37130; Cass., sez. III, 2010, n. 27273; *contra* perché finirebbe per equiparare una simile interpretazione tra violenza e mancanza di consenso o presenza di dissenso, in contrasto con il principio di legalità A. PECORARO ALBANI, *Atti di libidine violenti*, ED, IV, Giuffrè, 1959, 14; D. PETRINI, *Le modalità della condotta nel delitto di violenza sessuale*, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, a cura di VINCIGUERRA, DASSANO, ESI, 2010, 698; G. ANDREAZZA, *op. cit.*, 4200.

<sup>63</sup> Cass. 13 novembre 2017, n. 51581.

<sup>64</sup> Cass. 19 gennaio 2018, n. 20712, che precisa che il concetto di violenza "comprende qualsiasi atto o fatto cui consegua la limitazione della libertà del soggetto passivo"; Cass., sez. III, 4 ottobre 2022, n. 3969; Cassazione penale sez. III, 24 gennaio 2022, n. 18269: "il mancato dissenso ai rapporti sessuali con il proprio coniuge, in costanza di convivenza, non ha valore scriminante quando sia provato che la parte offesa abbia subito tali rapporti per le violenze e le minacce ripetutamente poste in essere nei suoi confronti, con conseguente compressione della sua capacità di reazione per timore di conseguenze ancora più pregiudizievoli, dovendo, in tal caso, essere ritenuta sussistente la piena consapevolezza dell'autore delle violenze del rifiuto, seppur implicito, ai congiungimenti carnali"; Cass., sez. III, 26 novembre 2014, n. 967 anche l'ipotesi di abbassamento di difese della vittima, che, temendo per la propria vita o incolumità fisica, finisce per accedere senza apparenti reazioni di contrasto alle violenze a suo danno, non vale in alcun modo ad elidere la violenza o ad alimentare dubbi circa la sussistenza dell'elemento soggettivo del reato; Cass., sez. III, 25 maggio 2021, n. 35676: "Violenza sessuale, il mancato dissenso ai rapporti sessuali con il proprio coniuge, in costanza di convivenza, non ha valore scriminante se viene provata la sudditanza della vittima". Cass., sez. III, 19 maggio 2021, n. 34582: "L'ipotesi di violenza sessuale è integrata anche in caso di assenza del consenso, non espresso neppure in forma tacita"; Cass., Sez. III, 1 febbraio 2006, n. 6340, G., in *CED* 233315.

<sup>65</sup> Cass., sez. III, 17 giugno 2022, n. 32846: "In tema di violenza sessuale, non sussiste in capo alla vittima un onere di espressione del dissenso alla intromissione di soggetti terzi nella propria sfera sessuale, dovendosi al contrario ritenere, proprio in ragione dell'intimità della dimensione personale attinta, che tale dissenso sia da presumersi e che pertanto sia necessaria, ai fini dell'esclusione dell'offensività della condotta, una manifestazione di consenso del soggetto passivo che quand'anche non espresso, presenti segni chiari ed univoci che consentano di ritenerlo esplicitato in forma tacita". Cfr. MACRÌ, *La violenza sessuale (art. 609-bis c.p.) nella giurisprudenza della Suprema Corte*, in *Dir. Pen. Contemp.* 2016, n. 1; G. FLORA, *op. cit.*, 21.

<sup>66</sup> G. ANDREAZZA, *op. cit.*, 4199.

Si può ricordare a tal proposito che già in sede di riforma nel 1996 alcuni autori proponevano di abrogare i riferimenti alle modalità della violenza e della minaccia, sul modello inglese, e di incentrare il disvalore della violenza sessuale sul mancato consenso/dissenso della vittima<sup>67</sup>, altri preferivano mantenere tali requisiti per garantire la punibilità solo di ipotesi caratterizzate da un'azione sopraffattrice da parte del reo<sup>68</sup>.

E, allora, ben venga una riforma in tale direzione che elimini la modalità della violenza e della minaccia, e la stessa richiesta della costrizione; il progetto di riforma impone il “superamento del modello coercitivo verso un'incriminazione imperniata esclusivamente sul compimento di atti sessuali in mancanza di assenso della vittima”<sup>69</sup>.

Nel progetto, quindi, “il riferimento al “valido consenso” impone al soggetto che si accinge al compimento di atti sessuali, penetrativi e non, di appurare non solo che un consenso del partner vi sia, ma anche che questo fosse in grado di esprimerlo in modo libero e consapevole”<sup>70</sup>.

Qualche perplessità a tal proposito è manifestata da chi avrebbe preferito un espresso dissenso; fermo restando che si dovrà accertare la mancanza di consenso, a favore della soluzione proposta si può osservare che “può non reagirsi alla violenza e si può persino consentire apparentemente per il timore delle possibili ulteriori conseguenze della violenza”<sup>71</sup> o vi possono essere delle ipotesi in cui non si è avuto il tempo di esprimere il dissenso<sup>72</sup>.

A tal proposito si può ricordare che recentemente – nel 2016 – l'ordinamento tedesco nell'ambito di una più ampia riforma – *Fünzigstes Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – “Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung”* – Bundesrat Drucksache 463/161 – ha adottato proprio un modello di violenza sessuale di carattere consensualistico con il § 177/1 StGB, che sancisce – per la prima volta in un grande ordinamento di Civil Law – la punibilità degli atti sessuali “meramente dissensuali”, cioè commessi «contro la volontà riconoscibile» (“*gegen den erkennbaren Willen*”) della vittima, senza necessità di violenza, minaccia ecc. (si parla di modello “consensuale limitato” o “dissensuale”, per non confondere il dissenso di cui al § 177/1 StGB con la mancanza di consenso su cui si impernia la disciplina dei reati sessuali nei paesi di *Common Law*)<sup>73</sup>.

<sup>67</sup> M. BERTOLINO, *Libertà sessuale e tutela penale*, cit.; T. PADOVANI, *Violenza carnale e tutela della libertà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1989, 1301 s.

<sup>68</sup> G. FIANDACA, voce *Violenza carnale*, in *Enc. Dir.* vol. XLVI, 1993, 959.. Cfr. A. CADOPPI, *Il “reato penale”*, cit., 299 che ritiene che così “si intendeva porre l'accento, oltre che sul profilo della tutela, anche su quello, altrettanto importante, della garanzia”.

<sup>69</sup> A. DELL'OSSO, *op. cit.*, 8.

<sup>70</sup> Critico A. CADOPPI, *Il “reato penale”*, cit., 304 che ritiene che questa soluzione sia troppo attenta al versante della tutela e meno a quella della garanzia; auspicando l'opposta formula “in violazione del suo dissenso”, mantenendo in capo al soggetto passivo l'onere di dissentire espressamente. “Ciò anche al fine di rendere chiaramente edotto il soggetto attivo del dissenso della vittima, il che è cruciale in reati come questi, dove non di rado capita – anche nella realtà processuale – di imbattersi in situazioni ibride, in cui non è chiaro se il soggetto attivo fosse in grado di percepire correttamente il rifiuto dell'atto sessuale da parte del supposto partner”.

<sup>71</sup> Così B. ROMANO, *Delitti contro la sfera sessuale*, cit., 114.

<sup>72</sup> Cass., sez. III, 19 maggio 2021, n. 34582: “L'ipotesi di violenza sessuale è integrata anche in caso di assenza del consenso, non espresso neppure in forma tacita”. “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 (nella specie, l'imputato aveva palpeggiato il seno della vittima, ex convivente, che, seppur impegnata in una conversazione telefonica con il proprio responsabile di lavoro, aveva cercato di allontanarlo con il gomito e aveva quindi manifestato un chiaro dissenso)”.

<sup>73</sup> Cfr. F. MACRÌ, *La violenza sessuale*, cit. Il § 177 StGB è stato ampliato (forse in modo eccessivo) da 5 a 9 Absätze (commi), di modo da racchiudere in sé tutte le ipotesi di aggressione/abuso sessuale, ordinate da quelle meno gravi (Abs. 1 e 2), punite con pena da 6 mesi a 5 anni di reclusione; a quelle più gravi (Abs. 8), sanzionate con la reclusione da 5 a 15 anni). Nel dettaglio, le figure criminose tipizzate – ed i relativi compassi sanzionatori edittali – possono essere schematizzate nel modo seguente: A) §§ 177/1 e 177/2 – da 6 mesi a 5 anni di reclusione: – Atti sessuali “dissensuali” (“contro la riconoscibile volontà del soggetto”). – Atti sessuali su soggetti incapaci di

In questo ordinamento, però, proprio per evitare analogie in malam partem è stata introdotta anche un'ulteriore fattispecie che punisce gli atti sessuali commessi "a sorpresa"/repentini, così come quella delle molestie sessuali (§ 184i StGB, "*Sexuelle Belästigung*")<sup>74</sup>, ed è stata autonomamente tipizzata la fattispecie di aggressione sessuale mediante minaccia, contemplando altresì una seconda tipologia di "costrizione ambientale" (§ 177/2 StGB).

La riforma dei reati sessuali nell'ordinamento tedesco rappresenta una reazione anche di carattere mediatico/simbolico del legislatore che vuole incanalare la rabbia e le paure della popolazione tedesca turbata dai fatti del Capodanno 2016 a Colonia e ad Amburgo (e in misura minore anche in altre città, tedesche e non)<sup>75</sup>, notte nella quale si verificarono aggressioni e molestie sessuali di gruppo ai danni di centinaia di donne da parte di immigrati o comunque giovani di origine araba o nordafricana; fatti in relazione ai quali non vi sono state condanne sostanziali a causa – oltre che di difficoltà nell'identificazione dei responsabili – del mancato utilizzo di violenza o minaccia (intesi secondo la giurisprudenza del BGH) da parte degli autori, i quali invece si erano avvalsi delle condizioni di affollamento e confusione (i §§ 177 e 179 StGB non contemplavano l'incriminazione delle aggressioni sessuali commesse mediante sorpresa, in assenza di violenza, minaccia, o altre condizioni espressamente previste). Tale normativa, però, nonostante la causa scatenante di questa riforma, – tra l'altro particolarmente inquietante soprattutto se non studiata e valutata razionalmente<sup>76</sup> – e pur non mancando le criticità

---

consentire per condizioni transeunti. – Atti sessuali su soggetti incapaci di consentire a causa delle proprie condizioni fisiche o psichiche. – Atti sessuali perpetrati avvalendosi di un momento di sorpresa. - Atti sessuali realizzati in una situazione nella quale la vittima teme di subire un male rilevante ("empfindliches Übel") in caso di resistenza. – Atti sessuali commessi mediante minaccia di un male rilevante. – B) §§ 177/4 e 177/5 – da 1 anno a 15 anni di reclusione: - Atti sessuali su soggetti incapaci di consentire a causa di una malattia ("Krankheit") o di una condizione di disabilità ("Behinderung"). - Atti sessuali commessi mediante violenza. – Atti sessuali commessi con minaccia di un pericolo attuale ("gegenwärtige Gefahr") per la vita ("Leben") o l'integrità fisica ("Leib") della persona offesa. – Atti sessuali perpetrati mediante "approfittamento di una situazione in cui la vittima è indifesa alla mercé dell'agente" (previgente § 177/1 n. 3 StGB6). C) § 177/6 – da 2 anni a 15 anni di reclusione. Casi di particolare gravità, tra i quali il legislatore tedesco ha espressamente menzionato – con la tecnica del "esempio di norma" ("Regelbeispiel")<sup>77</sup> – i seguenti: – Atti sessuali penetrativi, cioè ipotesi di "Stupro" ("Vergewaltigung"). – Atti sessuali commessi "insieme" ("gemeinschaftlich") da più persone. D) § 177/7 – da 3 anni a 15 anni di reclusione: – Atti sessuali perpetrati portando con sé un'arma, o comunque uno strumento pericoloso, ove l'agente si avvalga degli stessi per vincere o impedire la resistenza del soggetto passivo, oppure qualora l'aggressore ponga – con tali strumenti – la vittima in grave pericolo di subire rilevanti danni alla salute. E) § 177/8 – da 5 anni a 15 anni di reclusione: – Atti sessuali perpetrati facendo uso di un'arma, o comunque di uno strumento pericoloso, ove la vittima subisca gravi maltrattamenti fisici durante la commissione del fatto, oppure si venga a trovare in pericolo di vita.

<sup>74</sup> Cfr. F. MACRÌ, *La violenza sessuale*, cit., 28 s. che precisa che la giurisprudenza del BGH – in relazione al previgente § 177 – non puniva le aggressioni sessuali perpetrate con violenza o minaccia lievi, e ancor meno meramente dissensuali (*Ausnutzungsvariante* esclusa), anche perché, come emerge nella relazione governativa, la pena minima all'epoca prevista (1 anno di reclusione), spingeva i giudici ad un certo *self-restraint* in fase applicativa: in virtù di ciò, il legislatore riformista ha configurato una pena minima di 6 mesi di reclusione per le succitate nuove fattispecie, mantenendo invece sostanzialmente le più severe pene di cui al vecchio § 177 per le ipotesi caratterizzate da violenza, penetrazione ecc. La definizione di molestie sessuali verrà attribuita ad atti sessuali precedentemente qualificati non rilevanti ai sensi della norma definitoria ex § 184f come baci superficiali sulle labbra, toccamenti dei glutei, palpeggiamenti delle gambe o zone vicine al seno, abbracci sgraditi.

<sup>75</sup> F. MACRÌ, *op. cit.*, 5: "In tale notte, difatti, secondo il rapporto ufficiale della Polizia federale tedesca e stando ai dati raccolti dalla commissione d'inchiesta "Silvester", oltre 1.000 donne furono vittime di aggressioni sessuali (650 a Colonia e 400 ad Amburgo) perpetrate da circa 2.000 aggressori (per lo più agenti in gruppo), quasi tutti cittadini extracomunitari, e in maggioranza provenienti dal nord-Africa: al luglio 2016 (data del rapporto ufficiale), però, solo 120 uomini risultavano indagati, e unicamente 4 condannati (tra l'altro a pene molto lievi)"; nota 9: "furono commessi in tutto 642 reati puramente sessuali, per i quali sono stati indagati 47 sospetti; e in 239 casi le molestie furono accompagnate da furti o borseggi, con 73 relativi indagati. Tali gravissimi episodi tra l'altro avvennero, oltre che a Colonia e Amburgo, anche a Stoccarda, Düsseldorf ed altre città".

<sup>76</sup> Cfr. A. GUERRIERI, *op. cit.*, [www.statoechie.it](http://www.statoechie.it).

evidenziate dalla dottrina, soprattutto in termini di tassatività<sup>77</sup>, risponde per lo più a legittime istanze di riforma della precedente disciplina al fine di garantire la libertà sessuale della vittima; la precedente disciplina era ormai obsoleta, come quella italiana, laddove basava la fattispecie di violenza sessuale sulla violenza o minaccia.

Nella relazione si evidenzia che il modello tedesco ha già fatto da apripista ad altri Paesi europei, come la Svezia, che nel maggio 2018 ha introdotto la nuova fattispecie imperniata sulla mancanza di consenso della vittima di un'offesa di natura sessuale, anche se si registrano in tali ordinamenti seri problemi di ordine probatorio.

#### 4.1. La validità del consenso: qualche considerazione.

Circa la validità del consenso nella relazione si precisa, in particolare per quanto attiene alla fattispecie di atti penetrativi non consensuali realizzati con maggiore di anni diciotto, che non andrà ritenuto valido il consenso prestato da soggetto in condizioni psico-fisiche fortemente alterate, ad esempio per precedente assunzione di sostanze alcoliche o stupefacenti<sup>78</sup>.

Già nella prassi giurisprudenziale<sup>79</sup> è stato adottato tale orientamento ritenendo che “L'assunzione, da parte della persona offesa, di sostanze alcoliche o stupefacenti in quantità tali da comportare l'assoluta incapacità di esprimere il proprio consenso, rende configurabile, nei suoi confronti, il delitto di violenza sessuale per costrizione, di cui all'art. 609-bis, comma 1, c.p. e non quello di violenza sessuale per induzione di cui all'art. 609-bis, comma 2, c.p.”<sup>80</sup>; oppure ritenendo che “la volontaria assunzione di alcolici o di stupefacenti rientra nelle condizioni di inferiorità psichica o fisica previste per il reato di violenza sessuale”<sup>81</sup> per induzione (art. 609 bis, c. 2, n. 1). Nel nostro ordinamento la violenza per induzione – introdotta dalla l. n. 66/1996 – risponde già alla necessità di equiparare l'assenso indebitamente carpito al dissenso, art. 609-bis, co. 2., c.p. Nel nostro ordinamento è poi prevista l'aggravante per il caso di chi realizza la violenza sessuale inducendo lo stato di ubriachezza (“con l'uso di armi o di sostanze alcoliche”) (art. 609 ter, n. 2), nella proposta di riforma si richiede non il mero uso di sostanze alcoliche ma (“3) determinando nella persona offesa uno stato di incapacità”.

Tale orientamento sembra assolutamente condivisibile fermo restando che si dovrebbe riuscire a provare l'elevato stato di alterazione tale da compromettere le capacità decisionale o da determinare condizioni di inferiorità psichica o fisica.

La delicatezza di simili accertamenti è evidenziata da chi in dottrina lamenta “una rideterminazione giurisprudenziale della fisionomia del tipo criminoso, orientata a resuscitare le ipotesi di violenza carnale presunta accantonate legislativamente nel 1996: dalla lettura delle decisioni traspare con non trascurabile frequenza una sorta di pre-convinzione dei giudicanti circa

---

<sup>77</sup> T. FISCHER, *Zum letzten Mal: Nein heißt Nein*, in *Zeit online*, 28 giugno 2016. V. altresì, in senso tendenzialmente critico M. FROMMEL, *Das neue Gesetz ist “Unsinn”*, in *Deutschlandradio Kultur*, 7 luglio 2016; E. HOVEN-T. FISCHER, *Wir erleben eine Moralisierung des Rechts*, in *LTO – Legal Tribune Online*, 31 ottobre 2016; H. E. MÜLLER, *Der “erkennbare” Wille nach dem neuen Sexualstrafrechts – erkennbar fehlerhaft*, in *www.community.beck.de*, 8 luglio 2016. A favore della riforma invece cfr. T.HÖRNLE, *Kopfschütteln oder Weinen genügt*, in *taz.de*, 5 luglio 2016.

<sup>78</sup> G. BALBI, *La riforma dei reati contro la persona*, cit., 3.

<sup>79</sup> Cass., sez. III, 5 dicembre 2019, n. 8981: «la persona offesa non aveva prestato alcun valido consenso al rapporto sessuale, risultando quello eventualmente fornito (ipotesi che la stessa, con piena onestà, non si era sentita di escludere) del tutto irrilevante ed ininfluente alla luce della semi-incoscienza in cui versava. [...] Una condizione di palese, innegabile, evidente incapacità a prestare un valido consenso, quindi, come tale fonte di approfittamento da parte di colui – l'imputato – che aveva per certo riconosciuto detta limpida condizione soggettiva»; Cass., Sez. III, 17 luglio 2020, n. 21367.

<sup>80</sup> Cass., sez. III, 19 gennaio 2022, n.7873.

<sup>81</sup> Cass., sez. III, 23 marzo 2022, n. 18522.

l'inammissibilità di un atto sessuale con un soggetto in stato di alterazione da sostanze psicotrope. Prende corpo, così, una ulteriore manifestazione di quell'«autoritarismo ben intenzionato» più volte stigmatizzato dalla letteratura come tratto di un eccessivo protagonismo delle Corti, germe – pur non esclusivo – della perenne crisi della legalità penale<sup>82</sup>; si teme “la creazione di un precetto (i.e. divieto di compimento di atti sessuali con persona ubriaca o drogata) che appare distonico rispetto al modo di sentire e di comportarsi della collettività”. Questa presunzione di invalidità del consenso della persona in stato di incapacità correttamente volta a prevenire che l'accertamento del reato si traduca in un processo alle vittime, desterebbe qualche preoccupazione in base agli studi sulle performance cognitive di soggetti in stato di alterazione che inducono a dubitare dell'equiparabilità dell'assenso artificiale al dissenso, in quanto, pur riconoscendo uno stato di compromissione delle funzioni cerebrali dell'ubriaco, risulta che, al netto dei casi di black out, l'ubriaco rimane tendenzialmente capace di governare decisioni salienti<sup>82</sup>.

A parte la difficoltà di valutare simili ipotesi nel caso di rapporti tra due giovani entrambi ubriachi, uno dei quali l'indomani decide di denunciare; per l'autore del reato sussiste una *fiction iuris* in base alla quale è pienamente capace di intendere e di volere, mentre il consenso della vittima è invalido.

Si evidenzia nella prassi, inoltre, il fenomeno “dell'ubriachezza ricercata (c.d. binge drinking) e, talvolta, preordinata a sviluppare con maggiore facilità relazioni sociali finalizzate anche a rapporti sessuali deliberatamente occasionali (hooking up)”. Rispetto a queste ipotesi di “assensi artificiali “spontanei”, soprattutto se prestati da chi si sia “abbuffato” di alcolici proprio per disinibirsi” suscita qualche perplessità l'equiparazione al dissenso e si propone in dottrina di introdurre piuttosto un illecito minore, “sempre procedibile a querela, per il quale sarebbe opportuno valorizzare, quale causa estintiva, percorsi di dialogo e confronto post delictum, secondo i canoni della restorative justice”<sup>83</sup>.

Si potrebbe riflettere su tale proposta, chiaramente tranne che non si ricada nell'ipotesi in cui l'ubriachezza è tale che la persona è chiaramente in uno stato di black out o comunque lo stato di ubriachezza è tale da poter individuare un'ipotesi di violenza per induzione da parte di chi approfitta al momento del fatto delle condizioni di inferiorità fisica o psichica, purchè però in base alla migliore giurisprudenza si accerti che la condotta di abusiva prevaricazione abbia generato un assenso «che altrimenti non sarebbe stato prestato»<sup>84</sup> (“la prova di resistenza implicita in tale definizione – e, cioè, il fatto che la vittima, in condizioni normali, non avrebbe acconsentito all'atto sessuale – innerva di disvalore la condotta, carica di senso l'incriminazione”), se non un'ipotesi di violenza per costrizione<sup>85</sup>.

## 5. Aggravanti: con abuso di un potere giuridicamente fondato.

Nelle proposte di riforma le modalità della condotta vengono recuperate come specifiche circostanze aggravanti sia per la violenza sessuale sia per l'aggressione sessuale. In particolare, per i delitti di cui agli artt. 1 e 2 tali circostanze attengono alle ipotesi in cui il fatto sia stato posto in essere *con violenza* o con *minaccia*; l'atto sessuale sia stato realizzato dall'agente *con abuso di un potere giuridicamente fondato*; quando vi sia stata la *determinazione nella persona offesa di uno stato di incapacità*.

Nella prassi giurisprudenziale l'espressione con *abuso di autorità*, quale ulteriore modalità della violenza sessuale nell'attuale fattispecie, viene interpretata in base a una posizione più

<sup>82</sup> A. M. DELL'OSSO, *op. cit.*, 24.

<sup>83</sup> *Idem*, *cit.*, 28 s.

<sup>84</sup> Distingue tra abuso e condizione di inferiorità Cass., sez. III, 13 settembre 2019, n. 38011.

<sup>85</sup> Cass., sez. III, 19 gennaio 2022, n. 7873.

restrittiva come una posizione autoritativa di tipo formale e pubblicistico che determina, attraverso la strumentalizzazione del potere esercitato, una costrizione della vittima a subire il compimento di atti sessuali<sup>86</sup>, in base a un'interpretazione più ampia e diffusa si fa invece riferimento a “una posizione di preminenza non solo pubblicistica, ma anche di fatto e di natura privata, che l'agente strumentalizza per costringere il soggetto passivo a compiere o subire atti sessuali”<sup>87</sup>.

La Suprema Corte fonda l'interpretazione estensiva del concetto di “autorità” su una serie di indici di natura sistematica: gli artt. 61, n. 11, 571, 600, 600-octies e 601 c.p., nei quali il codice utilizza il concetto di “abuso di autorità” per individuare le condotte realizzate da soggetti che godono di una posizione di supremazia di carattere privatistico; cui si aggiunge che all'interno dell'art. 608 c.p. la suddetta espressione è specificata attraverso l'individuazione del soggetto attivo del reato nel pubblico ufficiale e, quindi, in assenza di un'esplicita indicazione, la nozione di autorità deve essere ritenuta comprensiva di qualsivoglia posizione di supremazia.

Tale ampia interpretazione suscita qualche perplessità laddove si ricomprende nel concetto di abuso d'autorità una semplice *autorità di fatto*, ravvisabile in una - qualsiasi - significativa sperequazione posizionale tra i soggetti coinvolti, perché “rischia di strutturarsi su parametri a tal punto evanescenti da risultare incompatibile con requisiti di certezza e riconoscibilità indeffettibili per il sistema penale”<sup>88</sup>. Nella prassi giurisprudenziale vi rientra l'ipotesi dell'insegnante rispetto a studenti minorenni<sup>89</sup>; la posizione del convivente della madre rispetto al minore vittima di violenza sessuale<sup>90</sup>; l'istruttore di arti marziali nei confronti degli allievi minorenni<sup>91</sup>; un parroco su minori<sup>92</sup>; il marito della sorella maggiore della persona offesa<sup>93</sup>.

Nella proposta del gruppo di lavoro AIPDP si adotta nell'ambito dell'aggravante in esame l'espressione “*con abuso di un potere giuridicamente fondato*”, precisando proprio – in linea con le critiche sopra evidenziate all'utilizzo di un concetto capace di ricomprendere anche l'abuso dell'autorità di fatto – che “il riferimento ai poteri giuridicamente fondati è strumentale a risolvere quelle incertezze e oscillazioni che caratterizzano oggi la prassi in tema di violenza sessuale realizzata con *abuso di autorità*”<sup>94</sup>. Da un lato, infatti, con la soluzione da noi prospettata resta fuori dall'ambito di tipicità dell'aggravante il *potere di fatto*, con quelle incertezze che non di rado ne accompagnano la ricostruzione; dall'altro – non risultando l'ipotesi limitata

---

<sup>86</sup> Cass., sez. III, 24 marzo 2015, n. 16107; Cass., sez. III, 4 ottobre 2012, n. 47869; Cass., sez. IV, 19 gennaio 2012, n. 6982; . Cass., sez. III, 11 ottobre 2011, n. 2681; Cass., sez. III, 19 giugno 2002, n. 32513; Cass., S.U., 31 maggio 2000, n. 13.

<sup>87</sup> Cass., Sez. Un., 16 luglio 2020, n. 27326 “(nella specie, quindi, correttamente era stato ravvisato l'abuso nella condotta dell'imputato, cui si addebitava, in qualità di insegnante di inglese che impartiva lezioni private, di avere costretto due alunne, minori degli anni quattordici, a subire e a compiere su di lui atti sessuali).” Nella medesima direzione Cass., sez. III, 8 marzo 2016, n. 33042 (Fattispecie relativa a violenza sessuale commessa, all'interno di edificio scolastico, da un insegnante nei confronti di una ex alunna, nella quale la Corte ha osservato che l'autorità esercitabile con modalità abusive - e perciò costringitive - non è solo quella derivante da un potere legale, ma anche quella proveniente da una posizione soggettiva di preminenza); Cass., sez. VI, 20 ottobre 2020, n. 5453; Cass., sez. III, 19 aprile 2012, n. 19419; Cass., sez. III, 8 marzo 2016, n. 33042; Cass., sez. III, 27 marzo 2014, n. 36704; Cass., sez. III, 3 dicembre 2008, n. 2119; Cass., sez. III, 17 maggio 2016, n. 33049; Cass., sez. III, 30 aprile 2014, n. 49990. In materia cfr. S. BRASCHI, *La violenza sessuale con abuso di autorità al vaglio delle Sezioni Unite, nota a Cass. pen., sez. un., sent. n. 27362 del 1° ottobre 2020*, in *Diritto penale e processo*, 2021, fasc. 1, 46 ss.

<sup>88</sup> G. BALBI, *Violenza e abuso sessuale*, cit., 290 s. Cfr. S. SEMINARA, *I delitti contro la personalità sessuale*, cit., 173 che richiede che si tratti di una “posizione di autorità “formalizzata” attraverso il ruolo oggettivamente rivestito dall'agente (come è negli artt. 571 e 572), così da evitare una dissoluzione del concetto all'interno dei rapporti interpersonali”.

<sup>89</sup> Cass., Sez. Un., 16 luglio 2020, n. 27326

<sup>90</sup> Cass., sez. III, 3 dicembre 2008, n. 2119.

<sup>91</sup> Cass., sez. III, 10 aprile 2013, n. 37135.

<sup>92</sup> Cass., sez. III, 15 dicembre 2017, n. 40301.

<sup>93</sup> Cass., sez. III, 19 aprile 2012, n. 19419.

<sup>94</sup> G. BALBI, *I reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale*, cit., 5.

al solo contesto della subordinazione gerarchica di diritto pubblico - vengono invece inclusi gli abusi perpetrati nell'ambito dei rapporti di lavoro di diritto privato". Certo i dubbi interpretativi non sono mancati neanche in relazione a tale concetto di potere giuridicamente fondato, ma sia la prassi giurisprudenziale sia la dottrina accoglie tale apertura ai poteri di diritto privato<sup>95</sup> anche alla luce della pacifica interpretazione in tale direzione dell'aggravante di cui all'art. 61, n. 11, c.p.. In questo caso, in linea con l'interpretazione fornita dell'abuso dell'autorità come modalità della condotta, l'aggravante dovrebbe essere legata al maggiore disvalore connesso alla costrizione derivante dall'abuso di autorità: quest'ultimo deve avere "costituito uno strumento di coartazione del soggetto passivo funzionalmente al compimento dell'atto sessuale"<sup>96</sup>.

L'ipotesi della violenza sessuale con abuso dell'autorità è stata ritenuta capace di punire le molestie sessuali sul luogo di lavoro ai sensi dell'art. 609 bis<sup>97</sup>, anche se una parte della dottrina ha avanzato delle perplessità pretendendo per lo meno che si trattasse di molestie gravi per rientrare nella violenza sessuale qualificata dall'abuso di autorità in campo lavoristico<sup>98</sup>. Fermo restando, come sopra evidenziato, che si auspica l'introduzione di una meno grave fattispecie di molestie e un uso ispirato al principio di offensività della fattispecie di violenza sessuale, l'utilizzo dell'aggravante in questione sembra opportuno per punire il maggior disvalore determinato dall'*approfittare della stato di subordinazione lavorativa della vittima*, anche alla luce della gravità del fenomeno delle molestie sessuali sul luogo di lavoro e dell'ancora limitata sensibilità e consapevolezza del problema nel nostro paese. Basti ricordare che mentre negli Stati Uniti e in diversi paesi europei il movimento #metoo<sup>99</sup>, nato il 5 ottobre 2017 con la pubblicazione di un articolo sul *New York Time*, ha scatenato una vera e propria rivoluzione attraverso la denuncia delle donne contro il fenomeno delle molestie o violenza sul luogo di lavoro, lo stesso non è avvenuto in Italia<sup>100</sup> - anzi si è lamentato lo scandalo delle denunce arrivate dopo troppi anni<sup>101</sup> -, dove tale fenomeno «è ancora un tabù. [...], quello delle molestie sul lavoro rimane un luogo ancora poco narrato in quanto, sempre per ragioni culturali, il lavoro è

<sup>95</sup> Cfr. Cass. 28 luglio 2016, n. 33049 (contra solo pubblico ufficiale Cass. 19 giugno 2002, in *Giust. Pen.* 2003, II, 553); G. BALBI, *Violenza e abuso sessuale*, cit., 291; S. DEL CORSO, *Art. 609 bis*, in AA.VV., *Legge 15 febbraio 1996, n. 66 - Norme contro la violenza sessuale*, in *Leg. pen.* 1996, 436; A. CADOPPI, *Art. 609 bis*, in *Commentario*, cit., 504 s.; N. MAZZACUVA, *op. cit.*, 464.

<sup>96</sup> G. BALBI, *Violenza e abuso sessuale*, cit., 291. Cass. 24 marzo 2015, n. 16107.

<sup>97</sup> Così M. VESSICHELLI, *Con l'aumento del minimo edittale a cinque anni ora più difficile la strada del "patteggiamento"*, in *Guida al diritto* 1996, n. 9, 22. Cfr. Cass., sez. III, 30 aprile 2014, n. 49990: "In tema di violenza sessuale, l'espressione "abuso di autorità" che costituisce, unitamente alla "violenza" o alla "minaccia", una delle modalità di consumazione del reato previsto dall'art. 609 bis c.p., ricomprende non solo le posizioni autoritative di tipo pubblicistico, ma anche ogni potere di supremazia di natura privata, di cui l'agente abusi per costringere il soggetto passivo a compiere o a subire atti sessuali. (Fattispecie relativa a violenza sessuale commessa nei confronti di una dipendente con mansioni di segretaria mediante abuso dell'autorità derivante dalla posizione di datore di lavoro)"; Cass., sez. III, 27 marzo 2014, n. 36704.

<sup>98</sup> B. ROMANO, *Delitti contro la sfera sessuale*, cit., 117; A. CADOPPI, *Commento all'art. 609 - bis c.p.*, cit., 511.

<sup>99</sup> Uscì un articolo firmato da Jodi Kantor e Megan Twohey dal titolo «*Harvey Weinstein Paid Off Sexual Harassment Accusers for Decades*» sulle molestie sessuali del potente produttore di Hollywood, un resoconto seguito dopo 5 giorni, e precisamente il 10 ottobre 2017, da quello apparso su *New Yorker* e firmato da Ronan Farrow: «*From Aggressive Overtures to Sexual Assault: Harvey Weinstein's Accusers Tell Their Stories*».

<sup>100</sup> "I giornali italiani invece di sostenere e dare voce al movimento #metoo, hanno solo riportato i fatti d'oltralpe senza incoraggiare e senza dare un vero spazio di denuncia, anzi spesso rivittimizzando le donne che avevano parlato e mettendone continuamente in dubbio la parola. Un giudizio che è l'arma più potente della cultura dello stupro e che azzittisce ogni donna che voglia, a un certo punto della propria vita, parlare o denunciare un abuso subito". La scelta di sostenere e dare risalto al movimento del *Time* è stata criticata in Italia tanto che il quotidiano *Il Giornale* ha scritto che la persona dell'anno nel 2017 fosse in realtà "la caccia alle streghe spacciata per coraggio", mentre *Il Foglio* ha sostenuto come il fenomeno fosse "la guerra al maschio", così Cfr. BETTI DAKLI, *Il movimento #metoo e il ruolo dei media*, in a cura di Corn, *Le molestie sul lavoro. Da #MeToo alla Convenzione ILO*.

<sup>101</sup> G. FLORA, *op. cit.*, 21 che lamenta in materia che alla mancanza di tassatività della fattispecie si aggiunge «l'amplificazione mediatica delle denunce, delle indagini e delle condanne con conseguenti sanzioni già sul piano

una roccaforte dove il potere maschile gioca un ruolo che è suo per antonomasia. È infatti un ambito dove l'uomo comanda, ha un potere economico e decisionale che non si discute e che ancora non è stato mai veramente intaccato alle radici, dove comportamenti molestanti, ricattatori e discriminanti del capo di turno verso il sottoposto donna, possono essere tranquillamente classificati come comportamenti normali, violenze che spesso non sono neanche riconosciute perché fanno parte del ruolo». Si discute in materia sull'introduzione di una specifica fattispecie di molestie sul luogo di lavoro o di una specifica aggravante, fermo restando che una corretta applicazione del principio di *extrema ratio* – antitetico alla logica onnicomprensiva del diritto penale del nemico – dovrebbe comunque suggerire l'intervento penale solo quando le altre forme di intervento non siano sufficienti, a partire dalla corretta applicazione della disciplina antidiscriminatoria.

## 6. Violenza di gruppo.

L'intrinseca gravità dell'ipotesi di violenza di gruppo, il fenomeno del c.d. branco, spiega la previsione in termini di fattispecie autonoma, a cui il legislatore del 1996 riconosce una portata anche simbolica, e rappresenta il motivo dell'assenza della circostanza attenuante relativa ai casi di minore gravità, presente invece sia nell'art. 609-bis sia nell'art. 609- quater, e anche, infine, la predisposizione di una più elevata cornice sanzionatoria. Il gruppo di lavoro dell'AIPDP si è posto il problema se queste peculiarità socio-criminologiche della violenza sessuale di gruppo siano di per sé adeguate a giustificare l'autonomia dell'incriminazione.

Il gruppo di lavoro propone di abrogare la fattispecie autonoma perché se “la prassi si allontana dal paradigma di riferimento” “le cose diventano estremamente problematiche. Si pensi al fatto che sono stati ritenuti responsabili di violenza sessuale di gruppo due bagnanti: il primo aveva bloccato una ragazza, il secondo l'aveva baciata”.

Il riferimento alla prassi distorta non sembra un argomento convincente; con la stessa logica – chiaramente esasperata – potremmo affermare che si deve abolire la fattispecie di violenza sessuale perché viene applicata a comportamenti bagatellari, basterebbe la violenza privata aggravata.

In ogni caso il gruppo di ricerca osserva che come avveniva prima dell'introduzione di una simile fattispecie, l'ipotesi è comunque suscettibile di un severo trattamento sanzionatorio anche in assenza di una specifica tipizzazione, grazie all'applicazione della circostanza aggravante comune della *minorata difesa* alla fattispecie base di violenza sessuale, e “se poi gli agenti – come frequentemente accade – dovessero abusare “a turno” della vittima, ciascuno di essi sarà assoggettabile a una pena che a questo punto può già arrivare a 30 anni di reclusione; ferma restando la possibilità di ulteriori aggravamenti ai sensi dell'art. 112, nn. 1, 2, 3 e 4, c.p.”<sup>102</sup>.

Ad avviso di chi scrive, la maggiore gravità o, meglio, il maggiore disvalore penale della violenza sessuale posta in essere da parte di un gruppo di soggetti rispetto al reato individuale è evidente perché maggiore è l'offesa subita dalla vittima, più incisiva l'offesa alla personalità sessuale, alla libertà di autodeterminazione sessuale, all'immunità psicofisica, nonché alla stessa dignità della vittima. Come riconosciuto dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 325/2005 l'aggressione “oltre a comportare una più intensa lesione del bene della libertà sessuale a causa della prevedibile reiterazione degli atti di violenza, vanifica le possibilità di difesa e di resistenza della vittima e la espone a forme di degradazione e di reificazione che rendono più grave e profondo il trauma psichico che comunque consegue a qualsiasi episodio di violenza

---

non solo sociale, ma anche economico (con la revoca, ad es., di contratti di sponsorizzazione); ci si riferisce alle denunce per molestie avvenute a distanza di anni dai fatti nei confronti di personaggi del mondo dello spettacolo o delle sport e che fomentano la creazione di un tipo mediatico d'autore, che tanto piace e rischia di riversarsi all'interno del processo con inevitabile distorsione delle regole probatorie».

<sup>102</sup> G. BALBI, *La riforma dei reati contro la persona*, cit., 9; *Relazione*, cit., 11.

sessuale”. “Lo specifico disvalore del fatto non va colto dunque solo sul piano quantitativo dell’offesa, poiché a mutare è proprio la consistenza di essa:” “la vittima viene ridotta a mero oggetto di sfogo e di divertimento, privato di ogni umanità”<sup>103</sup>. Come evidenziato dagli studi psicologici in materia alla base della violenza di gruppo vi è lo scatenarsi di un comportamento filogeneticamente primitivo di dominio e predazione del maschio sulla femmina, dove sesso e aggressione sono connessi; ma tale connessione viene favorita ed esaltata dal gruppo, in presenza di riferimenti culturali che legittimano le disposizioni maschili primitive di sopraffazione, e proprio per questa esaltazione – si può aggiungere - che la violenza e, quindi, l’offesa della vittima si intensifica in maniera esponenziale. La maggiore gravità è determinata dal fatto che in un meccanismo di contagio emotivo, tipico del gruppo, i componenti sono portati “a vivere in modo automatico e riflesso la stessa attivazione emotiva, che è in questo caso di aggressione e sesso. Basta che uno del gruppo inizi una violenza, e gli altri si eccitano e si comportano mimeticamente allo stesso modo, in un crescendo sfrenato di brutalità privo di consapevolezza. In questa condizione la vittima e la sua sofferenza non vengono neppure viste e tantomeno colte, come risulta dalle testimonianze (“Io piangevo e imploravo di smettere e loro ridevano”); diventa quindi impossibile ogni condivisione empatica, che porterebbe a bloccare l’aggressione”<sup>104</sup>. Il fenomeno del “branco” “amplifica le capacità criminali dei singoli agenti, che non sono qui di regola mossi da pulsioni sessuali; la vittima è un bersaglio occasionale, spersonalizzata fino alla totale reificazione, munita di ben poche possibilità di difesa, esposta a un elevatissimo grado di umiliazione”. Non è solo violenza sessuale, non si offende solo la libertà di autodeterminazione sessuale della vittima, ma – più che in ogni forma di violenza sessuale – la dignità di essere umano della vittima, ridotta a oggetto di divertimento, oltre ai più gravi rischi per la salute psico-fisica della vittima.

Si ritiene, allora, che la maggiore gravità del fenomeno criminale rappresentato dalla violenza di gruppo non può essere messa in discussione; si tratta piuttosto di applicare correttamente la fattispecie di violenza sessuale e di estromettere dal suo ambito applicativo le meno gravi molestie sessuali, ferma restando l’opportunità di prevedere perlomeno un aggravante speciale se non una fattispecie autonoma per l’ipotesi, ben più offensiva per la vittima, delle molestie sessuali realizzate da un gruppo. In quest’ottica lo stesso gruppo di lavoro propone “qualora si optasse per il mantenimento della fattispecie a plurisoggettività necessaria”, di “prevedere una fattispecie più grave di stupro di gruppo, e una figura meno grave di abuso sessuale di gruppo, nella quale ultima fare eventualmente confluire condotte attualmente prive di unitaria considerazione e talune molestie sessuali”; si propone, inoltre, in maniera assolutamente condivisibile di prevedere “già a livello normativo” un “numero minimo di correi affinché vi sia un “gruppo” (mentre in giurisprudenza bastano due persone<sup>105</sup>), e “la riformulazione dell’attuale circostanza attenuante dell’opera del partecipe nei termini più precisi di un contributo minimo riferito alla sola fase della realizzazione o esecuzione del fatto, essendo questa la condotta tipica per la configurazione della violenza sessuale di gruppo”.

Si potrebbe anche evitare di prevedere una pena minima troppo alta che finisce per delimitare troppo la discrezionalità giurisprudenziale nell’individuazione della sanzione più adatta all’effettiva colpevolezza e gravità del singolo contributo. Sicuramente inaccettabile la recente riforma tedesca (2016), laddove ha introdotto il par. 184 j StGB, la nuova e controversa incriminazione di “atti sessuali per appartenenza a un gruppo”, che comporta la pena della reclusione

<sup>103</sup> Così S. SEMINARA, *I delitti contro la personalità sessuale*, cit., 179; cfr. A. VALLINI, *op. cit.*, 101 parla di “un incremento non solo quantitativo, ma anche qualitativo, dell’offensività rispetto a quella propria della fattispecie dell’art. 609-bis c.p.”.

<sup>104</sup> S. BONINO - P.A. SACCHETTI, *Come “spiegare” gli stupri di gruppo? Dinamiche psicologiche e aspetti educativi*, in *Psicologia contemporanea*, giugno – novembre 2022, n.287, <https://www.psicologiacontemporanea.it/blog/come-spiegare-gli-stupri-di-gruppo-dinamiche-psicologiche-e-aspetti-educativi/>

<sup>105</sup> Cass., sez. III, 2 marzo 2022, n. 15659.

fino a due anni o la pena pecuniaria, per il solo fatto di far parte del gruppo, quando viene commesso uno dei reati di cui al par. 177 o 184i da un soggetto del gruppo. Dunque una sorta di responsabilità da partecipazione, non alla realizzazione del fatto di reato, ma al gruppo all'interno del quale qualcuno è spinto a commettere il delitto sessuale. Il legislatore ha ceduto a istanze populistiche di ipercriminalizzazione introducendo in chiave esasperatamente general preventiva tale delitto "accessorio", che sanziona sostanzialmente la mera partecipazione ad un gruppo, qualora quest'ultimo induca uno dei membri a commettere un reato sessuale («contribuisca alla commissione di un reato [sessuale] partecipando ad un gruppo di persone il quale induca[letteralmente: spinga/pressioni] un'altra persona alla commissione di un reato [sessuale]»), senza richiedere alcun contributo di compartecipazione morale o materiale all'aggressione sessuale, ai sensi dei §§ 25-27 StGB, in quanto si include una clausola di sussidiarietà «*die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist*», per cui il fatto non deve integrare già di per sé un diverso reato più gravemente punito e, quindi, laddove non si configuri già un concorso di persone; si tratta di una fattispecie che appare in evidente contrasto con i principi del diritto penale rappresentando una sorta di forma di «responsabilità per fatto altrui»<sup>106</sup>.

## 7. La tutela dei minori

Il settore dei reati sessualmente connotati a tutela dei minori è un settore delicato in cui «l'emozione popolare può determinare una fortissima pressione ambientale»<sup>107</sup> e in cui il formante sovranazionale ha svolto un ruolo fondamentale, come testimonia la predisposizione di una pluralità di norme modello da parte dell'Unione Europea, Consiglio d'Europa, Nazioni Unite, e altre organizzazioni non governative che hanno dato l'impulso a una rigida normativa nazionale con l'esplicito intento di garantire una legislazione priva di lacune di tutela contro gli abusi su minori, nonché la cooperazione laddove emerga la transnazionalità del fenomeno<sup>108</sup>.

In materia appare condivisibile la scelta di prevedere un'apposita fattispecie di violenza sessuale e di aggressione sessuale (ferme restando le osservazioni critiche su tale distinzione), senza valido consenso, nei confronti di un minore, considerando la particolare offensività che assumono simili reati per la vittima minorenni e la particolare plurioffensività, compromettendo il sano sviluppo psico-fisico del minore, oltre alla sua libertà di autodeterminazione sessuale (nella relazione di Balbi si evidenzia la "peculiare vulnerabilità degli stessi, il più accentuato danno esistenziale che la connota")<sup>109</sup>. Sembra condivisibile la scelta di non ritenere "valido il consenso prestato da un minore di anni diciotto, per quanto maggiore di anni 14, nel caso in cui l'agente abbia posto in essere l'illecito "abusando di un potere di diritto o di fatto"; la scelta di "attribuire rilevanza anche al potere "di fatto" nei confronti dei minori, si giustifica pienamente "in ragione dei rischi connessi alla naturale soggezione del minore a figure di adulti"<sup>110</sup> e la casistica giudiziaria nell'applicazione della fattispecie di violenza sessuale con abuso d'autorità conferma la rilevanza del fenomeno, considerando che molti dei casi in cui la giurisprudenza fa riferimento all'abuso di autorità di fatto hanno come vittima dei minori, come

<sup>106</sup> F. MACRÌ, *La violenza sessuale*, cit., 30 ss.

<sup>107</sup> M. BORTOLETTI, *Pedofilia: la "peste sociale" del terzo millennio. Un'analisi della situazione, delle prospettive e della proposta di legge n. 2521*, in <http://www.carabinieri.it/editoria/rassegna-dell-arma/la-rassegna/anno-2004/n-3---luglio-sett>, 55.

<sup>108</sup> Cfr. G. MARRA, *La detenzione di materiale pornografico minorile. Scelte di criminalizzazione e questioni di legittimità costituzionale nell'esperienza statunitense*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, v. 46, n. 1-2, 2003, 410; M. BIANCHI, *I confini della repressione penale della pornografia minorile. La tutela dell'immagine penale del minore tra esigenze di protezione e istanze di autonomia*, Torino 2019, 63 ss.; G. MAGNO, *Elementi di diritto penale minorile*, Giuffrè, 2019, 365 ss.

<sup>109</sup> P. 6.

<sup>110</sup> G. BALBI, *I reati contro la persona*, cit., 6.

sopra esaminato.

Ricordando che questo è il settore che più di ogni altro ha risentito di quella logica di diritto penale del nemico sopra evidenziata<sup>111</sup>, si avverte la necessità di rifuggire da logiche di ipercriminalizzazione a tutto campo come laddove si propone di non prevedere il dolo specifico *di indurre il minore a compiere o subire atti sessuali* - oggi richiesto dall'art. 609 *quinquies* - nella fattispecie di *Esibizioni sessuali* (art. 7), che sostituisce la tradizionale figura della corruzione di minore e che al co. 3 incrimina la condotta di colui che mostri materiale pornografico a un minore, in questo caso *di anni quattordici* (in considerazione del portato di offesa meno accentuato che connota questa ipotesi); si argomenta tale proposta sulla base dell'esigenza di colmare un vuoto di tutela, riconducendo a legalità l'operato di una prassi che tende oggi a elidere il dolo specifico dalla struttura della fattispecie. Siamo così sicuri dell'opportunità della criminalizzazione di tale condotta, realizzata senza tale finalità?

Absolutamente condivisibili le perplessità sulla causa di non punibilità di cui al co. 3 (*non è punibile il minore che, al di fuori delle ipotesi previste nell'articolo 609-bis, compie atti sessuali con un minore che abbia compiuto gli anni tredici, se la differenza di età tra i soggetti non è superiore a tre anni*), sia laddove si propone di estenderne l'ambito di applicazione al "reato di corruzione di minore di cui all'art. 609 *quinquies*, al fine di risolvere un'irragionevole disparità di trattamento", sia laddove si evidenzia la necessità di ripensarla, anzi si può apertamente affermare la necessità di innalzare la possibile differenza di età anche fino ai quattro anni o addirittura sino ai cinque anni, consentendone l'applicazione anche al maggiorenne - magari prevedendone l'applicazione in forma discrezionale, affidandola alla valutazione del giudice - per evitare che "un bacio appassionato, e pienamente consensuale, tra un/a diciassettenne e un/a tredicenne" debba "a rigore, condurre il primo a una condanna tra i cinque e i dieci anni di reclusione (e comunque a non meno di un anno e mezzo)".

Il settore della prostituzione e della pornografia minorile è uno di quelli in cui, in particolare con la L. 269/1998, 38/2006 e 172/2012, il legislatore ha introdotto all'interno del corpus codicistico «uno statuto penale modellato su di un Tätertyp e caratterizzato da notevoli restrizioni delle garanzie individuali, nonché da una sensibile flessione dei principi costituzionali del diritto penale di ascendenza illuministico-liberale», cui «si accompagna la predisposizione di una tutela in chiave non solo preventiva, ma soprattutto simbolico-espressiva del bene tutelato»<sup>112</sup>.

Fermo restando ciò, in relazione alla fattispecie di pornografia minorile, personalmente sembra assolutamente preferibile l'orientamento più recente delle Sezioni Unite<sup>113</sup> che - in base a indicazioni tratte dall'evoluzione normativa delle fattispecie, al radicale mutamento del contesto tecnologico e all'argomento sistematico - non richiede l'accertamento del pericolo di diffusione del materiale pedopornografico<sup>114</sup> perché il nucleo dell'offesa sta nell'utilizzare, sfruttare, il minore nella produzione o comunque nell'esibizione pedopornografica, con offesa al suo sano sviluppo; la contraria interpretazione, come osservato dalla III sezione nel rimettere la questione, si porrebbe in contrasto con l'obiettivo di tutela, ossia il "libero sviluppo personale del

---

<sup>111</sup> Cfr. A. M. MAUGERI, *I reati sessualmente connotati*, cit., 29 ss.

<sup>112</sup> Così A. MANNA - F. RESTA, *I delitti in tema di pedopornografia alla luce della l. 38/2006. Una tutela virtuale?*, in *Dir. dell'internet* 2006, 224.

<sup>113</sup> Cass., Sez. Un., 31 maggio 2018 n. 51815.

<sup>114</sup> Cass., 14 dicembre 2017, n. 14001; Cass., 31 maggio 2018, n. 51815; Cass., 27 settembre 2018, n. 1647. Cfr. A. PECCIOLI, *La riforma dei reati di prostituzione minorile*, cit., 144.

minore”, interesse che verrebbe pregiudicato dal coinvolgimento del minore nell’attività di produzione del materiale, indipendentemente dall’uso personale o meno delle immagini<sup>115</sup>. Chiaramente tale interpretazione, come evidenziato nella relazione, “seppur rispondente al dato letterale, all’obiettivo di massima tutela del minore e alla lettera dei documenti sovranazionali in tema di pornografia minorile (Direttiva 93/2011 e cd. Convenzione di Lanzarote del 25 ottobre 2007) si scontra con una norma strutturata in modo estremamente rigido, con un regime sanzionatorio molto severo, che rende difficile una sua modulazione e applicazione proporzionata a fattispecie connotate da un diverso disvalore e grado di offensività: produzione con fine di diffusione, produzione per uso personale, produzione con il coinvolgimento di un solo minore, produzione con il coinvolgimento di più minori, produzione a fini commerciali, produzione con il coinvolgimento di minori che hanno raggiunto l’età del consenso sessuale ovvero che non l’hanno raggiunta”. Un intervento legislativo sarebbe, allora, auspicabile nel senso di consentire di distinguere ipotesi aventi un diverso disvalore nel rispetto del principio di proporzione.

In relazione alla fattispecie che più esprime la logica del diritto penale del nemico, con forte anticipazione dell’intervento punitivo, e cioè la fattispecie prevista dall’art. 600-*quater* c.p., che incrimina la detenzione di materiale pedopornografico come sintomo del tipo d’autore, il pedofilo<sup>116</sup> (“fattispecie di pericolo indiretto o addirittura di sospetto<sup>117</sup>, ove la soglia dell’intervento penale arretra sino ad incriminare condotte meramente prodromiche - non già ad una lesione *tout court*, ma ad una situazione a sua volta pericolosa per il bene tutelato -, prive di diretta incidenza offensiva sul bene finale oggetto di tutela<sup>118</sup>, salvo ad accogliere la prospettiva per

---

<sup>115</sup> La Corte sostiene, inoltre, che l’interpretazione offerta dalle Sezioni Unite non solo non trovi “riscontro nel dato normativo” ma contraddica “lo spirito dei numerosi interventi che si sono avuti in questi anni”, sia nazionali che sovranazionali, che prescindono dal pericolo di diffusione del materiale prodotto e che individuano già nella produzione una fattispecie di danno. In sintesi, secondo i giudici: “anche la produzione ad uso personale è reato, perché la stessa relazione, sia pure senza contatto fisico, tra l’adulto e il minore di anni 18, contemplata dall’art. 600-ter c.p., è considerata come degradante e gravemente offensiva della dignità del minore in funzione del suo sviluppo sano ed armonioso”, così Cass., sez. III, **30 novembre 2017, n. 10167**.

<sup>116</sup> Cfr. S. DEL SIGNORE, *I reati di pornografia minorile quale banco di prova per la laicità e il necessario orientamento ai valori del diritto penale*, in *Laicità, valori e diritto penale*, a cura di Balbi, Esposito, Torino, 2011, 54. Favorevole all’introduzione di questa fattispecie M. BORTOLETTI, *op. cit.*, 57, pur denunciando l’ipertrofia del diritto penale in questo settore.

<sup>117</sup> S. DEL SIGNORE, *La detenzione di materiale pornografico minorile: un reato che poggia solamente sul biasimo morale e sul sospetto di condotte realmente offensive per la personalità dei minori?* in *I delitti di pedo-pornografia fra tutela della moralità pubblica e dello sviluppo psico-fisico dei minori*, a cura di M. BIANCHI - S. DEL SIGNORE, Padova 2008, 90 che evidenzia come si potrebbe riconoscere una certa offensività alla condotta di *procurarsi* materiale pedopornografico in quanto accresce il rischio di una lesione della dimensione esteriore e sociale del bene giuridico protetto (personalità del minore, onorabilità sessuale), anche se poi critica tale tesi in quanto non si capirebbe perché non punire chi semplicemente visiona il materiale; in realtà emerge la tutela della morale pubblica e del buon costume.

<sup>118</sup> Cfr. E. VENAFRO, *Art. 600-*quater**, in *L. 3/8/1998 n. 269 – La legge contenente norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori. Commento articolo per articolo*, in *Leg. pen.* 1999, 88 che parla di reato di pericolo indiretto; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale Parte speciale*, vol. II, tomo, 1, Bologna 2013, 178; G. COCCO, *Può costituire reato la detenzione di pornografia minorile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2006, 881 ss.; F. BACCO, *Tutela dei minori contro lo sfruttamento sessuale*, in D. PULITANÒ, *Parte speciale*, III ed. 2019, I, 372; O. Di GIOVINE, *Art. 600-*quater**, in *Codice Penale*, a cura di T. PADOVANI, cit. Contra F. MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico*, cit., 485: “trattasi non di mero “vizio privato”, ma di delitto di danno, poiché ogni fruizione di tale materiale costituisce una nuova offesa alla dignità del minore e perché tale delitto costituisce il simmetrico del non contestato delitto di fruizione della prostituzione minorile (art. 600-bis/2); O. FORLENZA, *Un pacchetto di misure a tutto campo per una legge dalle grandi aspettative*, in *Guida al dir.* 1998, n. 33, 49 che interpreta questa fattispecie come reato di danno in quanto forma di ricettazione rispetto al reato presupposto art. 600-ter, c. 1, perché la disponibilità del materiale consolida la lesione al bene prodotta dal reato presupposto.

cui si puniscono condotte moralmente censurabili<sup>119</sup>, il cui disvalore si radica sull'ideoneità astratta della condotta ad incrementare la domanda del medesimo materiale, presupponente appunto lo sfruttamento del corpo e della sessualità del minore, che la legge intende reprimere e *prevenire* in ogni sua forma”), è vero che sussistono dei vincoli di carattere europeo, ma perlomeno sembra possibile intervenire sull'art. 600-*quater* 1 c.p. che estende l'incriminazione della pornografia minorile (art. 600-*ter* c.p.) e della detenzione alle ipotesi relative a materiale pornografico virtuale (materiale che rappresenta immagini virtuali realizzate utilizzando immagini di minori degli anni diciotto o parti di esse, ma la pena è diminuita di un terzo)<sup>120</sup>.

Nell'ordinamento italiano tale fattispecie è stata introdotta senza bilanciare la carente offensività con i correttivi previsti nella maggior parte degli ordinamenti stranieri (l'art. 227.23 del C.P. francese; il § 184 b) StGB (5); la sect. 2252 (a) (4) dell'USA Code<sup>121</sup>; il § 163.1 (4) del C.P. canadese; l'art. 198.2 del C.P. spagnolo; la sect. 160 del Criminal Justice Act inglese del 1988<sup>122</sup>, che ha eliminato dalla precedente fattispecie il requisito della finalità di distribuzione)<sup>123</sup> e soprattutto la giurisprudenza esaspera ancora di più l'ipercriminalizzazione offrendo un'interpretazione paradossalmente estesa di tale disciplina: si pensi a quello che è stato definito «lo “strano caso” della pedopornografia a fumetti»<sup>124</sup>, con riferimento alla decisione della Suprema Corte che ha ritenuto applicabile la definizione dell'art. 600-*quater* 1. anche alle rappresentazioni a fumetti di minori coinvolti in atti sessuali, ritenendo che si tratta di un reato di pericolo concreto in relazione ad un bene impalpabile come la “intangibilità della personalità dei minorenni”; argomentazione criticata in dottrina laddove il richiamo a tale bene “sembra più un artificioso *escamotage*, volto ad evitare la scure dell'incostituzionalità della norma incriminatrice, che una soluzione interpretativa realmente in grado di superare le criticità insite nella descrizione di un'ipotesi delittuosa che appare in realtà muoversi negli scivolosi confini tra diritto e morale, tra “diritto penale del fatto” e “diritto penale d'autore”<sup>125</sup>. L'interpretazione della Corte ancor prima che con il principio di offensività, si pone, del resto, in contrasto con il

<sup>119</sup> L. FERLA, *Art. 604-quater*, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di G. FORTI - S. SEMINARA - G. ZUCCALÀ, cit., 1966.

<sup>120</sup> Sulla nozione di immagini virtuali cfr. M. BIANCHI, *La pedo-pornografia virtuale: alla ricerca di un bene giuridico. Fra difficoltà ermeneutiche e istanze politico-criminali*, in *I delitti di pedo-pornografia fra tutela della moralità pubblica e dello sviluppo psico-fisico dei minori*, a cura di M. BIANCHI - S. DEL SIGNORE, cit., 121 ss.; critici nei confronti di questa fattispecie L. PISTORELLI, *Attenzione spostata sulla perversione del reo*, in *Guida dir.* 2006, n. 9, 51 ss.; A. CADOPPI, *pre art. 600-bis*, cit., 35 ss.; F. DI LUCIANO, *Lineamenti critici del reato di pedopornografia “virtuale”*, in *Cass. pen.* 2006, 2627 ss.; G. COCCO, *Può costituire reato la detenzione di pornografia minorile?*, cit., 863 ss.; M. MONTELEONE, *Lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia nella l. 6 febbraio 2006, n. 38*, in *Cass. pen.*, 2007, 2196 ss.; M. LA ROSA, *Pornografia minorile e pericolo concreto: un discutibile binomio*, in *Cass. pen.* 2008, 4169 ss.; A. MANNA, *Il minore autore e vittima di reato: la situazione italiana e le indicazioni europee*, in *Dir. famiglia*, 2012, 1251 ss.; M. BIANCHI, *Pornografia virtuale (art. 600-quater1)*, in *Trattato di diritto penale-Parte speciale*, a cura di A. MANNA - M. PAPA - S. CANESTRARI - A. CADOPPI, vol. VIII, Giappichelli, 2010, 515 ss.; ID., *I confini della repressione penale della pornografia minorile*, cit., 118; A. VALSECCHI, *Delitti contro l'inviolabilità e la libertà sessuale: prostituzione e pornografia minorile, violenza sessuale*, in *Reati contro la persona*, a cura di F. VIGANÒ - C. PIERGALLINI, Giappichelli, 2015, 307; cfr. S. DEL SIGNORE, *Mercificazione della persona e delitti di pornografia minorile*, cit., 71 ss. sulla pornografia virtuale già prima dell'introduzione di tale fattispecie.

<sup>121</sup> Cfr. G. MARRA, *op. cit.*, 444 ss.; C. PAVARINI, *La disciplina normativa in tema di pedo-pornografia negli Stati Uniti*, in *I delitti di pedo-pornografia fra tutela della moralità pubblica e dello sviluppo psico-fisico dei minori*, a cura di M. BIANCHI - S. DEL SIGNORE, cit., 243 ss.

<sup>122</sup> Cfr. M. PARMIGGINI, *La disciplina normativa in tema di pedo-pornografia in Inghilterra*, in *I delitti di pedo-pornografia fra tutela della moralità pubblica e dello sviluppo psico-fisico dei minori*, a cura di M. BIANCHI - S. DEL SIGNORE, cit., 167 ss.; M. L'INSALATA, *La disciplina normativa della pedo-pornografia in Germania*, ivi, 181 ss.; P. FURLOTTI, *La disciplina normativa in tema di pedo-pornografia in Spagna*, ivi, 217 ss.

<sup>123</sup> Cfr. A. M. MAUGERI, *I reati sessualmente connotati*, cit., 45 ss.

<sup>124</sup> Cass., Sez. III, sent. 13 gennaio 2017 (dep. 09 maggio 2017), n. 22265, Z. B.

<sup>125</sup> A. CHIBELLI, *La Cassazione alle prese con il delitto di pornografia minorile virtuale: lo ‘strano caso’ della pedopornografia a fumetti*, in *Dir. Pen. Cont.* 2017, f. 6, 295.

principio di legalità, rappresentando un'interpretazione analogica *in malam partem* in quanto lo stesso art. 600-*quater*.1 c.p. richiede immagini «la cui qualità di rappresentazione fa apparire come vere situazioni non reali». Non solo, ma se l'originaria normativa europea effettivamente chiedeva di punire anche la pedopornografia integralmente “virtuale”, la successiva direttiva 2011/93/UE del 13 dicembre 2011, sostitutiva della citata decisione quadro 2004/68/GAI, ha espunto il riferimento alle immagini a sfondo sessuale aventi ad oggetto un “bambino inesistente”, definendo pornografia minorile, tra l'altro, «le immagini realistiche di un minore in atteggiamenti sessuali espliciti o immagini realistiche degli organi sessuali di un minore, per scopi prevalentemente sessuali» (art. 1, lett. c)<sup>126</sup>. Come evidenziato nella relazione questo emendamento ha messo in discussione l'effettiva richiesta d'incriminazione, a livello sovranazionale, della “pedopornografia totalmente virtuale”.

Condivisibile la critica alla nuova fattispecie prevista dall' art. 612-*ter* c.p. che, al secondo comma, incrimina la condotta di chi “avendo ricevuto o comunque acquisito le immagini o i video di cui al primo comma, li invia, consegna, cede, pubblica o diffonde senza il consenso delle persone rappresentate al fine di recare loro nocimento”; la presenza di questo dolo specifico “sembra del tutto incongrua, escludendo incomprensibilmente la rilevanza penale del caso, ad esempio, in cui l'agente diffonda le immagini per scommessa, per vanteria nei confronti di amici, e così via”<sup>127</sup>.

---

<sup>126</sup> Idem.

<sup>127</sup> G. BALBI, *I reati contro la persona*, cit., 11.



Laboratorio Permanente di Diritto e Procedura  
Penale Via Fontana, 28 – 20122 Milano (Italia) C.F.  
97664840150  
Web: <http://labdirpen.wix.com/diplap>

**Di.P.La.P.** è un'associazione fondata da un gruppo di studiosi italiani di diritto e procedura penale per aggregare e rispondere alle istanze di rinnovamento e democratizzazione della ricerca e del dibattito penalistici. Valori costitutivi sono l'autonomia e l'indipendenza organizzativa e scientifica, la multidisciplinarietà, l'apertura al mondo extra-accademico e professionale, la solidarietà intergenerazionale.





I curatori

*Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale e Laboratorio  
Permanente di Diritto e Procedura Penale*

*DIPLAP Editor*

2023