

Dipartimento di Giurisprudenza (School of Law)

Dottorato di Ricerca in Scienze Giuridiche

Ciclo: XXXVII

Curriculum in Diritto e Procedura Penale, Criminologia, Diritto
Penale dell'Economia, Storia del Diritto e del Processo Penale

**PROSPETTIVE DI RIFORMA DELLA
DISCIPLINA DELLA VIOLENZA SESSUALE
NELL'ORDINAMENTO ITALIANO**

Pinna Andrea Niccolò

Matricola: 821100

Tutor: Claudia Pecorella

Coordinatore: Antonello Tancredi

ANNO ACCADEMICO 2024/2025

INDICE

Introduzione	6
--------------------	---

Capitolo I.

VIOLENZA SESSUALE E CONSENSO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

1. Violenza sessuale e substrato culturale	8
1.1. I reati sessuali nella legislazione preunitaria	9
1.2. I reati sessuali nel codice Zanardelli	11
1.3. I reati sessuali nel Codice Rocco	13
1.4. La nascita della sessualità come libertà della persona	14
1.5. La legge 15 febbraio 1996 n. 66	16
1.5.1 La ricollocazione dei reati sessuali	17
1.5.2 La nuova fattispecie di violenza sessuale	18
1.5.3 L'unificazione delle fattispecie	19
1.5.4 La violenza sessuale per costrizione	22
1.5.5 La violenza sessuale per induzione	24
1.6. La Convenzione di Istanbul e le riforme in materia di violenza di genere.	25
2. Violenza sessuale e consenso	27
2.1. La giurisprudenza più risalente e la "vis grata puellae"	29
2.2. La violenza tra dottrina e giurisprudenza di Cassazione	31
2.2.1 Gli atti repentini e insidiosi.	32
2.2.2 Violenza sessuale e violenza domestica	34
2.2.3 La valorizzazione del consenso nelle pronunce più recenti	38
2.2.4 L'elemento soggettivo alla luce del paradigma consensualistico accolto dalla Cassazione	40
2.3. Le critiche alla giurisprudenza di Cassazione: interpretazione estensiva o analogia in malam partem?	42
3. Considerazioni conclusive sulla disciplina italiana	43

Capitolo II.

LA TUTELA PENALE DELLA LIBERTÀ SESSUALE NELL'ORDINAMENTO SPAGNOLO

1.	L'evoluzione della disciplina dal diciannovesimo secolo alla Ley Orgánica n. 3/1989.....	46
1.1.	La Ley Orgánica n. 10/1995 e il riassetto dei reati contro la libertà sessuale.....	48
1.2.	I principali profili critici e le questioni interpretative poste dalla riforma.....	50
1.2.1	La delimitazione dei concetti di violenza e minaccia nella dottrina e nella giurisprudenza spagnole.....	51
1.2.2	La linea di demarcazione tra abuso sexual con prevalimiento e agresión sexual nella giurisprudenza spagnola.....	54
2.	Il caso “la Manada”: i fatti.....	56
2.1.	L'impatto mediatico e sociale della sentenza di primo grado.....	58
2.2.	La conferma del giudice dell'appello e il ribaltamento della decisione del Tribunal Supremo: da abuso sexual con prevalimiento ad agresión sexual con intimidación.....	60
3.	Il processo di approvazione della riforma dei reati sessuali.....	61
3.1.	Uno sguardo introduttivo sulla Ley Orgánica n. 10/2022.....	62
3.2.	L'adozione del modello di consenso affermativo temperato.....	63
3.3.	Gli altri profili di novità sul piano della repressione penale.....	66
3.4.	La Ley Orgánica n. 10/2022 nella dottrina spagnola.....	67
4.	L'applicazione retroattiva della Ley Orgánica n. 10/2022 e la controriforma del 2023.....	75
5.	Considerazioni conclusive e prospettive di riforma della disciplina italiana.....	78

Capitolo III.

SEXUAL OFFENCES E CONSENSO NELL'ORDINAMENTO INGLESE

1.	Introduzione ai reati sessuali nell'ordinamento inglese	80
1.1.	La “marital rape exemption”	82
1.2.	Il “corroboration warning” e la vita sessuale della vittima	87
2.	Considerazioni introduttive sul reato di rape	94
3.	I requisiti della fattispecie di rape nella giurisprudenza del diciottesimo secolo	96
3.1.	Una prima apertura: R v Camplin (1845) e R v Fletcher (1859)	99
3.2.	Gli orientamenti post-Camplin: l'inganno sulla persona dell'autore e sulla natura dell'atto.....	103
3.3.	Le origini del consenso fra common law e civil law.....	108
4.	Il consenso nei leading cases e nella legislazione moderna	111
4.1.	DPP v Morgan.....	111
4.2.	L'Heilbron Report e il Sexual Offences (Amendment) Act del 1976.....	115
4.3.	R v Olugboja (1982).....	117
4.4.	Il Sexual Offences Act del 2003.	120
4.4.1	La nuova fattispecie di rape.....	121
4.4.2	Il consenso nelle ss. 74, 75 e 76 del nuovo Sexual Offences Act	122
4.4.3	Le critiche in punto di consenso	125
5.	Leading cases in applicazione della riforma del 2003:	127
5.1.	I leading cases sulle presunzioni (s. 76 e 76)	127
5.2.	I leading cases sulla definizione generale di consenso (s. 74)	129

Capitolo IV

PROSPETTIVE DI RIFORMA DELLA DISCIPLINA ITALIANA: L'INTRODUZIONE DI UN MODELLO CONSENSUALISTICO

1.	Le proposte de iure condendo.	135
2.	L'articolato dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale.	136
2.1.	Le novità proposte in materia di violenza sessuale e consenso: uno sguardo introduttivo.	140
2.2.	Il ritorno a fattispecie distinte in base alla presenza di penetrazione.	141
2.3.	L'accoglimento di un modello di consenso consensualistico puro.	144
2.3.1	L'elemento soggettivo e la rilevanza dell'errore sul consenso tra modello consensualistico puro e consenso affermativo.	146
2.3.2	L'errore sul consenso negli ultimi approdi della giurisprudenza di Cassazione.	147
2.3.3	La previsione della circostanza attenuante dell'errore evitabile sul consenso.	150
2.4.	La qualificazione delle modalità costrittive quali circostanze aggravanti.	151
3.	Le proposte di legge Boldrini (C. 1693), Sportiello (C. 2151) e Ascari (C. 2279).	153
3.1.	Alcune suggestioni sui punti salienti delle proposte.	156
	Considerazioni conclusive	161
	Bibliografia	163

INTRODUZIONE

«Chiunque, con violenza o minaccia o mediante abuso di autorità costringe taluno a compiere o subire atti sessuali [...]». Questo è, ancora oggi, l'incipit dell'art. 609 *bis* c.p., che disciplina nell'ordinamento italiano il reato di violenza sessuale: il requisito della costrizione mediante violenza o minaccia si tramanda, di codice in codice, da quasi due secoli. Il legislatore della riforma dei reati sessuali del 1996, rigettando le osservazioni di una parte della dottrina che già allora evidenziava l'opportunità di incentrare la fattispecie sul mancato consenso della vittima, ha optato per una soluzione di continuità con il passato che sopravvive fino ad oggi.

La disposizione, nella sua formulazione attuale, finisce per porre in capo alla vittima un "onere di resistenza"¹ : essa deve opporsi attivamente all'atto sessuale, così che l'autore debba ricorrere ad una delle modalità tipiche di costrizione previste e la fattispecie possa dirsi integrata.

Ciononostante, la giurisprudenza della Corte di Cassazione, attraverso un percorso interpretativo iniziato sul finire del secolo scorso, ha progressivamente individuato nell'assenza del consenso il fulcro del disvalore della fattispecie, così accogliendo, per via pretoria, un modello di consenso affermativo temperato.

Su un piano sovranazionale, con la ratifica della Convenzione di Istanbul il legislatore italiano ha assunto l'obbligo di riformare la disciplina della violenza sessuale incentrandone il disvalore sulla mancanza di consenso: un adeguamento che, a distanza di anni, non ha ancora trovato compiuta attuazione.

Guardando al panorama europeo sono ben diciotto² gli ordinamenti che, nell'ultimo decennio, hanno adottato riforme in chiave consensualistica, segnando un'evoluzione che colloca l'autodeterminazione sessuale della persona al centro della tutela penale.

Tra questi, viene in rilievo la Spagna, che con la *Ley Orgánica* n. 10/2022 ha positivamente recepito un modello di consenso affermativo temperato non dissimile da quello emerso negli ultimi approdi della giurisprudenza italiana, con una definizione dell'offesa costruita sulla mancata espressione di chiari indici – espressi o *per facta concludentia* – di consenso.

¹ L'espressione è tratta da BALBI, *Tutela della libertà e dignità sessuale*, in *Diritto penale. Parte speciale*², a cura di PULITANÒ, I, Torino, 2014, 267.

² In ordine cronologico: Germania (2016); Irlanda (2017); Islanda (2018); Svezia (2018); Malta (2018); Grecia (2019); Ucraina (2019); Danimarca (2020/2021); Croazia (2021); Slovenia (2021); Spagna (2022); Belgio (2022); Lussemburgo (2023); Finlandia (2023); Svizzera (2024); Paesi Bassi (2024); Repubblica Ceca (2024, in vigore dal 2025); Norvegia (2025).

Per altro verso, l'ordinamento inglese ha posto il consenso al centro della disciplina del reato di *rape* sin dal 1976, e ha poi affinato il quadro con il Sexual Offences Act del 2003, confermando una tradizione normativa che individua nell'assenza di consenso e nello stato mentale dell'autore rispetto ad essa i cardini della tipicità della fattispecie.

In Italia il dibattito, riaccessosi anche alla luce degli sviluppi giurisprudenziali interni e delle riforme straniere, si è recentemente concretizzato in tre proposte oggi all'esame della Commissione Giustizia, che muovono – con differenti accenti – nella direzione di una riforma incentrata sul consenso e interrogano, in prospettiva, l'assetto vigente dell'art. 609 *bis* c.p.

Il presente lavoro si propone di svolgere uno studio comparatistico sulla rilevanza del consenso nei tre ordinamenti considerati – italiano, spagnolo e inglese – finalizzato a fornire un contributo informato al dibattito sulla riforma della disciplina italiana. L'itinerario ricostruirà preliminarmente le ragioni storiche e sistematiche dell'attuale impostazione dell'art. 609 *bis* c.p., esaminerà gli approdi della giurisprudenza di legittimità in tema di consenso e i loro riflessi sugli elementi oggettivi e soggettivi del reato, approfondirà il modello spagnolo delineato dalla *Ley Orgánica* n. 10/2022 e quello inglese come risultante dal *Sexual Offences Act* del 2003 e, infine, si proporrà di formulare alcune considerazioni in relazione alle proposte *de iure condendo* oggi in discussione.

CAPITOLO I.

VIOLENZA SESSUALE E CONSENSO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

SOMMARIO: 1. *Violenza sessuale e substrato culturale* — 1.1. *I reati sessuali nella legislazione preunitaria* — 1.2. *I reati sessuali nel codice Zanardelli* — 1.3. *I reati sessuali nel Codice Rocco* — 1.4. *La nascita della sessualità come libertà della persona* — 1.5. *La legge 15 febbraio 1996 n. 66* — 1.5.1 *La ricollocazione dei reati sessuali* — 1.5.2 *La nuova fattispecie di violenza sessuale* — 1.5.3 *L'unificazione delle fattispecie* — 1.5.4 *La violenza sessuale per costrizione* — 1.5.5 *La violenza sessuale per induzione* — 1.6. *La Convenzione di Istanbul e le riforme in materia di violenza di genere.* — 2. *Violenza sessuale e consenso* — 2.1. *La giurisprudenza più risalente e la "vis grata puellae".* — 2.2. *La violenza tra dottrina e giurisprudenza di Cassazione* — 2.2.1 *Gli atti repentini e insidiosi.* — 2.2.2 *Violenza sessuale e violenza domestica* — 2.2.3 *La valorizzazione del consenso nelle pronunce più recenti* — 2.2.4 *L'elemento soggettivo alla luce del paradigma consensualistico accolto dalla Cassazione* — 2.3. *Le critiche alla giurisprudenza di Cassazione: interpretazione estensiva o analogia in malam partem?* — 3. *Considerazioni conclusive sulla disciplina italiana*

1. *Violenza sessuale e substrato culturale*

Le scelte di politica criminale in materia di reati sessuali sono legate a doppio filo alla concezione di sessualità che predomina in una società in una data epoca. Per usare le parole di Antolisei, «per quanto la *libido* sia tra gli istinti fondamentali dell'uomo e le sue manifestazioni siano tra le più costanti, non v'è forse un terreno in cui così sensibilmente differiscano le vedute etiche e giuridiche sul limite tra il lecito e l'illecito, tra popoli della stessa epoca e civiltà»³.

Il *focus* di questo lavoro verterà primariamente sul ruolo del consenso nella fattispecie di violenza sessuale nei tre ordinamenti passati in rassegna. Ma per poter comprendere appieno il perché dell'assetto normativo odierno – perché l'attuale disposizione che incrimina nel nostro ordinamento la violenza sessuale richieda ancora oggi che l'atto sessuale sia accompagnato da violenza o minaccia – è imprescindibile fare un passo indietro, ricercare le origini della

³ ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale*¹⁶, Milano, 2016, 747.

disciplina e analizzarne l'evoluzione, in uno all'ideologia e ai valori che hanno di volta in volta guidato il legislatore nel compimento delle diverse riforme in materia di reati sessuali⁴.

In questa prospettiva verranno brevemente ripercorse le principali tappe della repressione della violenza sessuale in Italia dal diciottesimo secolo ad oggi, prestando attenzione all'evoluzione dei valori culturali sottesi ad ogni modifica dell'assetto normativo.

1.1. I reati sessuali nella legislazione preunitaria

La disciplina dei reati sessuali assume connotati omogenei e più simili a quelli odierni solo nella seconda metà del diciannovesimo secolo, con il codice Zanardelli. La legislazione del diciottesimo secolo conosceva diverse forme di stupro: semplice, qualificato e violento. Mentre la disciplina dell'ultima fattispecie – lo stupro violento – richiama quella della violenza carnale, incriminando l'atto sessuale ottenuto tramite violenza o minaccia, le prime due punivano ipotesi in cui ambedue le parti erano consenzienti al rapporto. Segnatamente, ad essere punito era l'uomo⁵ che si congiungeva con una donna nubile e di onesti costumi (nel caso dello stupro semplice) o coniugata con altro uomo (nel caso dell'adulterio). Lo stupro semplice era sanzionato in forma per lo più risarcitoria, con l'obbligo per l'uomo di munire di dote la donna stuprata, fatta salva la possibilità di sposarla, nel caso si trattasse di un uomo celibe. Il rifiuto di munire di dote o di sposare la donna stuprata comportava pene detentive di durata variabile a seconda degli ordinamenti giuridici e dei momenti storici⁶. Le qualificazioni dello stupro riguardavano principalmente la giovane età della vittima o le "astuzie" adoperate dall'uomo nella seduzione. Il disvalore – e la severità della pena – crescevano nel caso di stupro qualificato da promessa di matrimonio⁷.

In queste previsioni si riflette cristallina la struttura valoriale della società dell'epoca, nella quale ad essere tutelati erano interessi pubblici, di carattere superindividuale: il pudore, il buon costume, l'ordine delle famiglie. Il ruolo della donna, in questo schema, era di mero soggetto passivo: l'illiceità del rapporto non ineriva in alcun modo alla *persona* della donna, sulla quale non si focalizzava alcuna tutela diretta, ma si collegava bensì alla sottrazione di lei al suo "vincolo di destinazione": se libera, ad essere violato era il vincolo potestativo che la

⁴ Concorde sull'importanza di un'analisi di questo tipo è anche NEPI, *Il problema del consenso femminile riflessione a partire dall'evoluzione nella disciplina dello stupro*, in *Violenza sessuale e soggettività sessuata*, Torino, 2017, 2.

⁵ È da precisare che la punibilità in un primo momento era estesa anche alla donna. Cfr. PADOVANI, *Violenza carnale e tutela della libertà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1305.

⁶ NEPI, *cit.*, 2.

⁷ Si vedano, ad esempio, gli artt. 298 e 299 del Codice penale toscano del 1853.

legava alla famiglia d'origine, così come era compromessa la sua futura destinazione al vincolo matrimoniale; se coniugata, si trattava di una violazione dell'autorità maritale⁸.

In questo quadro è agevole comprendere come il matrimonio dello stupratore con la vittima, ristabilendo l'ordine sociale turbato dal rapporto illecito, costituisse un mezzo di riparazione che portava all'estinzione del reato.

Il venir meno della punibilità della donna nella penalistica ottocentesca si ricollegava a un ideale di donna virtuosa, onesta, incapace di determinarsi consapevolmente al congiungimento in ossequio ad una "poetica presunzione" che la vedeva sempre vittima degli inganni di un seduttore⁹.

Rappresentative, in questo senso, sono le parole di Giuliani, in difesa della fattispecie di stupro semplice:

«Quand'è che lo stupro comincia ad essere delitto? Quando lo stupratore si ricusa di sposare la stuprata. (...) Lo stupro politico si verifica nel solo stupratore ricusantesi di permanere nell'unione che libero scelse, ed esponente così la sua compagna a perdere per sempre la speranza delle nozze, con evidente discapito della riproduzione della specie. La legge repressiva adunque di questo delitto deve colpire il solo stupratore, come il solo che dà opera al danno politico»¹⁰.

Il superamento delle previsioni in esame, a lungo dibattute nel panorama penalistico italiano dell'epoca, veniva reso possibile dall'affermarsi di ideologie di stampo illuminista. Si assisteva così al passaggio da un immaginario che dipinge la donna come passiva e sprovveduta, incolpevole vittima della seduzione dell'uomo, a uno che la inquadrava come consapevole, responsabile, autonoma nelle proprie scelte sessuali. Parimenti – e di conseguenza – si iniziava a sostenere che i fatti incriminati dallo stupro semplice, per quanto immorali, non producessero alcuna lesione dei diritti della donna che si determinava consensualmente alla congiunzione, e non fossero pertanto meritevoli di sanzione penale: il diritto dev'esser tenuto distinto dalla morale. L'argomento è ben espresso nell'opera di Carrara: «riconosciuto il principio che la oggettività del delitto di stupro deve trovare offesa nel diritto della donna; e ricordato l'altro principio che essa è libera dispositrice del corpo suo, non è possibile trovare elementi di seduzione se non là dove il consenso della donna rimanga destituito di ogni valore giuridico»¹¹.

⁸ PADOVANI, *cit.*, 1306.

⁹ CAZZETTA, "Colpevole del consentire". *Dallo stupro alla violenza sessuale nella penalistica dell'Ottocento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, 454. In questo senso anche NEPI, *cit.*, 3.

¹⁰ GIULIANI, *Istituzioni di diritto criminale col commento della legislazione gregoriana*², I, Macerata, 1840, 311.

¹¹ CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale dettato nella R. Università di Pisa, Parte Speciale*³, II, Lucca, 1873, 272.

Questa valorizzazione del consenso della donna, lungi dal rappresentare il passaggio dalla tutela di valori superindividuali alla tutela della persona, si limitava, invero, a privarla della precedente protezione¹².

La depenalizzazione, prima dello stupro semplice, poi delle sue qualificazioni diverse dalla violenza, deve infatti essere letta in congiunzione al cambiamento dell'immagine della donna, che passava dall'essere ingenua vittima, «forzata, priva di volontà di delinquere»¹³, all'essere dipinta come un'abile e pericolosa seduttrice, complice del delitto¹⁴.

1.2. *I reati sessuali nel codice Zanardelli*

Nel codice Zanardelli, i reati sessuali erano disciplinati nel Capo I del Titolo VIII, che prevedeva i delitti di violenza carnale, atti di libidine violenti, corruzione di minorenni, incesto, atti osceni in luogo pubblico, distribuzione, esposizione, messa in vendita di scritture, disegni o altri oggetti osceni.

Le fattispecie che rivestono maggior interesse in questa sede sono quelle di violenza carnale e di atti di libidine violenta, antenate della odierna fattispecie di violenza sessuale.

La prima, disciplinata all'art. 331 c.p., puniva «chiunque, con violenza o minaccia, costringe una persona a congiunzione carnale», con la reclusione da tre a dieci anni. Gli atti di libidine, di cui all'art. 333 c.p. figuravano come categoria residuale, in cui ricomprendere ogni atto di libidine non diretto alla violenza carnale. La cornice edittale in questa seconda ipotesi si abbassava: da uno a sette anni di reclusione. L'art. 332 c.p. disciplinava l'aggravante della violenza carnale commessa mediante abuso d'autorità, di fiducia o di relazioni domestiche.

I capi successivi erano dedicati ad altri reati tipici della precedente legislazione, come il ratto per fine di libidine o di matrimonio, delitti inerenti al meretricio, reati di adulterio e bigamia, supposizione e soppressione di stato.

Il *fil rouge* che animava le disposizioni del Titolo VIII era ancora una volta da individuarsi nella tutela del buon costume e dell'ordine delle famiglie.

Una compiuta definizione dei beni giuridici in esame è rinvenibile nella principale opera di Manzini, che definiva l'ordine della famiglia come l'«istituto giuridico familiare regolato dallo Stato nel pubblico interesse, considerato nel complesso di quelle norme che tendono ad

¹² CAZZETTA, *cit.*, 444.

¹³ CAZZETTA, *cit.*, 441.

¹⁴ Emblematiche, in questo senso, sono le parole del Filangeri, secondo cui «le donne istesse, che avevan messo in commercio il loro corpo, con istudiatu raffinamenti e con simulata verginità turbavano di continuo la pace di tanti onesti cittadini». CAZZETTA, *cit.*, 444.

assicurare la moralità sessuale nelle famiglie e in rapporto ad esse, e che impongono l'osservanza delle leggi giuridico-naturali della generazione»; esso doveva essere letto unitamente – non è un caso, sottolineava lo studioso, che siano stati classificati insieme – al buon costume, ovvero «l'ordine etico-giuridico costituito dalla osservanza di quei limiti che sono ritenuti necessari per la sicurezza, per la libertà e per la moralità dei rapporti sessuali»¹⁵.

La connessione fra attività sessuale extra coniugale e offesa pubblica, politica e sociale postulava una premessa, vale a dire che l'attività sessuale degli individui – e in particolare delle donne – era affare di interesse pubblico, era finalizzata alla legittima procreazione e doveva svolgersi all'interno dei confini del matrimonio. Ciò emerge chiaramente se si considera che le fattispecie delittuose di violenza carnale e atti di libidine violenta nascevano, in realtà, come qualificazioni ulteriori di un “reato base”, lo stupro semplice, che insieme all'adulterio mirava a rendere penalmente rilevante ogni rapporto sessuale svoltosi al fuori del coniugio¹⁶. L'illiceità insisteva dunque nel rapporto stesso, offensivo di un interesse – la funzionalizzazione del rapporto sessuale alla legittima procreazione – di cui la donna non poteva liberamente disporre, anziché nella lesione di un suo diritto¹⁷.

Questo radicato substrato ideologico, che già animava le disposizioni preunitarie, lungi dall'essere soppresso insieme ad esse continuerà a costituire l'insieme dei valori posti alla base delle norme in materia di reati sessuali sia del codice Zanardelli sia, per lungo tempo, del codice Rocco.

Dopodiché, di significativo rilievo è la scelta del Codice Zanardelli di mantenere la previsione – già presente nella legislazione preunitaria¹⁸ – secondo cui, per la realizzazione delle due ipotesi delittuose, è necessario che l'autore si avvalga dell'uso di violenza o minaccia per conseguire il congiungimento carnale o l'atto di libidine. Si tratta, come si vedrà nel prosieguo, di una previsione che sopravvive tutt'oggi nell'art. 609 *bis* c.p. Per quanto qui interessa, la dottrina ha evidenziato come questa previsione ben si sposasse con gli ideali che animavano la normativa in materia di reati sessuali del tempo: in una cultura che vede la donna come mera portatrice o custode di un bene superindividuale, di cui non può disporre liberamente, ben si comprende come si possa addossarle l'onere di rifiutare un rapporto sessuale che a quel bene recherebbe offesa, esternando attivamente il suo dissenso¹⁹.

¹⁵ MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, VI, Torino, 1915, 529.

¹⁶ PADOVANI, *cit.*, 1304.

¹⁷ PADOVANI, *cit.*, 1311.

¹⁸ Si vedano, ad esempio, il Codice Penale Toscano del 1853 agli artt. 280 ss. e il Codice Penale Sardo del 1859 agli artt. 489 ss.

¹⁹ PADOVANI, *cit.*, 1311.

1.3. *I reati sessuali nel Codice Rocco*

L'avvento del Codice Rocco del 1930 non portava a sostanziali stravolgimenti in materia di violenza sessuale²⁰. Il nuovo Codice manteneva la distinzione fra violenza carnale e atti di libidine violenta (previsti negli abrogati artt. 519 e 521 c.p.). La struttura delle due fattispecie, almeno sotto il profilo della condotta incriminata, restava pressoché identica.

La linea di confine tra i due delitti – così come accadeva anche sotto il regime del codice Zanardelli – era data dalla realizzazione di una congiunzione carnale²¹. In presenza di tale congiunzione, realizzata attraverso una delle modalità disciplinate dall'art. 519 c.p., ad essere integrata era la fattispecie di violenza carnale, mentre la fattispecie di atti di libidine violenti veniva in rilievo ogniqualvolta venisse realizzato, attraverso le medesime modalità, un atto di libidine²² diverso dalla congiunzione carnale²³.

Sul piano della sistematica del codice, il legislatore collocava i reati sessuali nel Titolo IX, “Delitti contro la moralità pubblica e il buon costume”, raggruppandoli nel Capo I, “Delitti contro la libertà sessuale”. Non può sfuggire la contraddizione in termini: il capo, dalla rubrica di matrice liberale, suggeriva il riconoscimento e la tutela di un bene giuridico individuale, così come confermato anche dalla stessa relazione ministeriale al progetto del codice penale, in cui si legge che la libertà sessuale tutelata consiste nella «libera disposizione del proprio corpo nei rapporti sessuali»²⁴. Cionondimeno, la rubrica del Titolo richiamava ancora con forza il solito substrato pubblicistico, con la differenza, rispetto al vecchio Codice, che il bene giuridico tutelato unitamente al buon costume non era più rintracciato nell'ordine delle famiglie, ma nella moralità pubblica che, nel contesto dei reati sessuali, andava intesa nella ristretta accezione di

²⁰ Di seguito le principali modifiche apportate dal nuovo codice alla fattispecie di violenza carnale:

– Viene aumentata dai 12 ai 14 anni la soglia al di sotto della quale assume rilevanza penale l'atto sessuale – dai 15 ai 16 nel caso in cui l'autore sia l'ascendente, il tutore o altra persona cui il minore sia affidato.

– Viene disciplinata al punto 4 l'ipotesi della sostituzione di persona, tutt'oggi vigente.

– Cade il riferimento – superfluo – alla “persona dell'uno o dell'altro sesso”, contenuto nel vecchio Codice.

²¹ Per la Cassazione, con ciò doveva intendersi «ogni fatto per il quale l'organo genitale del soggetto attivo o del soggetto passivo venga introdotto totalmente o parzialmente nel corpo dell'altro: pertanto sono atti di congiunzione carnale e non semplici atti di libidine sia il coito anale che quello orale». Così Cass. pen. 21 gennaio 1985, in *Cass. pen. Pen.*, 1986, 29.

²² Per la Cassazione costituiva atto di libidine «qualsiasi atto di manomissione del corpo altrui, non già soltanto nelle parti intime, diverso dalla congiunzione carnale e suscettibile di eccitare la concupiscenza sessuale anche in modo non completo e/o di breve durata come ad esempio l'abbraccio (...) essendo del tutto irrilevante, ai fini della consumazione, che il soggetto abbia o meno conseguito la soddisfazione erotica». Così Cass. pen. 27 aprile 1998, in *Foro.it.*, 1998, II, 510, con nota di FIANDACA, *La rilevanza penale del “bacio” tra anatomia e cultura*.

²³ Una precisazione: con il codice Rocco viene ampliata la nozione di atti di libidine, per comprendere anche gli atti che la vittima è costretta o indotta a commettere “su sé stessa, sulla persona del colpevole o su altri”.

²⁴ FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*², II, I, Bologna, 2007, 201.

moralità sessuale, vale a dire un insieme di precetti etici sulla sessualità condivisi dalla società in quel dato tempo²⁵.

L'inconciliabilità evidenziata trova soluzione se ci si cala nell'ottica del legislatore dell'epoca: «in quella sublimazione pubblicistica di tutti gli interessi protetti dal Codice Rocco (...) anche la libertà sessuale è tutelata non come valore della persona, ma nei limiti della sua corrispondenza al valore superiore della moralità pubblica»²⁶.

Le tracce normative a conferma di quest'impostazione sono molteplici. Si pensi, ad esempio, al matrimonio riparatore, disciplinato all'art. 544 c.p. che prevedeva l'estinzione del delitto sessuale qualora lo stupratore avesse sposato la sua vittima, ai delitti di ratto²⁷ (artt. 522–524 c.p.), la cui pena edittale era inferiore – nel massimo – a quella prevista per il delitto di sequestro di persona, che degli stessi fatti costituiva ipotesi base; alla prassi che negava la configurabilità dei delitti di violenza carnale e atti di libidine violenta all'interno del matrimonio, in virtù di un presunto diritto alla congiunzione sessuale nascente dal sodalizio²⁸.

Espressiva della stessa cultura discriminatoria è anche la previsione dell'omicidio e lesione personale per causa d'onore, disciplinata all'art. 587 c.p., che garantiva una drastica riduzione della pena qualora i delitti di omicidio e lesioni fossero realizzati dall'autore «nello stato d'ira determinato dall'offesa recata all'onore suo o della sua famiglia» causato dalla scoperta della «illegittima relazione carnale» del coniuge, della figlia o della sorella.

In quest'ottica possono leggersi anche i reati di adulterio (art. 559 c.p.) e di concubinato (art. 560 c.p.), alla luce dei quali, rispettivamente, il tradimento della moglie veniva incriminato incondizionatamente; quello del marito, invece, soltanto nell'ipotesi in cui portasse a vivere l'amante nella casa coniugale.

Quest'insieme di previsioni chiarisce inequivocabilmente che la disciplina dei reati sessuali, al di là della rubrica liberale del Capo I, era ancora – e rimarrà ancora per decenni – ben ancorata ad una concezione di sessualità intrisa di note pubblicistiche.

1.4. *La nascita della sessualità come libertà della persona*

²⁵ Si veda, fra gli altri, PITTARO, *I reati contro la libertà sessuale tra codice e riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1465.

²⁶ Così MANTOVANI, *Diritto penale, parte speciale*⁴, I, Padova, 2011, 358.

²⁷ La disciplina prevedeva diverse qualificazioni di ratto: il ratto a fine di matrimonio, quello a fine di libidine e il ratto di persona minore degli anni quattordici o inferma.

²⁸ Le violenze sessuali commesse dal marito sulla moglie, nella prassi giurisprudenziale, venivano inquadrati nelle più miti figure di ingiuria, violenza privata, minaccia, percosse o lesioni. Così VITARELLI, *Violenza contro le donne e bulimia repressiva*, in *Sistema Penale*, 2020, 5.

La concezione sociale della sessualità femminile, nella seconda metà del secolo scorso, andava incontro ad un progressivo mutamento, complici la caduta del fascismo e l'avvento di una Costituzione democratica. L'abbandono dell'ideologia stato-centrica che connotava l'ideologia fascista e, per altro verso, il riconoscimento del primato dell'individuo sullo Stato costituirono infatti l'innescò per il superamento della concezione pubblicistica e moraleggiante della sessualità nella direzione del riconoscimento della stessa come estrinsecazione della libertà della persona²⁹.

Complici del cambiamento furono anche i moti femministi che interessarono l'Occidente proprio a partire dagli anni '60; che, reclamando il diritto delle donne di disporre liberamente del proprio corpo, rivendicavano un maggior riconoscimento della libertà sessuale.

I primi, significativi segnali di questo mutamento sul piano del diritto interno possono essere individuati nelle dichiarazioni di incostituzionalità dei delitti di adulterio e concubinato (1968-1969³⁰); nella riforma del diritto di famiglia con la legge n. 151 del 1975; nella di poco successiva depenalizzazione dell'aborto con la legge n. 194 del 1978 e infine nell'abrogazione, con la legge n. 442 del 1981, del delitto di omicidio e lesioni per causa d'onore e del matrimonio riparatore.

Non si può prescindere, sul piano sovranazionale, da una menzione alla Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna (nota come C.E.D.A.W., dall'acronimo inglese), adottata nel 1979 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite ed entrata in vigore nel 1981. La Convenzione vincola gli Stati membri all'adozione di misure finalizzate a superare ogni forma di discriminazione fondata sul sesso³¹, prevedendo altresì l'istituzione di un Comitato con il compito di supervisione sull'attuazione della Convenzione da parte degli Stati membri.

Altra, importante tappa dell'evoluzione normativa è costituita dall'adozione, sempre da parte delle Nazioni Unite, della Dichiarazione sull'eliminazione della violenza contro le donne del 1993 che, dopo aver definito agli artt. 2 e 3 cosa debba intendersi per violenza contro le

²⁹ Così, per tutti FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*³, Bologna, 2002, II, I, 228.

³⁰ Così deciso dalla Corte Costituzionale con le sentenze 19 dicembre 1968, n. 126 e 3 dicembre 1969, n. 147.

³¹ L'art. 1 della Convenzione definisce la «discriminazione nei confronti della donna» come «ogni distinzione, esclusione o limitazione basata sul sesso, che abbia come conseguenza, o come scopo, di compromettere o distruggere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, da parte delle donne quale che sia il loro stato matrimoniale, dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, culturale e civile o in ogni altro campo, su una base di parità tra l'uomo e la donna».

donne³², prevede un elenco di misure – non giuridicamente vincolanti – che gli Stati dovrebbero adottare per perseguire una politica di eliminazione della violenza contro le donne (art. 4).

1.5. *La legge 15 febbraio 1996 n. 66*

In questo clima di cambiamento l'esigenza di una riforma organica dei reati sessuali si faceva sempre più pressante, anche in ragione degli allarmanti dati raccolti da studi criminologici che evidenziavano un significativo aumento di denunce relative ad aggressioni sessuali, probabilmente spiegabili proprio alla luce dell'evoluzione sociale che attraversava l'Italia dell'epoca, determinando una maggiore reattività sociale alle aggressioni sessuali e una conseguente maggior propensione delle vittime a denunciare³³.

Questi i fattori che a partire dalla fine degli anni Settanta – la prima di molte proposte di legge è del 1977 – diedero il via al travagliato iter legislativo che contraddistinse la nascita della riforma della materia, iniziato nell'VII Legislatura e conclusosi solo nella XII, con l'approvazione della legge 15 febbraio 1996, n. 66, recante “Norme contro la violenza sessuale”. L'iter legislativo fu caratterizzato da un susseguirsi di proposte di legge e da marcati contrasti di opinione in sede parlamentare che determinarono la lungaggine della gestazione della riforma³⁴.

La riforma, nonostante la lunga attesa e le speranze in essa risposte, non venne vista di buon occhio da una parte dei commentari, venendo da più parti additata come «puramente simbolica»³⁵, «tipica legge manifesto»³⁶, o addirittura «paradigmatico esempio di sciatteria legislativa»³⁷, per la ragioni che seguono.

³² La violenza contro le donne, per la Dichiarazione comprende (art. 1) «ogni atto di violenza fondata sul genere che abbia come risultato, o che possa probabilmente avere come risultato, un danno o una sofferenza fisica, sessuale o psicologica per le donne, incluse le minacce di tali atti, la coercizione o la privazione arbitraria della libertà, che avvenga nella vita pubblica o privata», e si traduce in (art. 2) «a) La violenza fisica, sessuale e psicologica che avviene in famiglia, incluse le percosse, l'abuso sessuale delle bambine nel luogo domestico, la violenza legata alla dote, lo stupro da parte del marito, le mutilazioni genitali femminili e altre pratiche tradizionali dannose per le donne, la violenza non maritale e la violenza legata allo sfruttamento; b) La violenza fisica, sessuale e psicologica che avviene all'interno della comunità nel suo complesso, incluso lo stupro, l'abuso sessuale, la molestia sessuale e l'intimidazione sul posto di lavoro, negli istituti educativi e altrove, il traffico delle donne e la prostituzione forzata; c) La violenza fisica, sessuale e psicologica perpetrata o condotta dallo Stato, ovunque essa accada».

³³ FIANDACA, *Violenza sessuale*, in *Enciclopedia del diritto*, 1993, 953.

³⁴ Così ANTOLISEI, *cit.*, 749.

³⁵ 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, 1171.

³⁶ FIANDACA, MUSCO, *cit.*, 2002, 233.

³⁷ MOCCIA, *Il sistema delle circostanze e le fattispecie qualificate nella riforma del diritto penale sessuale (l.15 febbraio 1996 n.66): un esempio paradigmatico di sciatteria legislativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 395.

1.5.1 *La ricollocazione dei reati sessuali*

La novella metteva da subito in chiaro che l'intenzione era quella di operare un taglio netto rispetto al passato, abrogando, all'art. 1, l'intero Capo I ("Delitti contro la libertà sessuale") e buona parte del Capo II del Titolo IX del codice penale. I reati sessuali venivano ricollocati nel Titolo XII ("Dei delitti contro la persona"), al Capo III ("Delitti contro la libertà individuale") nella Sezione II ("Delitti contro la libertà personale"). Segnatamente, le nuove fattispecie venivano disciplinate agli artt. 609 *bis* c.p. e seguenti, subito dopo il delitto di perquisizione e ispezione personali arbitrarie (art. 609 c.p.).

Recidere l'anacronistico legame fra aggressioni sessuali e tutela di interessi pubblici, quali moralità e buon costume, era senz'altro avvertito come un passo imprescindibile per allineare la disciplina ai mutati valori sociali che imponevano di guardare alla libertà sessuale come un diritto che «inerisce all'individuo ed esclusivamente ad esso»³⁸.

Al di là delle migliori intenzioni, tuttavia, la ricollocazione dei reati sessuali nell'alveo dei "Delitti contro la libertà personale" veniva accolta negativamente dalla dottrina. Anzitutto, il decantato intervento non sarebbe stato particolarmente innovativo alla luce dell'«opera di ortopedia giuridica» della giurisprudenza che già da vent'anni ricostruiva il bene giuridico tutelato «senza far alcun riferimento alla morale pubblica e al buon costume»³⁹. In secondo luogo, diversi autori sottolineavano il fatto che i reati sessuali avrebbero trovato una più adeguata collocazione nella sezione relativa ai "Delitti contro la libertà morale", in virtù di una maggiore attinenza del bene giuridico protetto – la libertà di autodeterminazione in ambito sessuale – con i reati in essa incriminati⁴⁰, oppure in una sezione autonoma, che meglio avrebbe restituito il peculiare disvalore dei delitti sessuali rispetto agli altri tipi di violenza, fisica e morale.

La collocazione nell'alveo dei "Delitti contro la libertà personale" risulterebbe inadeguata poiché la libertà sessuale si configura come una libertà positiva – libertà di compiere le proprie scelte in ambito sessuale – mentre la libertà personale assumerebbe una connotazione negativa – libertà da ogni coercizione – in una dimensione fisica, corporea, che non

³⁸ Così, FIANDACA, MUSCO, *cit.*, 2002, 233.

³⁹ DI PINTO, "Amore per forza" e diritto penale: dalla violenza carnale alla violenza sessuale, in *Osservatorio penale*, 2014, 9.

⁴⁰ La violenza sessuale costituirebbe una specificazione della violenza privata, qualificata dalla natura sessuale dell'atto che la vittima è costretta a subire.

inquadrebbene a dovere la reale natura del bene giuridico violato dai delitti sessuali⁴¹, ostando peraltro al riconoscimento delle violenze sessuali prive di contatto corporeo⁴². La nuova collocazione finirebbe quindi, secondo alcuni autori, per realizzare un paradossale regresso rispetto all'impostazione pre-riforma⁴³.

Sebbene questi rilievi critici siano senz'altro in parte condivisibili – vero è, in particolare, che la libertà sessuale appare certamente più riconducibile alla libertà morale che a quella personale –, essi sembrano lasciare sullo sfondo lo sforzo di una legge che, seppure con imprecisione, ha il merito di cristallizzare sul piano legislativo il messaggio che la libertà sessuale si configura come una libertà della persona, e non più come un interesse collettivo.

La ricollocazione dei reati sessuali nell'alveo di un nuovo capo, intitolato ai “Delitti contro la personalità sessuale” è stata recentemente proposta nell'ambito dell'articolato di riforma proposto dall'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, di cui si dirà nella parte finale del lavoro⁴⁴.

1.5.2 *La nuova fattispecie di violenza sessuale*

L'aspetto senz'altro più qualificante della riforma in esame è l'accorpamento, nel nuovo delitto di violenza sessuale, delle previgenti ipotesi di violenza carnale (art. 519 c.p.) ed atti di libidine violenti (art. 521 c.p.). L'accorpamento, in particolare, è realizzato attraverso la coniazione della categoria generale “atti sessuali”, su cui si incentra la nuova fattispecie. Prima di passare al vaglio i problemi ermeneutici emersi dalla nuova disciplina, pare opportuna una panoramica sulla nuova fattispecie.

L'art. 609 *bis* c.p. incrimina, al primo comma «chiunque, con violenza, minaccia o mediante abuso di autorità, costringe taluno a compiere o subire atti sessuali» – cosiddetta violenza sessuale *per costrizione*; al secondo comma è, viceversa, punito «chi induce taluno a compiere o subire atti sessuali 1) abusando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona al momento del fatto; 2) traendo in inganno la persona per essersi il colpevole sostituito ad altra persona» – cosiddetta violenza sessuale *per induzione*.

⁴¹ In questo senso MANTOVANI, *cit.*, 358.

⁴² Di quest'avviso BIAGGIONI, *Reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale, tra esigenze reali e stereotipi*, in *Donne e violenza stereotipi culturali e prassi giudiziarie*, a cura di PECORELLA, Torino, 2021, 62.

⁴³ FIANDACA, MUSCO, *cit.*, 2002, 234.

⁴⁴ V. *Infra*, Cap. IV. § 2.1.

A far da contraltare all'unificazione delle fattispecie viene introdotta, al terzo comma dell'art. 609 *bis* c.p., una circostanza attenuante che consente di ridurre la pena fino a due terzi nei casi di minore gravità.

Si tratta di una misura pensata per consentire al giudice una maggior discrezionalità nella graduazione della risposta sanzionatoria proprio in ragione della eterogeneità di condotte riconducibili alla fattispecie in esame.

E ancora, all'art 609 *ter* c.p. è prevista una serie di circostanze aggravanti di natura eterogenea per i fatti puniti dall'art. 609 *bis* c.p., (cui se ne sono aggiunte diverse con le riforme intervenute in materia di reati sessuali dal 1996 ad oggi).

Sul piano della procedibilità, ai sensi dell'art. 609 *septies* c.p., la violenza sessuale è punibile a querela della persona offesa. Il termine di proposizione – più lungo dell'ordinario – era di sei mesi, ma è stato esteso a un anno dal cosiddetto Codice Rosso (l. n. 69/2019). Una volta presentata, la querela è irrevocabile. La norma in parola disciplina, altresì, casi tassativi in cui si procede d'ufficio: quando la violenza sessuale è commessa in danno di un minorenne (meno di 18 anni); quando l'autore è l'ascendente, il genitore (anche adottivo) o il suo convivente, il tutore o altra persona cui il minore è affidato per ragioni di cura, educazione, istruzione, vigilanza o custodia, ovvero che con lui conviva; nonché, infine, quando l'autore è un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio e agisce nell'esercizio delle funzioni; infine, quando il fatto è connesso con un altro delitto per il quale si deve procedere d'ufficio

1.5.3 *L'unificazione delle fattispecie*

La *ratio* della scelta unificatrice risiede anzitutto nel fine di evitare il mortificante processo di vittimizzazione secondaria che di norma accompagnava i procedimenti relativi ad aggressioni sessuali. Con la creazione di una categoria unica si mirava superare l'esigenza di verificare minuziosamente se fosse avvenuta o meno la penetrazione – elemento di discrimine fra le due fattispecie anteriforma – nell'ottica di «porre la vittima al riparo da comportamenti e indagini non dirette esclusivamente ad accertare la mancanza di consenso e che pongono la vittima nella condizione di dover subire una nuova violenza di carattere morale»⁴⁵.

L'unificazione intendeva, inoltre, affrancare la disciplina da anacronistici connotati pubblicistici. Se in passato era coerente e logico che la penetrazione fosse di maggior turbamento per gli interessi collettivi tutelati a causa della particolare rilevanza che assumeva

⁴⁵ BERTOLINO, *I reati contro la libertà sessuale tra codice e riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1478.

il valore della verginità femminile⁴⁶, una disciplina che intende porre al centro della tutela la libertà sessuale del singolo non poteva che liberarsi di un simile criterio per la valutazione della gravità di un'offesa sessuale.

Tuttavia, la previsione in esame ha destato parecchie perplessità in parte della dottrina, riferibili da una parte alla nozione di atti sessuali, dall'altra alla "scelta unificatrice" in senso lato.

Per quanto riguarda le prime, ciò che viene denunciato – sinteticamente – è il contrasto della nozione di atti sessuali con il principio di tassatività, causato dall'impossibilità di ancorare la nozione a parametri univoci ed oggettivi che consentano di individuare con precisione quando un atto possa definirsi sessuale. Tale impossibilità si dovrebbe al fatto che il carattere sessuale di un atto dipenderebbe in buona parte da parametri culturali e sociali, potenzialmente variabili a seconda del contesto ordinamentale di riferimento. Tizio, ad esempio, proveniente da un *background* culturale diverso da quello di riferimento (prendiamo il contesto ordinamentale italiano) potrebbe non attribuire valenza sessuale all'atto di baciare sulla bocca Caia, appena presentatagli⁴⁷.

Nel tentativo di ricostruire la portata della nozione in esame, si sono fronteggiate una molteplicità di letture, sia in dottrina sia in giurisprudenza⁴⁸.

A prevalere nel tempo è stato un paradigma di atto sessuale che, nel tentativo di raggiungere un grado sufficiente di oggettività, qualifica come sessuale «l'atto che realizzi un contatto corporeo con zone erogene – sia pure fugace ed estemporaneo – individuate attraverso il ricorso alle elaborazioni della scienza medica, psicologica, sociologica e antropologica»⁴⁹. È però opportuno segnalare che in recenti pronunce si è riscontrata la presenza di violenza sessuale anche in assenza di un contatto fisico tra vittima ed agente, rivestendo primaria importanza il fatto che «gli atti sessuali coinvolgessero la corporeità sessuale della persona offesa e fossero finalizzati e idonei a compromettere il bene primario della libertà individuale nella prospettiva di soddisfare o eccitare il proprio istinto sessuale»⁵⁰. Si tratta, del resto, di una interpretazione del tutto aderente con la lettera della legge, che adottando l'ampia formulazione

⁴⁶ In una dimensione in cui la donna è chiamata a congiungersi nei soli confini del matrimonio, la verginità si configurava come valore di primaria importanza. BIAGGIONI, *cit.*, 64.

⁴⁷ L'esempio è tratto da BALBI, *Violenza sessuale*, in *Enc. Giur.*, Agg., VII, Roma, 1999, 264.

⁴⁸ Per un approfondimento in merito a tali indirizzi si veda ROMANO, *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, Padova, 2013, 103.

⁴⁹ BALBI, *Tutela della libertà e dignità sessuale*, in *Diritto penale. Parte speciale*², a cura di PULITANÒ, I, TORINO, 2014, 265. Più esaurientemente MANTOVANI, *cit.*, 368.

⁵⁰ Cass. pen. 8 settembre 2020, n. 25266.

«compiere o subire atti sessuali» consente di ricomprendere nel perimetro applicativo della fattispecie anche i casi in cui il contatto corporeo con l'agente venga a mancare⁵¹.

Le critiche relative alla scelta unificatrice si possono dividere in due principali filoni. Anzitutto, alcuni autori sostengono che l'obiettivo principale che l'unificazione intendeva perseguire – la tutela del soggetto passivo dalla vittimizzazione secondaria nel procedimento penale – non sarebbe comunque raggiunto, dato che una precisa ricostruzione dell'accaduto sarebbe comunque necessaria ai fini della commisurazione della pena (art. 133 c.p.) e della valutazione della gravità del fatto per la concessione dell'attenuante di cui al terzo comma dell'art. 609 *bis* c.p.⁵².

Si sostiene poi che l'unificazione porterebbe ad un contrasto con i principi di offensività e colpevolezza. In particolare, il contrasto deriverebbe dalla sottoposizione al medesimo severo regime sanzionatorio di una gamma eterogenea di condotte che spazia da «fatti gravi a fatti prossimi alla dimensione bagatellare»⁵³. La previsione dell'attenuante dei casi di minore gravità, che per alcuni sarebbe sufficiente a ridimensionare il problema⁵⁴, per altri non lo risolverebbe, perché oltre a lasciare troppa discrezionalità nelle mani dei giudici, risulterebbe una soluzione inefficace in tutti quei casi in cui il bilanciamento con le aggravanti riporti alla pena base un caso di minore gravità⁵⁵.

Alla luce di queste osservazioni, si sono levate voci che auspicano un ritorno alla configurazione anteriforma, con due fattispecie distinte, come in passato, in base alla presenza di penetrazione⁵⁶.

Prevedere due fattispecie distinte sulla base della penetrazione equivale ad affermare sul piano legislativo – e quindi generale ed astratto, assoluto – che un'aggressione sessuale senza penetrazione è necessariamente meno grave, mentre la gravità dell'aggressione sessuale, come affermato a più riprese dalla Cassazione, in relazione alla concessione dell'attenuante della minore gravità, deve essere valutata alla luce dell'intensità della lesione della libertà sessuale, «tenendo conto del grado di coartazione esercitato sulla vittima, delle sue condizioni fisiche e mentali, delle caratteristiche psicologiche valutate in relazione all'età»⁵⁷.

⁵¹Lo afferma, fra gli altri, FIANDACA, *Violenza sessuale*, in *Enciclopedia del diritto*, 2000, 1158.

⁵²Così BERTOLINO, *cit.*, 1479.

⁵³FIANDACA, *cit.*, 2000, 1160.

⁵⁴ROMANO, *Delitti*, *cit.*, 100.

⁵⁵Di quest'avviso FIANDACA, *cit.*, 2000, 1161.

⁵⁶In questo senso ROMANO, *Proposte di riforma nei delitti contro la sfera sessuale della persona*, in *Dir. pen. cont.*, 2018; BALBI, *I reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale in una prospettiva di riforma*, in *Sistema penale*, 2020.

⁵⁷La giurisprudenza sul tema è abbondante. Si veda, per tutte: Cass. pen. 18 dicembre 2019, n.8337.

Come giustamente sottolineato da altra parte della dottrina, la rigida bipartizione che vede da una parte lo stupro violento e dall'altra i baci rubati e i tocamenti fugaci – posta a sostegno del ritorno alla duplice fattispecie – rappresenta una visione edulcorata e stereotipata della realtà delle aggressioni sessuali, invece ben più complessa e non incasellabile nella dicotomia penetrazione – non penetrazione⁵⁸.

Lo sdoppiamento delle fattispecie in parola è stato, da ultimo, riproposto nell'ambito del già menzionato articolato del gruppo di lavoro dell'A.I.P.D.P.⁵⁹.

Per quanto l'attuale formula "atti sessuali" presenti effettivamente un certo livello di indeterminatezza, per usare le parole di Fiandaca, «la difficoltà di definire e circoscrivere il significato di atto sessuale con precisione tassonomica costituisce un limite strutturale anche per il più accorto dei legislatori» e il ritorno alla tipizzazione di due fattispecie distinte sulla base della penetrazione non sembra essere una soluzione efficace o adeguata al problema⁶⁰.

1.5.4 *La violenza sessuale per costrizione*

Per quanto concerne la figura della violenza sessuale per costrizione, prevista dal comma 1 dell'art. 609 *bis* c.p., il profilo di maggior interesse è relativo alla scelta del legislatore di optare per una soluzione di continuità con il passato, mantenendo anche nella nuova formulazione il requisito della costrizione mediante violenza, minaccia o abuso di autorità⁶¹.

Parte della dottrina penalistica, già negli anni precedenti l'approvazione della riforma, aveva sottolineato l'inadeguatezza del requisito della costrizione, suggerendo l'opportunità di adottare una disciplina incentrata sul mero dissenso della vittima.

In questo senso, fra gli altri, Padovani, nel 1989, sottolineava dapprima l'incongruenza fra le fattispecie di violazione di domicilio – che richiede, per il suo perfezionamento, la sola volontà contraria del proprietario dell'abitazione – e violenza sessuale (al tempo violenza carnale) che, al contrario, prevede che l'atto sessuale sia realizzato mediante violenza o minaccia. Proseguiva, poi, con una lucida analisi di «vicende normative ormai sepolte

⁵⁸ In questo senso efficacemente, BIAGGIONI, *cit.*, 65.

⁵⁹ Sul punto v. *Infra*, Cap IV. § 2.2.

⁶⁰ Anche perché, come sottolinea BIAGGIONI, *Consenso e tipizzazione delle condotte nei reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale tra esigenze reali e stereotipi*, in *Osservatorio sulla violenza contro le donne n. 1/2020, Sistema penale*, 2020, la proposta in esame prevede come seconda fattispecie meno grave – rubricata aggressioni sessuali – la punibilità di "atti oggettivamente sessuali", formula che non sembra affatto risolvere il problema dell'indeterminatezza.

⁶¹ Quest'ultima modalità costrittiva, introdotta dalla riforma in sostituzione dell'abrogato art. 520 c.p., disciplina le ipotesi in cui il soggetto attivo costringa la vittima all'atto sessuale strumentalizzando una posizione di supremazia.

nell'oblio, ma inconsapevolmente perpetuate, in un modo peraltro indecifrabile, nella trama dei delitti contro la libertà sessuale quali sono recepiti nell'esperienza giuridica moderna», riferendosi a quella concezione pubblicistica di sessualità che ha per lungo tempo animato e guidato la disciplina dei reati sessuali⁶².

Nella direzione della valorizzazione del consenso si orientava anche il progetto di riforma del codice penale della Commissione Pagliaro del 1992, che all'art. 71, rubricato "stupro", ipotizzava di incriminare «chi contro la volontà di una persona, si congiunge sessualmente con essa, o compie atti di identico significato offensivo», relegando le modalità costrittive – violenza, minaccia e abuso delle mansioni di pubblico agente – a circostanze aggravanti. Similmente, il progetto di legge n. 1434, redatto dall'associazione Telefono Rosa e presentato dalle deputate Melandri e Amici nel 1994, proponeva all'art. 4, anche qui rubricato "stupro", l'incriminazione di «chiunque, contro la volontà della persona, anche se coniuge o convivente, si congiunge carnalmente con essa o compie atti di medesimo significato offensivo».

Non sono però mancate voci contrarie all'adozione di una disciplina "consensualistica". Così, ad esempio, Fiandaca, nel 1993 – dopo aver riconosciuto l'inecepibilità «su un piano teorico–astratto» della critica al requisito delle modalità coartative della violenza e della minaccia (allora previste all'art. 519 c.p.), e della conseguente opportunità di adottare una disciplina incentrata sul solo dissenso della vittima – evidenziava come una simil proposta si scontrerebbe con significative difficoltà sul versante pratico. Segnatamente, partendo dal presupposto che «la seduzione si avvale tutt'oggi (e probabilmente continuerà ad avvalersi in futuro) di rituali e segnali inevitabilmente ambigui, di tecniche di dissimulazione, che espongono i *partners* al rischio di facili fraintendimenti», lo studioso ravvisava una difficoltà nell'assumere il dissenso a presupposto dell'illiceità del fatto, essendo ben possibile che «un dissenso manifestato a parole o in forma remissiva sottintenda piuttosto una mossa tattica o una difesa apparente dettata dalle convenzioni o – peggio ancora – un astuto e sleale calcolo preordinato a strumentalizzare la denuncia penale di un falso stupro»⁶³.

La scelta conservativa del legislatore di mantenere il requisito della costrizione non può che spiegarsi come un *mix* di ambedue gli argomenti qui riportati: da una parte, la – più o meno consapevole – riproposizione di familiari modelli normativi appartenenti al passato; dall'altra, un'angosciosa preoccupazione legata alla più volte evocata intrinseca ambiguità che

⁶² PADOVANI, *cit.*, 1301

⁶³ FIANDACA, *cit.*, 1993, 961.

connoterebbe la manifestazione del consenso alle attività sessuali. Il timore, insomma, sarebbe quello di «scambiare per consenso estorto un travagliato consentimento»⁶⁴.

Un'ultima nota: con la nuova formulazione della fattispecie, la condotta costrittiva ha ad oggetto il fatto di «compiere o subire» atti sessuali. Questa scelta consente di rendere tipiche anche le ipotesi in cui il soggetto passivo, anziché subire un atto sessuale posto in essere dall'autore, viene costretto a compierlo su sé stesso⁶⁵.

1.5.5 *La violenza sessuale per induzione*

Come si accennava, al comma 2 dell'art. 609 *bis* c.p. è disciplinata la violenza sessuale "induttiva". Il legislatore, con la prima sottofattispecie – l'induzione mediante abuso delle condizioni di inferiorità fisica o psichica al momento del fatto – ha inteso anzitutto liberare l'ordinamento di quella previsione assoluta che vedeva le persone portatrici di disabilità psichiche incapaci (in assoluto) di esprimere un consenso agli atti sessuali. Tale presunzione veniva realizzata attraverso il dettato del comma terzo dell'art. 519 c.p., che puniva il fatto di congiungersi con persona «malata di mente, ovvero incapace di resistere a cagione delle proprie condizioni di inferiorità fisica o psichica», incriminando così aprioristicamente ogni rapporto sessuale che vedesse coinvolte persone portatrici di disabilità psichiche. La nuova disciplina, viceversa, attribuisce rilevanza solo a quei casi in cui l'autore abusi delle condizioni di inferiorità del soggetto, inducendolo al compimento di un atto sessuale che – in assenza dell'abuso – non avrebbe compiuto.

La nuova formulazione della fattispecie, in cui viene meno del richiamo alla «malattia di mente», consente poi di ricomprendere più agevolmente, oltre ai casi in cui la vittima sia affetta da patologie invalidanti, tutte le altre ipotesi in cui essa versi in uno stato di inferiorità psichica temporanea, perché ad esempio sotto gli effetti dell'alcol o di sostanze stupefacenti.

Venendo alla condotta incriminata, essa si sostanzia nell'induzione mediante l'abuso delle condizioni di inferiorità. L'induzione è stata definita come un'«attività di pressione morale, a carattere persuasivo o suggestivo, volta ad influire sul processo di formazione dell'altrui volere, determinando il destinatario al comportamento avuto di mira»⁶⁶.

Infine, la legge n. 66 del 1996 ripropone al comma secondo n. 2), il caso di scuola dell'inganno con sostituzione di persona, punendo l'autore di un atto sessuale ottenuto «traendo

⁶⁴ FIANDACA, *cit.*, 1993, 961.

⁶⁵ FIANDACA, *cit.*, 2000, 1158

⁶⁶ BALBI, *Tutela, cit.*, 269.

in inganno la persona offesa per essersi il colpevole sostituito ad altra persona», senza apportare innovazioni rispetto alla previgente disciplina.

1.6. *La Convenzione di Istanbul e le riforme in materia di violenza di genere.*

Nell'ultimo ventennio si è assistito ad un crescendo nella sensibilizzazione sociale rispetto alle tematiche di genere e della violenza di genere, come del resto testimoniano le diverse riforme intervenute in materia.

Ci si riferisce, segnatamente, alla “legge contro la pedofilia” (legge 3 agosto 1998, n. 269); alla legge 9 gennaio 2006, n. 7 recante “Disposizioni concernenti la prevenzione e il divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile”; alla legge 23 aprile 2009, n. 38⁶⁷ che ha introdotto il reato di atti persecutori; alla legge 15 ottobre 2013, n. 119 (cosiddetta “legge sul femminicidio”), per arrivare, infine, alla legge 19 luglio 2019, n. 69 (cosiddetto “Codice Rosso”).

Sul piano sovranazionale, la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica – comunemente nota come Convenzione di Istanbul –, sottoscritta l'11 maggio 2011 a Istanbul, ratificata dall'Italia con la legge 27 giugno 2013, n. 77 ed entrata in vigore il 1° agosto 2014 riveste una posizione di preminenza nel contrasto alla violenza di genere: si tratta del primo strumento internazionale giuridicamente vincolante nei confronti degli Stati firmatari in materia di protezione dei diritti delle donne e di lotta alle discriminazioni di genere⁶⁸.

La Convenzione parte dal presupposto che «la violenza contro le donne è una manifestazione dei rapporti di forza storicamente diseguali tra i sessi», ne riconosce «la natura strutturale» in quanto «basata sul genere» e la definisce come «qualsiasi violenza diretta contro una donna in quanto tale, o che colpisce le donne in modo sproporzionato».

A fronte di questa illuminata premessa, la Convenzione propone un approccio alla violenza di genere e alla violenza domestica che, lungi dal limitarsi alla sola risposta penale, vincola gli Stati all'adozione di misure preventive, di protezione nei confronti delle vittime, repressive, nonché all'adozione di politiche nazionali efficaci, globali e coordinate.

Il condivisibile messaggio che emerge con forza dalla Convenzione è che una lotta efficace alla violenza di genere deve necessariamente partire da un contrasto alla radicata

⁶⁷ Legge di conversione del d.l. contenente “Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori”.

⁶⁸ VITARELLI, *cit.*, 4.

cultura maschilista che ancora oggi, nonostante i progressi, resta ben ancorata alle radici della società. In questa prospettiva vengono predisposte al Cap. III della convenzione diverse misure di sensibilizzazione, educazione e formazione alle tematiche di genere destinate sia al vasto pubblico che alle figure professionali.

Venendo agli aspetti di maggior interesse nella prospettiva di questo lavoro, fondamentale importanza riveste l'art. 36, con il quale la Convenzione vincola gli Stati membri all'«adozione di misure legislative o di altro tipo necessarie per perseguire penalmente i responsabili dei seguenti comportamenti intenzionali:

- a) atto sessuale non consensuale con penetrazione vaginale, anale o orale compiuto su un'altra persona con qualsiasi parte del corpo o con un oggetto;
- b) altri atti sessuali compiuti su una persona senza il suo consenso;
- c) il fatto di costringere un'altra persona a compiere atti sessuali non consensuali con un terzo.»

Al comma secondo, la Convenzione specifica che «il consenso deve essere dato volontariamente, quale libera manifestazione della volontà della persona, e deve essere valutato tenendo conto della situazione e del contesto», mentre al comma terzo viene specificato che è necessario che «le disposizioni del paragrafo 1 si applichino anche agli atti commessi contro l'ex o l'attuale coniuge o partner, quale riconosciuto dalla legislazione nazionale».

Non v'è dubbio, dunque, sul fatto che l'art. 36 della Convenzione vincoli chiaramente gli Stati membri della Convenzione all'adozione di una disciplina di violenza sessuale imperniata sul mancato consenso della vittima. Tale obbligo, però, risulta ad oggi inadempito dallo Stato italiano: la fattispecie che incrimina la violenza sessuale nel nostro ordinamento, come si è più volte detto, richiede ancora la costrizione della vittima all'atto sessuale attraverso violenza, minaccia o abuso di autorità.

Il dossier⁶⁹ redatto dal Servizio Studi della Camera dei deputati nella XVII Legislatura sull'attuazione della Convenzione nell'ordinamento interno, sul punto non fornisce alcun chiarimento: nel commentare lo stato di attuazione dell'art. 36, si limita a riportare lo stato dell'arte della normativa interna, senza alcuna menzione al palese vincolo legislativo imposto dalla Convenzione.

Né la “legge sul femminicidio”, né il “codice rosso” introducono modifiche in questo senso alla disciplina.

⁶⁹ Il testo completo del dossier è reperibile sul sito web della Camera dei deputati.

Esse si limitano, piuttosto, alla introduzione di nuove fattispecie di reato⁷⁰ e di circostanze aggravanti; all'inasprimento del regime sanzionatorio⁷¹; all'estensione del termine di proposizione della querela, nonché all'introduzione di diverse previsioni poste a tutela della vittima⁷².

Da ultimo, a rilevare la mancata introduzione di una disciplina in chiave consensualistica delle aggressioni sessuali è anche il GREVIO⁷³, che nel suo primo *report* sullo stato di implementazione della Convenzione in Italia, al punto 191, «*strongly encourages the Italian authorities to consider amending their legislation to base the offence of sexual violence on the notion of freely given consent as required by Article 36, paragraph 1, of the Istanbul Convention*»⁷⁴.

Nella direzione di un adempimento dell'obbligo internazionale in parola si muovono le recentissime proposte di legge oggi al vaglio della Commissione Giustizia, di cui si dirà ampiamente nel prosieguo della trattazione.

2. *Violenza sessuale e consenso*

Così tratteggiate le ragioni culturali e giuridiche che fanno da sfondo all'attuale assetto normativo diviene possibile affrontare con più consapevolezza il tema del ruolo del consenso della persona offesa nella violenza sessuale.

Come più volte anticipato, l'art. 609 *bis* c.p., nonostante le molteplici riforme che hanno interessato i reati sessuali negli ultimi decenni, prevede ancora oggi, fra gli elementi costitutivi del reato, la costrizione mediante violenza, minaccia o abuso di autorità finalizzata all'ottenimento dell'atto sessuale.

⁷⁰ Il Codice Rosso, in particolare, ha introdotto le fattispecie di *revenge porn* (art. 612 *ter* c.p.); di deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso (art. 583 *quinquies* c.p.); di costrizione al matrimonio (art. 558 *bis* c.p.); e, infine, di violazione dei provvedimenti di allontanamento dalla casa familiare e del divieto dei luoghi frequentati dalla persona offesa (art. 387 *bis* c.p.).

⁷¹ Il Codice Rosso, ad esempio, ha aumentato la cornice edittale sia della violenza sessuale (ora punita con una forbice edittale che va dai sei ai dodici anni, in luogo della precedente da cinque a dodici), sia della violenza sessuale di gruppo (art. 609 *octies*), punita ora con una pena che va dagli otto ai quattordici anni.

⁷² Si pensi, fra le altre, alla misura dell'allontanamento urgente dalla casa familiare, all'ammonimento del questore e al gratuito patrocinio a spese dello Stato, anche superati i limiti di reddito previsti dalla legge.

⁷³ L'acronimo sta per "Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence". Si tratta del gruppo di esperti indipendenti del Consiglio d'Europa incaricato di monitorare l'attuazione della Convenzione negli Stati che l'hanno ratificata.

⁷⁴ Per la versione italiana: GREVIO, *Rapporto di valutazione (di base) sull'Italia*, 13 gennaio 2020, con nota di CARDINALE, *Il rapporto del GREVIO sull'applicazione in Italia della Convenzione di Istanbul: il lavoro ancora da fare*, in *Criminal Justice Network*, 2021.

Le origini della previsione sono state considerate nel capitolo precedente: un ordinamento che subordina la sessualità ad interessi pubblicistici, che limita la libertà sessuale del singolo attraverso precetti etici e morali, incriminando un rapporto sessuale consensuale perché offensivo del buon costume e dell'ordine delle famiglie, ben si comprende come possa fare della donna la prima "custode" di interessi pubblici che non rientrano nella sua disponibilità, accordandole la tutela penale nel solo caso in cui dimostri di aver opposto una congrua resistenza⁷⁵ ad un rapporto intrinsecamente illecito.

Tuttavia, disancorata dal contesto ideologico-culturale in cui nasce, e, inserita nel contesto di una disciplina ispirata a valori democratici e liberali, che intende tutelare la libertà sessuale in un'ottica esclusivamente personalistica, libera dal substrato pubblicistico che per lungo tempo l'ha contraddistinta, la previsione in esame «sopravvive come un'autentica assurdità»⁷⁶.

La dottrina riconosce pacificamente che la disposizione, nella sua formulazione attuale, finisce con il porre in capo alla vittima un "onere di resistenza"⁷⁷. Il problema si pone in questi termini: nel momento in cui la fattispecie richiede che l'autore ricorra alla violenza o alla minaccia, la vittima è costretta – perché il fatto rientri nel perimetro applicativo dell'art. 609 *bis* c.p. – a opporre un certo grado di resistenza all'approccio sessuale indesiderato subito, cosicché l'autore debba effettivamente ricorrere alla costrizione e la fattispecie possa dirsi integrata in tutti i suoi elementi costitutivi.

Viceversa, se la vittima, seppur dissenziente, non oppone resistenza – la casistica, come si vedrà nel prosieguo, è piuttosto variegata – rendendo così superfluo il ricorso alla costrizione per ottenere l'atto sessuale, il fatto non potrebbe assumere rilievo penale, difettando un elemento costitutivo della fattispecie⁷⁸.

In questa prospettiva, la fattispecie, nell'odierna formulazione, finisce per introdurre una sorta di presunzione legislativa di consenso agli atti sessuali: l'unica reazione possibile, di fronte a un atto sessuale non voluto, è la resistenza, che rende a sua volta necessario il ricorso alla costrizione, determinando la rilevanza penale del fatto. L'assenza di resistenza, allo stato attuale della normativa, equivale a un consenso all'atto sessuale.

⁷⁵ MANTOVANI, *cit.*, 359. Per le ragioni che hanno indotto il legislatore del 1996 a non modificare la disciplina, v. *supra*, Cap. I. § 1.5.4.

⁷⁶ MANTOVANI, *cit.*, 359.

⁷⁷ Cfr., per tutti, MANTOVANI, *cit.*, 359; BALBI, *cit.*, 267.

⁷⁸ Si veda, ad esempio, BALBI, *cit.*, 267.

2.1. *La giurisprudenza più risalente e la “vis grata puellae”.*

Il “grado di resistenza” richiesto dalla giurisprudenza alla vittima è significativamente variato nel corso del tempo, evolvendosi di pari passo al mutamento della sensibilità sociale sulla libertà sessuale.

Per buona parte del secolo scorso – le ultime tracce sono scomparse intorno agli anni ‘80 – nella giurisprudenza italiana era invalsa un’interpretazione che trova la sua sintesi in un verso di Ovidio, non di rado citato nelle pronunce del tempo: «*vim licet appelles: grata est vis ista puellis: quod iuvat, invitae saepe dedisse volunt*», – «chiamala pure violenza! Questa violenza piace alle donne: vogliono dare come per forza, ciò che a loro piace».

Si presumeva, insomma, che un certo grado di violenza sarebbe in realtà gradito alla donna, che dovendosi mostrare pudica e ritrosa, disinteressata alla sessualità, non potrebbe rispondere positivamente fin da subito all’*avances* sessuali dell’uomo, ma dovrebbe, viceversa, opporre un dissenso di facciata, di modo da non sembrare spudorata, nascondendo però la volontà che l’uomo lo superi con la giusta dose di “aggressività sessuale”.

Ed ecco allora che, per affermata giurisprudenza della Cassazione, «non può raffigurarsi violenza in quella necessaria a vincere la naturale ritrosia femminile, la *vis grata puellae*, destinata a crollare al primo squillo di tromba come le mura di Gerico»⁷⁹.

Ad assumere rilievo penale era quindi la sola *vis atrox*, quella violenza «in concreto idonea a vincere il dissenso effettivo, che non sia soltanto la mera ritrosia naturale del soggetto passivo»⁸⁰. La violenza, in sostanza, doveva sfociare in una «lotta strenua capace di lasciare segni sul corpo» e doveva protrarsi per tutta la durata del rapporto⁸¹.

Le ultime tracce di questo filone interpretativo risalgono, come si accennava, agli anni ‘80 – ‘90. Così, ancora nel 1982, per il Tribunale di Bolzano, in un caso che vedeva come persona offesa una giovane donna che aveva chiesto a due ragazzi da poco incontrati in un locale di riaccompagnarla a casa: «Qualche iniziale atto di forza o di violenza da parte dell’uomo non costituisce violenza vera e propria, dato che la donna soprattutto fra la popolazione di bassa estrazione sociale e scarso livello culturale, vuole essere conquistata anche con le maniere rudi, magari per crearsi una sorta di alibi al cedimento ai desideri dell’uomo»⁸².

⁷⁹ Per tutte Cass. pen. 20 febbraio 1967, n. 254.

⁸⁰ L’efficace descrizione è presa dalla nota a Trib. Bolzano 30 giugno 1982 di CERQUA, *Considerazioni in tema di violenza carnale*, in *Giur. merito*, 1984, 136.

⁸¹ FIANDACA, *cit.*, 1993, 961.

⁸² Trib. Bolzano, 30 giugno 1982, *cit.*, 136.

Più recentemente, a richiamare questo tipo di interpretazione, ormai quasi del tutto superata, è stata la tristemente nota “sentenza dei jeans”⁸³, con la quale la Cassazione nel 1998 ha annullato il provvedimento di condanna emesso dalla Corte d’Appello di Napoli nei confronti di un istruttore di guida imputato di aver coartato una sua studentessa a subire un rapporto sessuale completo. In particolare, la Corte non ha ritenuto credibili le dichiarazioni della persona offesa, alla luce del fatto – ed ecco tornare la *vis grata* – che «non sono stati riscontrati segni di una colluttazione tra i due o comunque di una vigorosa resistenza della ragazza al suo aggressore»⁸⁴.

La sentenza in esame è un infelice testimonianza dei falsi miti e degli stereotipi che troppo spesso abitano, ancora oggi, le sentenze in materia di reati sessuali. La Corte, infatti, oltre a richiamare l’argomento della *vis grata*, fonda il suo giudizio di non credibilità delle dichiarazioni della persona offesa sulla base di numerose credenze figlie di una mancata preparazione in materia, affermando, ad esempio – in risposta alla Corte d’Appello che spiegava il ritardo nella denuncia alla luce del senso di colpa e della vergogna in cui versava la vittima – che «non si vede infatti quale vergogna o senso di colpa la (...) potesse avvertire, se effettivamente vittima di una violenza carnale, data la gravità di un tale fatto»⁸⁵; oppure, sempre ribattendo a un argomento addotto nella sentenza della Corte d’Appello – secondo cui la mancata resistenza della vittima era dettata dal timore di subire gravi offese alla sua incolumità fisica – affermava che «è illogico affermare che una ragazza possa subire supinamente uno stupro, che è una grave violenza alla persona, nel timore di patire altre ipotetiche e non certo più gravi offese alla propria incolumità fisica»⁸⁶.

Il progressivo mutamento che ha interessato le vedute sociali sulla sessualità ha colpito di riflesso anche l’approccio della giurisprudenza, tanto che, come si è accennato, nell’ultimo ventennio del secolo scorso, parallelamente alle ultime pronunce che riproponevano l’adagio della *vis grata puellae*, si affiancavano sentenze che, pur continuando a richiedere l’esternazione di una resistenza attiva, affermavano che «è da respingere l’arcaica concezione secondo la quale non sarebbe concepibile un congiungimento non voluto con una donna adulta se non dopo una strenua ed evidente lotta. Ad un primo momento di resistenza vera e propria

⁸³ Si tratta di Cass. pen. 6 novembre 1998, n. 1636 – si veda anche la nota di BERTOLINO, *Libertà sessuale e blue-jeans*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 694. La sentenza prende il nome da uno dei principali argomenti addotti dalla Corte nella valutazione della credibilità della vittima: «è un dato di comune esperienza che è quasi impossibile sfilare anche in parte i jeans di una persona senza la sua fattiva collaborazione, poiché trattasi di una operazione che è già assai difficoltosa per chi li indossa».

⁸⁴ Cass. pen. 6 novembre 1998, n. 1636.

⁸⁵ Cass. pen. 6 novembre 1998, n. 1636.

⁸⁶ Cass. pen. 6 novembre 1998, n. 1636.

può infatti subentrare un trauma emotivo tale non solo da far venir meno ogni forza di reazione e ogni volontà oppositiva, ma anche nella parte finale della violenza, da favorire l'atto della penetrazione per sottrarvisi il prima possibile»⁸⁷.

Nello stesso senso la Suprema Corte, in una pronuncia di ben undici anni antecedente alla sentenza dei *jeans* riportata *supra*, aveva sostenuto che «il delitto di violenza carnale sussiste non solo quando vi sia stata una lotta strenua capace di lasciare segni sulla vittima, ma anche quando questa si sia concessa solo per porre termine ad una situazione per lei angosciata ed insopportabile, poiché tale tipo di consenso non è libero consenso, bensì consenso coatto, che ricade sotto la nozione di violenza di cui all'art. 519 c.p.»⁸⁸.

Si assiste così a una prima evoluzione, ad opera della giurisprudenza di legittimità, nell'interpretazione dell'onere di resistenza imposto dalla fattispecie, che da resistenza strenua, cui deve necessariamente fare da contraltare una violenza capace di lasciare segni sul corpo e perdurante per tutta la durata dell'aggressione, diviene una – comunque necessaria – resistenza che può, però, anche limitarsi alla fase iniziale dell'atto, essendo “concesso” alla donna di soggiacere allo stesso per porre fine quanto prima possibile all'aggressione⁸⁹.

2.2. *La violenza tra dottrina e giurisprudenza di Cassazione*

Nella dottrina penalistica la violenza viene storicamente intesa – fatte salve le precisazioni che seguiranno⁹⁰ – come «un'esplicazione di energia fisica diretta a piegare la volontà o a vincere la resistenza del soggetto nei cui confronti viene esercitata». Con specifico riferimento alle aggressioni sessuali, la violenza dovrebbe tradursi in un costringimento fisico capace di «limitare la libertà di autodeterminazione della vittima, facendole subire un atto che in altre condizioni non sarebbe stato compiuto».

⁸⁷ Così la Corte d'Appello di Milano in un caso che vedeva coinvolto un professore accusato di aver imposto un rapporto sessuale completo ad una studentessa. Così App. Milano, 18 maggio 1981, in *Riv. it. med. leg.*, 1981, 1094.

⁸⁸ Cass. pen. 16 novembre 1988, in *Riv. pen.* 1990, 565. Nella medesima pronuncia la Corte scardina anche diversi altri stereotipi invalsi nella giurisprudenza in materia di aggressioni sessuali, affermando, ad esempio, che «una donna ha diritto di vestirsi come crede e di lanciare, se vuole, messaggi erotici, ma ciò non autorizza alcuno a violentarla»; «L'orientamento secondo cui la congiunzione carnale violenta, realizzata dal coniuge a danno dell'altro coniuge, non ricadrebbe nella disciplina dell'art. 519 c.p. è erroneo, poiché non considera, affatto o nella debita misura, il rispetto dovuto alla persona quale soggetto autonomo e alla libera determinazione. Infatti, il rapporto di coniugio non degrada la persona di un coniuge ad oggetto di possesso dell'altro coniuge, sicché, qualora esso si riduca a violenza ai fini del “possesso del corpo” costituisce un fatto gravemente antigiuridico, che non può non trovare la sua sanzione nella norma dell'art. 519 cit.».

⁸⁹ In questo senso, Cass. pen. 10 dicembre 1990, in *Cass. pen.*, 1992, 1244.

⁹⁰ V. *infra*, Cap. I. § 2.3.

La minaccia, invece, nella violenza sessuale viene tradizionalmente definita come una «manifestazione del proposito condizionato di arrecare un danno qualora la persona presa di mira non consenta alla congiunzione carnale», e dev'essere altresì seria e credibile. Il male minacciato non deve necessariamente essere diretto al destinatario dell'intimidazione⁹¹.

Come è evidente, gli orientamenti giurisprudenziali finora presi in esame aderivano ad un concetto di costrizione di questo tipo, richiedendo, soprattutto sul fronte della violenza, che la stessa si estrinsecasse nel ricorso alla forza.

Tuttavia, tramontato il mito della *vis grata puellae*, il progressivo mutamento del sentire sociale iniziato sul finire del secolo scorso, in uno agli obblighi internazionali assunti dall'Italia negli anni più recenti, hanno imposto di garantire la repressione penale anche di una casistica in cui, pur in assenza di costrizione fisica o di minaccia, le concrete circostanze dell'aggressione rendessero inesigibile l'espressione di un dissenso da parte della persona offesa.

La Cassazione ha perseguito questo fine attraverso un processo interpretativo che la dottrina ha definito di «graduale “erosione” della costrizione violenta»⁹²: nelle pagine che seguono si ripercorreranno le principali tappe evolutive di questo orientamento giurisprudenziale, per poi dedicare uno spazio alle censure relative alle «tensioni immanenti con riserva di legge e divieto di analogia»⁹³ che questo tipo d'interpretazione, per una parte della dottrina, determinerebbe.

2.2.1 *Gli atti repentini e insidiosi.*

I primi esempi del filone giurisprudenziale in parola – le cui prime tracce risalgono agli anni '70 del secolo scorso – sono relativi ai cosiddetti atti repentini: è il caso – molto frequente nella casistica giurisprudenziale – di Tizia che, camminando sovrappensiero in strada, viene colta di sorpresa dal gesto dell'estraneo Caio, di cui non aveva notato la presenza, che improvvisamente le afferra o le dà una pacca su un gluteo⁹⁴. Ora, assumendo che per violenza s'intenda la sola estrinsecazione d'energia fisica, si tratterebbe certamente di un caso escluso dall'area applicativa dell'art. 609 *bis* c.p.: Caio, infatti, pur avendo posto in essere un gesto dall'indubbia connotazione sessuale non ha incontrato alcuna resistenza, e non ha, perciò, avuto bisogno di ricorrere né alla forza né alla minaccia, non avendo la persona offesa avuto il tempo

⁹¹ Per le definizioni in oggetto si veda FIANDACA, *cit.*, 1993, 960.

⁹² L'espressione è tratta da CALETTI, *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali. Profili storici, comparati e di diritto vivente*, 2024, liberamente accessibile su DisCrimen, 242.

⁹³ CALETTI, *cit.*, 242 ss.

⁹⁴ Ma le ipotesi sono svariate: si pensi al caso dei baci di sorpresa, degli sfregamenti, dei palpeggiamenti etc.

materiale di esternare il proprio dissenso. Tuttavia, allo stesso tempo, si tratta di un atto indiscutibilmente lesivo della libertà di autodeterminazione sessuale di Tizia, cui viene imposto un atto sessuale contro la sua volontà.

Nei passaggi motivazionali delle prime pronunce che riconoscono rilevanza penale degli atti repentini, la Cassazione, pur partendo dal presupposto che la punibilità della violenza sessuale (allora violenza carnale) richiede generalmente l'esternazione un dissenso “non inerte”, stabilisce, però, che ad esso «non può equipararsi la inerzia incosciente, cioè quello stato di inattività che dipende non dalla rinuncia ad una resistenza attiva nella consapevolezza della volontà dell'aggressore, ma dalla ignoranza assoluta della intenzione di lui» – ignoranza determinata, appunto, dalla repentinità del gesto dell'autore.

L'inerzia incosciente, dopodiché, viene equiparata alla resistenza attiva: «il rendere impossibile al soggetto passivo la conoscenza della propria intenzione delittuosa, rendendo così inoperante, con la rapidità di azione, la capacità di resistenza e annullando così la volontà contraria, equivale a costringere il soggetto a subire l'offesa»⁹⁵.

Più che discostarsi dalla concezione della violenza come impiego di forza fisica, la Cassazione, nella pronuncia in esame, si limita a equiparare la costrizione in senso tradizionale – attuata mediante minaccia o violenza fisica – e l'ipotesi in cui, per la repentinità dell'azione, non sia esigibile una resistenza effettiva dalla persona offesa. L'elaborazione di una vera e propria nozione di «violenza implicita» si avrà soltanto nei primi anni Duemila: a quel periodo risalgono le prime pronunce in cui la Cassazione riconosce che «la violenza richiesta dalla norma incriminatrice non è soltanto quella che pone il soggetto passivo nell'impossibilità di opporre tutta la resistenza voluta, tanto da concretarsi in un vero e proprio costringimento fisico, bensì anche quella che può manifestarsi nel compimento insidiosamente rapido dell'azione criminosa, consentendo in tal modo di superare la contraria volontà del soggetto passivo»⁹⁶.

La violenza, in particolare, in queste ipotesi sarebbe da rintracciare nella repentinità del gesto che vanificherebbe, prevenendola, qualsiasi forma di resistenza da parte della vittima⁹⁷.

Lo stesso schema argomentativo viene adottato dalla Cassazione in relazione al diverso caso – peraltro non raro nella casistica giurisprudenziale⁹⁸ – dell'operatore sanitario che

⁹⁵ Gli stralci riportati sono tratti dalla Cass. pen. 18 marzo 1971, n. 572, avente ad oggetto un caso in cui l'autore aveva repentinamente afferrato i genitali della vittima in un bagno pubblico.

⁹⁶ Cass. pen. 24 novembre 2000, n. 3990.

⁹⁷ Cass. pen. 30 marzo 2000, n. 1405.

⁹⁸ CADOPPI, *Sub art. 3 L. 15 febbraio 1996, n. 66*, in *Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*², a cura di CADOPPI, Padova, 1999, 72.

maschera da pratica terapeutica quello che in realtà altro non è che un atto sessuale⁹⁹. La violenza, in queste ipotesi, sarebbe insita nella creazione di una situazione ambientale – l'accertamento sanitario – capace di limitare significativamente le possibilità di resistenza della vittima che, ingannata dalla fiducia riposta nel sanitario, è portata inizialmente a ricondurre l'atto sessuale nella «sfera di liceità dell'indagine complessiva¹⁰⁰. In questa prospettiva, l'insidia produce lo stesso effetto dell'atto repentino, vanificando le possibilità di reazione della vittima¹⁰¹.

Si assiste così ad un primo allontanamento dalla tradizionale interpretazione per la quale la violenza, nei reati sessuali, può tradursi esclusivamente nell'estrinsecazione di un'energia fisica volta a coartare la volontà della vittima, allo scopo di farle subire un atto sessuale.

2.2.2 *Violenza sessuale e violenza domestica*

Un'altra ipotesi, frequente nella casistica giurisprudenziale e di rilievo per la ricerca, è relativa alle violenze sessuali commesse nel più ampio contesto delle relazioni maltrattanti.

In questi casi, le aggressioni sessuali si inseriscono in un quadro di soprusi, maltrattamenti e umiliazioni cui la vittima è costantemente sottoposta dal *partner*, spesso per lunghi periodi di tempo.

Il clima di opprimente sopraffazione finisce per determinare nella vittima uno stato di soggezione e diminuita resistenza, che la porta a subire gli approcci sessuali indesiderati del *partner* senza opporsi, nel timore delle più gravi violenze cui andrebbe incontro se esprimesse il suo dissenso. Spesso e volentieri l'autore non ha bisogno di ricorrere all'impiego di forza fisica o alla minaccia per ottenere l'atto sessuale voluto, proprio perché non incontra alcuna resistenza nella vittima.

⁹⁹ Si veda, ad esempio, Cass. pen. 9 aprile 1976 n. 3778, su un caso che vedeva coinvolte alcune donne che, nel corso di accertamenti sanitari, avevano subito degli atti sessuali credendoli necessari alla visita.

¹⁰⁰ Si veda, ad esempio, la nota a Cass. pen. 13 ottobre 2010 n. 43295 e Cass. pen. 22 febbraio 2010 n. 4974 di DELL'OSSO, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 1718.

¹⁰¹ L'atto insidioso del sanitario, ove sia provata la strumentalizzazione della posizione di preminenza viene dai più recenti orientamenti giurisprudenziali ricondotto nell'alveo dell'abuso di autorità, vista l'ormai consolidata (Cass. SS.UU. 16 luglio 2020 n. 27326) interpretazione che vede la modalità costrittiva in parola configurabile anche in presenza di una posizione di fatto e di natura privata. V., Cass. pen. 30 dicembre 2024 n. 47582: «la condotta del medico, il quale compie atti incidenti sulla sfera sessuale del paziente, dopo avergli consapevolmente fornito informazioni inesatte, reticenti o incomplete, così precludendo al medesimo l'effettivo esercizio del diritto fondamentale ad autodeterminarsi, integra gli estremi della violenza sessuale con abuso di autorità, perché strumentalizza la sua posizione di preminenza per costringere il soggetto passivo a subire tali atti».

Anche in questo caso, adottando una nozione di violenza che consta del solo costringimento fisico, non potrebbe che concludersi per l'irrelevanza penale del fatto, difettando l'elemento della costrizione.

Per questo motivo, la giurisprudenza di Cassazione, fin dai primi anni del 2000, ha sviluppato un orientamento interpretativo, poi consolidatosi nel corso del tempo, volto a garantire la rilevanza penale anche in queste ipotesi, certamente meritevoli di repressione.

Viene così delineato il concetto di «costrizione ambientale agli atti sessuali»¹⁰², connotato da una situazione in cui la vittima della violenza, sebbene non consenziente agli atti sessuali, non si oppone attivamente, poiché versa in uno stato di soggezione e diminuita resistenza determinato dai continui maltrattamenti cui è sottoposta dal *partner*, temendo inoltre le più gravi conseguenze cui andrebbe incontro in caso di opposizione. La costrizione, dunque, in questo caso, non assumerebbe la forma di un costringimento fisico o di una minaccia contestuale all'atto, ma andrebbe individuata nel più ampio quadro di vessazione e soprusi cui la vittima è abitualmente sottoposta, che la pone nell'incapacità di reagire.

Così, ad esempio, in una recente pronuncia – ma la casistica, come detto, è vasta¹⁰³ – la Cassazione, chiamata a decidere un caso che vedeva imputato un uomo accusato di maltrattamenti e di violenza sessuale ai danni della moglie, è giunta ad affermare che in presenza di un «clima caratterizzato da costante sopraffazione da parte del marito sulla moglie», come quello che connotava il caso oggetto di giudizio, non osterebbe al perfezionamento del reato neppure «l'espressione manifesta del consenso della vittima allorché la sua volontà venga coartata dal timore delle conseguenze ben più pregiudizievoli che ai suoi occhi scaturirebbero dal rifiuto esplicito all'atto sessuale impostole, quale forma di violenza indiretta, dall'agente»¹⁰⁴.

Sebbene si tratti di un orientamento stabile nella giurisprudenza della Suprema Corte, la prassi dei tribunali continua a registrare oscillazioni. Da una recente ricerca sulla giurisprudenza del Tribunale di Milano sono, infatti, emerse diverse pronunce in cui il giudice del merito, distaccandosi dagli insegnamenti della Suprema Corte, ha escluso – sulla base del binomio violenza - costringimento fisico – l'applicabilità dell'art. 609 *bis* c.p. a fatti in cui la

¹⁰² Così definita, ad esempio, in Trib. Milano 24 luglio 2016, n. 6766.

¹⁰³ Si vedano, fra le altre: Cass. pen. 23 ottobre 2020, n. 3224; Cass. pen. 17 febbraio 2015, n. 39865; Cass. pen. 23 maggio 2013, n. 29725.

¹⁰⁴ Cass. pen. 29 aprile 2019 n. 17676.

donna, vittima sistematica di maltrattamenti¹⁰⁵ non aveva reso esplicito il proprio dissenso agli approcci sessuali indesiderati del *partner*.

Tra le sentenze in parola può ricordarsene, ad esempio, una relativa a un caso che vedeva imputato un giovane uomo accusato di violenza sessuale e lesioni in danno della compagna convivente, nonché di maltrattamenti protratti per almeno quattro anni nei confronti sia della stessa compagna sia della figlia minore.

Il giudice di prime cure, pur riconoscendo, con esaustiva motivazione, la presenza dei maltrattamenti – pesanti insulti quotidiani, episodi di sputi, schiaffi, pugni, soffocamenti, spintoni e minacce di morte – ritiene tuttavia insussistente la violenza sessuale poiché la vittima «ha spiegato di non essere stata consenziente, senza però riuscire ad esprimere con chiarezza se e come avesse fatto percepire al compagno il proprio dissenso alla congiunzione con lui. Invero la donna, [...] descrive un rapporto non violento, ancorché da lei non desiderato perché avvenuto dopo una lite e un'aggressione. Così [...] aveva ceduto al rapporto sessuale perché frastornata e per timore di suscitare reazioni violente nel compagno che, però, in tali occasioni, non utilizzò modalità violente per ottenere il rapporto voluto»¹⁰⁶.

E ancora, una recente pronuncia dello stesso tenore proviene dalla Corte d'Appello di Napoli¹⁰⁷, nell'ambito di un caso che vedeva coinvolto un appartenente alle forze dell'ordine cui era contestata la commissione di atti persecutori, maltrattamenti e violenza sessuale ai danni di due donne con cui aveva intrattenuto relazioni a breve distanza l'una dall'altra.

Le condotte dell'imputato, anche in questo caso, comprendevano minacce continue, controllo degli spostamenti delle vittime, aggressioni fisiche e insulti sprezzanti. L'imputato, peraltro, nell'agire spesso spendeva la sua qualità di appartenente alle forze dell'ordine, minacciando, ad esempio, la revoca del permesso di soggiorno di una delle due vittime, di nazionalità non europea.

La Corte d'Appello, per quanto riguarda le imputazioni per maltrattamenti e *stalking* si trova d'accordo con il giudice di prime cure, ritenendo pienamente provata la sussistenza di tali reati. Le dichiarazioni delle persone offese, infatti, sono apparse al giudicante coerenti ed esenti da vizi logici, oltre ad essere corroborate da molteplici riscontri esterni, tanto da formare un «granitico quadro probatorio».

¹⁰⁵ Generalmente riconosciuti anche dal giudice, che spesso non manca di condannare l'imputato per i maltrattamenti contestati.

¹⁰⁶ Trib. Milano 22 luglio 2016, n. 7049.

¹⁰⁷ Si tratta di App. Napoli 21 ottobre 2020, n. 6260.

Con riferimento alla violenza sessuale, tuttavia, la Corte d'Appello, con analitica motivazione, conclude per l'assoluzione dell'imputato perché il fatto non costituisce reato, ribaltando così la decisione della Corte di primo grado che, applicando l'orientamento della Cassazione sopra richiamato, aveva condannato l'imputato anche in relazione alla violenza sessuale.

Per la Corte d'Appello, infatti, «non si esclude dunque che l'imputato abbia creato un clima di soggezione e sopraffazione tale da aver indotto in più di una occasione la (...) a consentire a rapporti sessuali non desiderati (o, meglio, accettati per 'quieto vivere'), ma si esclude categoricamente che, nell'ambito di una relazione duratura, anche malsana, possano essere state poste in essere due anni e mezzo di continue violenze sessuali». Richiamando poi il solito argomento, visto anche nella pronuncia precedente, la Corte rileva che la vittima «non ha potuto dimostrare (...) la mancata percezione da parte dell'imputato del dissenso della vittima, non espresso in forme nitide». Lo stesso argomento viene adottato dalla Corte anche in merito alle violenze nei confronti dell'altra vittima: «la (...), riferendosi al primo rapporto sessuale (...) non è stata in grado di spiegare se avesse manifestato il suo dissenso a consumare un rapporto sessuale». In conclusione, dunque, la Corte si determina per l'assoluzione, «essendo incerta la prova della sussistenza dell'elemento psicologico del reato».

Va osservato come nelle pronunce in esame la reticenza a uniformarsi ai più recenti orientamenti della Cassazione non sembra basarsi su un'espressa volontà di contraddirli, magari proprio sulla base di una supposta violazione del principio di legalità che tali interpretazioni determinerebbero. Al contrario, le assoluzioni paiono ricollegarsi a «ricostruzioni del consenso assai discutibili o considerazioni prevenute sull'attendibilità della vittima, entrambe viziate da stereotipi culturali»¹⁰⁸.

Da queste decisioni, in tensione con gli approdi della Cassazione, si possono trarre almeno due insegnamenti. Anzitutto, emerge l'esigenza di investire nella sensibilizzazione e nella formazione degli operatori del diritto che lavorano nell'ambito della violenza di genere, compresa la magistratura. Si tratta di una necessità riconosciuta anche dalla Convenzione di Istanbul, che all'art. 15 impegna gli Stati membri a garantire «una formazione adeguata dei professionisti che si occupano delle vittime o degli autori». Nel nostro ordinamento, il Codice Rosso (l. 69/2019) ha previsto un canale formativo dedicato per gli «operatori di polizia», senza però prevedere una disposizione analoga per la magistratura.

¹⁰⁸ Di quest'avviso anche CALETTI, *cit.*, 227 ss.

In secondo luogo, queste pronunce confermano che la sola giurisprudenza nomofilattica della Suprema Corte è insufficiente ad assicurare un'uniformità applicativa anche nelle corti di merito. Da ciò discende la non più eludibile necessità di un intervento legislativo, che consenta di dare piena attuazione agli obblighi derivanti dalla Convenzione di Istanbul, di superare le critiche legate al principio di legalità e, soprattutto, di assicurare uniformità anche nelle corti di merito, riducendo le oscillazioni interpretative e rafforzando prevedibilità e certezza del diritto¹⁰⁹.

2.2.3 *La valorizzazione del consenso nelle pronunce più recenti*

Per concludere la panoramica sulla giurisprudenza in tema di violenza sessuale e consenso, occorre dar conto di un'ulteriore evoluzione interpretativa affermata negli ultimi anni che attribuisce rilevanza pressoché esclusiva all'assenza di consenso della vittima, a prescindere da eventuali circostanze del caso concreto che rendano inesigibile l'espressione di un dissenso da parte della stessa.

Infatti, lo studio degli orientamenti della Suprema Corte portato avanti finora evidenzia come il *focus* del giudice, anche negli orientamenti più "evoluti", si sia sempre incentrato sulla ricerca del dissenso della persona offesa. Ad esempio, gli atti repentini acquisiscono rilevanza penale poiché pongono il soggetto passivo nell'impossibilità di reagire: la premessa nascosta è che la vittima – in mancanza dell'atto repentino – avrebbe dovuto reagire, esplicitando il proprio dissenso. Lo schema postula quindi una presunzione di consenso, o di disponibilità, che la vittima è chiamata a smentire attraverso manifestazione di volontà di segno contrario.

La stessa presunzione può essere riscontrata nella giurisprudenza in tema di costrizione ambientale agli atti sessuali, in cui l'aggressione acquisisce rilevanza penale perché la donna viene assolta dall'onere di esprimere il proprio dissenso in ragione del contesto violento che fa da sfondo alle aggressioni: in altri termini, si presume che, in assenza di tale costrizione ambientale, la donna avrebbe dovuto manifestare la propria contrarietà all'atto sessuale.

La sussistenza della presunzione in parola è legata a doppio filo alla struttura della fattispecie che, richiedendo la costrizione della vittima all'atto sessuale, evoca la necessità di un'opposizione esplicita.

Come si ricorderà, le ragioni del mancato accoglimento, da parte del legislatore del 1996, di un modello consensualistico, possono essere individuate da una parte in una radicata

¹⁰⁹ Le più significative proposte *de iure condendo* sono discusse nel quarto capitolo del lavoro.

tradizione giuridico-culturale e dall'altra in delicate problematiche sul piano applicativo, legate soprattutto alla difficoltà della prova del consenso e al rischio dell'errore sullo stesso. Incentrare la fattispecie sulla costrizione, come è evidente, risolve alla radice tali problemi, sia perché la prova della costrizione è molto più tangibile sia perché se l'autore vi ricorre nessun dubbio può logicamente sussistere in merito all'elemento soggettivo.

Ciononostante, come si è detto, le più recenti punte della giurisprudenza di Cassazione tendono a superare il dato normativo della costrizione, dando rilievo preminente alla mera assenza di consenso. Quest'impostazione porta con sé un cambio di prospettiva: dall'originaria presunzione di consenso si passa, specularmente, a una presunzione di dissenso.

La prima e più significativa pronuncia in questa direzione risale al 2016, e vede coinvolto un uomo, condannato sia in primo grado che in appello per aver baciato e toccato il seno e la bocca di una donna, che non aveva manifestamente espresso il suo dissenso.

Il giudice di legittimità, rigettando il ricorso proposto dalla difesa dell'imputato, sottolinea come «non sia ravvisabile in alcuna fra le disposizioni legislative introdotte a seguito della entrata in vigore della legge n. 66 del 1996 (...), un qualche indice normativo che possa imporre, a carico del soggetto passivo del reato, onde ritenere perfezionati gli elementi costitutivi del reato stesso, un onere, neppure implicito, di espressione del dissenso alla intromissione di soggetti terzi nella sua sfera di intimità sessuale; si deve, piuttosto, ritenere che tale dissenso sia da presumersi, laddove non sussistano indici chiari ed univoci volti a dimostrare la esistenza di un, sia pur tacito ma in ogni caso inequivoco, consenso»¹¹⁰.

La sentenza in esame è particolarmente significativa perché in essa la Corte assume una posizione ferma e decisa, espressamente finalizzata ad armonizzare la giurisprudenza futura in materia di violenza sessuale: «è chiaramente espressa da questa Corte, nell'esercizio della sua funzione di garanzia della corretta ed uniforme interpretazione della legge, la esigenza che nei reati sessuali, preventivamente o almeno contestualmente alla condotta dell'agente, non sussista, trattandosi di elemento negativo della fattispecie la cui esistenza si pone come impeditiva ai fini della completa integrazione del reato, il consenso del soggetto titolare dell'interesse, da questi validamente espresso, alla disposizione del bene interesse a questo facente capo, non essendo, invece necessaria anche la manifesta espressione di un dissenso a tale disposizione»¹¹¹.

È evidente il cambio di prospettiva della Corte rispetto alle pronunce fin ora analizzate: per il perfezionamento del reato non solo non si ritiene necessaria l'espressione di un dissenso,

¹¹⁰ Cass. pen. 9 marzo 2016, n. 49597.

¹¹¹ Cass. pen. 9 marzo 2016, n. 49597.

ma nemmeno la realizzazione di condotte che pongano la vittima nell'impossibilità di esprimerlo, essendo al contrario sufficiente che la persona offesa non abbia espresso il proprio consenso, che deve risultare da indici chiari ed univoci¹¹².

Sebbene la questione sia oggetto di trattazione nell'ambito dell'ultimo capitolo del lavoro, può dirsi fin d'ora che l'orientamento in esame sembra introdurre per via pretoria quello che può essere definito come modello di consenso affermativo temperato¹¹³: a venire in rilievo non è la mera commissione di atti sessuali in assenza di consenso, bensì la commissione degli stessi in mancanza di «indici chiari ed univoci volti a dimostrare la esistenza di un, sia pur tacito ma in ogni caso inequivoco, consenso». L'assenza del consenso viene, in altri termini, ancorata all'espressione, verbale o *per facta concludentia*, dello stesso. Come si avrà modo di analizzare, la scelta di un siffatto modello, in luogo di un modello puramente consensualistico, che attribuisce rilievo alla sola assenza di consenso, porta con sé significative conseguenze sul piano della configurazione del dolo, dell'errore sul fatto, nonché su quello probatorio.

2.2.4 *L'elemento soggettivo alla luce del paradigma consensualistico accolto dalla Cassazione*

La Corte di Cassazione, nell'ambito dell'indirizzo interpretativo in esame, prende una chiara posizione anche sul profilo dell'elemento soggettivo del reato: coerentemente con il modello affermativo temperato accolto, stabilisce che perché il dolo possa dirsi sussistente è sufficiente che l'agente «abbia la consapevolezza del fatto che non sia stato chiaramente manifestato il consenso da parte del soggetto passivo del reato al compimento degli atti sessuali a suo carico, essendo irrilevante, pertanto, l'errore sull'esistenza o meno della espressione del dissenso anche ove questo non sia stato esplicitato, potendo semmai, fondarsi il dubbio sulla ricorrenza di un valido elemento soggettivo solamente nel caso in cui l'errore si fondi sul contenuto espressivo, in ipotesi equivoco, di precise e positive manifestazioni di volontà promananti dalla parte offesa»¹¹⁴.

In altri termini, poiché la tipicità della condotta si sostanzia nella commissione di atti sessuali in assenza di una chiara espressione – esplicita o tacita – di consenso, affinché

¹¹² La pronuncia in esame rappresenta il punto di partenza di un orientamento oggi consolidato: in senso conforme, si vedano, senza pretese di esaustività, Cass. pen., 8 maggio 2017 n. 22127; Cass. pen., 15 ottobre 2019, n. 42118; Cass. pen., 6 febbraio 2020, n. 10384; Cass. pen., 29 ottobre 2020, n. 36901; Cass. pen., 10 maggio 2023, n. 19599; Cass. pen., 3 settembre 2024, n. 33342; Cass. pen., 22 novembre 2024, n. 42821.

¹¹³ I diversi paradigmi di consenso sono esaustivamente analizzati da CALETTI, *cit.*, 351 ss.

¹¹⁴ Cass. pen. 9 marzo 2016, n. 49597, ma anche Cass. pen. 14 dicembre 2001, n. 6010, Cass. pen. 19 giugno 2002, n. 32513; Cass. pen. 19 giugno 2018, n. 52399.

l'elemento soggettivo risulti integrato è sufficiente che l'autore agisca nella consapevolezza che una tale manifestazione di volontà non vi sia stata.

In questo schema, per la Cassazione l'errore sulla necessità dell'espressione di consenso da parte del soggetto passivo – presupposto della tipicità del reato di violenza sessuale – si traduce in un errore sulla legge penale, inescusabile ai sensi dell'art. 5 c.p. Si tratta del caso dell'agente che non ritenga necessario avere il consenso della donna per realizzare un atto sessuale con essa (si pensi, ad esempio, al marito che ritenga di avere diritto a congiungersi con la moglie a prescindere dal consenso di quest'ultima).

L'errore di fatto sul consenso, al contrario, esclude il dolo dell'agente ai sensi dell'art. 47 c.p. facendo venir meno la punibilità del fatto. Tuttavia, accettata la ricostruzione del dolo come proposta sopra – consapevolezza di star agendo senza una chiara manifestazione di consenso da parte del soggetto passivo – l'errore sul consenso capace di escludere il dolo sarebbe esclusivamente quello fondato «sul contenuto espressivo, in ipotesi equivoco, di precise e positive manifestazioni di volontà promananti dalla parte offesa»¹¹⁵. È necessario, dunque, che le circostanze del caso concreto ingenerino nell'agente la convinzione – ragionevole, seppure erronea – che la vittima fosse consenziente all'atto sessuale. Il punto è esaurientemente specificato in una recente pronuncia del 2018, in cui si specifica altresì che l'onere di allegare fatti e circostanze da cui ha desunto sussistenza di tale ragionevole convinzione è in capo all'imputato: «nel caso di errore sul fatto costitutivo del reato (ossia sul dissenso), la circostanza che un soggetto abbia agito presupponendo una realtà diversa da quella effettiva non è rilevante se non risulta pienamente provata, e l'onere della prova o, quantomeno l'onere di allegazione, incombe sull'imputato, perché l'errore sul fatto, facendo venir meno il dolo, trasferisce a carico di chi ne assume la mancanza l'onere di comprovare il relativo assunto o di allegare elementi utili a desumere la mancata integrazione di tale essenziale requisito del reato, dovendo l'agente dare conto che un fatto, da lui percepito in un determinato modo, ha fatto sorgere in lui, nonostante l'uso della normale diligenza, la ragionevole certezza dell'esistenza del consenso»¹¹⁶.

La posizione della Cassazione in punto di elemento soggettivo verrà ripresa e inserita nel più ampio dibattito relativo ai modelli di disciplina del consenso nell'ultimo capitolo, in uno alle critiche che la stessa ha sollevato nella dottrina penalistica.

¹¹⁵ Cass. pen. 9 marzo 2016, n. 49597. Sul punto si veda anche Cass. pen. 14 ottobre 2020, n. 6520.

¹¹⁶ Cass. pen. 19 giugno 2018, n. 52835. In senso analogo Cass. pen. 23 maggio 2019, n. 30407.

2.3. *Le critiche alla giurisprudenza di Cassazione: interpretazione estensiva o analogia in malam partem?*

Così delineate le principali tappe evolutive degli orientamenti della Corte di Cassazione in materia di consenso nella violenza sessuale, sembra doveroso le principali critiche avanzate dalla dottrina che, pur riconoscendo l'apprezzabile intento di assicurare tutela effettiva a una casistica certamente meritevole di repressione penale, leggono nella giurisprudenza in esame una violazione del divieto di analogia *in malam partem*, poiché fondate su «letture disinvolte e ariose»¹¹⁷ del requisito della costrizione previsto dalla norma.

Nell'affrontare la questione, pare decisivo distinguere le prime fasi di quest'evoluzione – in cui si approda alla punibilità di atti repentini e insidiosi e della costrizione ambientale – dagli ultimi approdi, ove ad essere punita è la commissione di atti sessuali su persona che non abbia espresso manifestamente il proprio consenso.

Nella prima stagione interpretativa, infatti, l'ampliamento della tutela non si colloca sul terreno del consenso, ma su quello della violenza: le sentenze analizzate riconoscono, infatti, che «la violenza richiesta in tema di delitti sessuali non consiste necessariamente nell'esplicazione di una vis fisica, ma può concretarsi anche nella repentinità e insidiosità dell'azione, che sorprenda e superi la contraria volontà del soggetto», poiché «la rapidità e la silenziosità dei gesti integrano violenza in quanto non mettono i soggetti passivi in condizioni di esprimere tempestivamente il loro dissenso»¹¹⁸. Lo stesso schermo argomentativo può essere riscontrato nei casi di costrizione ambientale, dove il dissenso è reso non esigibile in ragione dello stato di soggezione e diminuita resistenza determinato dai continui maltrattamenti cui è sottoposta dal *partner*.

Questo tipo di interpretazione, che prende le mosse, seppure non esplicitamente, da una nozione di violenza diversa dal mero costringimento fisico, può essere letta nel quadro del dibattito che vede contrapposti i concetti di violenza propria e violenza impropria¹¹⁹. La prima comprenderebbe «ogni energia fisica adoperata dal soggetto sul paziente per annullarne o limitarne la capacità di autodeterminazione», mentre alla seconda dovrebbe ricondursi, in via residuale, qualsiasi altro mezzo – fatta eccezione per la minaccia – che produca il medesimo risultato¹²⁰.

¹¹⁷ CADOPPI, *cit.*, 72.

¹¹⁸ V., tra le altre, Cass. pen. 30 marzo 2000, n. 1405.

¹¹⁹ Per un approfondimento sul tema: DE SIMONE, *Violenza (dir. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, 1993, 881;

¹²⁰ In questi termini ANTOLISEI, *cit.*, 140.

In questi termini, atti repentini e costrizione ambientale ben potrebbero attagliarsi alla categoria della violenza impropria, poiché caratterizzati proprio effetto di annullare, per sorpresa o per contesto intimidatorio, la capacità di autodeterminazione della vittima.

Ben più complessa, per contro, appare la possibilità di ricondurre alla categoria della violenza impropria gli approdi più recenti della giurisprudenza di Cassazione, nei quali il fulcro della tipicità della condotta incriminata viene individuato nella commissione di atti sessuali senza il consenso espresso della persona offesa. Tale, diversa formulazione, avendo abbandonato qualsiasi riferimento alla costrizione, difficilmente sembra riconducibile al paradigma della violenza impropria che, pur abbracciando forme di violenza diverse dalla mera costrizione fisica, non pare poter ricomprendere anche la mera assenza di consenso espresso.

In conclusione, mentre nelle prime aperture possono essere lette come interpretazioni estensive fondate sulla categoria della violenza impropria, l'ultimo approdo della Cassazione che valorizza *tout court* l'assenza di consenso sembra oltrepassare quel confine, difficilmente potendosi ravvisare nel presupposto della mera assenza di consenso una modalità – seppure diversa dal costringimento fisico o dalla minaccia – di costrizione. In questa prospettiva, la denuncia di analogia *in malam partem* diviene difficilmente eludibile¹²¹.

3. Considerazioni conclusive sulla disciplina italiana

Dall'analisi finora condotta emerge con forza la necessità di un intervento legislativo che sposti il baricentro della fattispecie di violenza sessuale dalla costrizione al consenso. A questa conclusione si perviene per almeno tre ordini di ragioni.

In primo luogo, si è registrato come la giurisprudenza della Suprema Corte si sia adoperata per garantire una tutela penale quanto più possibile effettiva, attraverso un orientamento interpretativo che, passando per la valorizzazione della violenza impropria, è giunto ad attribuire rilevanza pressoché esclusiva all'assenza di un consenso espresso.

Tuttavia, come si ricorderà, non sono rare le pronunce di giudici del merito reticenti ad adottare tali orientamenti, riproponendo, al contrario, motivazioni assolutorie dense di stereotipi di genere e basate sulla mancata esplicitazione del dissenso da parte della vittima.

In questa prospettiva, una riforma legislativa che impervi definitivamente la fattispecie di violenza sessuale sull'assenza di un valido consenso della vittima garantirebbe una maggiore

¹²¹ A queste conclusioni perviene, all'esito di un'esauritiva disamina, anche CALETTI, *cit.*, 243 ss.

uniformità nella giurisprudenza, eliminando definitivamente le ultime tracce di interpretazioni che pongono un onere di resistenza in capo alla vittima.

A deporre a favore di un intervento legislativo vi è anche il fatto che l'Italia, ratificando la Convenzione di Istanbul, ha assunto l'obbligo internazionale di adottare una disciplina in chiave consensualistica. In questo senso si è espresso anche il GREVIO che, come già ricordato, nel punto 191 del suo primo *report* del 2020 sullo stato di implementazione della Convenzione in Italia ha ricordato al legislatore italiano quest'impegno tutt'oggi disatteso.

E ancora, un intervento normativo in questa direzione avrebbe il pregio di sanare le censure mosse agli odierni orientamenti della Cassazione, che negli ultimi approdi ha effettivamente superato del tutto il requisito della costrizione, con un'interpretazione che per molti autori sfocia nell'analogia *in malam partem*.

L'adozione di una riforma in questa direzione lancerebbe, da ultimo, un forte messaggio culturale, permettendo così al diritto penale di svolgere quella funzione di orientamento culturale dei consociati che non gli è sconosciuta¹²².

Guardando al panorama europeo, in questa direzione si sono già mossi moltissimi ordinamenti: nell'ultimo decennio, ben diciotto Stati¹²³ hanno adottato una disciplina incentrata sul consenso. Tra gli altri, nel 2022 la Spagna, in seguito al tristemente noto caso di cronaca "la Manada", ha adottato un modello di consenso affermativo temperato, non dissimile a quello introdotto per via pretoria dalla Cassazione.

A queste recenti riforme fa da contraltare la risalente impostazione dell'ordinamento inglese, in cui fin dal 1976, a seguito di alcune decisioni giudiziarie controverse, è stato approvato un emendamento al *Sexual Offences Act* del 1956 che, ridefinendo la nozione di stupro ("*rape*"), ha introdotto un modello consensualistico "puro"¹²⁴.

Nei capitoli a venire si ripercorreranno le evoluzioni normative dei predetti ordinamenti, nell'intenzione di individuare delle buone prassi che possano offrire degli spunti utili nella prospettiva di adottare, anche nell'ordinamento italiano una riforma in chiave consensualistica.

Un'ultima nota: per quanto siano molte le ragioni che suggeriscono l'urgenza di una riforma della violenza sessuale in chiave consensualistica, uno dei problemi più rilevanti che la riforma del 1996 ha cercato di risolvere è relativo alla vittimizzazione secondaria della persona

¹²² Di quest'avviso, fra gli altri, PECORELLA, *Violenza di genere e sistema penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2019, 1185.

¹²³ In ordine cronologico: Germania (2016); Irlanda (2017); Islanda (2018); Svezia (2018); Malta (2018); Grecia (2019); Ucraina (2019); Danimarca (2020/2021); Croazia (2021); Slovenia (2021); Spagna (2022); Belgio (2022); Lussemburgo (2023); Finlandia (2023); Svizzera (2024); Paesi Bassi (2024); Repubblica Ceca (2024, in vigore dal 2025); Norvegia (2025).

¹²⁴

offesa nei processi per violenza sessuale. La prassi, infatti, coerentemente con la cultura spiccatamente sessista dell'epoca, vedeva la vittima dei processi in esame trasformata in imputato, attraverso una tempesta di domande e allusioni finalizzate a dipingerla come la responsabile dell'aggressione, che in qualche misura "se l'è cercata". Un'emblematica testimonianza in questo senso è offerta dal noto documentario del 1979 "Processo per stupro" che, riprendendo le udienze di un reale processo per violenza carnale, mette in luce l'agghiacciante realtà dei processi per violenza carnale della seconda metà del secolo scorso.

Per quanto la sensibilità sociale su questi temi sia profondamente mutata da allora, non può ignorarsi, per altro verso, che i retaggi della cultura dell'epoca sono ancora saldamente ancorati alla società odierna, come dimostrato dalle due recenti condanne emesse dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nei confronti dell'Italia¹²⁵, da ultimo condannata proprio per l'utilizzo, da parte dell'organo giudiziario, di pregiudizi e stereotipi nella valutazione della credibilità di una vittima di violenza sessuale gruppo.

Di talché, un rischio collegato all'adozione di una disciplina consensualitica va individuato nella possibilità che l'accertamento giudiziale si traduca in una sorta di "caccia al consenso" che, lungi dal costituire una maggior tutela per le vittime finirebbe per vittimizzarle nuovamente.

Affinché ciò non si verifichi, una riforma in questa direzione dovrebbe essere affiancata, come più volte ricordato, da un incisivo e profondo lavoro di formazione e sensibilizzazione degli operatori del diritto alle tematiche del genere che, in uno con regole che prevengano domande irrilevanti sulla vita sessuale della vittima¹²⁶, contribuiscano a sfatare i miti e gli stereotipi ancora oggi saldamente presenti nelle aule di giustizia¹²⁷.

¹²⁵ Si tratta delle sentenze Corte E.D.U. Talpis c. Italia (2017) e J.L. c. Italia (2021).

¹²⁶ In questa direzione si orienta il comma 3 *bis* dell'art. 472 c.p., che vieta le domande sulla vita privata o sulla sessualità della persona offesa se non sono necessarie alla ricostruzione del fatto.

¹²⁷ BIAGGIONI, *cit.*, 67.

CAPITOLO II.

LA TUTELA PENALE DELLA LIBERTÀ SESSUALE NELL'ORDINAMENTO SPAGNOLO

SOMMARIO: 1. L'evoluzione della disciplina dal diciannovesimo secolo alla Ley Orgánica n. 3/1989 — 1.1. La Ley Orgánica n. 10/1995 e il riassetto dei reati contro la libertà sessuale. — 1.2. I principali profili critici e le questioni interpretative poste dalla riforma — 1.2.1 La delimitazione dei concetti di violenza e minaccia nella dottrina e nella giurisprudenza spagnole. — 1.2.2 La linea di demarcazione tra abuso sexual con prevalimiento e agresión sexual nella giurisprudenza spagnola. — 2. Il caso “la Manada”: i fatti. — 2.1. L'impatto mediatico e sociale della sentenza di primo grado. — 2.2. La conferma del giudice dell'appello e il ribaltamento della decisione del Tribunal Supremo: da abuso sexual con prevalimiento ad agresión sexual con intimidación. — 3. Il processo di approvazione della riforma dei reati sessuali. — 3.1. Uno sguardo introduttivo sulla Ley Orgánica n. 10/2022. — 3.2. L'adozione del modello di consenso affermativo temperato. — 3.3. Gli altri profili di novità sul piano della repressione penale. — 3.4. La Ley Orgánica n. 10/2022 nella dottrina spagnola. — 4. L'applicazione retroattiva della Ley Orgánica n. 10/2022 e la controriforma del 2023. — 5. Considerazioni conclusive e prospettive di riforma della disciplina italiana.

1. L'evoluzione della disciplina dal diciannovesimo secolo alla Ley Orgánica n. 3/1989

Come si è più volte ricordato, il Parlamento spagnolo, sulla scia di un processo di riforma dei reati sessuali che ha interessato, ad oggi, buona parte degli Stati europei¹²⁸, con la Ley Orgánica n. 10/2022 – salita alle cronache come “Ley del solo sí es sí” – ha realizzato una riforma integrale della disciplina dei reati sessuali la cui principale caratteristica consiste nell'introduzione del paradigma del consenso nella fattispecie di *agresión sexual*, con la contestuale abrogazione del requisito modale dato dal ricorso alla violenza o alla minaccia da parte dell'agente.

¹²⁸ Cfr. UHNOO, ERIXON, BLADINI, *The wave of consent-based rape laws in Europe*, in *International Journal of Law, Crime and Justice*, vol. 77, 2024.

Prima di focalizzare l'attenzione sulla riforma, può essere utile tracciare una breve panoramica sull'evoluzione storico normativa della disciplina previgente, similmente a quanto fatto nel capitolo precedente, così da evidenziare similitudini e differenze con l'ordinamento italiano.

Punti d'incontro tra i due ordinamenti possono essere, infatti, individuati fin dalle legislazioni del diciannovesimo secolo. In primo luogo, il bene giuridico tutelato dai reati sessuali, nelle legislazioni novecentesche di entrambi gli ordinamenti, veniva ravvisato in interessi superindividuali di stampo morale: l'*honestidad* (della donna) nell'ordinamento spagnolo e la moralità pubblica e il buon costume, nell'ordinamento italiano¹²⁹.

E ancora, parallelamente a quanto accaduto in Italia, punto di svolta nell'evoluzione della disciplina si è avuto con l'avvento della Costituzione democratica del 1978, seguita, pochi anni dopo, dalla *Ley Orgánica* n. 3/1989.

La legge in parola, oltre a eliminare le fattispecie di adulterio – abrogata in Italia dal 1968 –, realizzava due grandi cambiamenti sul piano dei reati sessuali: in primo luogo, riformava la rubrica del Titolo X del Codice penale spagnolo, individuando quale nuovo bene giuridico protetto dai reati sessuali la *libertad sexual*, in luogo dell'*honestidad*, similmente a quanto accaduto in Italia con la legge n. 66/1996. Per altro verso, la riforma modificava la principale fattispecie di violenza sessuale, allora disciplinata all'art. 429 c.p. – che, fino a quel punto prevedeva come agente esclusivamente l'uomo e come soggetto passivo esclusivamente la donna – per renderla una fattispecie comune, che puniva «*el que tuviere acceso carnal con otra persona, sea por vía vaginal, anal o bucal*»¹³⁰ mediante l'uso di «*fuerza o intimidación*», profittando di una persona priva di sensi o abusando del suo stato di alienazione o, ancora, su persona di età inferiore ai dodici anni. Le aggressioni sessuali non realizzate mediante contatto corporale con la vittima venivano, viceversa, punite all'art. 430 c.p., con una pena più mite.

La novità in parola, che riformulava la fattispecie garantendone l'uguaglianza formale, veniva accolta dall'opinione pubblica e da parte della dottrina come un traguardo di civiltà. Sul punto, tuttavia, non possono che condividersi le osservazioni di parte della dottrina che già allora evidenziava come le aggressioni sessuali vengano commesse nella maggior parte dei casi da uomini in danno di donne, configurandosi come espressione di violenza di genere. In questo

¹²⁹ Così i Titoli IX del Código Penal del 1848 e X del Código Penal del 1945.

¹³⁰ Tradotto: «Chiunque abbia un rapporto carnale con un'altra persona, per via vaginale, anale o orale»

senso, l'uguaglianza sul piano legislativo finisce, in qualche misura, per mistificare una realtà che, sul piano fattuale, non è affatto indifferente al genere dell'agente e della vittima¹³¹.

Per quanto concerne il tema delle modalità di commissione del reato, risulta interessante evidenziare come il legislatore spagnolo optava, analogamente a quello italiano, per una soluzione di continuità con il passato, mantenendo ferma la forma vincolata della fattispecie, relativamente ai requisiti della forza, della minaccia o dell'abuso delle condizioni di particolare vulnerabilità della vittima. Questa scelta, come si vedrà nel prosieguo, resterà – salva la problematica introduzione di una prima ed embrionale fattispecie a base consensualistica – ferma fino alla recente riforma del 2022.

1.1. *La Ley Orgánica n. 10/1995 e il riassetto dei reati contro la libertà sessuale.*

Seconda significativa tappa nel processo di riforma della disciplina, di pochi anni successiva alla novella poc' anzi menzionata, è rappresentata dalla *ley orgánica* n. 10/1995.

La legge, nel realizzare una riforma integrale del Codice penale spagnolo, introduceva fondamentali cambiamenti anche sul piano dei reati sessuali. Fine della riforma, relativamente alla tutela della libertà sessuale, era quello di «*adecuar los tipos penales al bien jurídico protegido, que no es ya, como fuera históricamente, la honestidad de la mujer, sino la libertad sexual de todos. Bajo la tutela de la honestidad de la mujer se escondía una intolerable situación de agravio, que la regulación que se propone elimina totalmente.*»¹³².

Per realizzare il fine proposto, nella prospettiva di garantire una tutela a più ampio spettro, la principale novità introdotta dalla riforma consisteva nello “spacchettamento” della disciplina delle aggressioni sessuali, precedentemente contenuta in due fattispecie – differenziate, come detto, in base alla presenza di penetrazione – in più norme, raggruppate nelle due principali categorie rappresentate dalle fattispecie di *agresión sexual* e di *abuso sexual*¹³³.

¹³¹ In questo senso MARTÍNEZ, *Los delitos contra la libertad sexual desde la perspectiva de género*, in *Anuario de Derecho Penal* (n° 1999-2000), 2000, p. 83; CABANA, *Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género*, *Revista Penal*, n° 17, 2006, pp. 72-94.

¹³² Tradotto: «adeguare i reati al bene giuridico protetto, che non è più, come storicamente, l'onestà della donna, ma la libertà sessuale di tutti. La tutela dell'onestà della donna nascondeva una situazione intollerabile di discriminazione, che la normativa proposta elimina completamente»: cfr. il preambolo della *Ley Orgánica* n. 10/1995.

¹³³ Per una esaustiva panoramica della riforma dei reati sessuali in esame cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 21^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 221 ss.

Le due ipotesi si distinguevano in base alla modalità di realizzazione della lesione della libertà sessuale: per un verso, le *agresiones* (artt. 178 – 180 c.p.) riprendendo la disciplina previgente, punivano gli «*actos que atenten contra la libertad sexual de otra persona*» realizzati mediante il ricorso alla *violencia* o alla *intimidación*. Dopodiché, all’art. 180 venivano disciplinate cinque diverse aggravanti, che prevedevano pene sensibilmente più alte qualora l’aggressione sessuale fosse realizzata: 1) con modalità particolarmente degradanti o vessatorie; 2) da tre o più persone; 3) su persona specialmente vulnerabile per ragioni di età, malattia o legate alla situazione; 4) ricorrendo all’uso di mezzi eccezionalmente pericolosi; 5) in presenza di un rapporto di parentela tra vittima e agente.

Solo le circostanze aggravanti nn. 3) e 5) venivano, poi, riprese dall’art. 182 c.p., che le rendeva applicabili anche alle fattispecie di abuso sessuale.

Per altro verso, agli artt. 181-183 c.p. il legislatore spagnolo introduceva la nuova categoria degli *abusos sexuales*, caratterizzati dalla realizzazione delle medesime offese di cui agli artt. 178-180 c.p. in assenza del ricorso, da parte dell’agente, alle modalità costrittive previste dalla fattispecie di *agresión*. Secondo il disposto del comma 1 dell’art. 181, infatti: «*el que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizar actos que atenten contra la libertad sexual de otra persona, será castigado como culpable de abuso sexual*»¹³⁴.

Nel comma secondo della medesima disposizione venivano, poi, disciplinate delle ipotesi tipiche in cui il consenso si presumeva *ex lege* insussistente, individuate nel compimento di atti sessuali su persona di età inferiore a dodici anni e su persona priva di sensi o affetta da disturbi mentali. La presunzione in parola, tuttavia, era suscettibile di prova contraria¹³⁵.

Al terzo comma, infine, veniva introdotta un’ulteriore, problematica, fattispecie – il cosiddetto *abuso sexual con prevalimiento* – caratterizzata dall’abuso, da parte dell’agente, di una situazione di manifesta superiorità, volto a condizionare la libertà di autodeterminazione sessuale della vittima così da ottenere l’atto sessuale voluto. Può anticiparsi fin d’ora che è proprio con riferimento agli sfumati confini tra la fattispecie in parola e quella di *agresión con intimidación* che emersero, nella giurisprudenza spagnola, i principali problemi interpretativi e applicativi, culminati nel caso “la Manada”.

Da ultimo, sia per le *agresiones* sia per gli *abusos sexuales* era previsto, in aggiunta alla fattispecie generale che puniva genericamente ogni atto sessuale che attentò all’altrui libertà

¹³⁴ Tradotto: «Colui che, senza violenza o minaccia e tuttavia senza che sia intervenuto il consenso, realizzi atti attentano alla libertà sessuale di un’altra persona, sarà punito come autore di abusi sessuali » cfr. art. 181 c.p., oggi abrogato.

¹³⁵ Cfr. MUÑOZ CONDE, *cit.*, p. 218.

sessuale, un sottotipo aggravato per le violenze sessuali realizzate mediante penetrazione, anche con oggetti (presente ancora oggi) – cosiddetta *violación*. In quest’ultimo caso il trattamento sanzionatorio era notevolmente più severo: ed invero, laddove per le violenze non penetrative la forbice edittale era ricompresa tra uno e quattro anni di reclusione in caso di aggressioni ed era prevista la sola pena pecuniaria in caso di abusi, per le violenze penetrative essa mutava nella reclusione da sei a dodici anni per le aggressioni e da quattro a dieci anni per gli abusi.

Può, dunque, evidenziarsi fin d’ora come il legislatore spagnolo del 1995, a differenza di quello italiano dell’anno successivo, avesse già, invero, introdotto una prima, embrionale, fattispecie di violenza sessuale incentrata sulla mancanza di consenso. Il “fallimento” della configurazione proposta dal legislatore del Codice penale, come si vedrà nel prosieguo, fu soprattutto imputabile alla difficile distinzione, sul piano pratico, tra fattispecie a forma vincolata e fattispecie su base consensualistica: un primo elemento, questo, da tenere in considerazione nella prospettiva di una riforma italiana dei reati sessuali.

1.2. *I principali profili critici e le questioni interpretative poste dalla riforma*

I rilievi critici sollevati dalla dottrina e dalla giurisprudenza spagnola a seguito della riforma dei reati sessuali del 1995 presentano, in una certa misura, significative analogie con le censure formulate in Italia dopo l’entrata in vigore della legge n. 66 del 1996.

Di seguito si procederà a una sommaria panoramica di alcune delle principali difficoltà interpretative emerse in seguito alla riforma, per poi concentrare l’attenzione sulla questione relativa al confine applicativo tra *agresión sexual con intimidación* e *abuso sexual con prevalimiento*.

In primo luogo, problematica in Spagna come in Italia è stata l’interpretazione della nozione di atto sessuale. Anche nell’ordinamento spagnolo, infatti, con riferimento a condotte la cui natura sessuale può risultare incerta – come nel caso dei cosiddetti tocamenti fugaci, specie se su parti del corpo non erogene – si sono contrapposte due principali linee interpretative. Secondo l’approccio soggettivistico, la qualificazione giuridica dell’atto dalla natura sessuale incerta dipenderebbe dall’*animus* dell’agente: il reato si perfezionerebbe soltanto in presenza di un’intenzione sessuale, mentre un fine ludico, ingiurioso, vendicativo, ovvero terapeutico o scientifico, escluderebbe la rilevanza penale della condotta. Nel tempo, tuttavia, è prevalsa l’impostazione oggettiva, più coerente con i principi di un diritto penale del fatto, secondo la quale può qualificarsi come sessuale soltanto un atto oggettivamente idoneo,

alla luce degli usi e dei costumi della comunità di riferimento, a incidere sulla sfera sessuale altrui¹³⁶.

Dopodiché, anche in Spagna si è dibattuto circa la possibilità di sussumere nel concetto di *actos que atentan contra la libertad sexual de otra persona* un atto sessuale che non realizzi un contatto corporeo – si pensi a pratiche di esibizionismo o circostanze in cui l’agente costringa il soggetto passivo a compiere atti sessuali su sé stesso o su terzi. Sul punto, parte della dottrina si è orientata su una risposta negativa, ritenendo il contatto corporeo imprescindibile perché possa ritenersi sussistente l’attentato contro la libertà sessuale richiesto dalle fattispecie; in senso contrario, tuttavia, non sono mancate sentenze del Tribunale Supremo che hanno riscontrato la presenza di un’aggressione o di un abuso sessuale anche in assenza di contatto, reputando sufficiente che l’agente abbia costretto o indotto la vittima al compimento di atti sessuali non voluti¹³⁷. Nello stesso senso, del resto, si sono orientati gli ultimi approdi della giurisprudenza della Corte di cassazione, per la quale «il reato di violenza sessuale può configurarsi indipendentemente da un contatto fisico tra l’agente e la vittima allorquando venga lesa la capacità di autodeterminazione di quest’ultima per essere stata costretta, mediante violenza o minaccia (609 bis,1° comma), ovvero indotta (609 bis,2° comma) alla profanazione della sua sfera sessuale. [...] Ricorrono in tal caso inequivocabilmente tutti gli elementi costitutivi della fattispecie delittuosa, ivi compresa la sussistenza dell’atto sessuale per la configurabilità del quale non è affatto richiesto il collegamento fisico tra i due protagonisti, essendo sufficiente il coinvolgimento corporeo del soggetto passivo, il quale deve essere, secondo l’espressa formulazione della norma, costretto o indotto a compierli o a subirli»¹³⁸.

1.2.1 *La delimitazione dei concetti di violenza e minaccia nella dottrina e nella giurisprudenza spagnole.*

Come anticipato, lo snodo interpretativo di maggior interesse posto dalla riforma è relativo ai rapporti tra le fattispecie di *agresión sexual* realizzata mediante *intimidación* e di *abuso sexual con prevalimiento*, di cui al comma terzo dell’art. 181 c.p.

Ebbene, pare opportuno passare in rassegna, preliminarmente, le nozioni di *violencia* e –soprattutto – di *intimidación*, così come interpretate dalla dottrina e dalla giurisprudenza spagnole.

¹³⁶ Cfr. MUÑOZ CONDE, *cit.*, p. 207 ss.

¹³⁷ Per tutte, STS del 30 di dicembre 2009, n. 1397.

¹³⁸ In questo senso Cass. pen. 12 febbraio 2025, n. 5688.

Il concetto di violenza, analogamente a quanto accaduto in Italia, è stato dalla dottrina spagnola prevalentemente inteso come esplicazione di energia fisica volta a coartare la volontà della vittima. In particolare, per la dottrina prevalente, l'aggressione sessuale realizzata mediante violenza era quella caratterizzata dal ricorso alla *vis absoluta*, al costringimento fisico all'atto sessuale cui la vittima non è in grado di resistere oppure, comunque, a un costringimento fisico iniziale cui segue l'immobilizzazione della vittima, che soggiace all'atto sessuale per la paura delle più gravi conseguenze cui andrebbe incontro resistendo – prendono forma, in quest'ipotesi, entrambe le modalità costrittive, con una violenza iniziale che si traduce in una successiva intimidazione¹³⁹.

Del resto, nello stesso senso si orientava la giurisprudenza delle Corti spagnole, secondo cui la violenza cui si riferisce l'art. 178 c.p., causalmente orientata all'ottenimento dell'atto sessuale, «*equivale a acometimiento, coacción o imposición material, al em pleo de cualquier medio físico para doblegar la voluntad de la víctima y debe ser apreciada cuando sea idónea y adecuada para impedir a la víctima desenvolverse según su libre determinación, atendiendo a las circunstancias personales y fácticas concurrentes en el caso concreto, sin que sea necesario que sea irresistible desde un punto de vista objetivo, pues no es exigible a la víctima que ponga en riesgo serio su integridad física o incluso su vida en defensa de su libertad sexual*»¹⁴⁰.

Del tutto lampante è, dunque, la sovrapposibilità dell'indirizzo in esame, che richiede l'espressione di forza da parte dell'agente e, per converso, la resistenza da parte della vittima, con le interpretazioni sovente adottate dai giudici del merito italiani, come ampiamente trattato *supra*.

Maggiori problematiche interpretative, nel contesto spagnolo, sono emerse in relazione al concetto di minaccia. Questo perché la modalità costrittiva in parola è stata storicamente intesa da dottrina e giurisprudenza spagnole in termini estremamente restrittivi: l'*intimidación* doveva essere straordinariamente e oggettivamente grave e doveva, altresì, avere ad oggetto la prospettazione di un male che l'agente avrebbe inferto alla vittima immediatamente, qualora

¹³⁹ Cfr. MUÑOZ CONDE, *cit.*, p. 209; GIMBERNAT ORDEIG, *Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código Penal español; con especial referencia a la violación intimidatoria*, in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 22, fasc. 3, 1969, pp. 489 ss.

¹⁴⁰ Tradotto: «equivale ad aggressione, coazione o imposizione materiale, all'impiego di qualsiasi mezzo fisico volto a piegare la volontà della vittima, e risulta sussistente quando sia idonea e adeguata a impedire alla vittima di agire secondo la propria libera determinazione, tenuto conto delle circostanze personali e fattuali concorrenti nel caso concreto, senza che sia necessario che risulti irresistibile da un punto di vista oggettivo, poiché non è esigibile dalla vittima esporsi a un serio rischio per la propria integrità fisica o persino per la vita per tutelare della propria libertà sessuale.» Cfr. Audiencia Provincial de Navarra, Sentenza del 26 aprile 2018, n. 38.

questa non si fosse prestata all'atto sessuale richiesto dall'agente stesso. In altri termini, perché si potesse configurare un'*intimidación* la vittima non doveva poter avere altra via di uscita: soggiacere all'atto sessuale o subire il grave male minacciato.

Questa rigida interpretazione della nozione di minaccia, nella seconda metà dello scorso secolo, veniva giustificata da esigenze di proporzionalità, coerenza e razionalità del sistema.

Per un verso, infatti, si riteneva che alla severità della pena comminata dall'abrogata fattispecie di cui all'art. 429 c.p.¹⁴¹, non distante da quella prevista per l'omicidio, dovessero corrispondere violenze sessuali altrettanto gravi. Lo stesso parallelismo veniva applicato alle modalità costrittive: poiché il concetto di violenza (o, prima della riforma del 1995, di forza) era inteso esclusivamente come costringimento fisico – e si trattava dunque di una condotta particolarmente grave – si riteneva che per garantire una proporzionalità tra modalità costrittive, anche la minaccia dovesse essere caratterizzata dalla stessa gravità. In questa prospettiva, una minaccia non straordinariamente grave e immediata – esempio tipico riportato dalla dottrina vede l'uomo che minaccia la donna di rivelare al marito una relazione extraconiugale – non sarebbe stata sufficiente al perfezionamento della fattispecie, perché ciò avrebbe implicato punire con la pena draconiana comminata dall'art. 429 c.p. un fatto non sufficientemente riprovevole¹⁴².

Altra dottrina, successiva alla riforma del 1995, ha tuttavia evidenziato come non possano essere trascurate, nel giudizio sulla gravità della minaccia, le circostanze proprie del caso concreto. In particolare, il contesto in cui la minaccia si realizza e le caratteristiche della vittima rappresentano elementi fondamentali che, a differenza di quanto ritenuto in passato, debbono essere considerati nella valutazione che il giudice del caso concreto è tenuto a compiere: altro è minacciare una ragazza adolescente a tarda notte in un vicolo deserto altro è rivolgere la stessa minaccia a un uomo, in pieno giorno, in un piazzale affollato¹⁴³. Si tratta, a ben vedere, di un temperamento al più rigido orientamento del passato, secondo il quale la gravità della minaccia doveva essere valutata in termini oggettivi e assoluti, senza che vi fosse spazio per un giudizio di adeguamento basato sulle caratteristiche delle vittime e del contesto. Ciò detto, come si vedrà nel prosieguo, il rigido parametro della gravità della minaccia, così come interpretata fin dalla seconda metà dello scorso secolo, costituirà un lascito tramandatosi nella giurisprudenza spagnola fino agli anni più recenti, rappresentando il principale criterio distintivo tra *abuso sexual con prevalimiento* e *agresión sexual*.

¹⁴¹ L'abrogato art. 429 c.p. era punito con la pena della reclusione da dodici a venti anni.

¹⁴² GIMBERNAT ORDEIG, *cit.* pp. 494 ss.

¹⁴³ Cfr. MUÑOZ CONDE, *cit.*, p. 210

1.2.2 *La linea di demarcazione tra abuso sexual con prevalimiento e agresión sexual nella giurisprudenza spagnola.*

La più volte menzionata distinzione tra *abuso sexual con prevalimiento e agresión sexual con intimidación* risultava significativa, oltre che sul piano culturale, qualificatorio e simbolico, anche sul piano sanzionatorio, in particolare quando a venire in rilievo erano violenze sessuali penetrative: la forbice edittale, infatti, per le *agresiones* penetrative, oscillava tra i sei e i dodici anni di reclusione, mentre nel caso di *abuso con prevalimiento* penetrativo, era ricompresa tra uno e sei anni di reclusione.

Volgendo, a questo punto, l'attenzione alla giurisprudenza in materia in via di prima approssimazione, può dirsi che per consolidato orientamento del Tribunal Supremo l'*abuso con prevalimiento* si configurava al ricorrere di tre elementi: 1) la sussistenza di una «*situación manifiesta de superioridad del agente*»; 2) che la predetta situazione di superiorità «*influya de forma relevante coartando la capacidad de decidir de la víctima*»; e, infine, sul piano dell'elemento soggettivo, 3) che l'agente «*consciente de esa situación de superioridad y de los efectos inhibitorios que en la libertad de decidir de la víctima produce, se prevalega, la ponga a su servicio y así obtener el consentimiento viciado de la víctima*»¹⁴⁴.

Si trattava, pertanto, di una specie di intimidazione minore, originata dall'abuso consapevole di una posizione di superiorità dell'agente. Tale intimidazione, tuttavia, non sarebbe valsa ad annullare integralmente la libertà di autodeterminazione della vittima, che sarebbe stata solo parzialmente coartata.

In questa prospettiva, sono state ritenute configurabili come situazioni di manifesta superiorità, idonee a integrare la fattispecie in esame, circostanze in cui: l'agente, dopo il rifiuto della vittima di partecipare all'atto sessuale, con tono autoritario e aggressivo aveva asserito la sua intenzione di avere un rapporto sessuale; l'agente aveva minacciato la vittima di lasciarla in strada se questa non avesse acconsentito ad avere un rapporto sessuale; l'agente aveva tenuto una condotta verbale e gestuale aggressiva¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Tradotto: «consapevole di tale situazione di superiorità e degli effetti inibitori che essa produce sulla libertà di autodeterminazione della vittima, se ne avvalga, la metta al proprio servizio e ottenga così il consenso viziato della vittima». La citazione è tratta da STS 834/2014 del 10 dicembre 2014. Nello stesso senso si pronunciano STS 1518/2001, del 14 settembre 2001; STS 630/2016 del 14 luglio 2016, in tema di rapporti tra la fattispecie in esame e l'aggravante introdotta dalla *Ley Orgánica* n. 1/2015 relativa all' «*abuso de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima*».

¹⁴⁵ Cfr. GAVILÁN RUBIO, *Agresión sexual y abuso con prevalimiento: análisis de la reciente jurisprudencia*, in *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, n° 12, 2018, 89.

Dall'altro lato, il Tribunale Supremo spagnolo definiva l'*intimidación* come la minaccia causalmente connessa alla finalità dell'agente di ottenere l'atto sessuale. Inoltre, per pacifica giurisprudenza, l'*intimidación* doveva essere seria, grave, verosimile e immediata (contestuale all'atto sessuale preteso). A differenza di quanto ritenuto in passato, tuttavia, il male minacciato non doveva essere, a sua volta immediato: anche la prospettazione di un male futuro – qualora seria, verosimile e grave – poteva essere qualificata come *intimidación*. Per altro verso, neppure era necessario che si trattasse di una minaccia tale da risultare assolutamente irresistibile per la vittima: era, viceversa, sufficiente che si trattasse di coercizione tale da ottenere un consenso forzato. In questa prospettiva, tale era la minaccia che, agli occhi di un osservatore neutrale, tenuto conto delle circostanze del caso concreto, ingenerasse nella vittima la ragionevole convinzione dell'inutilità di prolungare una resistenza che avrebbe potuto causare ulteriori danni, implicitamente o espressamente minacciati dall'agente, accettando così forzatamente le pretese di quest'ultimo. Nulla impediva, inoltre, che l'*intimidación*, così come riconosciuto dalla più recente dottrina, potesse sostanziarsi in una minaccia implicita nella condotta dell'agente.

Ebbene, a questo punto può dirsi che le due categorie di *intimidación* e *prevalimiento* risultavano essere distinte in base a una sottilissima linea di confine: da un lato era richiesta una minaccia grave, seria, verosimile, ma potenzialmente anche tacita; dall'altro lato, un abuso consapevole di una situazione di superiorità. La minaccia determinerebbe un annullamento o una gravissima compressione della libertà di autodeterminazione della vittima, che non avrebbe alternativa di scelta tra il male minacciato e l'atto sessuale, e si troverebbe così ad esprimere un consenso totalmente forzato; dall'altro lato si avrebbe una più mite compressione della possibilità di scelta della vittima che, intimidita dalla situazione di superiorità dell'agente – elemento, questo, che si insinua, al pari dell'*intimidación*, nel processo di formazione della volontà – acconsentirebbe all'atto sessuale, esprimendo un consenso anche in quest'ipotesi viziato, ma in misura non totalizzante come dovrebbe accadere nell'ipotesi dell'*intimidación*.

È del tutto evidente, allora, come la distinzione in parola, già non esattamente chiara sul piano teorico e, come anticipato, nient'affatto priva di conseguenze pratiche, possa tradursi sul piano dell'accertamento probatorio in una *probatio diabolica*, foriera di decisioni inique e percepite come gravemente ingiuste dalla società, nel cui nome la giustizia dovrebbe essere amministrata.

Da ultimo, vale la pena di evidenziare che, proprio al fine di pervenire a decisioni di tal fatta, la giurisprudenza del Tribunal Supremo, in qualche misura analogamente a quella della Cassazione italiana, di cui *supra* (Cap. I § 2.2.2.), aveva approfondito, già all'indomani della

riforma del 1995, il concetto di *intimidación ambiental*, in virtù del quale avrebbe potuto configurarsi la modalità costrittiva in parola anche quando, pur in assenza di una minaccia nel senso “classico” del termine – gesti o parole che mirano a spaventare qualcuno prospettando un danno o un male futuro –, le circostanze del caso concreto fossero tali da determinare nella vittima uno stato di grande intimidazione, capace di coartarne la volontà imponendole l'accettazione di atti sessuali che avrebbe altrimenti rifiutato¹⁴⁶.

Come si vedrà nel prosieguo, tuttavia, l'orientamento in esame non venne preso in considerazione dai giudici di prime cure nel caso “La Manada”, sebbene l'ambito applicativo d'elezione della nozione di *intimidación ambiental* fosse proprio quello delle aggressioni sessuali di gruppo.

2. Il caso “la Manada”: i fatti.

Il più esemplare caso di decisione percepita dalla comunità spagnola come gravemente ingiusta è stato individuato nella sentenza n. 38/2018 della Audiencia Provincial di Navarra, relativa al più volte menzionato caso “la Manada”.

I fatti, pubblici e noti, oggetto del travagliato processo penale che diede la stura al processo di riforma esitato nella *Ley Orgánica* n. 10/2022, si erano verificati a Pamplona, nella tarda notte del 7 luglio 2016, durante l'annuale ricorrenza della festa di San Fermín: cinque uomini, di età compresa tra i ventiquattro e i ventisette anni, avevano “agganciato” una ragazza di diciotto anni. Di lì a poco la ragazza che, nel corso delle diverse ore di festeggiamenti aveva consumato grandi quantità di alcolici, aveva comunicato loro che sarebbe andata a riposarsi in macchina, non essendo riuscita a contattare la persona con cui si era recata alla festa. Gli uomini si erano offerti di accompagnarla alla macchina, senonché, lungo la strada, due di loro si erano fermati in un hotel chiedendo, senza tuttavia riuscire ad ottenerla, una camera a ore. Proseguendo il cammino, uno degli uomini aveva, poi, approfittato di una passante che stava entrando in un palazzo per entrare a sua volta. Dopodiché, una volta che la donna si era allontanata per entrare nel suo appartamento, aveva aperto il portone dell'edificio perché anche gli altri potessero entrare. La ragazza che, nel frattempo, aveva baciato uno degli uomini – circostanza, questa, che verrà largamente strumentalizzata per dipingere la vittima come una donna di “facili costumi e sessualmente disinibita”, quasi come se l'aver acconsentito a un bacio

¹⁴⁶ Cfr. STS (Sala de lo Penal), 3 ottobre 1997, rec. n. 507/1996; STS (Sala de lo Penal), 8 novembre 2006, RJ 2006/398; STS (Sala de lo Penal), n. 136/2006, 8 febbraio 2007; STS (Sala de lo Penal), 1 dicembre 2021, n. 935/2021

implicasse, automaticamente, il consenso a un rapporto sessuale di gruppo con cinque estranei – era stata, a questo punto, trascinata nell’androne del palazzo, in uno spazio senza uscita in prossimità degli ascensori. Qui, i cinque l’avevano accerchiata e svestita per poi avvicinarle il volto ai genitali di uno di loro affinché gli praticasse un rapporto orale. La ragazza, a questo punto, sgomenta e terrorizzata dall’inaspettata circostanza, aveva assunto un atteggiamento di sottomissione e passività, decidendo di prestarsi alle richieste degli uomini. Di qui innanzi si erano succedute penetrazioni orali, vaginali e anali, senza l’utilizzo di alcun preservativo. Due uomini avevano scattato delle foto e registrato due brevi video dei fatti, che avrebbero poi diffuso a partire dal gruppo *Whatsapp* “la Manada” – di qui il nome attribuito alla vicenda dai media. Terminato l’atto, il gruppo se n’era andato lasciando la donna nell’androne del palazzo, non prima, però, che uno di loro – di professione guardia civile – le sottraesse il telefono dal borsello. La ragazza, dopo essersi rivestita, si era resa conto del furto del cellulare. Sconvolta e inerme di fronte a quanto accaduto, aveva camminato per alcuni minuti prima di sedersi su una panchina in un viale e scoppiare a piangere. A questo punto, veniva raggiunta da una giovane coppia allarmata dal pianto, che si preoccupava di chiamare le forze dell’ordine, poi giunte sul posto in breve tempo. La vittima veniva accompagnata in un centro medico, dove le venivano prestate le cure necessarie. Nel corso della stessa notte venivano, inoltre, identificati e immediatamente arrestati i membri de “la Manada”, per poi essere posti in *prisión provisional*. Fin dal primo momento, gli autori del fatto sostenevano di aver intrattenuto rapporti completamente consenzienti con la giovane.

Il caso ha avuto, fin da prima dello scandalo relativo alla sentenza di primo grado, un’enorme risonanza mediatica, dovuta a una combinazione di fattori: il contesto della festa di San Fermín, dove già in passato si erano verificati gravi episodi di aggressione sessuale, la giovane età della vittima, l’elemento predatorio del gruppo, la presenza di una chat *whatsapp* dove il branco si era vantato in termini misogini delle proprie prodezze sessuali, l’immediato ricorso alla custodia cautelare in carcere nonché, infine, la strategia difensiva adottata dagli avvocati degli imputati, finalizzata – come non di rado accade nei processi per reati espressivi di violenza di genere – a presentare la vittima come una donna dissoluta e libertina, che avrebbe accettato di buona lena di fare sesso con un gruppo di sconosciuti, per poi denunciarli solo per vendicarsi del loro comportamento poco galante consistito nell’averla lasciata sola nell’androne del palazzo una volta terminato l’atto. La difesa, nel corso del procedimento aveva persino assunto un investigatore privato per documentare il comportamento della vittima sui *social media*, a dimostrazione del fatto che non aveva subito alcun trauma a seguito degli atti sessuali subiti.

2.1. *L'impatto mediatico e sociale della sentenza di primo grado.*

Il clamore mediatico del caso “la Manada”, come anticipato, raggiunse il culmine con la pubblicazione della sentenza di prime cure, nella quale i giudici della Audiencia Provincial di Navarra ritennero che nei fatti poc’anzi descritti non fosse ravvisabile una *agresión sexual* mediante *intimidación*, come richiesto dal Ministerio Fiscal, bensì un mero *abuso con prevalimiento*. La sentenza in parola provocò proteste popolari senza precedenti in Spagna: si organizzarono manifestazioni di massa al grido di slogan quali “*hermana, yo sí te creo*”, “*solo sí es sí*”, “*no es abuso, es violación*”¹⁴⁷. All’indomani della pubblicazione della sentenza, il governo spagnolo, dinanzi al clamore popolare, annunciò l’intenzione di riadattare l’allora vigente tipizzazione dei reati sessuali, risalente al 1995, alla sensibilità sociale sviluppata nell’ultimo ventennio.

Pare opportuno, a questo punto, passare in rassegna i principali argomenti in diritto che determinarono il collegio giudicante a ritenere i fatti poc’anzi descritti qualificabili come *abuso sexual con prevalimiento* e non già come *agresión sexual*.

Ebbene, a venire in rilievo ai fini della qualificazione giuridica dei fatti fu in primo luogo «*el escenario de opresión*» realizzato dalla “trappola” tesa dagli uomini alla ragazza, condotta in un «*lugar recóndito, angosto, estrecho, con una única salida coincidente con la zona por donde se realiza la entrada*»¹⁴⁸, per poi accerchiarla.

Dopodiché, il collegio considerò «*la asimetría derivada de la edad y las características físicas de denunciante - recién alcanzada su mayoría de edad - y procesados - con edades comprendidas entre los 24 y 27 años*»¹⁴⁹; asimmetria che per il collegio non poteva che essere nota agli imputati.

Infine, venne messa in evidenza «*La radical desigualdad en cuanto a madurez y experiencia en actividades sexuales de la denunciante y procesados*»¹⁵⁰, denunciante appena diciottenne che, per gli stessi giudici, si trovava «*en los albores de su vida sexual*».

A fronte di queste considerazioni, tuttavia, i magistrati, dopo aver richiamato la stabile giurisprudenza in tema di *intimidación* nel contesto dell’*agresión sexual* – di cui *supra*, (Cap.

¹⁴⁷ Tradotto: «Sorella, io ti credo» [oppure: «Sorella, io sì che ti credo»], «solo sì è sì», «non è abuso, è aggressione sessuale».

¹⁴⁸ Tradotto: «luogo recondito, angusto e stretto, con un’unica uscita coincidente con l’area da cui si accede».

¹⁴⁹ Tradotto: «l’asimmetria derivante dall’età e dalle caratteristiche fisiche della denunciante – appena divenuta maggiorenne – e degli imputati – di età compresa tra i 24 e i 27 anni».

¹⁵⁰ Tradotto: «La radicale disparità, quanto a maturità ed esperienza nelle attività sessuali, tra la denunciante e gli imputati».

Il § 1.2.1.) –ritennero che nel caso di specie non fosse ravvisabile un'intimidazione «*previa, inmediata grave y determinante del consentimiento forzado*»¹⁵¹, così come richiesto dal consolidato orientamento del Tribunal Supremo.

Per converso, le circostanze poc'anzi menzionate indussero il collegio a ritenere provata la meno grave fattispecie di *abuso sexual con prevalimiento*. Secondo la ricostruzione in diritto operata dalla sentenza, infatti, gli imputati avrebbero consapevolmente e volontariamente determinato una situazione di manifesta superiorità nei confronti della vittima, oggettivamente apprezzabile agli occhi di un osservatore esterno e neutrale, individuata nell'aver attirato la giovane in un angusto spazio senza possibilità di fuga, ove l'avrebbero poi accerchiata, così da coartarne la volontà perché si prestasse ad avere rapporti sessuali con loro.

Nella prospettiva dei giudicanti, dunque, il chiaro contesto intimidatorio appena descritto non sarebbe stato tale da determinare un consenso forzato “estorto” alla vittima. Esso avrebbe, viceversa, compresso solo parzialmente la libertà d'autodeterminazione sessuale della donna, il cui consenso agli atti sessuali richiesti dal gruppo sarebbe stato solo parzialmente viziato e non invece totalmente forzato, circostanza compatibile con la sola fattispecie di *abuso sexual con prevalimiento*.

Particolare stupore destò, inoltre, il *voto particular* del giudice a latere Ricardo Javier González che, in disaccordo con la maggioranza, avrebbe optato per l'assoluzione degli allora imputati salvo che per il capo d'imputazione relativo al furto del cellulare della vittima. A tale conclusione il magistrato sarebbe pervenuto sulla base di diversi elementi: a venire in rilievo, in primo luogo, sarebbe stata per un verso la debolezza dell'impianto accusatorio, che si sarebbe basato esclusivamente sulle deboli dichiarazioni della persona offesa e, per altro verso, la versione degli imputati, che il magistrato definì «*persistente, coherente, lógica y razonable*». Dopodiché, parte significativa delle sue argomentazioni si fondò sulle riprese video e sulle foto scattate dagli imputati, confluite agli atti dell'istruttoria dibattimentale. Dal materiale in parola, invero, il giudice affermò di non poter apprezzare, da parte della ragazza, alcun indice o segnale di contrarietà ai rapporti sessuali. Al contrario, il materiale in parola avrebbe mostrato «*una desinhibición total y explícitos actos sexual es en un ambiente de jolgorio y regocijo en todos ellos*»¹⁵². Di talché, le foto e i video in parola, lungi dal rappresentare una prova documentale a sostegno dell'accusa, avrebbero invece costituito una prova a discarico per gli imputati, che

¹⁵¹ Tradotto: «anteriore, immediata, grave e determinante del consenso forzato».

¹⁵² Tradotto: «una totale disinibizione e atti sessuali espliciti in un contesto di baldoria e giubilo, comune a tutti loro».

sarebbero dovuti andare assolti perché dall'istruttoria non sarebbe stato affatto raggiunto, a suo dire, lo *standard* probatorio di colpevolezza di là di ogni ragionevole dubbio.

2.2. *La conferma del giudice dell'appello e il ribaltamento della decisione del Tribunal Supremo: da abuso sexual con prevalimiento ad agresión sexual con intimidación.*

La sentenza di prime cure fu confermata in appello dal Tribunal Superior de Justicia de Navarra¹⁵³, salvo il *voto particular*, firmato da due componenti del collegio giudicante, secondo cui i fatti avrebbero dovuto essere riqualificati come *agresión sexual con intimidación*.

Questa è, tuttavia, la qualificazione offerta dalla sentenza del Tribunal Supremo¹⁵⁴ che, in riforma delle sentenze emesse nei due precedenti gradi di giudizio, ha riqualificato i fatti come *agresión sexual con prevalimiento*, innalzando la pena inflitta agli imputati – prima irrogata nella misura di nove anni di reclusione – a quindici anni di reclusione ciascuno.

A tale conclusione il Tribunal Supremo è pervenuto in primo luogo richiamando la propria giurisprudenza in tema di *intimidación ambiental*: «[...] *el efecto intimidatorio puede producirse por la simple presencia o concurrencia de varias personas, distintas del que consuma materialmente la violación, ya que la existencia del grupo puede producir en la persona agredida un estado de intimidación ambiental*»¹⁵⁵. Ebbene, a fronte delle circostanze del caso di specie, esaustivamente ricostruite nel corso del giudizio di merito e riprese nella sentenza in parola, il Tribunal Supremo ha ritenuto senz'altro sussistente un'*intimidación* idonea a configurare il delitto di *agresión sexual*. Tali circostanze, infatti, per la Massima Corte avrebbero prodotto nella giovane un «*estado de intimidación, que aunque no fuera invencible, sí era eficaz para alcanzar el fin propuesto por los acusados, que paralizaron la voluntad de resistencia de la víctima [...] sin que en momento alguno existiera consentimiento por parte de la misma, y sin que sea admisible forzar el derecho hasta extremos de exigir de las víctimas actitudes heroicas que inexorablemente las conducirán a sufrir males mayores*»¹⁵⁶.

¹⁵³ Cfr. STSJ Navarra del 30 novembre 2018, n. 8/2018.

¹⁵⁴ Cfr. STS (Sala de lo Penal), 4 luglio 2019, n. 344/2019.

¹⁵⁵ Tradotto: « [...] l'effetto intimidatorio può prodursi per la semplice presenza o concomitanza di più persone, diverse da chi materialmente consuma la violenza sessuale, poiché l'esistenza del gruppo può determinare nella persona aggredita uno stato di intimidazione ambientale »

¹⁵⁶ Tradotto: « (stato di intimidazione che, sebbene non fosse invincibile, era tuttavia efficace a conseguire lo scopo prefissato dagli imputati, i quali paralizzarono la volontà di resistenza della vittima [...] senza che in alcun momento vi fosse il consenso da parte di quest'ultima, e senza che sia ammissibile forzare il diritto sino al punto di esigere dalle vittime atteggiamenti eroici che le condurrebbero inesorabilmente a subire mali maggiori. ». Cfr. STS (Sala de lo Penal), 4 luglio 2019, n. 344/2019, pp. 76-77

Ora, sebbene il Tribunal Supremo abbia, con la sentenza in esame, in qualche misura rimediato al sentimento collettivo di ingiustizia causato dalle sentenze di merito, le incertezze applicative esitate nella qualificazione proposta nei primi due gradi di giudizio avevano ormai dato l'impulso per un processo di riforma, esitato, a distanza di sei anni dai fatti, nella riforma del 2022 in chiave consensualistica dei reati sessuali.

Così ricostruito il caso “la Manada”, sia sotto il profilo del clamore mediatico che ne derivò sia dal punto di vista giuridico dai suoi esordi fino al ribaltamento nell'ultimo grado di giudizio, va comunque evidenziato che, molto spesso, in Spagna, così come in Italia, i procedimenti penali relativi a casi di violenza di genere sono, ancora oggi, affrontati con modalità analoghe a quelle appena viste nel processo “la Manada”, vale a dire con strategie difensive volte non tanto a mettere in dubbio l'oggettiva sussistenza della condotta contestata, ma spostando l'attenzione sulla persona offesa, minimizzando la gravità dei fatti e delle serie conseguenze psicologiche subite dalle vittime, fino ad arrivare a metterne in dubbio la moralità e mirando a dipingerle – nei casi di violenza sessuale – come donne sessualmente disinibite, che avrebbero invero determinato, anche utilizzando il tema dell'abbigliamento discinto, gli impulsi sessuali irresistibili degli imputati, per poi denunciarli falsamente per dare sfogo a rancori personali o a vendette. Non è infrequente, purtroppo, che tali ricostruzioni, puntualmente smentite dalle statistiche, che attestano la bassissima percentuale di denunce false nel contesto dei reati sessuali¹⁵⁷, vengano accolte dall'organo giudicante, con sentenze pregne di stereotipi sessisti e giudizi morali nei confronti della vittima, spesso e volentieri “punita”, anche dallo Stato, per aver subito un atto sessuale senza ribellarsi.

3. *Il processo di approvazione della riforma dei reati sessuali.*

Come più volte anticipato, il processo di riforma dei reati sessuali ebbe inizio proprio grazie alla sentenza di prime cure del processo “la Manada”: il governo spagnolo, infatti, a fronte dell'ondata di indignazione pubblica originata dalla sentenza, avviò il processo di riforma per l'adeguamento dei reati sessuali alla sensibilità sociale sviluppata nell'ultimo ventennio. Il lungo e travagliato *iter* legislativo che portò all'approvazione della *Ley Orgánica* 10/2022 (cosiddetta *ley del “solo sí es sí”*) nacque con l'iniziativa governativa del Ministero per

¹⁵⁷ In Spagna, ad esempio, i rapporti ufficiali della Fiscalía mostrano che i procedimenti per false denunce (art. 456 c.p.) nel contesto della violenza di genere sono numericamente minimi rispetto al totale dei procedimenti per denunce false. Nel capitolo dedicato alla violenza sulla donna della Memoria 2024 della Fiscalía, infatti, sono evidenziati solo dodici procedimenti per denunce false relative a casi di violenza di genere per l'anno 2023, dei quali solo due esitati in pronunce di condanna.

l'Uguaglianza, – con il volto, in particolare, di Irene Montero, membro della direzione del partito Podemos –, che il 13 marzo 2020 presentò il primo disegno di riforma.

Alla proposta in discorso, nell'ottobre 2020, venne aggiunto, in sordina, un emendamento mirato a introdurre la criminalizzazione della *tercería locativa*, fattispecie volta a punire i proprietari di locali destinati alla prostituzione che inasprì le già presenti tensioni relative alla proposta, rallentando ulteriormente le tempistiche del processo.

La situazione di stallo in cui versava il disegno di legge subì una spinta in avanti grazie alle raccomandazioni del GREVIO che, nel novembre 2020, sollecitarono la Spagna ad ancorare la nozione di violenza sessuale all'assenza di consenso, conformemente a quanto stabilito dalla Convenzione di Istanbul, di cui la Spagna era parte dal 2014.

Dopodiché, nel luglio 2021, il progetto – ampiamente ritoccato rispetto alla versione originale – venne approvato dal Consiglio dei Ministri e, poco tempo dopo, presentato alle Camere per l'inizio dei lavori parlamentari, terminati con l'approvazione definitiva della legge il 25 agosto 2022, pubblicata il 6 ottobre 2022 ed entrata in vigore il giorno successivo.

3.1. *Uno sguardo introduttivo sulla Ley Orgánica n. 10/2022.*

La *Ley Orgánica n. 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual*, parte, nel suo preambolo, dal presupposto che le violenze sessuali sono «*una de las violaciones de derechos humanos más habituales y ocultas de cuantas se cometen en la sociedad española, que afectan de manera específica y desproporcionada a las mujeres y a las niñas*»¹⁵⁸ ed evidenzia come le stesse violenze costituiscano un problema strutturale, «*estrechamente relacionada con una determinada cultura sexual arraigada en patrones discriminatorios que debe ser transformada*»¹⁵⁹. Di talché, prosegue il legislatore della riforma, «*la respuesta a estas violencias debe emerger del ámbito privado y situarse indiscutiblemente en la esfera de lo público, como una cuestión de Estado*»¹⁶⁰.

Al di là delle più note modifiche sul piano strettamente penalistico, diverse sono le misure introdotte dalla *Ley Orgánica 10/2022* nel perseguire l'obiettivo, chiaramente individuato al comma primo dell'art. 1, della «*garantía y protección integral del derecho a la*

¹⁵⁸ Tradotto: «una delle violazioni dei diritti umani più diffuse e al contempo più nascoste tra quelle che si commettono nella società spagnola, che colpiscono in modo specifico e sproporzionato le donne e le ragazze».

¹⁵⁹ Tradotto: «strettamente connessa a una determinata cultura sessuale, radicata in modelli discriminatori, che deve essere trasformata».

¹⁶⁰ Tradotto: «la risposta a tali violenze deve emergere dall'ambito privato e collocarsi indiscutibilmente nella sfera pubblica, come questione di Stato».

libertad sexual» e della «*erradicación de todas las violencias sexuales*»¹⁶¹. Brevemente, tra le novità più significative introdotte vi è l'adozione di misure di prevenzione e sensibilizzazione in diversi ambiti – educativo, sociosanitario, digitale, mediatico, pubblicitario, lavorativo e persino militare – finalizzate a sradicare la cultura discriminatoria che alimenta la violenza di genere. Altro pilastro della riforma è la formazione specializzata per tutte le figure professionali a vario titolo coinvolte nel contrasto alla violenza di genere (forze dell'ordine, magistratura, sanità, servizi sociali, educazione).

Dal punto di vista della tutela delle vittime, la legge riconosce il diritto a un'assistenza integrale, specializzata e accessibile, che comprenda sostegno psicologico e medico immediato e a lungo termine, consulenza legale, servizi di traduzione, supporto per le vittime con disabilità e modelli innovativi come le Children's House (Barnahus), pensati per proteggere i minori scongiurando fenomeni di vittimizzazione secondaria. A questo si aggiunge la previsione di aiuti economici e di misure di protezione lavorativa, volti a favorire l'autonomia e il reinserimento sociale delle vittime.

Un ulteriore elemento di rilievo consta nel riconoscimento esplicito del diritto alla *reparación* come diritto fondamentale della persona, *reparación* finalizzata non solo a riparare il danno fisico e psichico subito dalla vittima, ma anche a sostenere i costi del recupero fisico, psichico e sociale della stessa. La legge potenzia, poi, il ruolo delle forze di sicurezza e del sistema giudiziario, prevedendo unità di valutazione forense specializzate, protocolli di protezione rafforzata e limitazioni alla diffusione dei dati personali delle vittime.

La normativa stabilisce, infine, meccanismi di coordinamento istituzionale e di monitoraggio costante, tra cui una «*estrategia estatal de prevención y respuesta a las violencias machistas*» e una «*mesa de coordinación estatal sobre violencias sexuales*»¹⁶².

3.2. *L'adozione del modello di consenso affermativo temperato.*

Volgendo ora lo sguardo al piano strettamente penalistico, il cuore della riforma è rappresentato dalla trasformazione in chiave consensualistica dell'*agresión sexual* e dalla contestuale abrogazione dell'*abuso sexual*: come è evincibile dallo stesso preambolo, infatti, la *Ley Orgánica* «*elimina la distinción entre agresión y abuso sexual, considerándose agresiones sexuales todas aquellas conductas que atenten contra la libertad sexual sin el consentimiento*

¹⁶¹ Tradotto: «*eradicazione di tutte le violenze sessuali*».

¹⁶² Tradotto: «*strategia statale di prevenzione e risposta alle violenze maschiliste*» e «*tavolo statale di coordinamento sulle violenze sessuali*».

de la otra persona»¹⁶³. Si tratta di una presa di posizione inequivoca idonea a ricondurre tutti gli atti sessuali non consensuali nello spettro applicativo delle *agresiones*, per dare adempimento definitivo agli obblighi assunti con la ratifica della Convenzione di Istanbul.

La centralità del consenso, come anticipato, prende forma nella modifica dell'art. 178 c.p., che dal 2022 punisce «*el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento*»¹⁶⁴. Nello stesso comma viene, altresì, disciplinata la definizione legale di consenso, che può dirsi sussistente solo se è stato «*manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona*»¹⁶⁵. Le modalità coercitive rappresentate dalla *violencia* e nella *intimidación*, prima elementi costitutivi del reato, divengono, nel comma secondo dell'art. 178 c.p., presunzioni assolute di mancanza del consenso, cui il legislatore della riforma affianca gli atti dal contenuto sessuale commessi in danno di «*personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad*»¹⁶⁶.

Come anticipato, allo stravolgimento in chiave consensualistica dell'*agresión sexual* ha fatto da contraltare la soppressione della fattispecie di *abuso sexual*, di cui all'art. 180 c.p. La logica della nuova configurazione è chiaramente spiegata nella *circular* n. 1/2023 della FISCALÍA General, relativa ai criteri attuativi della riforma: «*las conductas anteriormente consideradas «abuso sexual» pasan ahora a integrarse en la categoría «agresión sexual» [...], figura que aglutina las distintas modalidades de ejecución no consentida de actos de carácter sexual sobre una persona, con independencia del método empleado por el autor para doblegar su voluntad*»¹⁶⁷.

Con la riforma, dunque, le condotte precedentemente punite come *abuso sexual* vanno a confluire nello spettro applicativo dell'*agresión*, che punisce ora indistintamente tutti gli atti sessuali realizzati in mancanza del consenso della vittima.

¹⁶³ Tradotto: «elimina la distinzione tra aggressione e abuso sessuale, dovendosi considerare aggressioni sessuali tutte le condotte che attentino alla libertà sessuale senza il consenso dell'altra persona»

¹⁶⁴ Tradotto: «chiunque ponga in essere qualsiasi atto che attenti alla libertà sessuale altrui, in assenza del consenso dell'altra persona».

¹⁶⁵ Tradotto: «manifestato liberamente mediante atti che, tenuto conto delle circostanze del caso, esprimano in modo chiaro la volontà della persona».

¹⁶⁶ Tradotto: «persone che si trovino prive di sensi o delle cui condizioni mentali si abusi, nonché gli atti posti in essere quando la volontà della vittima sia, per qualsiasi causa, annullata».

¹⁶⁷ Tradotto: «le condotte in precedenza considerate «abuso sessuale» confluiscono ora nella categoria di «aggressione sessuale» [...], figura che ricomprende le diverse modalità di esecuzione non consensuale di atti di natura sessuale su una persona, a prescindere dal metodo impiegato dall'autore per piegarne la volontà». Cfr. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *circular* n. 1/2023, pag. 105.

Dopodiché, il legislatore della *Ley Orgánica* introduce, al terzo comma, un sottotipo attenuato di *agresión de menor entidad*, non dissimile dalla circostanza attenuante speciale di cui all'art. 609 *bis* c.p. italiano, prevedendo che il giudice, motivando in sentenza e sempre che non ricorra una delle circostanze aggravanti previste all'art. 180 c.p., possa, in considerazione della lieve entità del fatto e delle circostanze personali dell'agente, irrogare la pena della reclusione solo nella metà inferiore della cornice edittale, oppure, persino, la pena pecuniaria della «*multa de dieciocho a veinticuatro meses*»¹⁶⁸.

All'art. 179 c.p. continuano ad essere punite come *violaciones* le aggressioni sessuali penetrative, sebbene con una formulazione leggermente più ampia che cita espressamente, oltre agli oggetti, le altre parti del corpo (diverse dai genitali), su cui prima della riforma sussisteva un dubbio.

In punto di pena, la riforma, nell'evidente ottica, perseguita anche dall'attenuante poc'anzi menzionata, di modulare la riposta sanzionatoria a fronte di aggressioni sessuali commesse senza violenza o minaccia, ritenute meno gravi, introduce una modifica nella forbice edittale, abbassando il minimo della pena sia per le *agresiones* non penetrative sia per le *violaciones*.

Segnatamente, il legislatore della riforma ha optato per una soluzione intermedia tra le cornici edittali delle vecchie fattispecie di *abuso* e di *agresión sexual*: i vecchi abusi erano puniti con la pena della reclusione da uno a tre anni o con la multa da diciotto a ventiquattro mesi – che diventava la pena della reclusione da quattro a dieci anni in caso di atti penetrativi – e le aggressioni con la pena della reclusione da uno a cinque anni e da sei a dodici anni nell'ipotesi di *violación*. La *Ley Orgánica* n. 10/2022, mediando tra le fattispecie, ha previsto una forbice edittale che va da uno a quattro anni di reclusione per il tipo base di aggressione sessuale e da quattro a dodici per quello aggravato di *violación*.

La novità in parola, in una al sottotipo attenuato di cui al terzo comma dell'art. 178 c.p., come verrà trattato nel prosieguo, saranno forieri di significative problematiche applicative, legate alla regola della retroattività della legge penale favorevole: problematiche che determineranno, così, il legislatore all'introduzione di un correttivo nel 2023.

¹⁶⁸ Per ragioni di proporzionalità, nell'ordinamento spagnolo la multa (art. 50 c.p.) viene irrogata con un sistema a quota giornaliera: il giudice fissa una durata e un importo giornaliero, determinato in base alla capacità economica del reo.

3.3. *Gli altri profili di novità sul piano della repressione penale.*

La legge in parola, come del resto suggerito dalla rubrica, opera una vera e propria revisione integrale dei reati sessuali, con modifiche a tutto campo della disciplina.

In primo luogo, la riforma realizza una riorganizzazione della nomenclatura del Titolo VIII del Codice: dal 1995 rubricato “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*”, esso perde il riferimento alla *indemnidad*, tornando alla vecchia formulazione “*Delitos contra la libertad sexual*”. Contestualmente, la tutela della integrità sessuale dei minori viene spostata agli artt. 181-183 c.p. (prima relativi all’*abuso sexual*), con pene rimodulate e aggravanti specifiche. Viene, inoltre, introdotta all’art. 183 *bis* c.p. una clausola che esclude la responsabilità penale dell’agente che abbia compiuto atti sessuali con un minore di sedici anni, quando lo stesso autore sia «*persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica*»¹⁶⁹, similmente a quanto previsto dalla causa di non punibilità di cui al comma quarto dell’art. 609 *quater* c.p. italiano.

È stato modificato anche il reato di *stalking* (art. 172 *ter* c.p.): ed invero, la fattispecie, nella sua formulazione precedente, richiedeva che la condotta persecutoria dell’agente alterasse gravemente lo sviluppo della vita quotidiana della vittima. Con la riforma, viene eliso proprio l’aggettivo “gravemente”, che l’interpretazione precedente aveva spesso interpretato rigidamente, escludendo che la fattispecie in parola potesse configurarsi pur a fronte di molestie reiterate e significative¹⁷⁰. Dopodiché, la riforma ha introdotto nella disposizione in esame un nuovo comma quinto, che incrimina l’utilizzo non consensuale dell’immagine altrui «*para realizar anuncios o abrir perfiles falsos en redes sociales, páginas de contacto o cualquier medio de difusión*»¹⁷¹, quando ciò si traduca per la vittima in una situazione di molestia, vessazione o umiliazione.

Viene completamente riscritto anche *l’acoso sexual* (art. 184 c.p.). Il tipo base copre ora la richiesta di favori sessuali in ambito lavorativo, educativo, di prestazione di servizi o analogo (continuato o abituale), quando ciò provochi una situazione oggettiva e gravemente intimidatoria, ostile o umiliante; sono previste, poi ipotesi aggravate in caso di abuso di posizione di superiorità gerarchica, minaccia esplicita o tacita di pregiudizio, o quando il fatto

¹⁶⁹ Tradotto: «persona prossima al minore per età per grado di sviluppo o di maturità fisica e psicologica»

¹⁷⁰ Cfr. GARCÍA VIDALES, *Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual: breve comentario panorámico de una norma que aspira a ser transformadora*, reperibile al link: <https://blog.sepin.es/2022/09/ley-garantia-integral-libertad-sexual>; STS (Pleno, Sala de lo Penal), 8 maggio 2017, n. 324/2017.

¹⁷¹ Tradotto: «al fine di pubblicare annunci o aprire profili falsi sui social network, su siti di incontri o attraverso qualsiasi mezzo di diffusione».

sia commesso in centri di protezione/detenzione; infine, è disciplinata un'ulteriore aggravante che impone al giudice di irrogare una pena individuata nella metà superiore della forbice edittale quando la vittima versi in condizioni di particolare vulnerabilità per età, malattia o disabilità.

Dopodiché, è espressamente affermata la responsabilità penale della persona giuridica per il delitto in esame, punito con pena pecuniaria e applicabilità delle sanzioni di cui al comma settimo dell'art. 33 c.p.

Nel contesto dei reati relativi alla privacy e alla dimensione digitale, è stato, altresì, riformulato il settimo comma dell'art. 197 c.p. che ora punisce la diffusione, rivelazione o cessione non autorizzata di immagini o registrazioni ottenute con il consenso della vittima in un contesto privato, prevedendo la responsabilità penale anche di chi, avendole ricevute, le diffonda nuovamente senza consenso. La norma prevede, altresì, aggravanti specifiche quando la vittima è minore o persona con disabilità, quando l'autore è il coniuge o partner (attuale o pregresso), o quando vi è finalità lucrativa.

Infine, la *Ley Orgánica* è intervenuta su profili relativi all'esecuzione della pena, sottoponendo a condizioni più stringenti l'accesso sia ai benefici penitenziari (art. 36 c.p.) – quali la partecipazione a specifici programmi di trattamento per i *sex offenders* – sia alla sospensione condizionale della pena (art. 83 c.p.), la cui concessione viene condizionata all'imposizione di prescrizioni accessorie.

3.4. *La Ley Orgánica n. 10/2022 nella dottrina spagnola.*

La *Ley Orgánica* n. 10/2022 è stata accolta con un generale disfavore da buona parte della dottrina spagnola, che ha visto nella stessa – come del resto pare accadere spesso di fronte a riforme dei reati sessuali (basti pensare che la stessa legge italiana n. 66/1966 era stata definita «paradigmatico esempio di sciatteria legislativa»¹⁷²) – una riforma che privilegia una risposta politico-criminale di immediata visibilità e forte impatto simbolico, piuttosto che un intervento costruito su basi dogmatiche solide e orientato al rispetto dei principi fondamentali del diritto penale garantista¹⁷³.

¹⁷² V. *supra*, Cap. I. § 1.5.

¹⁷³ Cfr., per tutti, AGUSTINA, *Sobre la reforma de los delitos sexuales: de la confusión típica a la problemática discrecionalidad judicial y al desorden valorativo en el sistema de penas*, in *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»*. *Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Atelier, 2023.

In particolare, la novità più significativa introdotta dalla riforma – l'introduzione del paradigma del consenso e la contestuale abrogazione dell'*abuso sexual*–, è stata tacciata di essere una risposta populista alla pressione sociale abbattutasi sul governo in seguito alla sentenza di primo grado nel caso “la Manada”.

In questo senso, similmente a quanto accaduto in Italia all'indomani della legge n. 66/1996, uno dei principali filoni di critiche dottrinali si è sostanziato nell'accusa di aver accorpato nella medesima fattispecie condotte connotate da gradazioni di disvalore del tutto diverse. E dunque, parallelamente a quanto si era affermato in relazione all'unificazione di violenza carnale ed atti di libidine violenta (sebbene allora si trattasse di accorpamento relativo al contenuto dell'atto sessuale, mentre l'unificazione della *Ley Orgánica* attiene alle modalità di realizzazione del fatto), per la dottrina più critica si tratterebbe di una modifica che finisce per parificare – anche ai fini sanzionatori – una grave aggressione sessuale, realizzata, ad esempio, con una minaccia di morte, a un atto sessuale ottenuto abusando di una situazione di superiorità o ricattando emotivamente la vittima. Particolarmente problematico sarebbe, poi, il caso dell'atto sessuale ottenuto promettendo alla vittima dei vantaggi – come, ad esempio, un aumento salariale o un miglior trattamento lavorativo –, che per alcuni autori, vista la forma totalmente libera del reato, potrebbe configurare un'aggressione sessuale. L'unificazione, per giunta, finirebbe per ampliare oltremodo la discrezionalità del giudice, con il paradossale effetto di incrementare le incertezze applicative che la riforma si proponeva, invece, di ridurre.

Le osservazioni critiche in parola – inclusa la suggestiva contrapposizione tra condotte di gravità polarizzata, che ricorda molto il raffronto tra bacio rubato e stupro violento, spesso evocato dalla dottrina italiana – non paiono del tutto convincenti.

È evidente che il problema non si pone in relazione alle *agresiones* non penetrative, non potendo ravvisare, pur a fronte di aggressioni non realizzate con modalità costrittive particolarmente gravi, un eccesso sanzionatorio nel minimo edittale di un anno previsto per il tipo base di cui all'art. 178 c.p., a maggior ragione in considerazione dell'applicabilità dell'attenuante dei casi di minore gravità (che può portare persino all'applicazione della pena pecuniaria). Una lesione della libertà d'autodeterminazione sessuale, infatti, per quanto tenue, porta comunque non di rado con sé conseguenze psicologiche significative e a lungo termine per la vittima.

Il problema di assenza di proporzionalità, viceversa, si porrebbe in relazione alle *agresiones* penetrative, posta la pacifica inapplicabilità – sostenuta anche dalla Fiscalía General¹⁷⁴ – dell'attenuante di cui al comma terzo dell'art. 178 c.p. all'ipotesi in esame. È in

¹⁷⁴ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *cit.*, 106.

questo caso, infatti, che il suggestivo raffronto tra condotte poste agli antipodi in quanto a gravità delle modalità dell'aggressione, a fronte di una pena minima di quattro anni di reclusione, può destare delle perplessità.

Sul punto, però, deve in primo luogo premettersi che la delicata ipotesi di atti sessuali ottenuti in cambio della sola promessa di un vantaggio non pare essere riconducibile, salvo pressioni idonee a coartare la libertà d'autodeterminazione della vittima, alla fattispecie di *agresión sexual*. Pare ragionevole ritenere, infatti, che la qualificazione giuridica, in queste ipotesi, dipenda dalle circostanze del caso concreto: a fronte di una proposta di tal fatta che sia, per le sue caratteristiche, inidonea a coartare la volontà della vittima, non sembra che possa configurarsi un'*agresión sexual*. In altri termini, qualora la proposta di un atto sessuale a fronte di un vantaggio venga liberamente accettata dalla controparte, non potrebbe ritenersi integrato l'elemento costitutivo della fattispecie dato dalla mancanza di consenso, con conseguente irrilevanza penale – quantomeno ai fini dell'art. 178 c.p. – del fatto.

Ben diversa sarebbe, invece, l'ipotesi in cui la proposta porti con sé una componente intimidatoria capace di incidere sull'autodeterminazione della vittima: ipotizziamo il caso in cui un professore proponga a una giovane alunna di assicurarle un buon voto all'esame in cambio di un rapporto sessuale. Ebbene, in quest'ipotesi non è difficile immaginare che la giovane possa accettare la proposta non perché effettivamente entusiasta del buon voto prospettato, ma per la pressione e per il timore delle conseguenze negative che potrebbero derivare da un rifiuto. In questo caso, dunque, è evidente che non si avrebbe quel consenso libero richiesto dal comma primo dell'art. 178 c.p., con conseguente applicabilità della norma. E tuttavia, la condotta dell'agente, in questo caso, pare essere caratterizzata da un disvalore significativo, certamente non immeritevole della sanzione penale prospettata dalla fattispecie in esame.

Dopodiché, non può dimenticarsi che all'unificazione delle fattispecie è seguito, sul piano sanzionatorio, un abbassamento della cornice edittale, individuata – nel caso della *violación* – nell'ampio range quattro - dodici anni, che consente di adeguare il trattamento sanzionatorio in base alle circostanze del caso concreto: altro è punire la proposta di cui sopra con la pena della reclusione per quattro anni, altro è punire un grave stupro violento con la pena di dodici anni.

Infine, pare opportuno rilevare – così come si era fatto in merito alle critiche relative alla scelta unificatrice della riforma italiana del 1995 – che la drastica polarizzazione di gravità spesso proposta dalla dottrina non riflette le sfumature che si verificano nella quotidianità delle aggressioni sessuali, così come non pare corretto affermare che un'aggressione realizzata con

violenza o con minaccia debba necessariamente essere ritenuta più grave di una condotta abusante realizzata con modalità differenti¹⁷⁵.

Del resto, l'accorpamento delle fattispecie nell'ordinamento spagnolo è stato determinato proprio da un caso concreto che ha dimostrato con disarmante chiarezza l'inadeguatezza del previgente sdoppiamento delle fattispecie, non già di fronte alle ipotesi estreme prospettate dalla dottrina, ma con riguardo ai casi ambigui, di difficile qualificazione e tuttavia ricorrenti nelle realtà quotidiana delle aule di Tribunale.

Il secondo filone di critiche è relativo alla scelta del legislatore di optare per un modello di consenso affermativo, espresso dal noto slogan *solo sí es sí* con cui la legge è passata alle cronache.

Se, infatti, si è registrato un generale consenso circa la necessità di riformare la previgente normativa in chiave consensualistica, visti gli odiosi esiti applicativi che la distinzione precedente fondata sulle modalità costrittive aveva prodotto, lo stesso non può dirsi per la scelta di ritenere il consenso sussistente «*cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona*»¹⁷⁶, definizione ampiamente criticata poiché ritenuta eccessivamente ampliativa del penalmente rilevante.

La preoccupazione, sotto questo profilo, è ben espressa dalla suggestiva immagine della contrattualizzazione dei rapporti sessuali, cui fa spesso ricorso la dottrina critica del consenso affermativo¹⁷⁷. In altri termini, una fattispecie di violenza sessuale incentrata non già sull'espressione di dissenso – come accade, ad esempio, nell'ordinamento tedesco – ma sulla mancanza di un consenso espresso, finirebbe per ampliare oltremodo lo spettro applicativo della fattispecie, “obbligando” chiunque intenda partecipare in attività sessuali ad accertarsi della presenza di un consenso esplicito del *partner* – di qui la contrattualizzazione – e giungendo, per altro verso, alla «*insoportable consecuencia de penar conductas sexuales válidamente consentidas aunque con un consentimiento que no coincide con el tipificado en el enunciado penal. Lo absurdo de esta consecuencia se revela si se tiene en cuenta que delinquirían las dos*

¹⁷⁵ Cfr. IGAREDA, *Las controversias sobre la Ley del “Sí es sí” sobre violencia sexual*, in *Política Criminal*, vol. 18, n° 36, dicembre 2023, art. 3, 572 ss.

¹⁷⁶ Tradotto: «quando si sia manifestato liberamente mediante atti che, tenuto conto delle circostanze del caso, esprimano in modo chiaro la volontà della persona».

¹⁷⁷ In questo senso LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento*, in *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»: Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Atelier, Barcellona, 2023, 51 ss.; MERENDA, *La “ley del solo sí es sí”: la controversa riforma dei delitti contro la libertà sessuale nell'ordinamento spagnolo. Spunti per il legislatore italiano?*, in *Archivio Penale*, 2024;

*personas que mantienen la relación sexual que quieren pero sin que dicha voluntad se haya manifestado por ninguno de ellos mediante actos que la expresen de forma clara»*¹⁷⁸.

La tipizzazione del consenso in termini affermativi, dunque, per la dottrina in esame, obbligherebbe a un'innaturale regolamentazione dei rapporti sessuali, portando, peraltro, alla paradossale conseguenza di criminalizzare persino atti sessuali in cui tutti i protagonisti sono consenzienti ma non lo hanno dimostrato chiaramente, così da rendere, come provocatoriamente evocato, penalmente rilevante il fatto di «*acercarse a la propia pareja por la noche, mientras ésta se encuentra dormida, abrazarla y acariciarla, puesto que dormida no ha podido manifestar por medio de un acto de manera clara la voluntad de la persona*»¹⁷⁹.

Una definizione di questo tipo, aggiungono gli autori, lungi dal proteggere la libertà sessuale delle donne, finirebbe paradossalmente persino per discriminarla, realizzando una «*desconfianza paternalista y patriarcal del modo de estas de gobernar su autonomía personal*»¹⁸⁰, che poggia sull'idea che «*es el hombre el que asume la responsabilidad de la comunicación de la mujer*»¹⁸¹. In altri termini, il paradigma di consenso in esame troverebbe fondamento nell'idea retrograda che è l'uomo a doversi accertare del consenso della donna, che verrebbe così “infantilizzata” e trattata come incapace di esprimere autonomamente le proprie scelte.

E ancora, altra conseguenza inaccettabile paventata da questa dottrina è relativa all'asserita inversione del carico probatorio che la fattispecie realizzerebbe, “esonorando” l'accusa dalla prova dell'aggressione sessuale e ponendo, viceversa, in capo all'imputato l'onere di dimostrare la propria innocenza provando la sussistenza del consenso del *partner*, ponendosi così in contrasto con la presunzione di non colpevolezza.

Ebbene, in merito al concetto di consenso, paiono ben più condivisibili le considerazioni di quella dottrina che, maggiormente sensibile alle istanze femministe, ha accolto con favore l'introduzione del modello di consenso in esame.

¹⁷⁸ Tradotto: «l'intollerabile conseguenza di sanzionare penalmente condotte sessuali per le quali è stato dato un valido consenso, sebbene con modalità che non coincidono con quelle tipizzate nella fattispecie penale. L'assurdità di tale conseguenza emerge considerando che commetterebbero reato entrambe le persone che intrattengano un rapporto sessuale che desiderano senza, però, che tale volontà sia stata manifestata mediante atti che la esprimano in modo chiaro». Cfr. LASCURAÍN SÁNCHEZ, *cit.*, pp. 66.

¹⁷⁹ Tradotto: «avvicinarsi alla propria partner durante la notte, mentre questa è addormentata, abbracciarla e accarezzarla, poiché, essendo addormentata, non ha potuto manifestare in modo chiaro la propria volontà.» Cfr. ÁLVAREZ GARCÍA, *La libertad sexual en peligro*, in *Diario La Ley*, n° 10007, 2022, 5.

¹⁸⁰ Tradotto: «diffidenza paternalistica e patriarcale nei confronti del modo in cui queste [le donne] governano la propria autonomia personale».

¹⁸¹ Tradotto: «è l'uomo che si assume la responsabilità della comunicazione della donna». Cfr. LASCURAÍN SÁNCHEZ, *cit.*, 67.

In primo luogo, non può sottacersi che l'introduzione di una fattispecie di aggressione sessuale incentrata sul consenso non è, per gli Stati membri della Convenzione di Istanbul – quale è la Spagna, fin dal 2014 –, una libera scelta di politica criminale, ma corrisponde al contrario a un preciso obbligo di criminalizzazione di fonte pattizia, previsto dall'art. 36 della Convenzione.

Dopodiché, in merito alla scelta del modello di definizione del consenso, è lo stesso GREVIO che, interpretando la Convenzione, giunge ad esprimere un'esplicita preferenza per un modello consensualistico: «*the 'only yes is yes' approach equates consent in sexual relations to mean affirmative and freely given consent. [...] By shifting the focus of the criminal justice response away from the behaviour of the victim – for example whether she said 'no', resisted or tried to escape – towards the actions of the perpetrator, this approach is better aligned with the spirit of the Istanbul Convention*»¹⁸².

In questo senso si orienta, inoltre, l'opinione di parte della dottrina più sensibile alle istanze di tutela della libertà sessuale che, a sostegno della scelta effettuata dal legislatore della riforma, ha messo in luce l'inadeguatezza dell'altro, principale modello di consenso – il cosiddetto *no means no* – che, pur non richiedendo il ricorso a modalità costrittive, postula comunque la necessità dell'esplicitazione del dissenso, anziché la sola mancanza di consenso. Sebbene il modello in esame, infatti, non imponga alla vittima quell'onere di resistenza necessario perché l'agente debba ricorrere alla costrizione, esso continua comunque a incentrare il fulcro del disvalore della fattispecie sulla sua condotta, anziché esclusivamente su quella dell'agente, richiedendole di esprimere un dissenso esplicito. Una fattispecie così formulata rischia di determinare l'irrelevanza penale di tutti quei casi in cui la vittima, irrigidita dalla paura delle più gravi conseguenze cui potrebbe andare incontro esprimendo un rifiuto, soggiaccia all'atto sessuale senza esplicitare il proprio dissenso¹⁸³.

Basti pensare, del resto, proprio al caso “la Manada”: se i fatti di Pamplona fossero stati giudicati avendo come riferimento una fattispecie improntata sul dissenso esplicito, l'esito non sarebbe che potuto essere assolutorio, non avendo la vittima, a rigore, esplicitato alcun dissenso.

¹⁸² Tradotto: «L'impostazione del «solo sì è sì» equipara il consenso nei rapporti sessuali a un consenso affermativo e liberamente prestato. [...] Spostando il fulcro della risposta penale dal comportamento della vittima - ad esempio se abbia detto «no», opposto resistenza o tentato di fuggire - alle condotte dell'autore, tale approccio risulta maggiormente conforme allo spirito della Convenzione di Istanbul.» Cfr. GREVIO, *4th General Report on GREVIO's Activities*, Consiglio d'Europa, 2023, 36.

¹⁸³ È proprio per scongiurare questo rischio che nell'ordinamento tedesco si è resa necessaria la tipizzazione di sotto fattispecie finalizzate ad attribuire rilevanza penale a quei casi in cui la vittima, pur non consenziente, non esprime il proprio dissenso – si pensi ai toccamenti furtivi. Cfr. FARALDO CABANA, “*Solo sí es sí*”: *hacia un modelo comunicativo del consentimiento en el delito de violación*, in *Reformas penales en la Península Ibérica: ¿A “jangada de pedra”?*, Editorial BOE, 2021. 270.

Il modello consensuale, infatti, come efficacemente sostenuto, «*incorpora, en el fondo, una obviedad: solo habrá ejercicio libre de una actividad sexual si esta es consentida por las partes; no necesariamente deseada, pero sí, al menos, aceptada como manifestación de una decisión libre*»¹⁸⁴. Nessun altro modello di fattispecie può, invero, inquadrare l'essenza di un'attività sessuale non punibile che, appunto, non può prescindere dal necessario consenso di tutte le persone coinvolte, senza che possa rilevare, ai fini della rilevanza penale della condotta, l'esplicita espressione del dissenso o, peggio ancora, il ricorso a violenza, minaccia o altre modalità di costrizione.

Dopodiché, in merito alla prima critica relativa alla “contrattualizzazione” dei rapporti sessuali, è stato causticamente evidenziato come si tratti di una censura che «*persigue ridiculizar una ley que parte del disfrute de una sexualidad consentida*»¹⁸⁵: il modello di consenso affermativo, nella versione temperata adottata dall'ordinamento spagnolo¹⁸⁶, lungi dal richiedere «*un notario en el dormitorio, prestar el consentimiento a través de una app o verse obligados a preguntar cada dos por tres a la pareja si se sigue o no*»¹⁸⁷, come è stato sarcasticamente sostenuto da parte dei commentatori, esige, molto più semplicemente, che tutte le persone coinvolte consentano all'attività sessuale, dimostrandolo non per forza a parole, ma anche solo con azioni, espressioni o gesti da cui si possa desumere la chiara volontà di parteciparvi. L'assenza di consenso, pertanto, alla stregua della definizione spagnola non equivale alla mancata esplicitazione “a parole” dello stesso, come beffardamente suggerito da parte della dottrina, bensì all'assenza di qualsivoglia elemento indicativo della volontà della persona di non partecipare all'atto sessuale, come avviene, ad esempio, nei casi di *freezing*, in cui la vittima soggiace all'atto in modo del tutto passivo, senza dimostrare – nemmeno gestualmente – alcuna volontà di prendere parte al rapporto.

Quanto richiesto dal paradigma del consenso affermativo temperato, in altri termini, non è altro che il fisiologico e naturale svolgimento di un rapporto sessuale cui entrambe le parti acconsentono: è solo di fronte a un silenzio passivo e inerte che dovrà presumersi l'assenza di

¹⁸⁴ Tradotto: «afferma, in fondo, un'ovvietà: potrà esserci libero esercizio di un'attività sessuale solo se essa è consentita dalle parti; non necessariamente desiderata, ma quantomeno accettata come manifestazione di una decisione libera».

¹⁸⁵ Tradotto: «si propone di ridicolizzare una legge che assume quale presupposto il godimento di una sessualità consensuale». Cfr. ACALE SÁNCHEZ, *La garantía integral de la libertad sexual en la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre*, in *Notas de Actualidad*, n° 1/2022, Universitat de Barcelona, 2022.

¹⁸⁶ Sulle diverse gradazioni del consenso affermativo, v., ancora, CALETTI, *cit.*, 351 ss.

¹⁸⁷ Tradotto: «un notaio in camera da letto, prestare il consenso tramite un'app o vedersi costretti a chiedere di continuo al partner se è consentito proseguire o no». Cfr. FARALDO CABANA, “Solo sí es sí”, *cit.*, p. 271.

consenso, di fronte alla quale l'altra persona dovrà fermarsi, pena il compimento di un'aggressione sessuale penalmente rilevante¹⁸⁸.

E ancora, una richiesta in tal senso – ossia di fermarsi quando non si ha la certezza che l'altro voglia ingaggiare o proseguire in un'attività sessuale – sembra rappresentare il minimo indispensabile per una società che faccia propria l'idea che nessun rapporto sessuale è dovuto. In questo senso, teoriche, strumentali e figlie di una cultura arcaica e patriarcale appaiono le osservazioni secondo cui «*el consentimiento, a veces, se presenta confundido con otra manifestación de voluntad como pudiera ser una invitación, entendida, o no, como iniciativa*»¹⁸⁹: in un incontro sessuale genuino, invero, comprendere se l'altra parte è consenziente all'attività sessuale difficilmente porta con sé la problematica questione della decodificazione dei segnali paventata dall'autore; al contrario, quando il consenso esiste, esso emerge, di norma, in modo naturale e spontaneo dai gesti, dalle parole e dalle espressioni dell'altra persona. Dopodiché, se davvero l'agente si trovasse dinanzi a segnali equivoci, misti o incerti, che danno adito a dubbi circa il consenso dell'altra persona, non sembra troppo esigente la pretesa che egli si fermi e si accerti della volontà dell'altro di partecipare nell'attività sessuale. Né pare eccessivo, in questa prospettiva, qualificare come aggressione sessuale la condotta dell'agente che ingaggi l'attività sessuale pur avendo un dubbio sul consenso dell'altro.

Figlia della medesima cultura patriarcale appare la seconda critica, relativa al fatto che l'adozione di un modello consensualistico, anziché proteggere le donne, finirebbe per “infantilizzarle”, trattandole come incapaci di occuparsi autonomamente dell'espressione delle proprie scelte sessuali. La fallacia del ragionamento in esame sta nella medesima premessa dell'autore: è pacifico – lo esplicita lo stesso preambolo della legge – che la riforma dei reati sessuali miri a difendere la libertà sessuale delle donne e, logicamente, non si tratta di una scelta casuale, bensì dettata dalla realtà fenomenologica delle violenze sessuali, realizzate pressoché esclusivamente da uomini nei confronti di donne – soprattutto – e di minori.

E allora, la censura in parola non sembra condivisibile proprio perché completamente avulsa dalla realtà del fenomeno: chiaramente, in una – purtroppo, quantomeno attualmente – utopica società in cui gli uomini fossero pienamente rispettosi della libertà di autodeterminazione sessuale delle donne, non sarebbe necessario imporre loro di assicurarsi che la donna con cui intendono intraprendere un rapporto sessuale vi acconsenta, perché lo

¹⁸⁸ Cfr. FARALDO CABANA, “*Solo sí es sí*”, *cit.*, p. 272.

¹⁸⁹ Tradotto: «il consenso, talvolta, viene confuso con un'altra manifestazione di volontà, quale potrebbe essere un invito, interpretato - o meno - come iniziativa». Cfr. ÁLVAREZ GARCÍA, *cit.*, p. 6

farebbero già autonomamente. Di talché, in una simile società, una norma di questo tipo, peraltro neutra nel genere – che, lo si ripete, non fa altro che richiedere l’imprescindibile – non sarebbe posta a preminente tutela delle donne, bensì di tutte le persone.

E ancora, non pare potersi concordare con l’obiezione relativa all’asserita inversione dell’onere probatorio che il modello consensualistico porta con sé. Il carico probatorio, resta, infatti, invariato: all’accusa spetta la prova - ogni oltre ragionevole dubbio - di tutti gli elementi costitutivi del reato, nonché della loro riconducibilità all’imputato; a quest’ultimo spetta, invece, l’onere di allegare fatti e circostanze idonei, ove riscontrati, a volgere il giudizio in suo favore. A cambiare, piuttosto, è l’oggetto dell’onere probatorio accusatorio, che non dovrà più provare la sussistenza di violenza o minaccia, ma semplicemente che l’imputato abbia compiuto atti sessuali in assenza di chiari indici – verbali o desunti dal comportamento della persona offesa – di consenso¹⁹⁰.

4. *L’applicazione retroattiva della Ley Orgánica n. 10/2022 e la controriforma del 2023.*

Le critiche più corpose alla riforma in esame, tuttavia, sono relative alla mancata previsione, nonostante gli avvertimenti in tal senso delle informative di diversi organi statali¹⁹¹, di un regime transitorio applicabile a partire dall’entrata in vigore della *Ley Orgánica* n. 10/2022. La mancanza di una norma transitoria, invero, ha determinato, in conseguenza dell’applicazione retroattiva della legge, in taluni casi più favorevole della precedente, almeno 1.233 riduzioni di pena e almeno 126 scarcerazioni¹⁹² dal 7 ottobre 2022, data di entrata in

¹⁹⁰ In questo senso ACALE SÁNCHEZ, *cit.*, p. 11.

¹⁹¹ Cfr. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, 25 febbraio 2021, reperibile al link: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-anteproyecto-de-Ley-Organica-de-Garantia-Integral-de-la-Libertad-Sexual>.; CONSEJO FISCAL, *Informe del Consejo Fiscal sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, 2 febbraio 2021, reperibile al link: <https://www.fiscal.es/documents/20142/00f836e0-c5dc-8535-b3da-ffb8fcb83a>.; CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Dictamen sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, 25 novembre 2020, reperibile al link: https://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_14/spl

¹⁹² Per un approfondita disamina del fenomeno: SÁNCHEZ, *Sucesión de normas penales y revisión de sentencias. Superando los desafíos planteados por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre de garantía integral de la libertad sexual*, in *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, n° 9, 2024, 93-122.

vigore della legge, al 23 novembre 2023, data dell'ultimo comunicato stampa del Poder Judicial¹⁹³.

Questo perché, come anticipato *supra* (Cap. II § 3.2.), la legge ha inciso sulla cornice edittale degli artt. 178 e 179 c.p., individuando, sia per il tipo base di *agresión* sia per le *violaciones*, un *range* di pena intermedio tra quelli previsti per le fattispecie di *agresión* e di *abuso sexual* anteriforma, prevedendo, altresì, un sottotipo attenuato per i casi di minore gravità al comma terzo dell'art. 178 c.p.

Per altro verso, la riforma, come anticipato, non ha attribuito un'autonoma rilevanza alla violenza e alla minaccia, prima elementi costitutivi della fattispecie di *agresión*, nonché linea di confine con quella residuale di *abuso*, salvo qualificarle come presunzioni di assenza di consenso e, in caso di violenza di estrema gravità, garantire l'applicabilità dell'aggravante di cui all'art. 180 c.p. n. 2).

Alla luce di questo quadro, la riforma ha rappresentato, rispetto alla disciplina delle *agresiones* una legge più favorevole, in ragione del più mite trattamento sanzionatorio, determinando così l'efficacia retroattiva della stessa, in applicazione del comma secondo dell'art. 2 c.p. – tesi confermata, peraltro, dal Tribunal Supremo in più occasioni¹⁹⁴. L'effetto è stato particolarmente rilevante con riferimento alle *violaciones*, il cui minimo edittale, in conseguenza della riforma, si è abbassato di due anni di reclusione. L'applicabilità retroattiva della riforma – che, per l'ordinamento penale spagnolo, non incontra neppure il limite del giudicato – ha, quindi, determinato la proposizione di numerosi *incidentes de revisión*, esitati in “sconti” di pena che, in più di cento casi, hanno determinato la scarcerazione dei condannati. Il fenomeno in esame ha scatenato un nuovo, grande allarme sociale, invalidando agli occhi dell'opinione pubblica la riforma che, promettendo di realizzare una maggiore tutela della libertà sessuale, avrebbe finito paradossalmente per garantire sconti di pena ai *sex offenders*. Per porre rimedio alla reazione avversa che si era venuta a creare, il legislatore è così intervenuto, a distanza di poco più di sei mesi dall'entrata in vigore della riforma integrale dei reati sessuali, con una nuova *Ley Orgánica* – la n. 4 del 28 aprile 2023¹⁹⁵ – introducendo alcuni correttivi finalizzati, secondo lo stesso preambolo della legge, a «*blindar la ley en favor de las víctimas y evitar el efecto no deseado de una posible aplicación de las penas mínimas de los*

¹⁹³ Reperibile al link: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/Los-tribunales-han-acordado-1-233-reducciones-de-pena-en-aplicacion-de-la-Ley-Organica-10-2022>

¹⁹⁴ Per tutte, STS 29 de junio de 2023, n. 523/2023.

¹⁹⁵ Reperibile al link <https://www.boe.es/boe/dias/2023/04/28/pdfs/BOE-A-2023-10213.pdf>

nuevos marcos penales, que son más amplios, para que en casos graves no exista la posibilidad de que se impongan penas bajas»¹⁹⁶.

In questa prospettiva, la nuova riforma ha sostanzialmente introdotto un sottotipo aggravato per le *agresiones* e per le *violaciones* commesse con violenza, intimidazione o nei confronti di una vittima che si trovi per qualsiasi ragione privata della sua volontà, reintroducendo, in queste ipotesi, la più severa pena (uno - cinque anni di reclusione per il tipo base e sei - dodici anni per le violazioni) prevista dalla formulazione anteriforma, così da scongiurare, per il futuro, l'effetto indesiderato (e mediaticamente strumentalizzato) di abbassare le pene per gli autori di aggressioni attuate con i mezzi costrittivi previgenti. Logicamente, la novella in parola non potrà impedire, per i giudizi pendenti durante la vigenza della disciplina originale della *Ley Orgánica 10/2022*, l'applicazione della legge intermedia più favorevole, limitandosi solo a prevenire l'effetto collaterale per il futuro.

Il parziale passo indietro del legislatore spagnolo è stato accolto con favore da parte di quella dottrina che aveva aspramente criticato l'unificazione delle fattispecie e che non ha esitato a evidenziare come la legge abbia sostanzialmente realizzato un ritorno al passato sotto mentite spoglie – avendo, la riforma, di fatto reintrodotta una differenziazione, quantomeno sul piano sanzionatorio, tra aggressioni realizzate con *violencia* e *intimidación* e aggressioni riconducibili alla vecchia categoria degli *abusos sexuales* – additandola provocatoriamente come «*vuelta al Código penal de la Manada*»¹⁹⁷ o come espressione di una politica gattopardiana¹⁹⁸.

Ora, non può negarsi che le ripercussioni sulla fase esecutiva della legge sono state, effettivamente, un passo falso del legislatore che, anche alla luce dell'enorme attenzione mediatica intorno alla riforma, si sarebbe forse potuto evitare con un apposito regime transitorio. Tuttavia, per altro verso, l'impressione è che i più critici commentatori della legge, – già da prima della sua approvazione additata come paradigmatica espressione di populismo penale – abbiano cavalcato l'allarme sociale generato dagli sconti di pena e dalle scarcerazioni per affossarla definitivamente, senza mettere in luce ciò che di buono la legge aveva introdotto.

¹⁹⁶ Tradotto: «blindare la legge a favore delle vittime ed evitare l'effetto indesiderato di una possibile applicazione delle pene minime previste dalla nuova e più ampia forbice editale, affinché nei casi gravi non vi sia la possibilità di irrogare pene più basse».

¹⁹⁷ Cfr. DÍAZ GARCÍA CONLLEDO – TRAPERO BARREALES, *La nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual: ¿la vuelta al Código Penal de la Manada?*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, 5 settembre 2023.

¹⁹⁸ Cfr. LLORIA GARCÍA, *El gatopardismo y la reforma del “solo sí es sí”*, in *Diario del Derecho (Iustel)*, 2023, reperibile al link: https://www.iustel.com/diario-_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1230334.

5. Considerazioni conclusive e prospettive di riforma della disciplina italiana.

Conclusa la disamina dell'esperienza spagnola, è appena il caso di svolgere qualche considerazione nella prospettiva di un'auspicabilmente prossima riforma dei reati sessuali in chiave consensualistica anche nell'ordinamento italiano.

Come già visto, gli ordinamenti italiano e spagnolo, quantomeno fino al punto di svolta rappresentato dalla *Ley Orgánica* n. 10/2022, presentavano diversi elementi di affinità.

Entrambi gli ordinamenti avevano, invero, seguito un percorso storico-evolutivo analogo, con riforme ad ampia portata dei reati sessuali sul finire dello scorso secolo. Dopodiché, in entrambi gli ordinamenti – sebbene in forma diversa – si era presentato il problema della compatibilità con l'evoluzione della sensibilità sociale di fattispecie di violenza sessuale a forma vincolata, che richiedevano per il loro perfezionamento il ricorso, da parte dell'agente, alla violenza o alla minaccia.

Per un verso, nell'ordinamento spagnolo, la questione ha riguardato principalmente i rapporti tra la fattispecie a forma vincolata, ossia l'*agresión sexual*, e quella residuale a base consensualistica, l'*abuso sexual*. In particolare, le difficoltà interpretative si erano concentrate sullo sfumato confine tra la cosiddetta *agresión sexual con intimidación* e l'*abuso sexual con prevalimiento*, posta la somiglianza concettuale tra la nozione di situazione di manifesta superiorità e quella di intimidazione, culminati nel noto caso giudiziario “la Manada”.

Per altro verso, nell'ordinamento italiano il problema aveva interessato principalmente la rilevanza penale di fatti dall'indubbio disvalore – quali toccamenti furtivi e violenze sessuali realizzate in contesti di violenza domestica – rispetto ai quali, secondo una storica interpretazione della nozione di violenza, non sarebbe stata ravvisabile la costrizione richiesta dalla fattispecie di violenza sessuale. Per garantire l'adeguamento della fattispecie alla progressiva evoluzione della sensibilità sociale dell'ultimo ventennio, la Corte di Cassazione ha esplorato, così, nozioni di violenza diverse da quella fisica, per poi giungere, negli ultimi anni, ad un'interpretazione che ravvisa il fulcro del disvalore della fattispecie nell'assenza di consenso.

A questo punto si può già osservare come nell'ordinamento spagnolo la presenza di una risalente fattispecie a base consensualistica non sia stata sufficiente a consentire un adattamento dell'assetto normativo risultante dalla riforma 1995 al mutamento della sensibilità sociale degli ultimi anni. L'inadeguatezza della normativa, come si è visto, era discesa dagli ambigui confini con la coesistente fattispecie costrittiva.

Questo primo dato può già rappresentare un monito per il legislatore italiano che, in un'eventuale riforma, non dovrebbe sottovalutare i rischi legati alla scelta di affiancare, a un'eventuale nuova fattispecie a base consensualistica, una seconda fattispecie (o una circostanza aggravante) che riprenda le odierne modalità costrittive.

Dopodiché, la *Ley Orgánica* n. 10/2022 ha realizzato una riforma a tutto campo dei reati sessuali nell'ordinamento spagnolo, introducendo come perno della fattispecie di *agresión sexual* l'assenza del consenso della persona offesa e abrogando, contestualmente, la vecchia fattispecie di *abuso sexual*. Il legislatore spagnolo ha optato per un modello di consenso affermativo temperato; di talché il consenso può dirsi sussistente soltanto «*cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona*»¹⁹⁹.

Allo stesso tempo, la legge ha relegato le modalità costrittive, prima necessarie al perfezionamento della fattispecie, a mere presunzioni di dissenso, salvo poi introdurre un correttivo a fronte degli indesiderati effetti conseguiti all'applicazione retroattiva della legge. Sul fronte dell'ordinamento italiano, la Corte di Cassazione è approdata, ormai da diversi anni, a una lettura della fattispecie di violenza sessuale che realizza, sostanzialmente, un modello di consenso affermativo temperato per via giurisprudenziale.

Tanto premesso, una riforma della violenza sessuale che opti per un modello di consenso di questo tipo, oltre ad assolvere all'obbligo di criminalizzazione assunto con l'adesione alla Convenzione di Istanbul, tutt'oggi inadempito, si porrebbe in una linea di sostanziale continuità con l'ormai consolidata giurisprudenza della Suprema Corte, scongiurando il rischio di interpretazioni ritenute da parte della dottrina in *malam partem* e realizzando, al contempo, l'ormai indifferibile adeguamento dell'odierna disciplina non solo all'evoluzione della coscienza sociale, ma anche all'adesione dell'Italia alle convenzioni sovranazionali.

¹⁹⁹ Tradotto: «quando sia stato manifestato liberamente mediante atti che, tenuto conto delle circostanze del caso, esprimano in modo chiaro la volontà della persona».

CAPITOLO III.

SEXUAL OFFENCES E CONSENSO NELL'ORDINAMENTO INGLESE

SOMMARIO: 1. Introduzione ai reati sessuali nell'ordinamento inglese — 1.1. La “marital rape exemption” — 1.2. Il “corroboration warning” e la vita sessuale della vittima — 2. Considerazioni introduttive sul reato di rape — 3. I requisiti della fattispecie di rape nella giurisprudenza del diciottesimo secolo — 3.1. Una prima apertura: R v Camplin (1845) e R v Fletcher (1859) — 3.2. Gli orientamenti post-Camplin: l'inganno sulla persona dell'autore e sulla natura dell'atto — 3.3. Le origini del consenso fra common law e civil law — 4. Il consenso nei leading cases e nella legislazione moderna — 4.1. DPP v Morgan — 4.2. L'Heilbron Report e il Sexual Offences (Amendment) Act del 1976 — 4.3. R v Olugboja (1982) — 4.4. Il Sexual Offences Act del 2003. — 4.4.1 La nuova fattispecie di rape — 4.4.2 Il consenso nelle ss. 74, 75 e 76 del nuovo Sexual Offences Act — 4.4.3 Le critiche in punto di consenso — 5. Leading cases in applicazione della riforma del 2003: — 5.1. I leading cases sulle presunzioni (s. 76 e 76) — 5.2. I leading cases sulla definizione generale di consenso (s. 74)

1. Introduzione ai reati sessuali nell'ordinamento inglese

In questo secondo capitolo si cercherà di fornire un quadro d'insieme sul ruolo del consenso nei reati sessuali, e in particolare nel reato di stupro (*offence of rape*²⁰⁰) nell'ordinamento inglese²⁰¹, analogamente a quanto realizzato per l'ordinamento italiano.

È il caso di chiarire fin da subito, in via di prima approssimazione, che nell'ordinamento inglese la fattispecie di *rape* punisce segnatamente le aggressioni sessuali contraddistinte da

²⁰⁰ Nell'ordinamento giuridico inglese, con il *Criminal Law Act* del 1967 è stata abolita la classificazione dei reati (*offences*) in *felonies* e *misdemeanors*. Oggi l'ordinamento inglese distingue i reati in *summary offences*, *either way offences* e *indictable only offences*. La distinzione si basa su un criterio di gravità: i reati più gravi (*indictable only offences*), sono giudicati presso le *Crown Courts*, Corti che normalmente hanno una giuria e irrogano pene più alte; i reati meno gravi (*summary offences*) sono giudicati dalle *Magistrates' Courts*, sprovviste di giuria e che normalmente emettono pene più lievi. Vi è poi una classe intermedia di reati (*either way offences*), che possono essere giudicati dall'una o dall'altra Corte.

Il reato di *rape* è classificato come *indictable only offence*.

²⁰¹ Nel presente scritto si è scelto di riferirsi all'ordinamento inglese perché da una parte i *Sexual Offences Acts* – i principali atti legislativi che verranno in rilievo – trovano applicazione solo in Inghilterra e in Galles (Scozia e Irlanda hanno *Sexual Offences Acts* propri), dall'altra quasi tutte le sentenze analizzate sono emesse da Corti che esercitano la propria giurisdizione solo in Inghilterra e Galles.

una penetrazione del pene nella vagina, nella bocca o nell'ano della vittima²⁰². Le altre forme di aggressione sessuale integrano fattispecie di reato differenti: le violenze sessuali con penetrazione realizzate non con il pene ma con altre parti del corpo o con oggetti; oppure su parti del corpo diverse dalla bocca, dall'ano o dalla vagina, sono incriminate dal reato di *assault by penetration*²⁰³; se si tratta invece di tocamenti sessualmente connotati a venire in rilievo è la fattispecie di *sexual assault*²⁰⁴.

Ciò premesso, partendo dallo stesso presupposto che muove la prima parte dello scorso capitolo, anche per questa seconda parte relativa alla disciplina inglese si dedicherà una prima parte a una breve panoramica storico-normativa sui reati sessuali, nell'idea che per poter meglio comprendere la *ratio* che sorregge una determinata disciplina possa essere utile rintracciarne le origini ed osservarne lo sviluppo.

Nel farlo, sarà necessario abbandonare l'approccio del giurista di *civil law* che ha contraddistinto la prima parte dello scorso capitolo e indossare i panni del giurista di *common law*. Nelle pagine a venire, infatti, mancheranno quasi del tutto riferimenti a disposizioni legislative. Ciò non stupirà, qualora si consideri che la prima definizione legislativa del reato di *rape* risale al 1976²⁰⁵: prima di allora la struttura della fattispecie era plasmata interamente dalla stratificazione di secoli di giurisprudenza in materia.

Il *focus*, al contrario, verterà principalmente sui *leading cases*, le principali pronunce che dal diciottesimo secolo ad oggi hanno contribuito allo sviluppo delle caratteristiche dei reati sessuali.

Prima di concentrare l'attenzione sulla struttura della fattispecie di *rape* e sulle implicazioni relative al consenso, verranno dedicate alcune pagine alla trattazione degli istituti che hanno maggiormente caratterizzato la repressione penale delle aggressioni sessuali in Inghilterra, nell'idea di fornire una cornice introduttiva sull'ordinamento in esame.

A gettare le fondamenta della normativa moderna in materia di reati sessuali fu un influente giurista del diciassettesimo secolo, Sir Matthew Hale, noto soprattutto per il suo trattato *Historia Placitorum Coronæ*²⁰⁶, pubblicato nel 1736.

²⁰² Attualmente il delitto di *rape* è punito dalla s. 1(1), che stabilisce che un uomo è colpevole di stupro se «*he intentionally penetrates the vagina, anus or mouth of another person with his penis*».

²⁰³ La fattispecie è prevista dal *Sexual Offences Act*, 2003, s. 2(1), che punisce la condotta di chi «*intentionally penetrates the vagina or anus of another person with a part of his body or anything else*».

²⁰⁴ La condotta è punita dal *Sexual Offences Act*, 2003, s. 3(1).

²⁰⁵ L'unica definizione di *rape* precedente era contenuta nello *Statute of Westminster II*, risalente al tredicesimo secolo, il cui capitolo 34 affermava «*If a man ravish a married woman, dame or damsel, where she neither consented before or after, ayt judgment de vy et member; if she assent after, yet the King shall have the suit*». Tale definizione, per quanto risalente, verrà presa in considerazione in *R v Fletcher*, discusso in seguito al Cap III. § 3.1.

²⁰⁶ Il testo del trattato è reperibile su Google Books.

È stato infatti notato come le considerazioni svolte da Hale siano state richiamate da pressoché ogni giurista che si sia mai occupato di *rape* («*virtually every writer who has discussed rape*»²⁰⁷) e che la misoginia che ha pervaso la legge e la pratica inglese in materia di stupro sia in buona parte attribuibile alle considerazioni svolte dallo studioso («*the misogynistic bias that has pervaded law and practice concerning...rape*»²⁰⁸).

Il diritto inglese in materia di reati sessuali ha, infatti conosciuto per lungo tempo numerose previsioni e pratiche giudiziarie denotanti una cultura marcatamente maschilista, non dissimile da quella che ha caratterizzato per lungo tempo anche l'Italia.

Tracce di questa cultura si sono conservate anche in tempi molto recenti. Ci si riferisce, in particolare, alla “*marital rape exemption*”, in virtù del quale l'aggressione sessuale realizzata dal marito ai danni della moglie non integrava il reato di *rape*; al “*corroboration warning*”, avviso dato dai magistrati alla giuria chiamata a decidere processi per stupro, con il quale si avvertiva di valutare con sospetto le dichiarazioni rese dalla vittima e alla rilevanza che, sempre nei processi per stupro, assumevano le precedenti esperienze sessuali della vittima, specie se contrarie alla pubblica decenza.

Nelle pagine che seguono si procederà con una breve analisi di questi tratti distintivi dei reati sessuali nell'ordinamento inglese, per poi passare all'evoluzione normativa e giurisprudenziale del reato di *rape*, con particolare attenzione ai profili relativi al consenso.

1.1. La “*marital rape exemption*”

Con “*marital rape exemption*” si intende una forma di immunità assoluta in virtù della quale il marito non era punibile per il reato di stupro nel caso in cui l'aggressione sessuale fosse realizzata ai danni della consorte.

L'immunità in esame, come accennato, affonda le proprie radici nella dottrina di Hale, risalente al lontano diciassettesimo secolo. Per il giurista, un uomo non sarebbe stato punibile per lo stupro commesso ai danni della moglie alla luce di una “concessione non ritrattabile” che la donna avrebbe fatto al marito al momento del matrimonio: «*the husband cannot be guilty of a rape committed by himself upon his lawful wife, for by their mutual matrimonial consent and*

²⁰⁷ Così LEGRAND, *Rape and rape laws; sexism in society and law*, in *Cal. L. Rev.*, 61, 3, 1973, 919. Le traduzioni riportate nel presente lavoro sono effettuate dall'autore.

²⁰⁸ GEIS, *Lord Hale, Witches, and Rape*, in *British Journal of Law and Society*, 5,1 1978, 26.

*contract, the wife hath given up herself in this kind unto her husband, which she cannot retract»*²⁰⁹.

Alcuni autori sostengono che Hale altro non fece se non dare conto dello stato dell'arte dell'epoca: non è chiaro, dunque, se fu lo studioso a gettare le fondamenta della *marital rape exemption* o se questa fosse già una realtà ai tempi dell'autore²¹⁰.

Certo è, però, che l'influenza del giurista era tale da godere, nella giurisprudenza inglese, di un'autorità di poco inferiore a quella della legge («*Hale's History was "recognized by the courts as possessing an authority scarcely inferior to that of the legislature"»*²¹¹), tanto che per oltre trecento anni – fino al 1991 – in Inghilterra la regola rimase operativa.

Il primo precedente in cui venne discussa la *marital rape exemption* è il noto *R v Clarence*, del 1888²¹². L'imputato era accusato di aver nascosto alla moglie di essere affetto da una malattia venerea quando ebbe un rapporto con lei, trasmettendole così l'infezione.

Il caso in discorso rappresenta un precedente importante poiché sebbene non si trattasse di un caso di *rape*, il giudice Stephen nella sua *opinion*²¹³ – cui ha aderito la maggior parte del collegio – si espresse comunque sul punto, specificando: «*I wish to observe on a matter personal to myself that I was quoted as having said in my Digest of the Criminal Law that I thought a husband might under certain circumstances be indicted for rape on his wife. I did say so in the first edition of that work, but on referring to the last edition, it will be found that that statement was withdrawn»*²¹⁴.

²⁰⁹ HALE, *Historia Placitorum Coronae*, Londra, 1736, 629.

²¹⁰ MACFARLANE, *Historical development of the offence of rape, in 100 years of the criminal code in Canada; essays commemorating the centenary of the Canadian criminal code*, 1993, Canada, 33.

²¹¹ MACFARLANE, *cit.*, 36.

²¹² *R v Clarence* – [1886–90] All ER Rep 133.

Può essere utile introdurre fin da subito qualche breve cenno sul sistema delle Corti vigente nel Regno Unito. Come si accennava, per quanto concerne la giurisdizione penale, in primo grado i casi vengono divisi, a seconda della gravità, fra le *Magistrates' Courts* e la *Crown Court*. Le sentenze della *Magistrates' Courts* possono essere impugnate presso la *Crown Court*. Le sentenze della *Crown Court* possono essere appellate presso la *Criminal Division* della *Court of Appeal*. Per l'ultimo grado di giudizio è competente la *Supreme Court*.

Quanto esposto rappresenta, in estrema sintesi, il sistema delle Corti penali attualmente vigente nel Regno Unito. In questa prima parte, tuttavia, ci riferiremo talvolta a provvedimenti emessi da Corti non più operanti. In questo caso, ad esempio, il giudizio fu emesso dalla *Court for Crown Cases Reserved*. Si tratta di una Corte d'Appello per *criminal cases* istituita nel 1948 e sostituita dalla *Court of Criminal Appeal* nel 1907. Quest'ultima è stata a sua volta sostituita, nel 1966, dalla *Criminal Division* della *Court of Appeal*, tutt'oggi in funzione.

²¹³ Le sentenze, nel *common law* inglese, non sono redatte da un unico giudice estensore. Ogni componente del collegio giudicante può esprimere la propria *opinion*, che può allinearsi a quella della maggioranza (si tratta, in questo caso di *majority opinion*), concordare sulla decisione della maggioranza, senza però dividerne il ragionamento alla base (*concurring opinion*) o, infine, dissentire dalla maggioranza (*dissenting opinion*).

²¹⁴ In italiano: «sebbene in passato avesse sostenuto che in certe condizioni un marito potrebbe essere effettivamente punito per lo stupro realizzato ai danni della moglie, avrebbe in seguito cambiato idea, ritraendo tale affermazione in favore di una non punibilità assoluta». *R v Clarence, cit.*

In senso tendenzialmente contrario si espressero tre giudici, ma la posizione più apertamente e nettamente contrastante è indubbiamente quella del giudice Wills, che in senso rivoluzionario per il tempo affermava di non potersi dire d'accordo con l'assunto per cui non si può avere stupro all'interno del matrimonio, poiché la definizione di *rape*, per il giudice, consiste nella penetrazione di una donna senza il suo consenso, essendo ininfluenza il fatto che la donna sia o meno sposata²¹⁵.

Nel corso del ventesimo secolo si sono succedute diverse pronunce finalizzate a ridimensionare la portata della *marital rape exemption*, negandone l'applicabilità nei casi in cui fosse intervenuta fra i coniugi una separazione giudiziale o in cui si fosse dato avvio alle procedure di divorzio e fosse già stata emessa una sentenza provvisoria di divorzio (*decree nisi*).

Un primo caso²¹⁶ che viene in rilievo in questa prospettiva vede imputato un uomo accusato di stupro e lesioni ai danni della moglie. Elemento decisivo della pronuncia è il fatto che i coniugi fossero, al momento dei fatti, da poco separati e non più coabitanti.

La difesa, a seguito della condanna dell'imputato in primo grado per entrambi i capi d'imputazione, chiede in appello l'assoluzione per il capo relativo allo stupro, affermando che, alla luce del diritto del marito di avere rapporti con la moglie, i fatti oggetto di giudizio non avrebbero potuto assumere alcuna rilevanza penale.

Il giudice, riprendendo il solito passo di Hale, parte dal granitico assunto per cui un uomo non può considerarsi colpevole di stupro ai danni della moglie, in virtù della concessione irrevocabile che questa gli avrebbe fatto al momento del matrimonio. Esaurita questa premessa, tuttavia, egli considera che fra i due coniugi era intervenuto pochi giorni prima un ordine giudiziale che esonerava la moglie dall'obbligo di convivere con il marito, proprio in ragione delle sistematiche violenze che egli realizzava ai danni della consorte. Tale ordine, per il giudice, assume la valenza di un decreto giudiziale di separazione, che, fra gli altri effetti, produrrebbe anche quello di revocare la presunzione assoluta di consenso ai rapporti col marito, finché non venga ripresa la coabitazione o la moglie commetta adulterio.

Stabilita in questo modo l'assenza di consenso, l'appello viene rigettato e la condanna confermata.

²¹⁵ È appena il caso di menzionare che il giudice, tuttavia, si è determinato per l'assoluzione dell'imputato, ritenendo che il fatto che l'imputato abbia nascosto l'infezione alla moglie non sia sufficiente a viziare il consenso all'atto sessuale.

²¹⁶ Si tratta di *R. v Clarke*, [1949] 2 All E.R. 448.

Un vero e proprio ribaltamento dell'orientamento in esame si è avuto solo nel 1991, con la nota sentenza *R v R* della *House of Lords*²¹⁷, di due anni successiva ad un'analogha pronuncia della *High Court of Justiciary* scozzese²¹⁸.

Il provvedimento prende le mosse, ancora una volta, da un'imputazione per stupro e lesioni commessi dal marito ai danni della moglie. Il rapporto non consensuale, in questo caso, viene realizzato a casa dei genitori della donna, dove lei si era da poco trasferita. È importante sottolineare che fra i due non era, al momento dei fatti, intervenuta alcuna forma di separazione giuridicamente rilevante.

Per poter comprendere il ragionamento svolto nella pronuncia è necessario premettere che nel 1976 è stato emanato un atto – il *Sexual Offences (Amendment) Act* – che, riformando alcune parti del precedente atto del 1956, ha per primo dato una definizione legislativa della fattispecie di stupro. Ciò che rileva, ai fini della comprensione della sentenza, è che l'atto definisce lo stupro come il rapporto *unlawful* (illecito) realizzato con una donna che al momento del rapporto non vi consente.

Gli sforzi ermeneutici della Corte – espressi nella *majority opinion* del giudice Lane – si concentrano in particolare sul significato da attribuire alla nozione di rapporto sessuale *unlawful*. Per il giudice, in particolare, si profilano tre possibili soluzioni.

Per la prima soluzione (“*the literal solution*”) il legislatore, scegliendo di inserire *unlawful* nella disposizione, avrebbe inteso mantenere la distinzione fra rapporti sessuali posti in essere dentro al matrimonio – che sarebbero *lawful* a prescindere dal consenso della moglie – e quelli realizzati al di fuori dei confini matrimoniali, che sarebbero *unlawful* in mancanza del consenso della donna.

Adottando questa soluzione, tutte le decisioni intervenute a ridurre la portata dell'*exemption* verrebbero travolte e l'immunità assoluta ottocentesca verrebbe ripristinata.

Per la seconda soluzione (“*the compromise solution*”) il legislatore avrebbe inteso mantenere l'immunità, lasciando però aperta la possibilità di introdurre di volta in volta, per via giurisprudenziale, delle eccezioni alla regola.

La terza soluzione (“*the radical solution*”) consisterebbe nel superamento della previsione, sulla base della considerazione per cui essa sarebbe in aperto contrasto con la concezione odierna del rapporto coniugale.

²¹⁷ *R v R*, [1991] 1 All ER 747. Le funzioni giudiziarie della *House of Lords* sono oggi ricoperte dalla *Supreme Court of the United Kingdom* istituita attraverso il *Constitutional Reform Act* del 2005 ed entrata in funzione nel 2009.

²¹⁸ Si tratta della sentenza *S. v H. M. Advocate*, del 1989.

Nell'accogliere quest'ultima soluzione il giudice dichiara che, qualsiasi fosse l'intenzione del legislatore della riforma del 1976, la Corte non si sentirebbe inibita nel dichiarare la cessazione dell'esistenza della *marital rape exemption*, poiché «*the time has now arrived when the law should declare that a rapist remains a rapist subject to the criminal law, irrespective of his relationship with his victim*»²¹⁹.

Le ragioni che sorreggono la scelta della Corte sono incisivamente espresse nell'*opinion* del giudice Keith. Il magistrato prende le mosse dal fatto che «*the common law is [...] capable of evolving in the light of changing social, economic and cultural developments*»²²⁰.

Tutto ciò premesso, il giudice si rifà allo storico stralcio del trattato di Hale sopra riportato, evidenziando come la posizione dello studioso rifletta l'ideologia culturale della società in cui è vissuto. Egli prosegue poi affermando che alla luce del drastico cambiamento che lo *status* della donna ha subito da allora, una lettura come quella di Hale – che comporta che con il matrimonio la donna debba dare il suo consenso irrevocabile ai rapporti sessuali con il marito in tutte le circostanze e indipendentemente dal suo stato di salute o dalla sua volontà – non può che risultare inaccettabile a qualsiasi persona ragionevole.

In conclusione, si può osservare come il medesimo orientamento giurisprudenziale abbia interessato ambedue gli ordinamenti comparati, sebbene in quello italiano esso sia tramontato prima: già nel 1976, la Corte di Cassazione – confermando la condanna resa in appello nei confronti di un imputato accusato di violenza carnale (art. 519 c.p.) nei confronti della moglie – affermava che la necessità di ritenere punibile un uomo per la violenza carnale compiuta sulla consorte risponde «non soltanto al sistema penale vigente, ma anche ai principi costituzionali di tutela incondizionata della dignità umana e di garanzia della libertà personale, comprendente la libera disponibilità del proprio corpo nella sfera sessuale; è altresì coerente con l'evoluzione della società, del costume e della legislazione, tendente a sollevare la relazione coniugale dal piano della mera strumentalità rispetto alle esigenze del sesso a quello della comunione spirituale materiale dei coniugi ed inoltre a pareggiare il ruolo dei medesimi nell'ambito di detta comunione, con l'esclusione di posizioni subalterne della donna; che in pratica è maggiormente esposta alla coartazione della prestazione sessuale»²²¹.

²¹⁹ Tradotto: «è giunto il tempo in cui la legge deve dichiarare che uno stupratore rimane tale – e quindi deve essere soggetto alla legge penale – indipendentemente dalla sua relazione con la vittima». *R v R, cit.*

²²⁰ In italiano: «è compito del *common law* recepire i cambiamenti economici e culturali che attraversano la società». *R v R, cit.*

²²¹ Cass. pen. 16 febbraio 1976, in *Cass. pen.*, 1978, 72.

1.2. Il “*corroboration warning*” e la vita sessuale della vittima

Altri due tratti caratteristici dell’evoluzione della disciplina dei reati sessuali nell’ordinamento inglese sono individuabili nel “*corroboration warning*” reso dal magistrato alla giuria nei processi per reati sessuali e nell’importanza che, negli stessi processi, assumeva il passato sessuale della vittima.

Si tratta, come vedremo, di tematiche strettamente interconnesse: la necessità di ammonire la giuria circa il pericolo di condannare l’imputato sulla base della sole dichiarazioni della persona offesa si basa su un’antica credenza, perpetuata ancora oggi, che vede la donna vittima di reati sessuali come testimone poco credibile, specie se ritenuta poco casta – credenza che, come si è potuto osservare, non è certo estranea all’ordinamento italiano.

Per “*corroboration warning*” si intende l’avvertimento che il giudice, nei processi per cui è prevista una giuria popolare, può rendere a quest’ultima al fine di informarla del pericolo di condannare l’imputato quando ritiene che si sia in presenza di un impianto probatorio non sufficientemente solido.

Il *corroboration warning* è, per alcune fattispecie di reato – *speeding*, *perjury* e *treason* – obbligatorio²²². Così è stato per lungo tempo obbligatorio anche per i processi relativi a reati sessuali, fino all’intervento del *Criminal Justice and Public Order Act* del 1994, che ha abrogato formalmente tale automatismo²²³.

L’usanza del *corroboration warning* nei processi per reati sessuali nasce ancora una volta dalla dottrina di Hale, che nel suo trattato affermava che «*It is true rape is most detestable crime, and therefore ought severely and impartially to be punished with death; but it must be remembered, that it is an accusation easily to be made and hard to be proved, and harder to be defended by the party accused*»²²⁴.

Un altro mito che storicamente sorregge l’asserita necessità dell’avvertimento è relativo ai timori sulla presunta natura spesso mendace delle denunce di reati sessuali, che si traduce, oltre che nel *corroboration warning*, in una diffidenza di fondo nei confronti delle vittime e delle testimonianze da loro rese.

²²² KEANE, MCKEOWN, *The Modern Law of Evidence*¹³, Oxford, 2020, 252.

²²³ Per un approfondimento si veda LEAHY, *The Corroboration Warning in Sexual Offence Trials: Final Vestige of the Historic Suspicion of Sexual Offence Complainants or a Necessary Protection for Defendants?*, in *E&P*, 18,1, 2014, 41.

²²⁴ In italiano: «è vero che lo stupro è il crimine più detestabile, e quindi dovrebbe essere severamente e imparzialmente punito con la morte; ma bisogna ricordare che è un’accusa facile da fare e difficile da provare, e più difficile da difendere da parte dell’accusato». Cfr. HALE, *cit.*, 634.

Si tratta, all'evidenza, di affermazioni errate e prive di riscontri statistici. I dati, al contrario, dimostrano per un verso che nel Regno Unito si registra ancora oggi un bassissimo tasso di processi per stupro²²⁵ e, per altro verso, che le false accuse di stupro rappresentano in realtà una percentuale irrisoria e del tutto insignificante rispetto alla totalità delle denunce²²⁶. Del resto, sfatati i miti per cui le donne sarebbero portate a denunciare rapporti sessuali consensuali spinte dai sensi di colpa per aver trasgredito a delle norme morali, non si comprende quale possa essere il misterioso tornaconto della vittima che denuncia un'aggressione sessuale, ponendosi nella condizione di dover affrontare un processo penale.

La *ratio* che regge la scelta di rendere l'avvertimento in questi processi è ben espressa in una pronuncia della seconda metà del secolo scorso, in cui si affermava che «(...) *human experience has shown that girls and women do sometimes tell an entirely false story which is very easy to fabricate, but extremely difficult to refute. Such stories are fabricated for all sorts of reasons, which I need not now enumerate, and sometimes for no reason at all*»²²⁷.

Gli avvertimenti, soprattutto prima che ne venisse abrogata l'obbligatorietà, tendevano ad avere un contenuto altamente stereotipato che, richiamando il noto passo di Hale, informava la giuria della facilità con cui vengono mosse le accuse di aggressioni sessuali e, per contro, della difficoltà per l'imputato di difendersi²²⁸. Si riportano, di seguito, alcuni esempi di *corroboration warnings* resi in processi celebrati negli anni Settanta:

«*The experience of these courts is that sometimes women make up such charges – I ask you to accept that. It is dangerous to convict in a sexual case on the word of a woman*»²²⁹ (L'esperienza di queste corti è che a volte le donne inventano queste accuse – vi chiedo di accettarlo. È pericoloso condannare in un caso di violenza sessuale sulla parola di una donna).

²²⁵ Alcuni dati recenti sono reperibili nel *Crime outcomes in England and Wales 2020 to 2021*, un'analisi statistica prodotta con cadenza annuale dal Governo inglese, che dimostra come nel 2020 solo il 3,2% delle indagini per reati sessuali sia esitato in una *charge* (accusa formale; imputazione) o in un *summon* (ordine con cui si richiede ad un soggetto di apparire dinanzi ad una Corte). Di recente, il Segretario di Stato per la giustizia Robert Buckland si è scusato pubblicamente con tutte le vittime di stupro, dichiarando di essere «*deeply ashamed*» dei tassi di persecuzione e condanna in materia di reati sessuali, e promettendo un miglioramento futuro. L'intervista è reperibile sul sito web della BBC.

²²⁶ Una indagine statistica compiuta nel Regno Unito nel 2005 ha infatti dimostrato che la percentuale di false denunce di stupro ammonta circa al 3% (per un approfondimento si veda *Home Office, Research Study n. 293. A gap or a chasm? Attrition in reported*. L'indagine è reperibile su researchgate.net. La realtà è che, nella quasi totalità dei casi, se una donna denuncia di essere stata stuprata, non lo ha inventato.

²²⁷ Tradotto: «Ragazze e donne a volte raccontano una storia completamente falsa, molto facile da fabbricare, ma estremamente difficile da confutare. Tali storie sono fabbricate per ogni sorta di ragioni e a volte persino senza ragione alcuna». *R v Henry and Manning*, [1968] 53 Cr.App.R.

²²⁸ LEAHY, *cit.*, 5.

²²⁹ Questi esempi di *corroboration warnings* sono tratti dalla ricerca svolta in ADLER, *The impact of rape law reform: The application of the Sexual Offences (Amendment) Act 1976*, Bedford College, 1985, 319.

«It is easy to make an allegation of rape; only the girl and the man are present – how on earth is the man to disprove it? Women do make false accusations out of fantasy or spite. That's why doctors always have a nurse present. Juries are warned that they shouldn't convict if they're not aware of this. They should look for corroboration, for example, doctor's evidence of injury or admissions to the police»²³⁰ (È facile muovere un'accusa di stupro; solo la donna e l'uomo sono presenti – come può l'uomo confutarla? Le donne fanno false accuse per fantasia o per dispetto. Ecco perché i medici hanno sempre un'infermiera presente. Le giurie sono avvertite che non dovrebbero condannare se non sono consapevoli di questo. Dovrebbero cercare conferme, per esempio prove di lesioni rilasciate da un medico o ammissioni fatte alla polizia)²³¹.

Come si accennava, il *corroboration warning* nei processi per reati sessuali è stato obbligatorio fino al 1994, anno in cui un provvedimento legislativo, il *Criminal Justice and Public Order Act* del 1994, abrogò tale regola. È interessante notare come la previsione legislativa in esame – la s. 32(1)²³² – non faccia alcun riferimento alla possibilità per il giudice di rendere l'avvertimento a sua discrezione, limitandosi, appunto, a dichiararne abrogazione²³³.

Ciononostante, in un noto precedente (*R v Makanjuola*) risalente all'anno successivo al provvedimento in discorso²³⁴, tale disposizione è stata interpretata nel senso che rimetterebbe alla discrezionalità del giudice, nei processi per reati sessuali, la possibilità di continuare a rendere l'avvertimento alla giuria qualora lo ritenga necessario.

Di conseguenza, sia in Irlanda che in Inghilterra, spetta tutt'oggi al giudice decidere se rendere un *corroboration warning* sia opportuno o meno, sulla base delle circostanze del caso concreto.

Nella pronuncia vengono, altresì, stilate delle linee guida volte a guidare l'operato del giudice sulla questione. Il punto di partenza, in questo senso, è che continuare ad emettere l'avvertimento in modo generalizzato e negli stessi termini in cui erano emessi quando obbligatori vanificherebbe lo scopo della legge del 1994 («it is clear that to carry on giving "discretionary" warnings generally and in the same terms as were previously obligatory would be contrary to the policy and purpose of the Act»²³⁵).

²³⁰ ADLER, *cit.*, 319.

²³¹ ADLER, *cit.*, 319.

²³² Secondo la disposizione, infatti: «Any requirement whereby at a trial on indictment it is obligatory for the court to give the jury a warning about convicting the accused on the uncorroborated evidence of a person merely because that person is (a) an alleged accomplice of the accused, or (b) where the offence charged is a sexual offence, the person in respect of whom it is alleged to have been committed, is hereby abrogated».

²³³ Di quest'avviso anche LEAHY, *cit.*, 9.

²³⁴ Si tratta di *R v Makanjuola*; *R v Easton*, [1995] 3 All ER 730.

²³⁵ *R v Makanjuola*, *cit.*

La sentenza prosegue poi enucleando alcuni casi in cui è ragionevole che il giudice emetta l'avvertimento. Così, ad esempio, un *corroboration warning* potrebbe essere necessario se la testimone si è dimostrata inaffidabile; se si dimostra che ha mentito o che ha mosso denunce false in precedenza; o se possono esservi dei motivi di rancore verso l'imputato. Nella sentenza viene altresì precisato che il giudice, nel determinarsi per un giudizio di non credibilità delle dichiarazioni della vittima, dovrà prendere in considerazione delle prove tangibili, e non potrà basarsi sulle sole illazioni della difesa.

Infine, la pronuncia raccomanda al giudice che intenda emettere l'avvertimento di discuterne prima con i rappresentanti di accusa e difesa, in assenza della giuria.

Ora, sebbene il messaggio che emerge chiaramente da *R v Makanjuola* sia che i giudici dovrebbero rendere l'avvertimento nei soli casi in cui, alla luce delle circostanze del caso concreto, vi sia il rischio provato che una testimonianza si riveli inaffidabile, sembrerebbe che le Corti inglesi tendano ancora verso un uso inappropriato dello strumento.

In particolare, uno studio condotto nel 2008 in Inghilterra, che ha visto intervistati diversi giudici e avvocati, ha dimostrato come vi sia ancora una tendenza a rendere il *corroboration warning* ogniqualvolta si sia in presenza di un caso in cui l'impianto probatorio dell'accusa si basi sulle sole dichiarazioni della vittima, portando gli autori a concludere che «*the corroboration issue has not disappeared as a result of the Criminal Justice and Public Order Act 1994*» (il problema del *corroboration warning* non è venuto meno a seguito del *the Criminal Justice and Public Order Act 1994*)²³⁶.

Ponendoci in un'ottica comparatistica, è evidente che non è possibile rinvenire, nell'ordinamento italiano, un istituto simile a quello del *corroboration warning*, posto che l'unica forma di giuria popolare nel sistema delle corti penali italiane è costituito dalle Corti d'Assise, la cui competenza non si estende ai casi di violenza sessuale²³⁷.

Tanto premesso, è comunque agevole rintracciare anche nei processi italiani (soprattutto i più risalenti) il medesimo clima di sospetto nei confronti delle testimonianze rese dalle persone offese da reati sessuali. Basti pensare, ad esempio, alla vivida testimonianza offerta nel già menzionato documentario "Processo per stupro", che mette in luce la tendenza dell'epoca – oggi non del tutto superata – di screditare la persona offesa attraverso l'utilizzo di una strategia difensiva finalizzata a suggerire che la donna fosse in qualche modo responsabile di quanto le è accaduto.

²³⁶Così TEMKIN, KRAHÉ, *Sexual Assault and the Justice Gap: A Question of Attitude*, Oxford, Portland 2008, 144.

²³⁷ Unica eccezione è rappresentata, in seguito all'entrata in vigore della l. 69/2019, dalle violenze compiute su persona di età inferiore ai dieci anni.

In particolare, questa strategia si risolveva – sia in Italia sia in Inghilterra – in una serie di domande incentrate sul passato sessuale della vittima, spostando così i riflettori dall'imputato alla vittima, che diveniva la vera imputata del processo.

La logica alla base di questa prassi affonda le proprie radici nella stereotipata convinzione per cui è più verosimile che ad essere stuprata sia una donna “casta e virtuosa”; mentre una donna “poco casta” sarebbe generalmente più incline ad acconsentire agli atti sessuali e dunque meno credibile come vittima di stupro.

Il passato sessuale della vittima nella giurisprudenza inglese poteva assumere valenza probatoria o con riferimento all'elemento materiale del consenso (*material issue of consent*) o relativamente a quello collaterale della credibilità della vittima (*collateral issue of credibility*)²³⁸.

In particolare, la giurisprudenza considerava *material facts*, indicativi di un possibile consenso della donna all'atto sessuale subito, il fatto che essa avesse intrattenuto rapporti in precedenza con l'imputato ovvero che fosse una prostituta o avesse comunque la reputazione di essere “poco casta” o, comunque, di avere un carattere “notoriamente lascivo” (*notorious bad character*). In questi casi le dichiarazioni della vittima perdevano ogni sorta di credibilità e si instaurava una sorta di presunzione di consenso assoluta della vittima a qualsiasi sorta di atto sessuale²³⁹.

Il passato sessuale della vittima aveva un peso significativo anche qualora non si versasse in una di queste due ipotesi ma, anziché costituire un fatto da cui si potevano inferire conclusioni circa un possibile consenso della vittima all'atto sessuale, la sua rilevanza era limitata al vaglio della credibilità di essa come testimone. Anche in questa seconda ipotesi la *ratio* alla base della previsione non cambia: le esperienze sessuali passate della donna, anche se non con l'imputato o tali da garantirle la reputazione di prostituta o di “donna lasciva”, erano comunque considerate *collateral facts* capaci di comprometterne la credibilità come testimone.

Tale distinzione, diffusasi nella prassi giurisprudenziale della seconda metà dell'ottocento²⁴⁰ assumeva rilievo ai fini del contro esame della persona offesa: se le esperienze sessuali pregresse della vittima potevano fornire indicazioni circa un suo possibile consenso ai rapporti con gli imputati, la difesa era legittimata ad allegare fatti che smentissero la versione

²³⁸ MACFARLANE, *cit.*, 52.

²³⁹ ADLER, *cit.*, 163.

²⁴⁰ Prima di allora, salvo sporadici casi in cui le domande relative alla vita sessuale della vittima erano state dichiarate inammissibili, la giurisprudenza prevalente tendeva a ritenerle sempre pertinenti, consentendo alla difesa di contraddire la vittima senza distinzioni basate sulla natura del rapporto in questione. Cfr. ADLER, *cit.*, 119.

fornita dalla persona offesa; se erano invece solo indicative di una mancanza di credibilità come testimone, alla difesa era negata la possibilità di addurre prove contrarie alla dichiarazione resa dalla stessa.

Così, ad esempio, se la difesa nella *cross examination* chiedeva alla vittima se avesse avuto rapporti sessuali precedenti con l'imputato – fatto da cui si potevano inferire conclusioni circa un suo possibile consenso al rapporto sessuale incriminato – e questa negava, poteva essere escusso un altro testimone che smentisse tale dichiarazione.

Al contrario, se la vittima veniva interrogata soltanto circa eventuali rapporti sessuali con altri uomini – fatto che poteva incidere solo sulla valutazione della credibilità – e questa negava, la difesa era tenuta ad accontentarsi di tale dichiarazione, senza poter addurre elementi in senso contrario.

La distinzione in esame è ben sintetizzata in una pronuncia del 1870, in cui il giudice negò alla difesa la possibilità di sentire dei testimoni che provassero che la persona offesa aveva avuto rapporti con altri uomini in precedenza: «*You may cross-examine the prosecutrix with respect to particular acts of connection with other men, but if she denies them you are bound by her answer. You may not call those men to contradict her; you may, however, examine her with respect to particular acts of connection with the prisoner, and if she denies them you may call witnesses to contradict her*»²⁴¹.

Un'ultima, storica tappa nella direzione del superamento della rilevanza del passato sessuale della vittima nel diciannovesimo secolo è rappresentata dalla nota pronuncia *R v Riley*²⁴², in cui la Corte, censurando la prassi in discorso, affermò chiaramente l'irrelevanza delle relazioni sessuali intrattenute dalla vittima con uomini diversi dall'imputato, che per i giudici dovrebbero essere di conseguenza escluse dal processo penale «*not only on the ground that to admit it would be unfair and a hardship to the woman, but also on the general principle that it is not evidence which goes directly to the point in issue at the trial*»²⁴³. Il giudice avvalorava tale conclusione evidenziando le inaccettabili conseguenze che l'ammissione di tale *evidence*

²⁴¹ Tradotto: «Potete controinterrogare la denunciante riguardo a determinati atti sessuali con altri uomini, ma se lei li nega sarete vincolati dalla sua risposta. Non potrete chiamare quegli uomini per contraddirla. Potrete, tuttavia, interrogarla riguardo a determinati atti sessuali con l'imputato, e, in questo caso, se lei li nega potrete chiamare dei testimoni per contraddirla». *R v Cockcroft* [1870] 11 Cox CC 410

²⁴² *R v Riley* [1887]18 QBD 481

²⁴³ In italiano: «non solo per il fatto che ammetterlo sarebbe ingiusto e costituirebbe un pregiudizio nei confronti della donna, ma anche in virtù del principio generale che non è una prova che riguarda direttamente il punto in questione nel processo». *R v Riley, cit.*

comporterebbe: «*It is obvious, too, that the result of admitting such evidence would be to deprive an unchaste woman of any protection against assaults of this nature*»²⁴⁴.

Lo sviluppo della giurisprudenza del ventesimo secolo, tuttavia, ha seguito una rotta ben diversa da quella tracciata in *R v Riley*, tanto che nella seconda metà del '900 si fece sempre più pressante la necessità di adottare delle restrizioni legislative all'introduzione di prove relative al passato sessuale della vittima. Il *Sexual Offences (Amendment) Act* del 1976, tuttavia, si limitò a stabilire che le prove relative alle esperienze sessuali della vittima con persone diverse dall'imputato dovessero essere escluse *salvo* che il giudice, ricevuta una richiesta in tal senso dall'imputato, ritenesse che vietarne l'ammissione avrebbe implicato una lesione dei diritti dell'imputato alla luce delle circostanze del caso concreto.

La previsione legislativa in discorso, tuttavia, non arginò affatto il dilagare delle ammissioni di tali prove, tanto da richiedere un nuovo intervento legislativo che nel 1999 abrogò il sistema discrezionale previgente sostituendolo con un sistema chiuso, in cui l'ammissione di prove e domande relative al passato sessuale della vittima con uomini diversi dall'imputato doveva considerarsi esclusa salvo il ricorrere di determinate circostanze²⁴⁵.

Tuttavia, anche la nuova disciplina, nonostante la chiara intenzione di limitare l'ammissibilità di tali prove, non è stata risolutiva: il passato sessuale della vittima continua ad avere valore pregnante nei processi penali inglesi tutt'oggi.

Il tema ha riacquisito rilevanza centrale dopo la controversa pronuncia *R v Ched Evans* (2016), con cui la *Criminal Division* della *Court of Appeal* ha ribaltato la condanna emessa in primo grado nei confronti di un giocatore di *football*, ritenuto responsabile dello stupro di una donna, sulla base del fatto che il passato sessuale della vittima, nel caso in oggetto, si sarebbe dovuto considerare ammissibile e potenzialmente rilevante²⁴⁶.

In prospettiva comparatistica possiamo osservare come l'Italia, anche in questo caso, condivida un'esperienza non lontana da quella inglese. Come già accennato, infatti, la prassi di delegittimare la vittima nei processi per violenza sessuale era – ed è purtroppo ancora oggi – senz'altro comune anche ai processi italiani, tanto che il legislatore della riforma del 1996 introdusse al comma 3 *bis* dell'art. 472 c.p.p. il divieto, nei processi per reati sessuali, di porre «domande sulla vita privata o sulla sessualità della persona offesa se non sono necessarie alla

²⁴⁴ In italiano: «È ovvio, inoltre, che il risultato conseguente all'ammissione di tali prove sarebbe quello di privare una donna non casta di qualsiasi protezione contro aggressioni sessuali». *R v Riley, cit.*

²⁴⁵ La disciplina, tutt'oggi vigente, è contenuta nel *Youth Justice and Criminal Evidence Act* del 1999, alla s. 41.

²⁴⁶ Per un approfondimento sul tema si vedano, fra gli altri, MCGLYNN, *Rape Trials and Sexual History Evidence*, in *J. Crim. Law*, 81, 5, 2017, 367; LEVANON, *Sexual History Evidence in Cases of Sexual Assault: A Critical Re-Evaluation*, in *U Chicago L Rev*, 62,4, 2012, 609.

ricostruzione del fatto». Anche in Italia, tuttavia, il divieto non si è rivelato risolutivo: a dimostrarlo è la già richiamata sentenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo che ha condannato l’Italia per proprio per l’utilizzo, da parte della Corte d’Appello di Firenze, di stereotipi sessisti nel giudicare la credibilità della testimonianza resa dalla persona offesa in un caso di violenza sessuale di gruppo (609 *octies* c.p.). Il giudice, in particolare, nel valutare l’attendibilità della donna, prendeva in considerazione non solo il passato sessuale della vittima – affermando, ad esempio, che «era una giovane donna “certamente fragile ma anche creativa e disinibita”, “capace di gestire la sua (bi)sessualità e di avere occasionali incontri sessuali di cui non era del tutto convinta”»²⁴⁷), ma anche le sue scelte artistiche – considerando ad esempio, che essa aveva preso parte a un cortometraggio «senza mostrare alcuna riluttanza verso le scene di sesso e violenza che conteneva» – e il suo abbigliamento – «aveva mostrato la sua biancheria rossa mentre cavalcava un toro meccanico»²⁴⁸.

Quest’esperienza, comune ai due ordinamenti, è un ulteriore riprova del fatto che per modificare una prassi, come quella in discorso, che prende le mosse da radicati stereotipi di genere, è necessario anzitutto intervenire sulla formazione degli operatori del sistema giudiziario, con un ampio lavoro di sensibilizzazione culturale ai temi della violenza di genere.

2. Considerazioni introduttive sul reato di rape

Conclusa questa breve disamina su alcuni dei tratti caratteristici che hanno storicamente connotato i reati sessuali e la loro evoluzione storico-giuridica, utile a fornire un quadro generale più completo sulla normativa inglese, può soffermarsi l’attenzione più specificamente sulla struttura della fattispecie di *rape*.

Prima di approfondire la questione che interesserà primariamente il presente capitolo, relativa al binomio forza–consenso nella fattispecie e al ruolo che questi elementi hanno storicamente giocato nella struttura della stessa, non sembra potersi prescindere da una breve premessa relativa alla condotta incriminata nel reato.

L’*actus reus* dell’offesa di *rape* è sempre stato individuato in un atto sessuale penetrativo. Per quanto concerne il concetto di penetrazione, si sono registrati diversi conflitti di opinione sia storicamente sia nel diritto penale moderno. Telegraficamente, fra il diciottesimo e il diciannovesimo secolo, ad esempio, era sorto un dibattito circa la necessità

²⁴⁷ Corte E.D.U., *J.L. v Italia*, cit.

²⁴⁸ Corte E.D.U., *J.L. v Italia*, cit.

che, unitamente alla penetrazione, vi fosse prova dell'emissione di liquido seminale²⁴⁹. Nel diritto penale contemporaneo, invece, posto che la definizione della fattispecie di *rape* è compiutamente rinvenibile nel *Sexual Offences Act* del 2003, è scaturito un dibattito circa il perimetro della nozione di penetrazione, che per alcuni dovrebbe essere ampliato, ricomprendendo, ad esempio anche le penetrazioni realizzate con oggetti; per altri dovrebbe essere ristretto, ricomprendendo le sole penetrazioni vaginali²⁵⁰. Sulla questione, estranea al tema del consenso, non pare opportuno soffermarsi. È tuttavia interessante registrare come nell'ordinamento in discorso, di certo non estraneo ai fenomeni di vittimizzazione secondaria che in Italia diedero luogo alla riunione della fattispecie, non si sia mai messa veramente in dubbio la distinzione fra stupro e altre forme di violenza sessuale²⁵¹.

Autorevole dottrina²⁵², nel tentativo di spiegare che cosa distingue la violenza sessuale penetrativa da altre forme di violenza sessuale – e quindi il perché del mantenimento di una fattispecie di reato *ad hoc* – ha preso in considerazione diversi fattori. In prima battuta gli studiosi riconoscono il ruolo giocato da fattori storico-culturali: da una parte, il fatto stesso che la legge distingua fra il reato di *rape* e altre forme di *sexual assaults* avrebbe contribuito a condizionare la percezione sociale della gravità delle diverse forme di violenza sessuale, nel senso di una maggiore gravità delle aggressioni penetrative – riconoscendo, così, indirettamente la funzione di indirizzo del diritto penale; dall'altra, un maggior disvalore della penetrazione si spiegherebbe con la storica ossessione per la verginità e la castità delle donne. Tuttavia, la vera chiave di volta che spiegherebbe perché ancora oggi nell'ordinamento britannico lo stupro costituisce una fattispecie a sé risiederebbe nel simbolismo che connota la penetrazione: partendo dal presupposto che la penetrazione consensuale rappresenterebbe l'“apoteosi della relazione fra due soggetti” («*perfection of subject–subject relations*»), il suo opposto, lo stupro, costituirebbe la massima forma di oggettivazione («*a paradigm of subject–object relations*»). Il maggior disvalore delle aggressioni sessuali penetrative sarebbe dunque legato a doppio filo alla percezione simbolico-romantica che la penetrazione ha assunto per la società, che farebbe della penetrazione non consensuale un atto più invasivo e mortificante (e dunque più grave) delle altre forme di violenza.

L'argomento, come più volte sostenuto nel corso di questo lavoro, non convince appieno. La penetrazione ha storicamente assunto e assume ancora oggi un significato carico di

²⁴⁹ Per un approfondimento, si veda MACFARLANE, *cit.*, 40.

²⁵⁰ Sul punto si veda HERRING, *Criminal law, text, Cases and Materials*⁸, Oxford, 2018, 482.

²⁵¹ Come si accennava, il *Sexual Offences Act* del 2003, attualmente in vigore, annovera tre diverse fattispecie di reati sessuali: *rape*; *assault by penetration* e *sexual assault*.

²⁵² GARDNER, SHUTE, *The Wrongness of Rape in Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford 2000, 209.

simbolismo per la società: si tratta di un assunto ineccepibile. Ciò che non si condivide, tuttavia, sono le implicazioni che da tale premessa si fanno discendere circa la gravità delle diverse forme di violenza sessuale: il fatto che la penetrazione sia un atto carico di significato simbolico non implica automaticamente che, se imposto, esso sia sempre più grave di altre forme di violenza sessuale. Il problema di fondo che invalida ogni tentativo di distinguere la gravità delle aggressioni sessuali sulla base della penetrazione è costituito proprio dall'assolutismo che una scelta di campo legislativa porta con sé: le modalità con cui le aggressioni sessuali vengono concretamente realizzate sono estremamente eterogenee, la valutazione della gravità che le contraddistingue deve perciò necessariamente essere compiuta alla luce delle circostanze del caso concreto, e non invece a monte, a livello legislativo.

3. *I requisiti della fattispecie di rape nella giurisprudenza del diciottesimo secolo*

Esaurita questa premessa, può volgersi l'attenzione sul caratteristico mutamento che ha interessato la struttura della fattispecie di *rape*, soprattutto per quanto riguarda i profili relativi al consenso.

Il punto di partenza da cui occorre prendere le mosse è che la prima definizione legislativa del reato in discorso risale al *Sexual Offences (Amendment) Act* del 1976. Prima di allora, come si ricorderà, i vari atti legislativi²⁵³ susseguitisi fra il diciannovesimo e il ventesimo secolo si limitavano a prevedere la punibilità per il delitto di *rape*, senza però fornire una descrizione della fattispecie. La struttura dell'offesa era lasciata interamente in mano alle Corti, che ne hanno definito i contorni attraverso secoli di stratificazione giurisprudenziale. Per questa ragione, la panoramica che si propone nelle pagine a venire si concentrerà principalmente sui *leading cases*, principali responsabili del modellamento della fattispecie.

²⁵³ Il reato di *rape*, nel diciottesimo secolo, era punito da:

- *Offences Against the Person Act* del 1828, che alla s. XVI sanciva «*And be it enacted, That every Person convicted of the Crime of Rape shall suffer Death as a Felon*». La pena di morte per lo stupro in Inghilterra è stata abolita nel 1841 con il *Substitution of Punishments of Death Act* del 1841;
- *Offences Against the Person Act* del 1861, che alla s. 48 prevedeva «*Whosoever shall be convicted of the Crime of Rape shall be guilty of Felony, and being convicted thereof shall be liable, at the Discretion of the Court, to be kept in Penal Servitude for Life or for any Term not less than Three Years, or to be imprisoned for any Term not exceeding Two Years, with or without Hard Labour*»;
- Nel 1885 è stato adottato un atto (il *Criminal Law Amendment Act*) specificamente destinato alla protezione delle donne, ragazze e alla soppressione dei bordelli («*An Act to make further provision for the Protection of Women and Girls, the suppression of brothels*»), che con riguardo al crimine di *rape*, alla s. 4 riconosceva anche a livello legislativo la punibilità per l'offesa nei casi in cui l'autore abbia ingannato la vittima impersonando il marito, già affermata per via giurisprudenziale (v. *infra*, Cap. III. § 3.2.). L'atto sanciva altresì che se in un processo in cui l'imputato sia accusato di *rape* la giuria non dovesse ritenere provata la sussistenza di tale reato, essa avrebbe comunque potuto affermare la colpevolezza dell'imputato per un'altra fra le fattispecie minori previste dall'atto.

Fra il diciottesimo e la prima metà del diciannovesimo secolo nell'ordinamento inglese si registrava un sostanziale consenso in merito alla struttura della fattispecie, che per la maggior parte delle autorità dell'epoca consisteva nel costringimento di una donna, esclusivamente mediante l'uso della forza, a subire un atto sessuale contro la sua volontà.

In questo senso si esprimevano, fra gli altri, Sir William Blackstone, che nel noto trattato *Commentaries of the Laws of England*, definiva la fattispecie di *rape* come «*the carnal knowledge of a woman forcibly and against her will*»²⁵⁴; William Hawkins, altro influente giurista dell'epoca, affermava parallelamente che «*It seems that rape is an offence in having unlawful and carnal knowledge of a woman by force and against her will*»²⁵⁵.

Nella prassi giurisprudenziale, affinché si ritenesse soddisfatto il requisito dell'uso della forza – similmente a quanto avveniva nella giurisprudenza italiana di parte del '900, che richiedeva che la vittima opponesse all'atto sessuale una «lotta strenua capace di lasciare segni» – era inizialmente richiesto che «*the man must have used overpowering force, and there must have been desperate resistance on the part of the woman*»²⁵⁶ (l'uomo deve aver sopraffatto la donna con la forza, e quest'ultima deve aver cercato disperatamente di resistere).

Rappresentativa, in questo senso, è una sentenza del 1865, *R v Rudland*²⁵⁷.

Il caso vedeva imputato un giovane pregiudicato, accusato di aver violato il domicilio della vittima e, una volta entrato, di averla stuprata. La sentenza dedica all'imputato una breve menzione, mentre si spende in una dettagliata descrizione della persona offesa: si trattava di una vedova di quarant'anni, con diversi figli.

Significative, ai fini della nostra indagine, sono le parole del giudice che, nel riportare la dinamica dei fatti, sottolinea come «*[...] when out of bed she did not move away from it, nor go to or towards the door or window, nor make any alarm, as she might easily have done, neighbours being at hand ; nor did she scream or cry out; and though she said she struggled, she did not explain how, or in what way or what means she took to prevent the act. And when asked why she did not cry out or resist more, she said only that she was frightened*»²⁵⁸.

Il magistrato, nell'istruire i giurati, ha insistito che essi prestassero attenzione a tali circostanze, rimarcando che l'assenza di urla o pianti e il mancato tentativo di fuggire erano

²⁵⁴ BLACKSTONE, *Commentaries of The Laws of England*, IV, London, 1769, 210.

²⁵⁵ HAWKINS, *A Treatise of the Pleas of the Crown*, I, London, 1716, 109.

²⁵⁶ MACFARLANE, *cit.*, 18.

²⁵⁷ *R v Rudland* [1865] 4 F & F 495, 176 ER 661.

²⁵⁸ In italiano: «una volta alzata dal letto – dopo che l'aggressore l'aveva raggiunta – la donna non si è allontanata, non ha raggiunto la finestra né ha chiesto aiuto in altro modo, cosa che avrebbe ben potuto fare, vista la presenza dei vicini di casa, e anche se si è opposta all'atto non ha spiegato che misure ha preso per prevenirlo. Quando le è stato chiesto perché non ha pianto non ha resistito di più, ha risposto soltanto che era spaventata». *R v Rudland, cit.*

omissioni che la vittima non aveva saputo spiegare a sufficienza («[...] *told the jury to consider well whether there had been a real resistance; saying that he thought the absence of screams or outcries, and the neglect to take flight or run away were not sufficiently explained or accounted for*»²⁵⁹).

L'idea che uno stupro debba necessariamente importare una sopraffazione fisica da parte dell'uomo e, per contro, una strenua resistenza da parte della donna era avallata anche dalla medicina dell'epoca. A confermarlo è un autorevole trattato di medicina legale del 1815, che dopo una descrizione della sintomatologia tipica che una donna vittima dovrebbe presentare avverte che «*Where a rape has been committed not only will the parts of the woman have suffered violence, but there should be marks of bruises on different parts of her body, in consequence of her struggles and endeavours to preserve her chastity*»²⁶⁰.

Tale convinzione si rifletteva, nei processi per il reato di *rape*, in una attenta ricerca di segni corporali sulla vittima, ritenuti fondamentali per provare la sussistenza della violenza. La assenza di segni corporali sulla donna, per contro, rendeva estremamente improbabile il riconoscimento della violenza²⁶¹.

A soddisfare il requisito dell'uso della forza, oltre alla concreta esplicitazione di energia fisica, era tecnicamente equiparata anche la minaccia.

Ciononostante, nella prassi applicativa, la mancanza di una resistenza effettiva che si riflettesse nell'utilizzo da parte dell'uomo di una forza fisica effettiva comportava generalmente il mancato riconoscimento della violenza²⁶².

Significativo, in questo senso, è un risalente caso che vedeva imputato un uomo accusato di essersi introdotto in casa di una donna e di averla, in seguito, violentata.

In particolare, risulta essere d'interesse per l'indagine il controesame in cui la difesa rivolge alla donna lunga serie di domande finalizzate ad evidenziare che essa non aveva opposto all'aggressore un sufficiente grado di resistenza. Vale la pena di riportare parte del contenuto dell'esame:

Domanda (D). «*Did you cry out?*» (Hai urlato?)

Risposta (R). «*I did not. I had no power.*» (No, non ne avevo le forze)

D. «*Did you resist him?*» (Hai resistito?)

²⁵⁹ *R v Rudland, cit.*

²⁶⁰ Tradotto: «Quando si è di fronte a un caso di stupro la donna, oltre a presentare dei segni della violenza sui genitali, dovrebbe riportare segni di lividi anche su altre parti del corpo, come conseguenza della lotta e degli sforzi compiuti per preservare la sua castità». lo stralcio è tratto da FARR, *Elements of Medical Jurisprudence*, Londra, 1814, 48.

²⁶¹ MACFARLANE, *cit.*, 19.

²⁶² MACFARLANE, *cit.*, 19.

R. «*I had not strength to do any thing.*» (No, non ne avevo la forza)

D. «*Had you any marks or bruises?*» (Hai riportato qualche segno o livido?)

R. «*I had none.* (No, nessuno)

D. «*Do not you know, that had you made a small resistance in that position you was in, it would have been impossible for him to have committed a rape upon you?*» (Non sai che se avessi opposto anche solo una piccola resistenza nella posizione in cui eri sarebbe stato impossibile stuprarti?)

R. «*No Answer*». (nessuna risposta)²⁶³.

Il caso si è concluso con l'assoluzione dell'imputato, proprio in ragione della mancata soddisfazione del requisito della forza.

Non sarà difficile rilevare, in questa breve descrizione dell'evoluzione della fattispecie di *rape* nell'ordinamento inglese, diverse analogie con l'evoluzione della disciplina italiana. Fin troppo evidente è infatti la somiglianza con il consolidato orientamento interpretativo che fino alla seconda metà del secolo scorso in Italia richiedeva, per riconoscere la presenza di violenza carnale (art. 519 c.p.), che la donna resistesse all'aggressione con tutte le sue forze, riportando segni e lividi per la lotta²⁶⁴.

3.1. *Una prima apertura: R v Camplin (1845) e R v Fletcher (1859)*

L'ordinamento inglese ha, tuttavia, iniziato a prendere le distanze da questo filone giurisprudenziale già dalla seconda metà del diciannovesimo secolo.

La prima, importante decisione che viene in rilievo nella direzione di una valorizzazione del consenso è *R v Camplin*²⁶⁵, del 1845. Il caso vedeva imputato un uomo accusato di aver fatto ubriacare una giovane ragazza, per poi violentarla una volta che questa avesse perso i sensi.

Una condanna era già stata emessa in primo grado dalla *Central Criminal Court*²⁶⁶, ma il giudice di prime cure, alla luce delle complessità presentate dal caso, aveva richiesto l'intervento della *Court for Crown Cases Reserved*, per accertarsi della correttezza della ricostruzione in diritto da lui proposta, e quindi della condanna.

²⁶³ *R. v Adkins, Old Bailey Proceedings*, sessions ending September 18, 1751 (No. 532).

²⁶⁴ Cfr. *supra*, Cap. I. § 2.1.

²⁶⁵ La pronuncia è reperibile presso Cox C.C., I, 220.

²⁶⁶ La *Central Criminal Court* di Londra, Nota anche come *Old Bailey* dal nome della via in cui si trova, è uno fra i diversi edifici che ospitano la *Crown Court*.

Il principale argomento della difesa dell'imputato faceva leva essenzialmente su quella che era stata, fino a quel momento, la nozione di *rape*. Si affermava, cioè, che né la vittima si era opposta all'atto, né l'uomo era ricorso all'uso della forza per ottenerlo («*To constitute the offence of rape, there must be actual resistance on the part of the woman and actual force employed on the part of the man; and the facts here are negative both; there was neither force nor resistance*»²⁶⁷). Altro elemento chiave della strategia difensiva era relativo al fatto che – come riconosciuto dalla giuria nel primo grado di giudizio – l'uomo non avrebbe somministrato il liquore alla ragazza con l'intento di farle perdere i sensi, quanto piuttosto con quello di eccitarla e disinibirla, così da facilitare l'ottenimento del consenso di lei («*nor was there any intention, on the part of the prisoner, to render the woman insensible, for the purpose of having connection with her against her will. His object, as the jury have found, was to induce her to consent*»²⁶⁸).

La sentenza riporta un interessante scambio di battute fra il difensore dell'imputato e il collegio giudicante. Da una parte, i giudici mettono in evidenza le inaccettabili conseguenze che discenderebbero dall'orientamento secondo cui forza e resistenza sono elementi imprescindibili del reato: «*Then may the person of a drunken woman by the road-side be violated with impunity by every passer-by*»²⁶⁹ (Allora – se si accettasse la tesi della difesa – ogni donna ubriaca sul ciglio della strada potrebbe essere violata impunemente da qualsiasi passante); dall'altra, tuttavia, la difesa riesce efficacemente a dimostrare come, fino ad allora, in nessuno caso fosse stata riconosciuta la presenza di *rape* in mancanza di una coartazione realizzata attraverso l'uso della forza da parte dell'uomo.

L'*overruling* di tale consolidato principio è ben espresso nelle parole del giudice Denman, per il quale «*The word "resistance" has been introduced as though it were necessary to rape; but that is not so, however strong it may be as evidence*»²⁷⁰.

La Corte, invero, non arriva ad affermare anche che l'uso di forza e violenza non sono più necessari affinché si possa dire realizzata la fattispecie, ma riconosce che la frode – che in questo caso consisterebbe nell'approfittamento dello stato di grave ubriachezza della giovane, ingenerato dallo stesso autore – può supplire alla mancanza di tali elementi («*your case,*

²⁶⁷ *R v Camplin, cit.*

²⁶⁸ *R v Camplin, cit.*

²⁶⁹ *R v Camplin, cit.*

²⁷⁰ In italiano: «Si è parlato di "resistenza" come di un elemento necessario allo stupro; ma non è così, per quanto essa possa rappresentare una solida prova dell'avvenimento del fatto». *R v Camplin, cit.*

therefore, falls within the description of those cases which force and violence constitute the crime, but in which fraud held to supply the want of both»²⁷¹).

Coerentemente con l'affermazione del nuovo principio in materia di *rape*, la Corte conferma la correttezza della condanna emessa in primo grado, affermando che «*the evidence that the rape was committed without the consent and against the will of the prosecutrix was sufficient, and that consequently the offence has been completely proved»²⁷².*

Si tratta, invero, di una pronuncia significativa: prima di essa, la regola sanciva che perché un individuo sia punibile per il reato di *rape*, fosse necessario a) che egli coarti la volontà della vittima attraverso l'uso di forza fisica; b) che la vittima dissenta all'atto sessuale c) che essa vi resista con tutte le sue forze. Sebbene si tratti di elementi fra loro complementari, è utile tenerli distinti, poiché tale distinzione verrà in rilievo nel prossimo giudizio che formerà oggetto di analisi. *R v Camplin*, segnatamente, sancisce il venir meno del requisito della viva resistenza e afferma che al requisito della forza può essere sostituito l'inganno. Non viene meno, tuttavia, la necessità che l'atto sia compiuto contro la volontà della vittima. Ciò si evince chiaramente dal fatto che nella sentenza si afferma che la vittima «*shewed by her words and conduct up to the very last moment at which she had sense or power to express her will, that was against her will that such intercourse should take place»²⁷³ e che, come già riportato, «the evidence that the rape was committed without the consent and against the will of the prosecutrix was sufficient»²⁷⁴.*

Come anticipato, il principio espresso in *R v Camplin* viene ulteriormente specificato in una pronuncia di pochi anni successiva, *R v Fletcher* (1859)²⁷⁵.

I fatti alla base del giudizio vedevano imputato per il reato di *rape* un uomo, accusato di aver abusato di una giovane tredicenne disabile. La ragazza, in particolare, sarebbe stata incapace di comprendere la situazione in cui si trovava e, dunque, di esprimere un valido consenso all'atto sessuale.

Anche in questo caso il giudice di prime cure aveva ritenuto colpevole l'imputato, ma aveva preferito sospendere l'operatività della sentenza per ottenere il parere della *Court of Criminal Appeal*²⁷⁶.

²⁷¹ *R v Camplin, cit.*

²⁷² Tradotto: «è stato sufficientemente provato che lo stupro è stato commesso senza il consenso e contro la volontà della vittima, di conseguenza il reato si considera realizzato». *R v Camplin, cit.*

²⁷³ In italiano: «ha dimostrato attraverso le sue parole e la sua condotta fino all'ultimo momento in cui era in possesso delle sue facoltà di essere contraria all'avere un rapporto con l'imputato». *R v Camplin, cit.*

²⁷⁴ *R v Camplin, cit.*

²⁷⁵ La sentenza è reperibile presso 8 Cox C.C., 131.

²⁷⁶ Le funzioni di Corte d'Appello, nel frattempo, erano state trasferite dalla *Court for Crown Cases Reserved* alla *Court of Criminal Appeal*.

La principale argomentazione portata avanti dalla difesa dell'imputato assume ancora come punto di partenza che per *rape* s'intende «*the carnal knowledge of a woman forcibly, and against her will*». Dopodiché, la difesa richiama la sopra menzionata *R v Camplin*, affermando però, attraverso una *distinction*²⁷⁷, che il principio in essa affermato – l'inganno può supplire alla mancanza di forza nell'offesa di *rape* – non sarebbe applicabile al suo caso, poiché in *Camplin* sarebbe stato comunque provato che la giovane prima di perdere i sensi a causa dell'ubriachezza aveva espresso il proprio dissenso all'atto sessuale con l'autore, mentre nel caso in esame l'espressione del dissenso sarebbe mancata del tutto, a causa della disabilità della ragazza. Alla luce di tale distinzione il caso in discorso, più che integrare la fattispecie di *rape*, condividerebbe la medesima *ratio* del diverso reato di atto sessuale compiuto su minore di anni dieci, che assumerebbe rilevanza penale a prescindere dal consenso della vittima.

L'accusa, dopo aver richiamato la solita definizione di *rape* proposta anche dalla difesa, si concentra su *R v Camplin*. In particolare, il *prosecutor* mette in luce che due fra i dieci componenti del collegio giudicante di *R v Camplin* avevano affermato che la fattispecie di *rape* si perfezionerebbe qualora l'autore abbia un rapporto sessuale con una donna senza il suo consenso e non contro la sua volontà. Tale argomento prende le mosse da una definizione di stupro contenuta nello Statuto di Westminster del 1285, il cui *chapter 34* affermava: «*If a man ravish a married woman, dame or damsel, where she neither consented before or after, ayt judgment de vy et member; if she assent after, yet the King shall have the suit*»²⁷⁸, incentrando di fatto il fulcro dell'offesa sul mancato consenso della donna.

Ricapitolando, la questione sottoposta alla Corte si declina nei seguenti termini: la *distinction* fra i due casi, come evidenziato dalla difesa, consiste essenzialmente nel fatto che in *R v Camplin* la vittima aveva espresso il proprio dissenso finché era stata capace di intendere e di volere, mentre nel caso *Fletcher* l'espressione del dissenso manca in ragione della disabilità della vittima. Accogliere l'interpretazione proposta dall'accusa – la fattispecie di *rape* consiste nella violenza compiuta su una donna che non ha prestato il proprio consenso all'atto né prima né dopo di esso – consentirebbe di riconoscere la sussistenza dello stupro nel caso oggetto di

²⁷⁷ Si tratta di una tecnica argomentativa propria dei sistemi di *common law*. Attraverso di essa, vengono messe in rilievo le differenze fattuali che distinguono un caso – normalmente oggetto di giudizio – da un altro caso precedente, in cui si era affermata l'applicabilità di un dato principio. Si afferma, in sintesi, che in virtù delle differenze fattuali che intercorrono fra i due casi, il principio affermato nel precedente non può valere anche nel caso oggetto di giudizio. La stessa tecnica può essere utilizzata anche per la finalità opposta, vale a dire estendere l'applicabilità di un principio affermato ad un caso oggetto di giudizio: in questo caso si metteranno in luce le ragioni per cui i due casi condividerebbero la medesima *ratio*, rendendo così applicabile il principio affermato in precedenza.

²⁷⁸ In italiano «se un uomo violenta una donna sposata, una dama o una damigella senza che lei abbia prestato il suo consenso prima o dopo il fatto, *ayt judgment de vy et member*, se presta il suo consenso dopo il fatto, l'uomo sarà giudicato dinanzi al Re».

giudizio, poiché essa non richiede che l'atto sia compiuto contro la volontà della donna. Accogliere la versione più ristretta dell'interpretazione, così come declinata in *R v Camplin* e suggerita dalla difesa, non consentirebbe di riconoscere la presenza del reato di *rape* in *Fletcher*, poiché essa richiederebbe che l'atto sia comunque realizzato contro la volontà della vittima.

Il collegio, nel confermare la correttezza della condanna emessa in primo grado, abbraccia essenzialmente la definizione di *rape* che si riallaccia al *chapter 34* dello Statuto di Westminster, affermando che si è in presenza di stupro qualora una donna venga violentata con l'uso della forza senza che essa abbia dato il suo consenso né prima né dopo l'atto. Particolarmente significative in questo senso sono le parole del giudice Campbell che, stabilendo che il fulcro dell'offesa, coerentemente con la previsione dello Statuto, dev'essere individuato in «*whether she consents either before or after*» (se la donna abbia acconsentito all'atto prima o dopo di esso) e affermando altresì che «*The law, therefore, must now be taken to be settled, and ought not to be disturbed. It would be monstrous to say that these poor females are to be subjected to such violence, without the parties inflicting it being liable to be indicted. If so, every drunken woman returning from market, and happening to fall down on the road side, may be ravished at the will of the passers by*»²⁷⁹.

In conclusione, il giudice riprende un'affermazione della difesa secondo cui il termine *ravish* (violentare, stuprare – in generale, il termine indica un rapporto sessuale violento), contenuto nella definizione di *rape* dello Statuto di Westminster, implicherebbe necessariamente anche che l'atto sia realizzato contro la volontà della persona, affermando che si tratta di un'inferenza arbitraria.

All'esito delle due pronunce analizzate, dunque, affinché un fatto possa rientrare nel perimetro applicativo del reato di *rape* è necessario che: a) l'atto sia realizzato mediante l'uso della forza, o in alternativa della frode (*R v Camplin*); b) la donna non abbia consentito all'atto né prima né dopo, non essendo più necessario che l'atto sia realizzato a dispetto della volontà contraria della donna.

3.2. *Gli orientamenti post-Camplin: l'inganno sulla persona dell'autore e sulla natura dell'atto*

²⁷⁹ In italiano: «La legge è ora cristallizzata e non deve più essere modificata. Sarebbe mostruoso affermare che queste povere donne possano essere sottoposte a tali violenze, senza che i soggetti che le infliggono possano essere incriminati. Se fosse così, ogni donna ubriaca di ritorno dal mercato che cade sul ciglio della strada potrebbe essere violentata da qualsiasi passante» *R v Fletcher, cit.*

Le due sentenze poc'anzi viste rappresentano le prime tappe di un orientamento sviluppatosi fra il diciannovesimo e il ventesimo secolo che ha progressivamente consentito di ricomprendere nella nozione di *rape* un'ampia casistica in cui la vittima, per ragioni di volta in volta differenti, non esprimeva un dissenso all'attività sessuale²⁸⁰.

In particolare, i *leading cases* dell'era *post Camplin* riguardano ipotesi in cui la vittima era stata ingannata con riguardo alla persona dell'aggressore (i.e., credeva di star avendo un rapporto con il marito, ma si trattava in realtà di un altro uomo) oppure con riguardo alla natura dell'atto subito (ad esempio, perché credeva che si trattasse di una pratica medica).

La casistica relativa al consenso viziato dall'erronea credenza sulla persona dell'autore richiama l'attenzione su un altro tema, legato a quello del consenso, ossia quello degli atti sessuali compiuti su persona dormiente. Il panorama giurisprudenziale dell'epoca, infatti, come dimostrato dalle plurime sentenze in materia, sembra essere ricco di casi in cui la vittima veniva aggredita sessualmente da un uomo che credeva essere il *partner*.

La prima pronuncia che viene in rilievo in questo senso è *R v Barrow* (1868)²⁸¹.

L'imputato, nel caso in parola, si era introdotto nella stanza dove alloggiava la donna insieme al marito e al figlio piccolo, e mentre questa dormiva nel letto assieme ai due, aveva intrattenuto un rapporto sessuale con lei. Ai fini della pronuncia assunse particolare rilevanza il fatto che la donna si fosse svegliata durante la consumazione del rapporto e non si fosse opposta ad esso, credendo che l'uomo fosse il marito.

Nella decisione il collegio giudicante richiama il principio espresso in *R v Fletcher*, in virtù del quale affinché si possa dire integrato il reato di *rape* è necessario a) che l'atto sessuale sia ottenuto attraverso la costrizione fisica o l'inganno, e b) che la donna non vi abbia consentito.

Nel ribaltare la condanna emessa in primo grado, i giudici dell'appello considerano che il caso sottoposto alla loro attenzione si differenzia da *R v Fletcher* poiché la vittima ha prestato un consenso all'atto sessuale, seppure viziato dall'inganno dell'autore, mentre in *Fletcher* il consenso sarebbe mancato del tutto.

Il principio di diritto ricavabile dalla pronuncia stabilisce che il reato di *rape* non si ritiene integrato qualora il soggetto passivo abbia prestato il proprio consenso all'atto sessuale, anche si tratta di un consenso viziato dall'inganno dell'autore: «*where consent is obtained by fraud, the act done does not amount to rape*»²⁸².

²⁸⁰ TEMKIN, *Towards a Modern Law of Rape*, in *Mod. L. Rev.*, 45, 4, 1982, 401.

²⁸¹ *R v Barrow*, [1868] LR 1 CCR 156, 38 LJMC 20.

²⁸² In italiano: «se il consenso è ottenuto con la frode, l'atto compiuto non equivale a uno stupro». *R v Barrow*, *cit.*

Tale principio viene ribaltato attraverso un *overruling* sedici anni dopo, nel caso – del tutto analogo per quanto riguarda i fatti oggetto di giudizio – *R v Dee*, nella cui motivazione si legge: «*We are, I believe, all of opinion that the true law is, that a man who has had connection with the wife of another, having obtained her submission or consent to the act by causing her by fraud to believe that he was her husband, is guilty of the crime of rape, and being of this opinion we are bound in this court so to declare the law in opposition to the decision in Reg. v Barrow*»²⁸³.

Un'altra pronuncia in materia su cui è opportuno concentrarsi è *R v Meyers*²⁸⁴.

L'imputato, in questo caso, era il cognato della vittima. L'uomo viveva nella stessa abitazione dei coniugi e, una mattina, avrebbe tentato di violentare la donna poco dopo che il marito era uscito per andare al lavoro. Decisivo ai fini della decisione è stato il fatto che la donna si fosse svegliata immediatamente e, accortasi che non si trattava del marito, fosse riuscita a fuggire da un vicino.

Il caso in esame si differenzia dal precedente *R v Barrow* poiché, mentre in quest'ultimo la vittima aveva acconsentito all'atto (sebbene si trattasse di un consenso viziato dal fatto che credeva si trattasse del marito), in quello presente la vittima, riconoscendo l'aggressore, aveva espresso immediatamente il proprio dissenso.

Il giudice, nell'istruire la giuria, afferma il seguente principio di diritto «*if a man gets into bed with a woman while she is asleep, and he knows she is asleep, and he has connection with her, or attempted to do so while in that state, he is guilty of rape in the one case and the attempt in the other*»²⁸⁵.

Similmente a quanto affermato in *R v Fletcher*, dunque, se la donna si trova impossibilitata ad esprimere la propria volontà – in *Fletcher* poiché disabile, nel caso in discorso perché addormentata – e l'autore ne è consapevole, non rileva il fatto che non vi fosse volontà contraria da parte della vittima²⁸⁶.

²⁸³ Tradotto: «Siamo, credo, tutti d'accordo che, secondo diritto, un uomo che ha avuto rapporti con la moglie di un altro, avendo ottenuto la sua sottomissione o il suo consenso all'atto facendole credere con l'inganno di essere suo marito, è colpevole del reato di *rape*. Questa Corte, di conseguenza, è tenuta a dichiararsi contraria al principio espresso in *R v Barrow*». Così *R v Dee* [1884] 15 Cox CC 579.

²⁸⁴ *R v Meyers*, [1872] 12 Cox CC 311.

²⁸⁵ In italiano: «se un uomo ha o tenta di avere un rapporto sessuale con una donna che sa essere dormiente, è responsabile del reato di *rape* in un caso e di tentato *rape* nell'altro». *R v Meyers*, *cit.*

²⁸⁶ In un terzo caso (*R v Young* [1878] 14 Cox CC 114, 38 LT 540), che vedeva ancora una volta imputato un uomo accusato di essersi introdotto nell'abitazione di due coniugi e di essersi congiunto con la vittima mentre questa dormiva, la regola espressa in *R v Meyers* viene ribadita. Il caso *de quo* era piuttosto simile a *R v Barrow*, in quanto la donna, dopo essersi svegliata a causa dell'approccio dell'imputato, non ha espresso il proprio dissenso immediatamente, credendo che si trattasse del marito. Tuttavia, non appena ha sentito l'uomo parlare, ha reagito spingendolo via. Il consenso viziato inizialmente prestato viene dunque revocato non appena la vittima si avvede della reale identità dell'aggressore, ragion per cui il collegio ritiene applicabile il principio espresso in *R v Meyers*.

Per quanto concerne, invece, la casistica relativa all'inganno circa la natura dell'atto, a venire in rilievo è anzitutto il caso *R v Case* del 1850.

Il caso vedeva imputato un medico accusato di essersi congiunto carnalmente con una giovane quattordicenne, sottoposta alla sua cura dai genitori per una malattia relativa al ciclo mestruale. Il medico, in particolare, aveva intrattenuto rapporti completi con la giovane facendole credere che si trattasse di una terapia utile a risolvere il problema. La ragazza, credendo si trattasse di una pratica medica, non aveva opposto resistenza.

In primo il giudizio si concludeva con una condanna: il giudice aveva istruito la giuria affinché condannasse l'imputato qualora ritenesse che la mancata resistenza della ragazza fosse dovuta all'ignoranza circa la natura dell'atto che stava subendo, unitamente alla buona fede riposta nelle intenzioni del medico.

L'argomento portato avanti dalla difesa, in buona sintesi, si basava sul fatto che la vittima, non resistendo, avrebbe acconsentito all'atto («*The consent of the girl is found; for consenting and not resisting are synonymous*»²⁸⁷).

La difesa richiamava anche la decisione presa cinque anni prima in *R v Camplin* (v. *supra*, Cap. III § 3.1.) sostenendo però che in quel caso la condanna si reggeva sul fatto che la vittima avesse espresso il proprio dissenso finché non aveva perso i sensi perché l'autore l'aveva fatta ubriacare (dunque sarebbe stato ragionevole credere che se ne non avesse perso i sensi avrebbe continuato a dissentire) mentre nel caso in esame la vittima avrebbe prestato il proprio consenso all'atto, seppure raggirata dal medico.

In particolare, la difesa – si tratta di una convinzione diffusa all'epoca²⁸⁸ – evidenziava che la prassi di ritenere soddisfatto il requisito della forza – elemento necessario del reato *rape* – anche se il consenso è stato estorto attraverso l'inganno, porterebbe ad un inaccettabile estensione dello spettro d'azione della fattispecie, rendendo punibili anche casi in cui, ad esempio, la donna ha consentito al rapporto poiché l'uomo le aveva promesso di sposarla («*if fraud dispenses with the necessity of resistance, any deceit will have that effect; and it would be an assault if the woman consented, upon a false representation that the man would marry her*»²⁸⁹).

Il collegio confermava la condanna emessa in primo grado, rigettando le argomentazioni della difesa. Il principio di diritto espresso nella pronuncia è ben sintetizzato nelle parole del giudice Wilde, che riferendosi al consenso prestato dalla ragazza osserva: «*what she consented*

²⁸⁷ *R v Case*, [1850] 4 Cox CC 220.

²⁸⁸ MACFARLANE, *cit.*, 26.

²⁸⁹ *R v Case*, *cit.*

to was something wholly different from that which was done, and, therefore, that which was done, was done without consent»²⁹⁰.

Una seconda nota pronuncia rilevante in questa disamina è rappresentata da *R v Flattery*²⁹¹, del 1877.

Similmente al caso appena analizzato, ad essere imputato era un medico, accusato di aver violentato una giovane ragazza (recatasi da lui poiché ammalata e spesso soggetta a convulsioni), facendo credere a lei e alla madre di lei di star mettendo in pratica un atto terapeutico. L'uomo, in particolare, aveva ingannato le due suggerendo che rompere l'imene della giovane avrebbe giovato al problema, e dopo aver portato la ragazza nella stanza accanto si sarebbe congiunto carnalmente con lei. Quest'ultima, credendo si trattasse di una pratica medica, non si era opposta all'atto.

L'argomento portato avanti dalla difesa prendeva le mosse dal già menzionato *R v Barrow*. Il principio di diritto espresso in tale precedente – se il consenso all'atto sessuale è ottenuto attraverso l'inganno il fatto realizzato non è qualificabile come *rape* – per la difesa sarebbe stato applicabile anche nel caso di cui si tratta, vista la comunanza di *ratio*.

La difesa, oltre a ciò, affermava che la vittima, che aveva diciannove anni, non poteva non essere a conoscenza della natura dell'atto realizzato dall'imputato, distinguendo il caso in esame da *R v Case*, in cui la mancata conoscenza della vittima in merito alla natura dell'atto era giustificabile considerando la giovanissima età della stessa.

La *Court of Criminal Appeal*, tuttavia, confermava la condanna del giudice di prime cure. Per collegio giudicante, infatti, la presunzione secondo cui la giovane non avrebbe potuto conoscere la natura sessuale dell'atto sarebbe priva di qualsiasi fondamento giuridico, ragion per cui il principio di diritto espresso in *R v Case* doveva considerarsi applicabile. Diversi membri del collegio, peraltro, nelle loro *opinion* si sono definiti comunque contrari al principio espresso nel caso *Barrow*, esprimendo l'auspicio che esso venisse riconsiderato.

Un altro elemento che rende la sentenza in esame di particolare interesse è relativo alla *concurring opinion* del giudice Denman. Egli, nel dirsi concorde col fatto che la definizione di *rape* può essere rintracciata nel cap. 34 dello Statuto di Westminster (v. *supra*, Cap. III. § 3.1.), osserva: «*I think the definition of rape in the statute cited may be accepted, subject to one*

²⁹⁰ In italiano: «ciò cui lei ha consentito – il trattamento medico – era qualcosa di totalmente diverso da ciò che è stato fatto, e pertanto ciò che è stato fatto è stato fatto senza consenso». *R v Case, cit.*

²⁹¹ *R v Flattery*, [1877] 13 Cox CC 388.

*qualification. There may be cases where a woman does not consent in fact, but in which her conduct is such that the man reasonably believes he does»*²⁹².

Tale affermazione costituirà, quasi cent'anni dopo, il fondamento di *DPP v Morgan*²⁹³, una pronuncia che, sconvolgendo l'opinione pubblica, portò a un significativo stravolgimento della disciplina della fattispecie di *rape* nella seconda metà del Novecento.

3.3. *Le origini del consenso fra common law e civil law*

Conclusa questa prima disamina giurisprudenziale, utile a dar conto della nascita delle prime embrionali tappe dell'approccio consensualistico ai reati sessuali adottato nell'ordinamento inglese dalla seconda metà del diciannovesimo secolo, può già svolgersi qualche considerazione di stampo comparatistico.

In particolare, il punto su cui è il caso di interrogarsi è relativo al perché un primo accenno di svolta consensualistica nell'ordinamento in esame sia stato possibile già nel diciannovesimo secolo, mentre le prime pronunce in Italia con cui si è valorizzato il consenso a dispetto della costrizione risalgano alla seconda parte del Novecento.

Non si ritiene di poter individuare la ragione in un differente clima culturale: già da questa breve analisi storico-giuridica emerge come gli stessi, radicati stereotipi rinvenibili negli ordinamenti italiano e spagnolo non fossero estranei neppure all'ordinamento inglese.

La spiegazione della precoce attenzione al consenso dell'ordinamento inglese, allora, non può che essere rintracciata nelle diversità che contraddistinguono le famiglie giuridiche di appartenenza dei tre ordinamenti.

Come è noto, i sistemi di *civil law* e *common law* sono tradizionalmente contraddistinti da una diversità d'approccio alla legge scritta e alla giurisprudenza.

Nel *common law*, in particolare, si perviene alla regola da applicare al caso concreto induttivamente. Il processo di formazione della regola prende le mosse da una serie di casi concreti che vengono decisi in modo simile e dalla stratificazione giurisprudenziale di tali decisioni viene desunto un principio di diritto che servirà a regolare i casi concreti che presentano le medesime caratteristiche. I principi che governano una determinata materia nascono dunque dalla risoluzione di casi concreti.

²⁹² In italiano: «Credo che la definizione di *rape* del citato statuto possa essere accettata, con un'eccezione. Possono esservi casi in cui una donna non consente all'atto sessuale, ma si comporta in modo tale che l'uomo può ragionevolmente credere che lo faccia». *R v Flattery, cit.*

²⁹³ Cfr. *infra*, Cap. III. § 4.1.

Alla base del processo, tuttavia, vi è sempre la necessità che una decisione risulti giusta ed equa. Qualora l'applicazione di una regola consolidata ad un caso concreto si traduca in una decisione iniqua o ingiusta, il *common law*, non essendo vincolato all'osservanza di previsioni legislative, ha la possibilità di superare tale, consolidata regola o di stabilirne l'inapplicabilità in quel caso concreto, in favore di una decisione ritenuta più corretta.

Nel corso della pur breve disamina già svolta ci si è imbattuti in diversi esempi di tale approccio: si pensi, fra gli altri, alla pronuncia *R v Dee*, in cui la Corte affermava chiaramente che la regola fino a quel momento operante doveva considerarsi superata «*we are bound in this court so to declare the law in opposition to the decision in Reg. v Barrow*»²⁹⁴.

Nel *civil law*, al contrario, si perviene alla regola in modo deduttivo. La decisione del caso concreto origina da un principio generale, normalmente contenuto nella legge scritta, che dev'essere applicato ai fatti al vaglio del giudice nel modo più fedele possibile alla previsione legislativa. L'obbligo dei giudici di *civil law* di applicare le regole contenute nelle disposizioni legislative anche nel caso in cui ciò implichi l'adozione di una decisione *ingiusta* rende gli ordinamenti di *civil law* tendenzialmente più rigidi e statici di quelli di *common law*. Questo perché affinché una data regola sia cambiata, nel primo è necessario che intervenga un atto legislativo che introduca tale cambiamento, mentre nel secondo è sufficiente che una Corte, avvedutasi dell'iniquità dell'applicazione della stessa regola a un caso concreto, adotti una decisione in senso contrario che superi tale regola (*overruling*) o che ne determini l'inapplicabilità in quello specifico caso (*distinguishing*)²⁹⁵.

Ciò detto, è senz'altro vero che oggi questa storica contrapposizione può essere messa in discussione alla luce del progressivo avvicinamento che da tempo interessa i due sistemi. Per un verso, infatti, gli atti legislativi stanno acquisendo un ruolo sempre più rilevante negli ordinamenti di *common law*; per altro verso negli ordinamenti di *civil law*, ancorché non vincolanti i precedenti della Suprema Corte sono comunque dotati di una notevole forza persuasiva²⁹⁶.

Dopodiché, è altresì vero che, soprattutto nell'Ottocento e nella prima metà del Novecento, tale contaminazione fra sistemi era molto meno significativa: lo dimostra, per quanto riguarda il *common law*, il fatto che la definizione di *rape* fosse lasciata completamente

²⁹⁴ *R v Dee*, [1884] 15 Cox CC 579.

²⁹⁵ Si vedano, ad esempio, DUBBER, HÖRNLE, *Comparative Criminal Law*, in *The Oxford Handbook of Criminal Law*¹, Oxford, 2014, 47, II, *The legal barrier: common law vs. civil law approaches to legal reasoning*; o ancora KEILER, ROEF, *Comparative Concepts of Criminal Law*³, Cambridge, 2019, 4.

²⁹⁶ Si veda, per tutti KEILER, ROEF, cit., 4.

nelle mani della giurisprudenza. Questo profilo, come si vedrà, subirà un mutamento sul finire del ventesimo secolo, nella direzione di un ruolo ben più incisivo della legge scritta.

In questa prospettiva, ben si comprende come in un ordinamento di *common law*, come lo è quello inglese, possa essere risultato molto più agevole modificare tempestivamente la definizione di *rape* nella direzione di una valorizzazione del consenso della vittima, mettendo da parte il requisito della resistenza e iniziando a scalfire quello dell'uso della forza.

Segnatamente, a rendere possibile il cambiamento sembra essere stata la manifesta ingiustizia che persino per uno Stato dalla cultura marcatamente maschilista, come lo era l'Inghilterra dell'epoca, la rigorosa applicazione della nozione tradizionale di *rape* (rapporto penetrativo ottenuto mediante l'uso della forza e contro la resistenza strenua della vittima) avrebbe comportato in determinati casi concreti. Prendiamo, ad esempio, il caso *Camplin*: assestarsi sulla definizione per la quale la mancanza di una resistenza da parte della vittima preclude la punibilità del reato di *rape* sarebbe equivalso ad affermare che un uomo che fa ubriacare una tredicenne per poi violentarla non ha commesso uno stupro: una conseguenza evidentemente inaccettabile persino per l'Inghilterra del 1845.

Al contrario, nell'ordinamento italiano, come si è ampiamente visto, la legge lega le aggressioni sessuali alla costrizione da tempo immemore, perpetuando «vicende normative ormai sepolte nell'oblio»²⁹⁷. Si ricorderà, infatti, come i medesimi requisiti di costrizione – forza, violenza e abuso di autorità – oggi vigenti, siano rinvenibili con formulazioni variabili già nei codici preunitari.

Se a ciò si aggiunge che sia nella Spagna sia nell'Italia dell'epoca vigeva una cultura spiccatamente maschilista (basti pensare alla connotazione pubblicitica che i reati sessuali avevano in entrambi gli ordinamenti fino alle riforme intervenute in sul finire del secolo scorso) e che al giudice di *civil law* non è permesso disapplicare la legge anche quando da ciò possa derivare una decisione ingiusta, ben si comprende perché una svolta consensualistica – peraltro, in Italia, ad oggi solo giurisprudenziale – si sia avuta molto più tardi che in Inghilterra.

Del resto, a riprova del fatto che l'appartenenza di un ordinamento alla famiglia giuridica del *civil law* giochi un ruolo fondamentale nello storico legame fra violenza sessuale e costrizione basta considerare che l'introduzione di una legislazione sui reati sessuali incentrata sul consenso risulta essere una novità recentissima per tutti gli ordinamenti del *civil law* continentale (cfr. *supra*, Cap. I. § 3.).

²⁹⁷ PADOVANI, *cit.*, 1301.

4. *Il consenso nei leading cases e nella legislazione moderna*

La questione del consenso nel reato di *rape* assunse nuovamente rilievo centrale nell'ordinamento inglese a partire dalla seconda metà del ventesimo secolo. A dispetto delle aperture individuate nelle sentenze analizzate negli scorsi paragrafi, infatti, nella giurisprudenza del Novecento si riscontrava ancora una grande incertezza relativamente all'elemento oggettivo della fattispecie. Se una parte della giurisprudenza riteneva pacificamente che non fosse più necessaria una resistenza attiva o un esplicito dissenso da parte della vittima (era infatti sufficiente la mancanza di consenso), un orientamento contrapposto continuava a richiamare i requisiti della forza, della minaccia dell'uso di forza o dell'inganno²⁹⁸. Nelle pagine che seguono si osserverà come la legislazione e i *leading cases* degli ultimi anni del secolo scorso hanno contribuito all'eliminazione di questi requisiti, incentrando definitivamente l'elemento oggettivo della fattispecie di *rape* sulla sola mancanza di consenso da parte della vittima.

4.1. *DPP v Morgan*

La prima tappa del percorso tra i *leading cases* di fine Novecento su cui occorre soffermarsi è la tristemente nota *DPP*²⁹⁹ *v Morgan*³⁰⁰.

La pronuncia in discorso, passata alla storia con l'appellativo *rapists' charter*³⁰¹ (statuto degli stupratori), catalizzò un'enorme attenzione, sia fra gli addetti ai lavori, sia nella società nel suo complesso³⁰². Il caso ebbe tanta risonanza che l'anno successivo venne adottato un emendamento al *Sexual Offences Act* del 1956, nel (fallimentare)³⁰³ tentativo di porre rimedio ai principi affermati nella sentenza.

I fatti alla base del giudizio: ad essere imputati sono quattro colleghi dell'aeronautica militare britannica, accusati di aver stuprato, su suo invito, la moglie di uno di loro. Decisivo, ai fini della decisione, è il fatto che il marito della donna avrebbe convinto gli altri a commettere lo stupro dicendo loro che lei sarebbe stata invero consenziente, e che ogni resistenza da sua sarebbe stata una recita.

²⁹⁸ Lo riconosce, ad esempio, il punto 18 dell'*Heilbron Report* (v. *infra*, Cap. III. § 4.2.) facendo il punto sulla giurisprudenza inglese sino al 1975.

²⁹⁹ L'acronimo sta per *Director of Public Prosecutions*. Si tratta del direttore del *Crown Prosecution Service*, l'autorità pubblica incaricata della conduzione dei procedimenti penali in Inghilterra e Galles.

³⁰⁰ *DPP v Morgan* [1975] 2 All E.R. 347.

³⁰¹ L'appellativo proviene da TEMKIN, *Rape and the Legal Process*², Oxford, 2002, 59.

³⁰² POWER, *Towards a Redefinition of the Mens Rea of Rape*, in *Oxf. J. Leg. Stud.* 23, 3, 2003, 379.

³⁰³ cfr. Cap. III. § 4.2.

Gli imputati, condannati sia in primo che in secondo grado, si appellano alla *House of Lords*.

La pronuncia della Corte Suprema inglese prende le mosse dalle istruzioni fornite dal giudice del primo grado alla giuria, che definivano il perimetro della questione in diritto. Il giudice, specificamente, richiedeva alla giuria di condannare ogni imputato verificando che a) la donna non avesse dato il proprio consenso all'atto sessuale; b) l'imputato in questione fosse consapevole del mancato consenso della donna. Al contrario, la giuria avrebbe dovuto assolvere se persuasa che l'imputato avesse creduto che la donna fosse consenziente. Tale convinzione, in particolare, avrebbe dovuto essere sincera e ragionevole. Per ragionevole, specificava il giudice, si intende la convinzione cui potrebbe pervenire un uomo assennato dopo aver valutato attentamente la situazione. Una convinzione fantasiosa, seppure sincera, sarebbe dovuta risultare in una condanna.

È proprio su quest'ultimo punto che si sviluppa la decisione dell'*House of Lords*, chiamata dalla *Criminal Division* della *Court of Appeal* a decidere «*whether, in rape, the defendant can properly be convicted, notwithstanding that he in fact believed that the woman consented if such belief was not based on reasonable grounds*»³⁰⁴.

Il fulcro del caso ruota dunque sulla declinazione dell'elemento soggettivo nel reato di *rape*. Sulla questione, difesa e accusa propongono ricostruzioni differenti.

Per la difesa, l'elemento soggettivo della fattispecie consisterebbe nella volontà di realizzare un rapporto sessuale con una donna non consenziente, nel senso che l'imputato dovrebbe a) essere consapevole del mancato consenso della donna ovvero b) essere incurante del fatto che essa consenta o meno.

Per l'accusa, al contrario, la consapevolezza del mancato consenso della donna o in alternativa la noncuranza non sarebbero necessari, la *mens rea* sarebbe integrata con la sola prova del fatto che l'uomo ha intenzione di realizzare il rapporto sessuale e che la donna non è consenziente. In particolare, per l'accusa, la questione relativa alla possibilità dell'errore sul consenso dell'imputato dovrebbe essere posta dinanzi alla giuria soltanto se l'accusato lo richiede e se il giudice ritiene che vi siano elementi a sufficienza per sollevare un dubbio sufficientemente fondato sul punto. Soltanto in presenza di queste condizioni l'accusa sarebbe tenuta a provare o che l'imputato non aveva tale convinzione, o essa non si basava su motivi ragionevoli.

³⁰⁴ Tradotto: «se, nel reato di stupro, l'imputato possa essere condannato nonostante il fatto che abbia effettivamente creduto che la donna fosse consenziente, se tale convinzione non era fondata su motivi ragionevoli». *DPP v Morgan, cit.*

La *House of Lords*, nel valutare la questione, parte dal presupposto che la disposizione legislativa allora vigente relativamente al reato di *rape* non prevedeva alcuna definizione della fattispecie.

Il reato di *rape*, infatti, era allora punito dal *Sexual Offences Act* del 1956, che alla s. 1(1) si limitava laconicamente a prevedere che «*it is a felony for a man to rape a woman*».

Esaurita questa premessa, la Corte valuta le ricostruzioni proposte da accusa e difesa, affermando che «*If the words defining an offence provide either expressly or impliedly that a man is not to be guilty of it if he believes something to be true, then he cannot be found guilty if the jury think that he may have believed it to be true, however inadequate were his reasons for doing so. But, if the definition of the offence is on the face of it 'absolute' and the defendant is seeking to escape his prima facie liability by a defence of mistaken belief, I can see no hardship to him in requiring the mistake – if it is to afford him a defence – to be based on reasonable grounds*»³⁰⁵.

In sintesi, dunque, l'alternativa per la Corte consiste nel considerare il reato di *rape* o come una *absolute offence*³⁰⁶, nel qual caso la difesa dell'erronea convinzione richiederebbe che essa si basi su un *reasonable ground*; o, in alternativa, nel considerarlo un reato punibile solo a titolo di dolo, nel qual caso ad escludere la punibilità sarebbe sufficiente una convinzione anche irragionevole.

Nell'accogliere la prima opzione, la Corte adotta un argomento singolare: in assenza di una definizione legislativa e di precedenti che stabiliscano il concetto di *rape*, il *focus* ricade sul significato comune della parola: «*the first question to be answered in this case, as I see it, is whether according to the ordinary use of the English language a man can be said to have committed rape if he believed that the woman was consenting to the intercourse and would not have attempted to have it but for this belief, whatever his grounds for so believing. I do not think that he can. Rape, to my mind, imports at least indifference as to the woman's consent*»³⁰⁷.

Accogliendo la tesi della difesa, dunque, la pronuncia in esame definisce l'elemento soggettivo del reato di *rape* come a) l'intenzione di avere un rapporto sessuale legata alla

³⁰⁵ Tradotto: «Se la definizione di un reato prevede espressamente o implicitamente che un uomo non sia colpevole se crede che qualcosa sia vero, allora la giuria non potrà condannarlo se ritiene che tale convinzione fosse presente, per quanto inadeguate fossero le ragioni su cui essa si basa. Al contrario, se la definizione del reato è evidentemente assoluta e l'imputato invoca una difesa per erroneo convincimento, non mi sembrerebbe iniquo richiedere che l'errore sia almeno basato su motivi ragionevoli». *DPP v Morgan, cit.*

³⁰⁶ Nel diritto italiano corrisponderebbe grossomodo al regime di responsabilità oggettiva.

³⁰⁷ Tradotto: «La prima domanda cui occorre rispondere è se, secondo l'uso ordinario della lingua inglese, si può dire che un uomo abbia commesso uno stupro se ha creduto che la donna fosse consenziente al rapporto sessuale, quale che fosse la sua ragione per crederlo. Non credo che si possa. Lo stupro, a mio avviso, implica almeno un'indifferenza rispetto al consenso della donna» *DPP v Morgan, cit.*

consapevolezza di un mancato consenso della donna o b) l'intenzione di avere un rapporto sessuale legata ad una *recklessness* (sconsideratezza) relativa al fatto che la donna consenta o meno.

In conclusione, il principio di diritto espresso in *DPP v Morgan* sancisce che un imputato non può essere condannato per *rape* se era sinceramente convinto che la vittima fosse consenziente al rapporto sessuale, per quanto fantasiosa e irragionevole possa essere tale convinzione³⁰⁸.

DPP v Morgan è stata oggetto di diverse critiche. In particolare, è possibile individuare due principali argomentazioni che dimostrano la fallacia dei principi espressi nella pronuncia.

Anzitutto, viene evidenziato che declinare il delitto di *rape* come un reato a dolo specifico – consistente nell'intenzione di avere un rapporto non consensuale o nell'intenzione di avere un rapporto senza curarsi del fatto che la donna vi consenta o meno – porrebbe in capo all'accusa un onere della prova eccessivamente gravoso. L'imputato, dal suo canto, potrebbe limitarsi ad asserire di essere stato certo che la vittima fosse consenziente, per essere riconosciuto non colpevole. Un esempio spesso addotto a riprova dell'assurdità del principio espresso in *Morgan* è che l'ego smisurato di un imputato convinto di essere irresistibile per ogni donna, potrebbe valergli l'assoluzione da un'accusa di *rape*.

Un'altra critica condivisibile è relativa che, se anche si ammettesse che un individuo possa pervenire all'erronea convinzione che l'altra persona sia consenziente all'atto sessuale basandosi sulle proprie percezioni, o, come in *Morgan*, sulla base delle parole di qualcun altro, non si vede come a tale circostanza si possa attribuire un grado di colpa inferiore a quello della *recklessness*, della sconsideratezza, comunque idoneo, sulla base della stessa definizione dell'elemento soggettivo di *rape* accolto dalla *House of Lords*, a fondare un giudizio di condanna.³⁰⁹

La sentenza in esame, come si vedrà nell'ultimo capitolo del presente lavoro, rappresenta un caso paradigmatico di *vulnus* di tutela legato all'adozione di un modello consensualistico puro in assenza di correttivi che perimetrino la rilevanza dell'errore sul

³⁰⁸ Ciononostante, la Corte, facendo applicazione della previsione contenuta nella s. 2(1) del *Criminal Appeal Act* del 1968 decise di non riformare la condanna emessa nei confronti degli imputati, ritenendo che anche se la giuria era stata effettivamente istruita erroneamente, essa si sarebbe determinata per una condanna anche se le istruzioni fossero state corrette e non avessero menzionato l'elemento della ragionevolezza della convinzione. («*as the jury obviously accepted the victim's story in its substance there is in my view no conceivable way in which a miscarriage of justice can have taken place and therefore no possibility of quashing these convictions*»³⁰⁸).

³⁰⁹ Per un approfondimento su questi argomenti si veda, ALEXANDER, *Twenty Years of Morgan: A Criticism of the Subjectivist View of Mens Rea and Rape in Great Britain*, in *Pace International Law Review*, in *Pace Int'l L. Rev.*, 207, 7, 1995, 231.

consenso. Correttivi che, nell'ordinamento inglese, sono stati introdotti solo con il *Sexual Offences Act* del 2003.

4.2. *L'Heilbron Report e il Sexual Offences (Amendment) Act del 1976*

La decisione assunta in *DPP v Morgan*, come accennato, suscitò l'indignazione dell'opinione pubblica. Lo scandalo fu tale che venne istituito, l'anno stesso, un Comitato legislativo, con il compito valutare la decisione e, più in generale, di fornire un quadro generale sulla violenza sessuale, su come essa viene percepita nella società e sull'impatto che produce³¹⁰.

Il rapporto finale del Comitato, noto come *Heilbron Report*, lungi dal concentrarsi solo sulla pronuncia poc' anzi analizzata, fornisce diverse raccomandazioni relative alla repressione penale del reato in esame.

In particolare, le principali indicazioni, contenute nel capitolo III, riguardano la rilevanza probatoria nel processo della vita sessuale della vittima, che per il Comitato avrebbe dovuto da quel momento in avanti essere limitata ai soli rapporti con l'imputato.

Nel capitolo IV, inoltre, il rapporto si occupa della necessità che la vittima rimanga anonima nei casi di stupro, suggerendo altresì la creazione di una fattispecie di reato nel caso in cui l'identità della vittima venga rivelata.

Un'altra proposta interessante contenuta nel rapporto è relativa alla composizione della giuria nei processi per il reato *rape*: affinché siano adeguatamente rappresentati entrambi i sessi, secondo il rapporto essa dovrebbe ricomprendere almeno quattro uomini e quattro donne.

Per quanto concerne i principi espressi in *DPP v Morgan*, e più in generale la fattispecie di *rape*, il Comitato parte dall'assunto che, fino ad allora, mancava del tutto una definizione legislativa del delitto in discorso. Dopodiché, nel rapporto si prende atto della transizione che ha interessato la struttura della fattispecie fra il diciannovesimo e il ventesimo secolo: «*Earlier authorities emphasised the use of force; but it is now clear that lack of consent is the crux of the matter and this may exist though no force is used. The test is not 'was the act against her will?' but 'was it. without her consent'*»³¹¹.

³¹⁰ Ad affermarlo è lo stesso rapporto del Comitato: «*This inquiry originated as a result of the widespread concern expressed by the public, the media and in Parliament in regard to the decision of the House of Lords in Director of Public Prosecutions v Morgan & Others*». Home Affairs, *Report of the advisory group on the law of rape*, 1976, CMND 6352, 1 (d'ora innanzi, *Heilbron Report*).

³¹¹ Tradotto: «Le autorità del passato ponevano l'accento l'uso della forza; ma oggi è chiaro che il fulcro della questione è la mancanza di consenso della vittima, e questo può sussistere anche in mancanza dell'uso di forza. Ciò che occorre chiedersi non è se l'atto era contro la volontà della vittima, ma se esso è stato realizzato senza il suo consenso». *Heilbron Report*, 3.

Di qui viene stilata una definizione di *rape*: «*The actus reus in rape, which the prosecution must establish for a conviction consists of (a) unlawful sexual intercourse and (b), absence of the woman's consent*»³¹².

Venendo alla *mens rea* e alla decisione assunta in *Morgan*, il Comitato conferma essenzialmente quanto stabilito nella pronuncia, affermando che l'elemento soggettivo della fattispecie consiste nell'«*intention by the defendant to have sexual intercourse with a woman either knowing that she does not consent, or recklessly not caring whether she consents or not*»³¹³.

Il Comitato è peraltro concorde anche sul principio secondo cui non è necessario che l'erronea convinzione dell'autore sia fondata su motivi ragionevoli per escludere la sussistenza della *mens rea* nel reato di *rape*. Tale posizione viene giustificata da una parte con un argomento che richiama la teoria generale del diritto penale, vale a dire che un errore genuino, per quanto irragionevole, viene normalmente considerato sufficiente ad escludere la colpevolezza; dall'altra, il Comitato si rifà a ragioni di ordine pratico, affermando che le giurie, che hanno un "forte senso della giustizia" («*who have a strong sense of fairness*»³¹⁴), se si implementasse il principio per cui l'erronea convinzione deve essere basata su *reasonable grounds*, rischierebbero di essere troppo caute nel condannare; oltre a ciò, la natura "imprecisa e varia" («*imprecise and varied*»³¹⁵) delle relazioni sessuali renderebbe difficile per le giurie stabilire quale debba essere lo *standard* dell'uomo ragionevole.

Le considerazioni svolte nell'*Heilbron Report* confluiscono quasi interamente nell'emendamento al *Sexual Offences Act* adottato dal governo inglese nel 1976.

³¹²In italiano: «L'elemento oggettivo nel *rape*, che l'accusa deve provare consiste: a) nel rapporto sessuale illecito e b) nell'assenza del consenso della donna». *Heilbron Report*, 3.

³¹³ Tradotto: «intenzione da parte dell'autore di realizzare un rapporto sessuale con una donna o con la consapevolezza che essa non è consenziente; o senza curarsi del fatto che essa sia o meno consenziente». *Heilbron Report*, 3.

³¹⁴ *Heilbron Report*, 10.

³¹⁵ *Heilbron Report*, 10.

L'atto, segnatamente, accoglie la definizione di *rape* proposta nel rapporto³¹⁶, sancisce una limitazione all'ingresso del passato sessuale della vittima nel processo³¹⁷, e stabilisce, salvo il ricorrere di determinate condizioni, che la vittima debba restare anonima³¹⁸.

Per quanto riguarda la *mens rea*, l'emendamento sembrerebbe a prima vista prendere le distanze da *DPP v Morgan*, affermando alla s. 1(2) che se in un processo per *rape* si richiede alla giuria di considerare se l'imputato credesse erroneamente in un consenso da parte della vittima, essa dovrà tener conto, nel valutare la questione, della ragionevolezza della convinzione³¹⁹. La portata di questa previsione, tuttavia, non si estende al punto di affermare che l'erronea convinzione dell'imputato debba essere necessariamente basata su delle motivazioni razionali per poter condurre a un'assoluzione; al contrario, essa stabilisce, in modo ben più misurato, che la ragionevolezza è solo uno fra i diversi fattori di cui la giuria deve tenere conto nella valutazione sull'onestà della convinzione dell'imputato: una convinzione, anche se irragionevole, può ancora condurre a un'assoluzione³²⁰.

La *mens rea* del reato di *rape* resterà così connotata per oltre trent'anni, fino alla riforma dei reati sessuali del 2003, che stravolgerà drasticamente l'intera disciplina dei reati sessuali.

4.3. *R v Olugboja (1982)*

Proseguendo nel percorso attraverso le sentenze che hanno definito i contorni del consenso nell'ordinamento inglese, un caso d'estremo rilievo è *R v Olugboja (1982)*³²¹. La pronuncia è particolarmente significativa poiché interviene facendo chiarezza sul ruolo che, soprattutto a seguito della sopra citata riforma del 1976, il consenso assume nella struttura della fattispecie. Nella giurisprudenza dell'epoca, infatti, a dispetto delle aperture mostrate già sul

³¹⁶ Ai sensi della s. 1(1), un uomo è colpevole di *rape* se: «(a) *he has unlawful sexual intercourse with a woman who at the time of the intercourse does not consent to it; and (b) at that time he knows that she does not consent to the intercourse or he is reckless as to whether she consents to it*».

³¹⁷ La s. 2(1) sancisce che «*no evidence and no question in cross-examination shall be adduced or asked at the trial, by or on behalf of any defendant at the trial, about any sexual experience of a complainant with a person other than that defendant*», vietando così la possibilità di fare, nel controinterrogatorio della vittima, domande relative al passato sessuale della stessa con persone diverse dall'imputato. Il giudice, tuttavia, può comunque ammettere tale *evidence* qualora, alla luce delle circostanze del caso concreto, sia persuaso che vietarle implicherebbe una lesione dei diritti dell'imputato.

³¹⁸ La previsione in discorso è contenuta nella s. 4 dell'atto.

³¹⁹ La disposizione in discorso afferma segnatamente che «*It is hereby declared that if at a trial for a rape offence the jury has to consider whether a man believed that a woman was consenting to sexual intercourse, the presence or absence of reasonable grounds for such a belief is a matter to which the jury is to have regard, in conjunction with any other relevant matters, in considering whether he so believed*».

³²⁰ Così POWER, *cit.*, 379.

³²¹ *R v Olugboja*, [1982] QB 320, [1981] 3 All ER 443. Si veda anche il commento alla pronuncia di GARDNER, *Appreciating Olugboja*, in *Leg. Stud.*, 16, 3, 1996, 275.

finire del diciannovesimo secolo, si registrava ancora un certo attaccamento alla nozione di *rape* legata agli indici di costrizione³²², in cui il mancato consenso della vittima veniva in rilievo solo qualora fosse presente violenza, minaccia di violenza o inganno circa la persona dell'autore o la natura dell'atto – queste ultime provenienti, come si ricorderà, dalla giurisprudenza del diciannovesimo secolo.

I fatti alla base del giudizio vedono imputato un giovane, accusato aver stuprato una ragazza conosciuta poco prima. In particolare, l'imputato e un amico avevano condotto due ragazze conosciute in discoteca la sera stessa presso il *bungalow* dell'amico, ove quest'ultimo aveva stuprato una delle due in macchina. La vittima, rientrata nell'abitazione, era stata approcciata dall'imputato, che le aveva dichiarato la propria intenzione di avere un rapporto con lei. Quest'ultima, visto quanto appena accaduto, si era prestata al rapporto senza opporsi.

L'imputato era stato ritenuto colpevole in primo grado. Il giudice, in particolare, aveva istruito la giuria indicando che per condannare sarebbe stato sufficiente riscontrare un mancato consenso da parte della vittima, mentre non avrebbe dovuto attribuire rilievo né al fatto che essa si fosse prestata all'atto senza opporsi né al mancato ricorso all'uso della forza o della minaccia da parte dell'autore.

L'argomento principale avanzato dalla difesa si basava sull'arcaica nozione di *rape* in virtù della quale il reato non sarebbe integrato in mancanza dell'uso di forza, della minaccia di forza o, in alternativa, dell'inganno relativo alla natura dell'atto o alla persona dell'autore. In particolare, per la difesa, la riforma legislativa del 1976 – che, come visto, ha per la prima volta definito l'offesa di *rape* senza riferimento alcuno alla costrizione – avrebbe avuto una portata meramente dichiarativa, dovendosi al contrario ritenere che la corretta definizione di *rape* presupponga ancora la necessità di costrizione.

Per l'accusa, al contrario, il fulcro dell'offesa risiederebbe esclusivamente nel mancato consenso della donna, e visto che l'intenzione dell'atto del 1976 era esclusivamente quella di proteggere le donne, non ci sarebbe alcun elemento che potesse suggerire una portata meramente dichiarativa dello stesso.

I giudici, nel decidere in favore dell'accusa, facevano ampio ricorso a quanto affermato nell'*Heilbron Report*, in cui era ben evidente che l'intenzione dell'emendamento del 1976,

³²² Tale definizione è adottata, ad esempio, nella già vista *DPP v Morgan, cit.* L'incertezza sul punto è però tanto più evidente se si considera – come evidenziato dall'accusa in *R v Olugboja, cit.* – che nella stessa *DPP v Morgan*, Lord Hailsham, nella sua *opinion*, sembrava definire *rape* come il rapporto sessuale realizzato senza il consenso della donna, senza alcun cenno alla costrizione.

lungi dall'essere meramente dichiarativa, era proprio quella di stabilire che l'offesa di *rape* deve considerarsi incentrata esclusivamente sulla mancanza di consenso della donna.

Di conseguenza, per la Corte «*so far as the actus reus is concerned the question now is simply: "At the time of the sexual intercourse did the woman consent to it?" It is not necessary for the prosecution to prove that what might otherwise appear to have been consent was in reality merely submission induced by force, fear or fraud*»³²³.

Ciò premesso, tuttavia, la Corte precisava che la questione del consenso non dovrebbe essere lasciata all'apprezzamento della giuria senza ulteriori specificazioni. Essa, in particolare, dovrebbe essere istruita sulla differenza che intercorre fra consenso – inteso nella sua accezione comune nella lingua inglese – e sottomissione, nell'idea che «*every consent involves a submission, but it by no means follows that a mere submission involves consent*»³²⁴. La Corte procedeva poi – e qui risiede il fulcro della sentenza – a delineare delle linee guida finalizzate a distinguere il consenso dalla sottomissione. La distinzione non porrebbe problemi qualora si sia in presenza di un caso connotato da indici di costrizione classici quali la forza o la minaccia di forza, ma quando tali indici mancano, per la Corte occorrerebbe considerare lo stato d'animo della vittima immediatamente prima del rapporto sessuale, tenendo conto di tutte le circostanze rilevanti, nonché, in particolare, degli eventi che hanno portato all'atto e dell'impatto che essi hanno prodotto sulla vittima.

Per la sentenza in esame, dunque, il consenso consisterebbe in uno stato d'animo che contraddistingue la vittima al momento dell'atto sessuale e a tale stato d'animo farebbe da contraltare la sottomissione. Il compito di tracciare la linea di demarcazione tra i due atteggiamenti mentali sarebbe lasciato in mano alla giuria, che, opportunamente istruita dal giudice, dovrebbe adempiervi attraverso «*their combined good sense, experience and knowledge of human nature and modern behaviour to all the relevant facts of that case*»³²⁵.

Così, ad esempio, nel caso in esame, la giuria avrebbe dovuto considerare il fatto che la vittima era stata portata presso l'abitazione dell'amico con l'inganno e che ivi era stata già stuprata da quest'ultimo, essa avrebbe dovuto poi considerare l'impatto che tali eventi avevano prodotto sulla vittima, e di conseguenza, avrebbe dovuto stabilire se lo stato d'animo della

³²³ In italiano: «Per quanto riguarda l'*actus reus* del reato di *rape* la domanda ora è semplicemente: "Al momento del rapporto sessuale, la donna era consenziente?" Non è necessario che l'accusa provi che quello che sarebbe potuto sembrare un consenso fosse in realtà solo una sottomissione indotta dalla forza, dalla paura o dall'inganno». *R v Olugboja, cit.*

³²⁴ Tradotto: «ogni consenso implica una sottomissione, ma non ne consegue affatto che una mera sottomissione implichi il consenso». *R v Olugboja, cit.*

³²⁵ In italiano: «buon senso, esperienza e conoscenza della natura umana a tutti i fatti rilevanti del caso concreto». *R v Olugboja, cit.*

vittima un momento prima del rapporto fosse identificabile come consenso o come mera sottomissione.

L'approccio al consenso adottato in *R v Olugboja* sarà abbandonato nel 2003, in favore della nuova definizione adottata nella riforma del *Sexual Offences Act*.

4.4. *Il Sexual Offences Act del 2003.*

Pietra miliare nel percorso sull'evoluzione del consenso nell'ordinamento inglese è rappresentata dal *Sexual Offences Act* del 2003, cui risale la disciplina legislativa tutt'oggi vigente in materia di *rape* e di *consent*.

L'esigenza di una riforma è stata ben rappresentata nei lavori dell'*Home Office* – il Ministero degli affari interni britannico – che in *Setting the Boundaries*, uno dei *reports* culminati nella riforma³²⁶, descriveva la normativa in materia di reati sessuali allora vigente come «*a patchwork quilt of provisions ancient and modern that works because people make it do so, not because there is a coherence and structure [...] much is old, dating from nineteenth century laws that codified the common law of the time, and reflected the social attitudes and roles of men and women of the time. With the advent of a new century and the incorporation of the European Convention of Human Rights into our law, the time was right to take a fresh look at the law to see that it meets the need of the country today*»³²⁷.

Il *Sexual Offences Act* del 2003 è stato opportunamente definito come «*the biggest overhaul of this area of the criminal law for more than a century*»³²⁸. Esso, infatti, ha proceduto a sostituire quasi interamente il *Sexual Offences Act* del 1956, ma anche l'*Indecency with Children Act* del 1960, e il *Sex Offenders Act* 1997, effettuando una revisione su larga scala delle disposizioni in materia di reati sessuali ed eliminando gran parte della vecchia legge. L'atto disciplina un ampissimo novero di reati, quali la violenza sessuale – *rape* e *sexual assault*

³²⁶ La nascita del *Sexual Offences Act* prende le mosse dal *White Paper* del governo *Protecting the Public*. In esso sono confluiti sia il già menzionato rapporto dell'*Home Office Setting the Boundaries*, sia il rapporto della *Law Commission* del 2000, *Consent in Sex Offences*.

³²⁷ Ossia: «Una “trapunta rattoppata” di disposizioni antiche e moderne fatta funzionare, nonostante la mancanza di struttura e coerenza, dagli operatori del diritto [...] molte previsioni sono arcaiche, risalenti a leggi del diciannovesimo secolo che codificavano il *common law* del tempo, e riflettono gli atteggiamenti sociali e i ruoli degli uomini e delle donne del tempo. Con l'avvento di un nuovo secolo e l'incorporazione della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nel nostro diritto, era il momento giusto per dare una nuova alla legge che possa rispondere alle necessità del paese oggi». *Home Office, Setting the boundaries, Reforming the Law on Sex Offences*, I, 2000 (di qui innanzi semplicemente *Setting the boundaries*), III.

³²⁸ Ossia «la più grande revisione di questo settore del diritto penale da più di un secolo» così FIELD, *Rape*, in *Westlaw UK*, 2020.

– gli atti sessuali su minori, la prostituzione, per arrivare infine anche agli atti sessuali commessi su animali e su cadaveri.

4.4.1 *La nuova fattispecie di rape*

Per quanto concerne il reato di *rape*, la s. 1(1) sancisce che «*A person (A) commits an offence if – (a) he intentionally penetrates the vagina, anus or mouth of another person (B) with his penis, (b) B does not consent to the penetration, and (c) A does not reasonably believe that B consents*»³²⁹.

Prima di dedicarsi specificamente alle previsioni relative al consenso, è opportuno compiere qualche considerazione più generale sulla struttura della fattispecie risultante dalla riforma.

Anzitutto, pare rilevante la scelta della riforma di mantenere quale soggetto attivo della fattispecie esclusivamente l'uomo.

Il tema, ampiamente dibattuto, non può essere qui affrontato compiutamente; tuttavia si ritiene di condividere la posizione di chi sostiene – vista la natura tendenzialmente unidirezionale dei reati sessuali, le cui vittime sono per la maggior parte donne³³⁰ – che la scelta di non adottare una definizione *gender neutral* di *rape* possa essere senz'altro utile a lanciare un messaggio educativo alla società, che metta in luce la corrispondente realtà decisamente non *gender neutral* delle violenze sessuali³³¹.

Tale approccio, peraltro, non compromette in alcun modo la punibilità delle aggressioni sessuali penetrative che non rientrano nella definizione di *rape*, essendo prevista una fattispecie analoga³³² che incrimina la medesima condotta, con l'eccezione che la penetrazione in questo caso è realizzata dall'autore *with a part of his body or anything else*.

In secondo luogo, la nuova definizione di *rape*, accogliendo le osservazioni del rapporto dell'*Home Office*³³³, ha estirpato dall'ordinamento la c.d. *Morgan defence* – una convinzione onesta seppure irragionevole è sufficiente a escludere il dolo nel reato di *rape* – stabilendo che

³²⁹ In italiano: «Una persona (A) commette un delitto se – (a) penetra intenzionalmente la vagina, l'ano o la bocca di un'altra persona (B) con il suo pene, (b) B non acconsente alla penetrazione, e (c) A non crede ragionevolmente che B sia consenziente».

³³⁰ HERRING, *cit.*, 447.

³³¹ Per un approfondimento si veda MOONEY, *When a Woman Needs to be Seen, Heard and Written as a Woman: Rape, Law and an Argument Against Gender Neutral Language*, in *Int. J. Semiot. Law*, 19, 1, 2006, 39; in senso contrario RUMNEY, *Gender Neutrality, Rape and Trial Talk*, in *Int. J. Semiot. Law* 21, 2008, 139.

³³² Si tratta del reato di *assault by penetration*, disciplinato alla s. 2 del *Sexual Offences Act 2003*. L'unica differenza rispetto alla fattispecie di *rape* è che quest'ultima ricomprende anche le penetrazioni orali.

³³³ Si veda, per un approfondimento, *Setting the boundaries, cit.*, 23.

affinché l'elemento soggettivo possa dirsi integrato è sufficiente che l'autore non credesse *ragionevolmente* che la vittima fosse consenziente al rapporto. La s. 2(1), fornisce delle indicazioni su quando una convinzione possa dirsi ragionevole: «*Whether a belief is reasonable is to be determined having regard to all the circumstances, including any steps A has taken to ascertain whether B consents*»³³⁴.

L'applicazione giurisprudenziale del requisito del *reasonable belief* è stata piuttosto rigorosa. In *R v Braham* (2013)³³⁵, ad esempio, la difesa dell'imputato – accusato dello stupro della sua compagna – si basava sul fatto che egli avesse creduto erroneamente in un consenso della donna in ragione di una patologia psichiatrica da cui era affetto. La Corte, tuttavia, ritenne che la ragionevolezza della convinzione dell'imputato non dovesse essere giudicata dal punto di vista soggettivo di quest'ultimo (alterato dal disturbo), ma dal punto di vista oggettivo dell'uomo ragionevole.

Un ultimo appunto: rispetto alla precedente definizione di *rape*, la condotta oggettiva ricomprende ora anche le penetrazioni orali.

4.4.2 *Il consenso nelle ss. 74, 75 e 76 del nuovo Sexual Offences Act*

Venendo ai profili più strettamente relativi al consenso, il nuovo *Sexual Offences Act*, accogliendo anche in questo caso i suggerimenti contenuti in *Setting the boundaries*³³⁶, introduce una definizione legislativa di *consent*, rigettando la proposta contenuta in *R v Olugboja* di indirizzare di volta in volta la giuria sulla base delle circostanze del caso concreto, considerata troppo vaga e capace di generare incertezze applicative³³⁷.

Il consenso nella riforma è oggetto di tre specifiche disposizioni, contenute nelle ss. 74, 75 e 76.

Con la prima disposizione viene data una definizione generale di *consent*, secondo cui «*a person consents if he agrees by choice, and has the freedom and capacity to make that choice*»³³⁸.

Le disposizioni contenute nelle ss. 75 e 76 definiscono invece una serie di presunzioni relative (s. 75) e assolute (s.76) che, qualora integrate, determinano automaticamente il venir

³³⁴ Tradotto: «La ragionevolezza di una convinzione deve essere valutata tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto, compresi gli eventuali passi compiuti da A per accertare se B è consenziente».

³³⁵ *R v Braham*, [2013] EWCA Crim 3, [2013] 1 Cr App Rep 481.

³³⁶ *Setting the boundaries*, *cit.*, 16.

³³⁷ In questo senso, *Setting the boundaries*, *cit.*, 10; TEMKIN, ASHWORTH, *The Sexual Offences Act 2003: (1) Rape, sexual assaults and the problems of consent*, in *Crim. L.R.* 2004, 332.

³³⁸ In italiano: «una persona acconsente se lo fa per scelta, e ha la libertà e la capacità di fare questa scelta».

meno della necessità per l'accusa sia di provare sia che la vittima non ha consentito all'atto, sia che l'autore non credeva erroneamente in un consenso della persona offesa. Se si tratta di una *evidential presumption* (s.75), l'imputato avrà la possibilità di confutarla, adducendo prove che sollevino un dubbio sufficientemente fondato sulla sussistenza di un consenso o, in alternativa, sull'erronea convinzione in merito ad esso. È opportuno sottolineare che la s.75 non realizza propriamente un'inversione dell'onere della prova: qualora l'imputato sollevi un dubbio sufficientemente fondato, l'onere di provare l'assenza di consenso e il dolo dell'autore torna in capo all'accusa³³⁹. Se si tratta di una presunzione assoluta, al contrario, una volta che l'accusa abbia provato la circostanza alla base di essa, l'imputato non potrà più confutarla.

Le presunzioni in discorso si applicano soltanto alle fattispecie di reato che lo prevedono espressamente. Tutte le fattispecie di violenza sessuale – *rape, assault by penetration e sexual assault* – sono munite di tale previsione.

Le *conclusive presumptions*, disciplinate alla s. 76 richiamano, estendendoli, i principi affermati in materia di consenso che abbiamo visto nascere nella *Case Law* di fine diciannovesimo secolo.

Ai sensi della s. 76(2), la mancanza di consenso della vittima e il dolo dell'autore saranno definitivamente presunti se:

«(a) *the defendant intentionally deceived the complainant as to the nature or purpose of the relevant act;*

(b) the defendant intentionally induced the complainant to consent to the relevant act by impersonating a person known personally to the complainant.»

La fattispecie (a) – inganno sulla natura o la finalità dell'atto – si riallaccia ai principi espressi nella pronuncia *R v Flattery* (cfr. *supra*, Cap III. § 3.2.), estendendo però la punibilità anche ai casi in cui l'inganno non riguarda la natura dell'atto bensì la sua finalità.

La fattispecie (b), invece, è riconducibile alle pronunce in tema di inganno relativo alla persona dell'autore, ma a differenze di esse (ad esempio, *R v Dee; R v Barrow, supra*, Cap. III. § 3.2.), la punibilità viene estesa anche ai casi in cui l'inganno non consista nell'impersonare il coniuge, ma più in generale, una persona conosciuta dalla vittima – deve trattarsi, però, di

³³⁹ L'ordinamento inglese conosce infatti due tipologie di onere probatorio: l'*evidential burden*, che viene in rilievo nel caso delle presunzioni della s.75, consiste nell'onere di produrre prove sufficienti a sollevare un dubbio sull'esistenza o meno di un dato fatto e, come nel caso de quo può, gravare sull'imputato; il *probative burden* grava – salvo rarissimi casi – sull'accusa e consiste nell'onere di provare un fatto oltre ogni ragionevole dubbio. La distinzione in discorso è tratteggiata, ad esempio, in *DPP v Morgan, cit.*

persona che la vittima conosce personalmente: non integrerebbe la presunzione *de qua*, ad esempio, l'autore che si finga un calciatore o un attore³⁴⁰.

Ai sensi della s.75(2), l'*evidential burden* grava sull'imputato nei casi in cui:

«(a) *any person was, at the time of the relevant act or immediately before it began, using violence against the complainant or causing the complainant to fear that immediate violence would be used against him;*

(b) *any person was, at the time of the relevant act or immediately before it began, causing the complainant to fear that violence was being used, or that immediate violence would be used, against another person;*

(c) *the complainant was, and the defendant was not, unlawfully detained at the time of the relevant act;*

(d) *the complainant was asleep or otherwise unconscious at the time of the relevant act;*

(e) *because of the complainant's physical disability, the complainant would not have been able at the time of the relevant act to communicate to the defendant whether the complainant consented;*

(f) *any person had administered to or caused to be taken by the complainant, without the complainant's consent, a substance which, having regard to when it was administered or taken, was capable of causing or enabling the complainant to be stupefied or overpowered at the time of the relevant act.»*

Si tratta, dunque, di una serie di ipotesi legate all'uso o alla minaccia dell'uso della forza da parte dell'autore; allo stato di detenzione o di incoscienza della vittima al momento dell'atto; all'impossibilità per la vittima di esprimere il proprio consenso causata da una disabilità fisica; e, infine, alla somministrazione di sostanze alla vittima senza la sua volontà.

Il *Sexual Offences Act* del 2003 crea, dunque, un sistema imperniato sul consenso a tre binari, che predispongono a loro volta tre diverse modulazioni dell'onere probatorio. Una fattispecie concreta potrà dunque:

a) non integrare alcuna delle circostanze previste dalle ss. 75 e 76: in questo caso, l'onere probatorio graverà interamente in capo all'accusa, che dovrà dimostrare sia la sussistenza dei fatti alla base del giudizio sia il mancato consenso della vittima sia l'elemento soggettivo;

b) integrare una circostanza alla base di una presunzione relativa disciplinata alla s. 75: in questo caso, l'accusa dovrà soltanto provare la sussistenza dei fatti alla base della circostanza (ad esempio, che la vittima era addormentata al momento del rapporto sessuale), mentre graverà

³⁴⁰ Così FIELD, *cit.*

sull'imputato l'*evidential burden* di dimostrare che essa era consenziente o che aveva ragionevolmente creduto che lo fosse. L'imputato, dunque, dovrà sollevare un dubbio sufficientemente fondato per riportare l'onere della prova in capo all'accusa, che avrà nuovamente il compito di provare l'insussistenza del consenso o della ragionevole convinzione³⁴¹.

c) integrare una circostanza alla base di una presunzione assoluta disciplinata alla s. 76: in questo caso, l'accusa dovrà provare esclusivamente la sussistenza dei fatti alla base della presunzione (ad esempio, che l'autore aveva mascherato da pratica medica un atto sessuale penetrativo), affinché si considerino provati, senza possibilità di confutazione, anche il mancato consenso della vittima e l'assenza di un'erronea convinzione nell'imputato.

4.4.3 *Le critiche in punto di consenso*

Il tentativo del legislatore inglese di disciplinare compiutamente il consenso non è andato esente da critiche. Un primo blocco di esse riguarda la definizione generale di consenso contenuta nella s. 74. Segnatamente, è stato da più parti osservato come l'obiettivo perseguito mediante l'introduzione della definizione – prendere le distanze da *R v Olugboja* attraverso l'adozione di una nozione legislativa chiara e precisa di consenso³⁴² – sarebbe in realtà stato mancato, in quanto i concetti adottati per definire il consenso – scelta e libertà – «*raise philosophical issues of such complexity as to be ill-suited to the needs of criminal justice*»³⁴³. Lungi dal definire chiaramente un significato giuridico di *consent*, la scelta terminologica della s. 74 lascerebbe ancora alcuni dubbi sulle circostanze in concreto capaci di invalidare il consenso della vittima³⁴⁴.

Particolarmente infelice, sottolineano altri, sarebbe stata l'enfasi che la formulazione pone sul concetto di scelta (*choice*).

Si afferma, essenzialmente, che si tratterebbe di una scelta terminologica superflua e dannosa, perché la sua introduzione, nella formulazione «*agree by choice*», definirebbe il consenso come “scelta compiuta liberamente”, mentre ben potrebbero esservi casi in cui il consenso è presente nonostante il fatto che l'individuo non abbia una scelta. Gli autori per evidenziare la fallacia nella disposizione ipotizzano un caso in cui Tizio comunicò a Caia –

³⁴¹ Per un approfondimento su quest'aspetto si veda TEMKIN, ASHWORTH, *cit.*, 342.

³⁴² Questa era l'indicazione contenuta in *Setting the boundaries*, *cit.*, 17.

³⁴³ Tradotto: «sollevano questioni filosofiche di una complessità tale da non essere adatte alle esigenze del diritto penale». TEMKIN, ASHWORTH, *cit.*, 336.

³⁴⁴ TEMKIN, ASHWORTH, *cit.*, 336

assertivamente e senza lasciarle la possibilità di dissentire – la sua intenzione di avere un rapporto con lei, ma Caia, dal canto suo, sia comunque consenziente al rapporto³⁴⁵.

Ora, al di là di tali imprecisioni nella formulazione – che si risolvono, forse, più in falsi e strumentali problemi che non in reali difficoltà sul piano pratico –, la riforma ha il merito di aver introdotto una definizione legislativa di consenso, arrestando così il diffondersi di incertezze interpretative nella giurisprudenza.

Un'altra, condivisibile, critica riguarda invece il sistema di presunzioni sopra descritto. A lasciare perplessi è la ripartizione “per materia” delle circostanze alla base della presunzione. Non si comprende, in particolare, quale sia il criterio adottato dal legislatore nella suddivisione: è sufficiente un'occhiata all'elenco delle presunzioni per avvedersi del fatto che le circostanze che danno luogo a una presunzione assoluta – sostituzione di persona e inganno sulla natura o finalità dell'atto – siano connotate di un disvalore non certo superiore rispetto alle circostanze che integrano presunzioni relative – ad esempio, uso della forza o somministrazione di stupefacenti. Un criterio basato sulla gravità è dunque da escludere.

La suddivisione in discorso, tuttavia, non si spiega nemmeno ipotizzando che il legislatore abbia adottato un criterio di “maggior certezza” della circostanza, nel senso che le circostanze alla base delle presunzioni assolute fugherebbero ogni dubbio sul mancato consenso della vittima e sull'assenza di un'erronea convinzione nell'imputato, mentre le circostanze alla base delle presunzioni relative lascerebbero un margine di incertezza su tali elementi. A riprova di ciò è sufficiente considerare da una parte l'ipotesi della sostituzione di persona e dall'altra quella della vittima incosciente: una maggior certezza rispetto al mancato consenso della vittima e al dolo dell'autore è senz'altro più facilmente riscontrabile nel secondo caso che nel primo.

Escluso anche il criterio della maggior certezza della circostanza, verrebbe da pensare che il legislatore abbia voluto “privilegiare” le circostanze riconducibili alla storica tradizione del *common law*³⁴⁶ attribuendo loro il “rango” di presunzione assoluta³⁴⁷.

Nonostante tali condivisibili osservazioni, tuttavia, bisogna riconoscere all'elencazione in parola il merito di riempire di contenuto la definizione di cui alla s.74, fornendo una chiara indicazione – sebbene non esaustiva – di quali condotte siano da considerarsi inaccettabili.

³⁴⁵ ELLIOTT, DE THAN, *The Case for a Rational Reconstruction of Consent in Criminal Law*, *Mod. L. Rev.*, 70, 2, 2007, 225.

³⁴⁶ La punibilità per *rape* nei casi di sostituzione di persona e inganno sulla natura dell'atto, come abbiamo visto, risale alla seconda metà dell'Ottocento.

³⁴⁷ Una critica in questo senso è rinvenibile in TEMKIN, ASHWORTH, *cit.*, 336.

5. *Leading cases in applicazione della riforma del 2003:*

Nelle pagine che seguono si concluderà la disamina in materia di consenso nella fattispecie di *rape* con un'analisi dei *leading cases* che hanno fatto applicazione delle previsioni del *Sexual Offences Act* del 2003, specificandone il perimetro applicativo.

5.1. *I leading cases sulle presunzioni (s. 76 e 76)*

A venire in rilievo sono, anzitutto, due pronunce che fanno applicazione delle presunzioni in tema di consenso disciplinate alle s.75 e s.76.

La prima, significativa sentenza coinvolge specificamente la presunzione assoluta di cui alla s.76 (a) – inganno sulla natura o sulla finalità dell'atto – definendone chiaramente la portata. Si tratta di *R v Jheeta* (2007)³⁴⁸.

Nel caso in parola, l'imputato aveva raggirato la vittima, all'epoca sua *partner*, da una parte mandandole messaggi minatori e, per altro verso, intrattenendo con lei una comunicazione telefonica regolare impersonando gli agenti di polizia di volta in volta incaricati di occuparsi del caso. In diversi di questi messaggi da parte della polizia, in particolare, gli agenti fittizi – che altro non erano che lo stesso accusato – avevano minacciato la vittima intimandole di avere rapporti sessuali con l'imputato. Quest'ultima aveva in più occasioni obbedito, avendo rapporti con l'imputato più frequentemente di quanto non avrebbe altrimenti fatto.

Il punto di diritto discusso nella sentenza era relativo alla possibilità che la condotta ingannevole dell'imputato potesse rientrare nell'ambito applicativo della presunzione assoluta in esame.

Il giudice, determinandosi in senso negativo rispetto a tale possibilità, osservava che la presunzione in discorso trova applicazione esclusivamente nei rari casi in cui l'inganno abbia segnatamente ad oggetto la natura o la finalità dell'atto sessuale, che nel caso del reato di *rape* è individuato nei rapporti sessuali anali, orali o vaginali.

Al contrario, non rientrano nell'ambito applicativo della presunzione i casi – come quello in esame – in cui l'inganno, pur avendo determinato la vittima al compimento dell'atto sessuale, non verta sulla natura o sulla finalità dell'atto: inganni di questo tipo, possono tutt'al più essere sussunti nella definizione generale di consenso di cui alla s. 74.

³⁴⁸ *R v Jheeta*, [2007] EWCA Crim 3098, [2007] All ER (D) 394 (Nov).

La Corte, nel tentativo di rendere più chiaro quando il presupposto richiesto dalla disposizione possa dirsi sussistente, adduce alcuni esempi tratti dalla casistica giurisprudenziale.

Ebbene, un'ipotesi di inganno sulla natura dell'atto è tratto dalla già vista *R v Flattery*, in cui l'imputato (un medico) aveva indotto la vittima a credere che una penetrazione vaginale fosse in realtà un'operazione chirurgica finalizzata al rompimento dell'imene, necessario a guarirla dalle fitte che la affliggevano.

Per altro verso, l'unico caso in cui la Corte ha riscontrato la presenza di un raggio relativo alla finalità dell'atto è tratto da una pronuncia del 2002, *R v Green*³⁴⁹, in cui un medico aveva monitorato alcuni individui mentre si masturbavano, facendo credere loro che si trattasse di una visita necessaria a stabilire la loro predisposizione all'impotenza, ingannando così le vittime non sulla natura dell'atto – la masturbazione – ma sulla finalità di esso.

Fatta chiarezza sul perimetro applicativo della presunzione di cui alla s.76 (a), tuttavia, la Corte riconosce che la condotta dell'imputato è comunque idonea ad integrare la fattispecie di *rape*, poiché il consenso della vittima ai rapporti sessuali con l'imputato non si sarebbe sostanziato nella "scelta libera" di cui alla s.74, avendo su di esso influito la pressione ingenerata dall'inganno di quest'ultimo.

Una seconda pronuncia in tema di *rebuttable presumptions* su cui occorre soffermarsi è *R v Ciccarelli* (2011).

Il provvedimento in discorso fornisce una chiara indicazione sull'*evidential burden* posto in capo all'imputato dalle presunzioni disciplinate alla s. 75.

La sentenza prende le mosse da un'accusa per *sexual assault* (s. 3 del *Sexual Offences Act* 2003). L'imputato, in particolare, aveva consentito alla vittima – una ragazza che aveva visto solo poche volte – di dormire a casa sua e della compagna, per smaltire l'ingente quantità di alcol assunta durante la serata. Durante la notte si era poi introdotto nella stanza degli ospiti, ove questa dormiva, e aveva tentato un approccio sessuale.

I fatti ricadono pacificamente nella presunzione prevista dalla s. 75(2) (d), che disciplina i casi in cui l'atto sessuale sia realizzato su persona dormiente o comunque priva di sensi. La s. 75, come si ricorderà, pone sull'imputato un *evidential burden*: egli, cioè, deve addurre prove sufficienti a sollevare un dubbio sull'esistenza del fatto asserito, in modo tale da riallocare l'onere della prova in capo all'accusa.

³⁴⁹ *R v Green*, [2002] EWCA Crim 1501.

Secondo l'argomento avanzato dall'imputato, in sintesi, il solo fatto che egli credesse – a prescindere dalla ragionevolezza di tale convinzione – che la vittima fosse consenziente, sarebbe stato sufficiente a far sì che la questione venisse rimessa alla giuria, che avrebbe dovuto valutare, appunto, la ragionevolezza di tale convinzione.

La Corte, tuttavia, mette in luce la fallacia di tale argomento sottolineando che in virtù della presunzione relativa di cui alla s. 75, prima che la questione della ragionevolezza della convinzione sia rimessa alla giuria, l'imputato deve aver addotto prove sufficienti a sollevare un dubbio su tale ragionevolezza. Si tratta – si passi il paragone – di una sorta di *fumus boni iuris*.

I giudici osservano che i due si conoscevano appena, che l'imputato aveva una compagna con la quale condivideva l'abitazione e che l'unica prova a sostegno della ragionevolezza della convinzione dell'imputato sarebbe stata un'asserita *avance* che quest'ultima gli avrebbe fatto durante la serata, prima che svenisse dall'ubriachezza e che fosse accompagnata a casa dell'imputato, concludendo che non si tratta di *evidence* sufficiente a sollevare la questione nel processo.

5.2. *I leading cases sulla definizione generale di consenso (s. 74)*

Venendo, ora, all'analisi di alcune sentenze in cui si fa applicazione della nozione generale di consenso (s.74) la prima significativa pronuncia su cui occorre soffermare l'attenzione è la nota *R v Bree* (2007)³⁵⁰.

La sentenza prende le mosse da un'accusa di *rape*. L'imputato era andato a trovare il fratello, uno studente che condivideva l'appartamento con altri studenti, fra cui la persona offesa. Dopo una serata in compagnia, l'imputato aveva avuto un rapporto sessuale con la vittima, che aveva bevuto moltissimo nel corso della serata.

La versione dell'accusa, in un primo momento, sosteneva che la vittima sarebbe stata incosciente per buona parte del rapporto. In un secondo momento, tuttavia, alla luce di nuove prove introdotte nel processo relative allo stato di ubriachezza della vittima, l'accusa aveva cambiato la propria versione, sostenendo che la donna sarebbe sì cosciente durante il rapporto, ma non consenziente, e che nonostante lo stato di grave ubriachezza avrebbe fatto il possibile per dimostrarlo. L'imputato, per altro verso, sosteneva di aver creduto ragionevolmente che la

³⁵⁰ *R v Bree*, [2007] 2 All ER 676. Per un commento si veda ASHWORTH, *Rape: consent – intoxication*, in *Crim. L.R.*, 2007, 900.

vittima fosse consenziente, poiché nonostante l'ubriachezza la donna sarebbe stata cosciente per tutta la durata del rapporto e avrebbe reagito positivamente ai suoi approcci, senza dare alcun segno di un mancato consenso.

I giudici, nella motivazione, partono dal presupposto che a venire in rilievo, come accennato, è la sola definizione generale di consenso data dalla s.74, non integrando il caso in parola alcuna delle presunzioni di cui alle ss. 75 e 76.

La chiave di volta, per il giudice, risiederebbe nella definizione di *consent* risultante dalla s. 74: essa, come si è detto, pone l'accento sulla *capacità* di compiere una libera scelta. Alla luce di ciò, se la vittima, a causa dello stato di ubriachezza, perde la propria capacità di consentire al rapporto, il consenso, anche eventualmente dato, non può che considerarsi viziato, e il fatto punibile come *rape*. Tuttavia, se la donna, nonostante l'assunzione di ingenti quantità di alcol, non dovesse perdere tale capacità di scelta, il fatto che sia ubriaca non si ripercuoterebbe sulla validità del consenso dato, escludendo così la rilevanza penale del fatto.

Una valutazione in questo senso, evidenzia il giudice, deve essere fatta caso per caso, alla luce delle circostanze che lo contraddistinguono, non essendo possibile stabilire *ex ante*, sul piano legislativo, un parametro valido per tutti che definisca a quanto ammonti la quantità di alcol sufficiente a far venir meno la capacità di consentire.

Nel ribaltare il giudizio di condanna emesso in primo grado, la Corte considera che la giuria non era stata correttamente istruita su come interpretare l'elemento della capacità di consentire alla luce dello stato di ubriachezza in cui versava la donna. In particolare, il giudice di prime cure nelle sue istruzioni non avrebbe fatto menzione del fatto che la vittima avrebbe potuto comportarsi diversamente perché ubriaca – elemento chiave dell'argomentazione della difesa – e al contrario avrebbe reso indicazioni fuorvianti che sembravano suggerire che la ragazza fosse incosciente durante il rapporto; circostanza smentita dalle prove emerse in dibattimento.

Il principio di diritto espresso dalla sentenza chiarisce dunque che uno stato di ubriachezza, anche severo, non implica necessariamente una perdita della capacità di consentire della donna; questa capacità, al contrario, deve essere valutata di volta in volta alla luce delle circostanze del caso concreto.

La conclusione cui perviene la sentenza in esame è stata condivisibilmente criticata.

Si è infatti sottolineato come «*as a matter of normative fact, one which is based on empirical and medical research, a drunken consent should not be recognised as legal*

consent»³⁵¹, ragion per cui il principio espresso nella pronuncia – *a drunken consent is consent* – dovrebbe essere sostituito dal diverso «*a drunken consent is not consent*»³⁵².

Suscita perplessità, in particolare, il fatto che un grave stato di grave ubriachezza, che in diversi altri ambiti del diritto sarebbe sufficiente a invalidare la capacità di un soggetto di compiere una scelta – si pensi, banalmente, alla possibilità di concludere validi contratti – non sia ritenuto invece idoneo a invalidare la capacità di esprimere un valido consenso agli atti sessuali: «*as she does not have the capacity to consent, she cannot give valid consent*»³⁵³.

Una seconda pronuncia che prende in esame la definizione generale di consenso è *R v Doyle* (2010)³⁵⁴.

La sentenza prende le mosse da un caso di stupro realizzato nel contesto di una relazione sentimentale abusiva. L'imputato era infatti accusato, oltre che del reato di *rape*, anche di diversi capi di *common assault* realizzati ai danni della vittima.

L'imputato e la vittima avevano una relazione caratterizzata da frequenti episodi di violenza da parte dell'uomo sulla giovane donna. In un'occasione, in particolare, nel corso di un litigio l'imputato avrebbe anche stuprato la ragazza, che dopo un primo momento di resistenza lo avrebbe lasciato fare, temendo di esacerbare la situazione.

La responsabilità penale dell'imputato era già stata affermata in primo grado, ma la sentenza di condanna era stata impugnata. L'argomento principale avanzato dalla difesa, in particolare, era relativo alle istruzioni rese dal giudice di prime alla giuria, che non sarebbe stata adeguatamente istruita sul fatto che spesso nelle relazioni sentimentali accade che le persone siano portate ad acconsentire ai rapporti sessuali solo perché è il *partner* che lo richiede, e tale consenso, seppure riluttante, rimarrebbe un consenso valido.

A tal riguardo, il giudice si dichiarava concorde con l'avvocato sul fatto in alcuni casi eccezionali sia necessario istruire la giuria sul punto, ma riteneva altresì che il caso di specie non facesse parte di quelle eccezioni.

Sebbene il punto di diritto più significativo della sentenza sia da ravvisare proprio nella concessione che la giuria possa dover essere istruita sulla distinzione fra sottomissione e consenso riluttante, si ritiene comunque opportuno riportare alcuni stralci delle istruzioni rese

³⁵¹ In italiano: «da un punto di vista normativo, basato sulla ricerca empirica e medica, un consenso in stato di ubriachezza non dovrebbe essere riconosciuto come consenso legale». Così WALLERSTEIN, 'A drunken consent is still consent' – Or is it? A Critical Analysis of the Law on a Drunken Consent to Sex Following Bree, in *J. Crim. Law*, 73, 4, 2009, 340.

³⁵² «un consenso dato da ubriachi non è un consenso». In questo senso WALLERSTEIN, *cit.*, 342.

³⁵³ Tradotto: «non avendo la capacità di acconsentire, non può prestare un consenso valido». WALLERSTEIN, *cit.*, 333.

³⁵⁴ *R. v Doyle* [2010] WL 20028.

alla giuria dal giudice di primo grado, in quanto particolarmente significative ai fini di comprendere, al di là delle specificazioni che di volta in volta il *common law* apporta alla definizione generale di consenso, come tale definizione viene più generalmente applicata:

«*As you know, members of the jury, consent is the key issue in this Court, and a person consents only if she agrees by choice and has the freedom and capacity to make that choice. Mere submission to do something which she did not want to happen does not amount to consent. [...] The law does not require a complainant to have resisted physically, and nor is it necessary to show that a woman's submission was induced by force or fear [...]*»³⁵⁵.

Un'ultima, particolarmente significativa sentenza in tema di definizione generale di consenso è la recente *R v Lawrence (2020)*³⁵⁶.

La pronuncia prende le mosse da un'imputazione per il reato di *rape*. L'imputato e la vittima si erano conosciuti su un sito di incontri. L'uomo aveva garantito alla donna in più occasioni di essersi sottoposto a una vasectomia, ragion per cui la donna aveva consentito ad avere due rapporti non protetti con lui. In seguito, tuttavia, l'imputato aveva confessato alla donna di aver mentito sull'intervento, tanto che quest'ultima era rimasta incinta e aveva dovuto abortire.

La questione che la Corte era chiamata a decidere, come è evidente, consisteva nello stabilire se la menzogna dell'imputato fosse idonea a viziare il consenso della donna rispetto al rapporto sessuale, che sarebbe stato a quel punto qualificabile come *rape*.

La Corte, nella motivazione, inizia con l'escludere l'applicabilità delle presunzioni assolute disciplinate alle s. 76, non essendo rinvenibile, nel caso in discorso, alcun inganno strettamente relativo alla natura o alla finalità dell'atto.

Doopodiché, la Corte procede con il richiamo di alcuni precedenti³⁵⁷ in cui era stato stabilito che un inganno che non riguardi esattamente la natura o la finalità dell'atto, ma che vi sia comunque strettamente connesso, pur non rientrando nell'ambito applicativo della s. 76 sarebbe comunque capace di viziare il consenso della vittima con riguardo alla definizione generale di consenso prevista alla s. 74.

Nei precedenti citati, più specificamente, gli imputati erano stati condannati per il delitto di *rape* perché avevano ingannato le vittime dei rispettivi casi facendo loro credere che

³⁵⁵ In italiano: «Come sapete, membri della giuria, il consenso è la questione chiave di questo giudizio. Una persona acconsente se la sua scelta è libertà e se ha la capacità di farla di. Una mera sottomissione non equivale ad un consenso. [...] La legge non richiede che la persona offesa abbia resistito fisicamente, e non è necessario dimostrare che la sottomissione sia stata indotta dalla forza o dalla paura [...]». *R v Doyle, cit.*

³⁵⁶ *R v Lawrence* [2020] EWCA Crim 971.

³⁵⁷ Si tratta di *Assange v Swedish Prosecution Authority*, [2011] EWHC 2849 (Admin) e *R (F) v Director of Public Prosecutions*, [2014] QB 581.

avrebbero utilizzato un preservativo – *Assange* – o che non avrebbero eiaculato nella vagina della vittima – *F* – senza aver alcuna intenzione di mantenere la parola data.

In un terzo precedente richiamato³⁵⁸, in cui la vittima era stata ingannata dall'imputato che le aveva fatto credere di essere un attivista per l'ambiente quando era in realtà un poliziotto sotto copertura, la Corte aveva stabilito che vi sono delle categorie di menzogne – come, appunto, quella che venne in rilievo nel caso – che sebbene possano influire sulla decisione della donna di avere rapporti sessuali con l'uomo, non sono idonee a viziare il consenso ai fini della fattispecie di *rape* poiché non sono sufficientemente connesse alla natura o alla finalità dell'atto.

Per la Corte, la risoluzione del caso in parola dipende dalla prossimità dell'inganno realizzato dall'imputato alla natura o alla finalità dell'atto sessuale: in altri termini, occorre chiedersi se la menzogna sulla vasectomia ricade nella categoria degli inganni strettamente connessi alla natura o alla finalità dell'atto – nel qual caso il consenso della donna dovrà considerarsi viziato ai sensi della s. 74 – oppure se esso ricada nella diversa categoria degli inganni relativi a *broad circumstances*, come ad esempio lo sono le menzogne relative all'orientamento politico o religioso o alla situazione sentimentale – nel quel caso il consenso della donna non potrà considerarsi viziato ai sensi della s.74.

La Corte, nel determinarsi per l'assoluzione, opera un *distinguishing* fra l'inganno realizzato nel caso oggetto di giudizio e quelli realizzati in *Assange* e *F*. In questi ultimi due casi, infatti, l'inganno era strettamente connesso al rapporto sessuale, che la vittima aveva accettato che si svolgesse solo al ricorrere di determinate condizioni – utilizzo del preservativo o coito interrotto – mentre nel caso in esame l'inganno non avrebbe riguardato segnatamente l'atto sessuale, che era stato accettato dalla vittima così come si è realizzato – penetrazione vaginale ed eiaculazione – ma sarebbe stato invece relativo alla qualità del liquido seminale, e dunque alle conseguenze dell'atto, più che all'atto stesso.

Alla luce di questa considerazione, per la Corte l'inganno realizzato dall'imputato non avrebbe viziato il consenso della vittima in relazione all'atto sessuale ai sensi della s.74, ragion per cui l'imputato non è stato ritenuto colpevole del reato di *rape*³⁵⁹.

In conclusione, secondo il principio di diritto desumibile dalla pronuncia in esame, affinché un inganno non riconducibile alle presunzioni assolute della s. 76 possa dirsi capace

³⁵⁸ Giudicato in *R (Monica) v Director of Public Prosecutions*, [2019] QB 1019.

³⁵⁹ Per un approfondimento sull'inganno nella fattispecie di *rape* e sulla sua evoluzione si veda – in senso critico rispetto a *R v Lawrence* – MURRAY, BEATTIE, *Conditional consent and sexual offences: revisiting the Sexual Offences Act 2003 after 'Lawrance'*, in *Crim L. R.*, 7, 2021, 556.

di inficiare il consenso al rapporto sessuale prestato dalla vittima, è necessario che esso superi il test della *close connection* alla natura o alla finalità dell'atto sessuale.

CAPITOLO IV.

PROSPETTIVE DI RIFORMA DELLA DISCIPLINA ITALIANA: L'INTRODUZIONE DI UN MODELLO CONSENSUALISTICO.

SOMMARIO: 1. Le proposte de iure condendo. — 2. L'articolato dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale. — 2.1. Le novità proposte in materia di violenza sessuale e consenso: uno sguardo introduttivo. — 2.2. Il ritorno a fattispecie distinte in base alla presenza di penetrazione. — 2.3. L'accoglimento di un modello di consenso consensualistico puro. — 2.3.1 L'elemento soggettivo e la rilevanza dell'errore sul consenso tra modello consensualistico puro e consenso affermativo. — 2.3.2 L'errore sul consenso negli ultimi approdi della giurisprudenza di Cassazione. — 2.3.3 La previsione della circostanza attenuante dell'errore evitabile sul consenso. — 2.4. La qualificazione delle modalità costrittive quali circostanze aggravanti. — 3. Le proposte di legge Boldrini (C. 1693), Sportiello (C. 2151) e Ascari (C. 2279). — 3.1. Alcune suggestioni sui punti salienti delle proposte.

1. Le proposte de iure condendo.

Esaurita la panoramica sulle diverse modalità di regolazione del consenso negli ordinamenti inglese e spagnolo, in questo capitolo si analizzeranno le più concrete proposte *de iure condendo* finalizzate a introdurre il consenso quale criterio selettivo del disvalore della fattispecie di violenza sessuale. In quest'ottica, verranno analizzate la proposta di articolato a firma dall'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale³⁶⁰ e i disegni di legge Boldrini (C. 1693), Sportiello (C. 2151) e Ascari (C. 2279), attualmente in esame congiunto alla Commissione parlamentare Giustizia. Nel commento alle proposte in parola si trarranno insegnamenti dall'esperienza comparata, già analizzati, evidenziando quanto ha funzionato e quanto, invece, si è rivelato fallimentare negli ordinamenti inglese e spagnolo.

³⁶⁰ Di qui innanzi A.I.P.D.P.

2. *L'articolato dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale.*

L'articolato in esame è il frutto di un progetto iniziato nel 2017 su proposta del Consiglio Direttivo dell'A.I.P.D.P., volto a realizzare una proposta di riforma di ampio respiro dei reati contro la persona. A questo proposito sono stati costituiti più gruppi di lavoro suddivisi per materia che, all'esito di un lavoro durato circa tre anni, sul finire del 2020 hanno consegnato le prime stesure di articolato. Le bozze in parola sono state, poi, discusse nell'ambito di seminari e convegni nazionali, per essere riviste e, infine, raccolte in un volume pubblicato nel 2023.

In particolare, il gruppo di lavoro in tema di reati sessuali è stato coordinato dal professore Sergio Seminara ed è esitato in una proposta di articolato composta da tredici articoli, che mira a conseguire un mutamento profondo della disciplina attualmente vigente.

Innanzitutto, tale proposta, muovendo dall'inidoneità dell'attuale collocazione dei reati sessuali nell'alveo dei delitti contro la libertà personale – che, come trattato *supra*³⁶¹ risulterebbe inadeguata perché attinente alla libertà di movimento, alla facoltà di scegliere liberamente il luogo in cui trovarsi, e non già alla libertà di compiere le proprie scelte in ambito sessuale – propone una ricollocazione sistematica della intera materia.

E così, in primo luogo, è stata ipotizzata l'istituzione di un nuovo capo, intitolato ai “Delitti contro la personalità sessuale”: la scelta di realizzare un capo autonomo, anziché limitarsi a spostare i reati sessuali nell'alveo dei delitti contro la libertà morale, muove dall'assunto che la libertà sessuale, pur rappresentando una *species* della libertà morale – trattandosi, sostanzialmente, di libertà di autodeterminazione nel compimento di scelte in campo sessuale – «possiede una specificità, una pregnanza tale da giustificare, all'interno del titolo dedicato ai delitti contro la persona, un capo autonomo», e trova conforto nelle scelte analoghe compiute da ordinamenti affini quali quello spagnolo, quello portoghese e quello tedesco.

In secondo luogo, il nuovo capo verrebbe suddiviso in sezioni: la prima, contenente le fattispecie “generali” di violenza sessuale, verrebbe rubricata, coerentemente con l'introduzione dell'elemento del consenso, “Delitti contro l'autodeterminazione sessuale”; la seconda verrebbe intitolata specificamente “Delitti contro l'integrità sessuale dei minori”, per dare rilievo alla specificità dell'offesa che, nei confronti dei minori, va a ledere non tanto la libertà di autodeterminazione degli stessi, ma principalmente il loro corretto sviluppo psico-fisico; la terza sezione riguarderebbe i “Delitti di prostituzione, pornografia e sfruttamento

³⁶¹ V. *supra*, Cap. I, §. 1.5.1.

sessuale di minori” (di cui si è occupato un diverso gruppo di lavoro) e la quarta, infine, le “Disposizioni comuni”.

Prima di concentrare l’attenzione specificamente sul tema del consenso nel reato di violenza sessuale, pare opportuno svolgere una sintetica panoramica sulle principali novità promosse dall’articolato sul piano della tutela dei minori, della riservatezza sessuale, delle circostanze aggravanti, della procedibilità e delle pene accessorie.

Molteplici e significative sono, invero, le novità in punto di tutela dell’integrità sessuale del minore.

In primo luogo, la proposta prevede l’introduzione di speciali fattispecie di violenza e aggressione sessuale³⁶² qualora commesse in danno di persona minore di anni diciotto. La scelta di innalzare, per le fattispecie in parola, il limite di età – individuato, dagli artt. 609 *quater* c.p. e seguenti nei sedici anni di età – a diciotto anni si spiega, secondo quanto riportato nella relazione di accompagnamento alla proposta, «per esigenze di coordinamento sia con le Convenzioni internazionali ed europee dedicate alla tutela del minore, sia con le incriminazioni dei fatti di prostituzione e pornografia minorile». Del resto, è la stessa Convenzione di Lanzarote, di cui l’Italia è parte dal 2013, a stabilire che deve considerarsi minore ogni persona d’età inferiore ai diciotto anni.

Dopodiché, all’art. 7 dell’articolato, viene ipotizzata la sostituzione dell’odierna fattispecie di corruzione di minorenni, di cui all’art. 609 *quinqies* c.p., con una nuova fattispecie di esibizioni sessuali che punirebbe, secondo un modello di gravità decrescente, colui che: 1) senza un valido consenso, faccia intenzionalmente assistere un minore di anni sedici al compimento di atti oggettivamente sessuali (comma primo); 2) realizzi atti esibizionistici in presenza di un minore di anni sedici senza il suo valido consenso (comma secondo); 3) mostri materiale pornografico a un minore di anni quattordici (comma terzo).

Le principali novità introdotte dalla disposizione constano, poi, nella specifica menzione agli atti esibizionistici, nell’introduzione di una scala di gravità delle offese e, soprattutto, nell’elisione del dolo specifico di indurre il minore a compiere o subire atti sessuali, oggi richiesto dal secondo comma dell’art. 609 *quinqies* c.p., così da “riconduurre a legalità” un consolidato filone giurisprudenziale che intende escludere di fatto la rilevanza del dolo specifico, realizzando così un’interpretazione *in malam partem* della norma.

E ancora, all’art. 8 viene proposta una versione rivista dell’odierna fattispecie di adescamento di minorenni, di cui all’art. 609 *undecies* c.p.: oltre all’introduzione di una

³⁶² Sulla cui v. *infra*, Cap. IV. §. 2.2.

clausola di sussidiarietà e all'esplicita menzione delle minacce, quale modalità di ottenimento dell'incontro con il minore, la principale novità è rappresentata dal mutamento della fattispecie da reato di pericolo astratto a reato di pericolo concreto, così da «evitare la rilevanza penale di forme di adescamento prive di una reale portata offensiva».

Da ultimo, all'art. 9 è stata prevista una specifica disciplina in merito all'errore sull'età della persona offesa. La proposta prevede, in buona sostanza, che l'unico errore rilevante sia quello inevitabile, la cui sussistenza determinerebbe l'applicabilità della fattispecie generale in luogo di quella speciale realizzata in danno di minore – ad esempio, l'agente che si renda responsabile di una violenza sessuale in danno di minore senza poter conoscere, neppure facendosi parte diligente, la minore età della persona offesa, risponderà di violenza sessuale e non invece di violenza sessuale contro minorenni. Per contro, è stata scartata la possibilità di introdurre una circostanza attenuante in caso di errore colpevole, che darebbe effettivamente la stura a conseguenze sistematicamente del tutto irrazionali: prendendo l'ipotesi della violenza sessuale su minore, invero, l'errore incolpevole sull'età della vittima comporterebbe l'applicazione del reato “generale” di violenza sessuale, mentre in caso di errore colpevole si configurerebbe l'ipotesi attenuata di violenza sessuale su minore, con il conseguente potenziale trattamento sanzionatorio più favorevole per l'agente colpevolmente in errore sull'età della vittima.

Sul piano della tutela della *privacy* della sfera sessuale, l'articolato propone, poi, all'art. 3, una versione riscritta del delitto di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti, oggi disciplinata all'art. 612 *ter* c.p. che verrebbe sostituita dalla diversa fattispecie di lesione della riservatezza sessuale. Elemento cardine della nuova norma proposta è da ravvisare nell'ipotizzato accorpamento delle due fattispecie attualmente previste dall'art. 612 *ter* c.p. nell'ambito di un'unica fattispecie. Detto accorpamento verrebbe realizzato mediante l'eliminazione dalla norma del dolo specifico di recare nocumento alla persona offesa, richiesto oggi dal secondo comma dell'art. 612 *ter* c.p. in relazione alla condotta di chi, avendo ricevuto o comunque acquisito le immagini o i video sessualmente espliciti, li diffonda nuovamente: tale condotta confluirebbe, così, nella fattispecie delineata al primo comma della nuova disposizione, dalla quale verrebbe eliminato, per converso, l'inciso “dopo averli realizzati o sottratti”. La nuova disposizione introdurrebbe, infine, al secondo comma, la sottoposizione al medesimo regime sanzionatorio chi realizza le condotte di diffusione di cui al primo comma (dunque invio, consegna, cessione o pubblicazione) di contenuti sessualmente espliciti “carpiti fraudolentemente”. La specificazione in esame mira, evidentemente, ad assicurare la rilevanza penale di tutti quei casi in cui, pur registrandosi un'indubbia lesione alla riservatezza sessuale,

risulti dibattuto l'elemento della destinazione privata dei contenuti, come accade nel caso delle riprese nascoste, degli accessi abusivi a dispositivi e via discorrendo.

Sul piano delle circostanze aggravanti, viene anzitutto in rilievo l'introduzione di un'aggravante "di gruppo" trasversale, configurabile nel caso di partecipazione alla commissione del fatto da parte di due o più persone riunite e applicabile a tutte le fattispecie disciplinate nel capo.

Ad essa farebbe da contraltare l'abrogazione della fattispecie di violenza sessuale di gruppo, che si giustificerebbe, per un verso, considerando che il *range* sanzionatorio (otto - quattordici anni), oggi previsto dall'art. 609 *octies* c.p., sottratto all'applicazione della circostanza attenuante di cui comma terzo dell'art. 609 *bis* c.p., finirebbe per punire con una pena eccessiva fatti che il gruppo di lavoro ha definito «di modestissima portata offensiva». In particolare, nell'ambito di tale ultima valutazione, è stato ricondotto un caso relativo a «due bagnanti: il primo aveva bloccato una ragazza, il secondo l'aveva baciata».

Per altro verso, il gruppo di lavoro sottolinea che il codice dispone già degli strumenti per garantire una pena sufficientemente severa agli appartenenti al gruppo, individuati nelle regole sul concorso di persone nel reato (e, in particolare, le circostanze aggravanti di cui all'art. 112 c.p.) nonché nell'aggravante della cosiddetta minorata difesa, di cui all'art. 61 n. 5 c.p., ben potendo la pena, nel caso di violenza di gruppo "a turno", arrivare a trent'anni per ciascun agente.

Si evidenzia, infine, nella proposta, che la *ratio* socio-criminologica che aveva determinato il legislatore del 1996 all'introduzione di una fattispecie autonoma, relativa al fenomeno del branco, alla reciproca esaltazione dei compartecipi e all'amplificazione dell'aggressione nei confronti della vittima, totalmente reificata e privata di qualsiasi strumento di difesa, da un lato «non sembrerebbe, di per sé sola, giustificare il mantenimento di un'autonoma incriminazione»; dall'altro lato, risulterebbe indebolita da «decisioni che la ravvisano anche nella realizzazione di atti sessuali di modestissima portata offensiva». Sul punto, sinteticamente, non possono che condividersi le posizioni della dottrina in commento alla proposta che ha, anzitutto, condivisibilmente evidenziato come l'argomento secondo cui vi sono casi lievissimi (come quello dei bagnanti di cui sopra) rispetto ai quali la fattispecie di gruppo appare eccessivamente severa – argomento che, del resto, ricorda molto quello per cui la fattispecie di violenza sessuale peccherebbe di indeterminatezza e sproporzione perché punisce anche il bacio rubato o il tocco – «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». Dopodiché, la stessa Autrice, citando la sentenza della Corte Costituzionale n. 325/2005, evidenzia come la commissione del fatto da parte di un gruppo determini una «lesione particolarmente grave e traumatica della sfera di autodeterminazione della libertà sessuale della vittima»³⁶³, ragion per cui la violenza sessuale di gruppo deve considerarsi un fenomeno qualitativamente diverso da quello monosoggettivo, meritevole di un'autonoma fattispecie che ne evidenzi il peculiare disvalore. E infatti, l'abrogazione della fattispecie plurisoggettiva risulterebbe problematico prima di tutto sul piano dell'orientamento dei consociati, cui si lancerebbe il messaggio che le aggressioni sessuali di gruppo non sono un comportamento munito di un disvalore tale da meritare un'incriminazione autonoma. Dopodiché, se è vero che l'introduzione di un'aggravante "di gruppo", in luogo della fattispecie autonoma, darebbe all'organo giudicante un maggiore spazio di manovra in relazione ai casi più lievi, è anche vero, dall'altro lato, che nei casi più gravi il compito di dare rilievo penale al peculiare disvalore che connota la condotta in esame verrebbe lasciato a una circostanza aggravante, suscettibile di bilanciamento e, quindi, di distorsioni e disomogeneità applicative. E ancora in punto aggravanti, al secondo comma dell'art. 11 dell'articolato viene introdotto, nella prospettiva di garantire una massima tutela dell'integrità sessuale del minore, un divieto di prevalenza delle attenuanti sulle aggravanti per i delitti di cui alla sezione II, salvo per il caso, già attualmente previsto, di quelle di cui agli artt. 98 e 114 c.p.

Infine, in punto pene accessorie, merita menzione la scelta di optare per un'applicazione facoltativa delle stesse (salvo che in campo minorile), ritenuta più coerente con l'ormai consolidata giurisprudenza costituzionale in tema di automatismi sanzionatori.

Altra novità di rilievo, per quanto riguarda le misure di sicurezza, è da individuarsi nell'ipotizzata possibilità per il condannato di chiedere, in alternativa alla già prevista misura dell'obbligo di informare la polizia dei propri spostamenti, la sottoposizione a un trattamento psicologico con finalità di recupero e sostegno.

2.1. Le novità proposte in materia di violenza sessuale e consenso: uno sguardo introduttivo.

³⁶³ Corte. cost. n. 325/2005, sulla non irragionevolezza dell'inapplicabilità della circostanza attenuante di cui all'art. 609 bis c.p. alla violenza sessuale di gruppo.

Esaurita la sommatoria panoramica sulle principali novità prospettate dal gruppo di lavoro, è appena il caso di soffermare l'attenzione sulle innovazioni in tema di violenza sessuale e di consenso, punto nevralgico della proposta.

Gli interventi suggeriti possono essere riassunti in tre, principali, argomenti.

In primo luogo, viene proposto lo sdoppiamento dell'odierna fattispecie di violenza sessuale in una fattispecie che punisce le aggressioni “non penetrative” – rubricata “aggressioni sessuali” (art. 2) – e in un'altra che punisce le vere e proprie violenze penetrative, che resta intitolata “violenza sessuale” (art. 1).

Sono previste, per ambedue le fattispecie, altre due ipotesi speciali, punite più severamente, qualora le stesse condotte siano realizzate in danno di persona di età inferiore ai diciotto anni.

Il secondo rilevante cambiamento concerne, poi, la modalità di commissione del reato: violenza, minaccia e abuso di autorità da elementi costitutivi del reato divengono circostanze aggravanti di entrambe le fattispecie, mentre la condotta punita per entrambi i nuovi reati diviene il compimento di atti sessuali penetrativi (violenza sessuale) o di atti oggettivamente sessuali (aggressione sessuale) senza il valido consenso della persona offesa.

È, infine, prevista l'introduzione di una circostanza attenuante nel caso di errore colposo circa la sussistenza del consenso della persona offesa.

2.2. *Il ritorno a fattispecie distinte in base alla presenza di penetrazione.*

Procedendo nell'ordine proposto, il primo profilo da evidenziare riguarda la evidente moltiplicazione delle fattispecie di violenza sessuale, che pare realizzare, sostanzialmente, una regressione alla configurazione del reato prima della riforma del 1996.

Ebbene, nella relazione di accompagnamento alla proposta, si legge che l'odierna fattispecie unificata costituirebbe «una soluzione totalmente eccentrica rispetto al principio costituzionale di proporzione, che ha determinato l'irragionevole perequazione – in termini di afflittività – di fatti muniti di indici di offesa tra loro non comparabili». Di qui la proposta di abbandonarla, per tornare alla punizione separata di atti sessuali penetrativi e di atti non penetrativi ma “oggettivamente sessuali”, sulla scorta dell'idea che i primi siano «psichicamente patogeni, intollerabilmente invasivi, apicalmente offensivi» e non possano, dunque, essere equiparati «ad atti quali baci o carezze non gradite, o al tocco fugace e repentino di zone del corpo di interesse sessuale».

In senso parzialmente critico si è orientato il commento dottrinale allegato alla proposta che, pur ritenendo fondate le censure di indeterminatezza e di sproporzione mosse all'attuale formulazione della fattispecie (anche alla luce di orientamenti giurisprudenziali particolarmente ampi nell'interpretazione della nozione di atti sessuali) – riconoscendo, dunque, l'urgenza di intervento legislativo – si è espressa con sfavore sulla possibilità che lo stesso intervento si risolva in un ritorno alla dicotomia tra atti penetrativi e atti non penetrativi. Da un lato, infatti, la distinzione in parola porterebbe con sé i noti rischi di vittimizzazione secondaria, legati all'accertamento dell'avvenuta penetrazione; dall'altro lato l'Autrice, facendo leva su diverse pronunce della Suprema Corte in punto applicabilità dell'attenuante di cui al terzo comma dell'art. 609 *bis* c.p., ha messo condivisibilmente in luce come la presenza di penetrazione non possa fungere da criterio assoluto e dirimente per stabilire la gravità della lesione all'autodeterminazione sessuale. Dopodiché, al fine di sottrarre dallo spettro applicativo della violenza sessuale condotte percepite come non sufficientemente gravi per una fattispecie così stigmatizzante e severamente punita, ha proposto, in luogo della duplicazione suggerita dal gruppo di lavoro dell'A.I.P.D.P., l'introduzione di una fattispecie di molestie che funga da limite verso il basso rispetto alla violenza sessuale, oppure, in subordine, quantomeno una definizione legislativa di atti sessuali, al pari di quanto accade nel *Sexual Offences Act* inglese³⁶⁴.

Ora, le critiche alla fattispecie unificata, come peraltro evidenziato nella stessa relazione d'accompagnamento alla proposta, risalgono all'indomani della promulgazione della riforma del 1996, e sono state in larga parte già trattate *supra*³⁶⁵. Ciò detto, pare comunque opportuno ribadire alcuni punti fermi.

In primo luogo, l'exasperata contrapposizione tra tocco furtivo, bacio rubato e stupro violento non è affatto rappresentativa della realtà delle aggressioni sessuali affrontata quotidianamente nelle aule di giustizia, caratterizzata da una molteplicità di “condotte intermedie” che non possono essere ignorate. Inoltre, come condivisibilmente affermato nel commento alla norma, la penetrazione o, viceversa, la mancanza della stessa, non è elemento che può essere preso da solo come confine assoluto tra violenze gravi e violenze lievi: come testimonia, del resto, la giurisprudenza della Suprema Corte³⁶⁶, non sono rari i casi di violenze

³⁶⁴ Cfr. MAUGERI, *Osservazioni sulle proposte in materia di reati sessualmente connotati del gruppo di lavoro dell'AIPDP*, in *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, Roma, 2023, 374 ss.

³⁶⁵ Cfr. Cap. I. § 1.5.3.

³⁶⁶ Cass. pen., 3 febbraio 2015, n. 4927; Cass. pen., 1 luglio 2014, n. 39445; Cass. pen., 19 maggio 2021, n. 34582

non penetrative che realizzano una più grave compressione della libertà sessuale della vittima di altre violenze penetrative, e viceversa.

E ancora, la soluzione suggerita dal gruppo di lavoro – di sussumere le violenze non penetrative nella nozione di “atti oggettivamente sessuali” – non pare risolvere affatto i problemi di indeterminatezza posti dalla fattispecie oggi vigente, che si ripresenterebbero, tali e quali, nella proposta fattispecie di aggressione sessuale, non potendosi attribuire efficacia qualificante alla semplice aggiunta dell’aggettivo *oggettivamente*³⁶⁷.

Da ultimo, non pare condivisibile l’impostazione minimizzante con cui si trattano i “baci rubati” e le “pacche sul sedere”: dalla lettura dei molti lavori dottrinali sul punto si ha la percezione che queste condotte siano percepite come di scarsa importanza, quasi immeritevoli di repressione penale – «di modestissima portata offensiva». Se è vero che un bacio rubato o un tocco indesiderato non possono essere paragonati, quanto a gravità, a uno stupro violento, è altrettanto vero che si tratta di condotte che possono causare, e spesso causano, ripercussioni psicologiche e sociali serie e durature in chi le subisce³⁶⁸, e non dovrebbero essere trattate alla stregua di una “ragazzata”.

Per tutte queste ragioni, il prospettato ritorno al passato, con due fattispecie distinte in base alla presenza di penetrazione, non sembra essere la strada più corretta per risolvere gli evocati problemi di determinatezza e proporzionalità che l’odierna formulazione della fattispecie di violenza sessuale porta con sé.

L’introduzione di una fattispecie di molestie – auspicata, tra l’altro, dalla Convenzione di Istanbul che, pur non obbligando gli Stati membri, ne suggerisce l’adozione – potrebbe certamente essere una soluzione di buon compromesso. Si tratta, tuttavia, come evidenziato dalla stessa Autrice, di una fattispecie di difficile formulazione³⁶⁹. Il rischio potrebbe essere proprio legato alla configurazione della fattispecie come norma “di confine” rispetto alla violenza sessuale, dando potenzialmente adito alle stesse incertezze applicative legate alla qualificazione del caso concreto, che hanno caratterizzato il caso la Manada. Meno problematica, potrebbe essere, viceversa, l’introduzione di una definizione normativa di atto sessuale, sulla stregua del modello inglese.

³⁶⁷ Di quest’avviso anche BIAGGIONI, *cit.*, 65.

³⁶⁸ Cfr. CAREY, NORRIS, DURNEY, SHEPARDSON, CAREY, *Mental health consequences of sexual assault among first-year college women*, in *Journal of American College Health*, vol. 66, n. 6, agosto-settembre 2018, pp. 480–486, doi:10.1080/07448481.2018.1431915

³⁶⁹ MAUGERI, *cit.*, 374, 375.

2.3. *L'accoglimento di un modello di consenso consensualistico puro.*

Punto nevralgico della proposta, come è noto, è l'introduzione del consenso quale criterio selettivo del disvalore delle nuove fattispecie di violenza e aggressione sessuale.

Nelle nuove fattispecie enucleate agli artt. 1 e 2 dell'articolato, infatti, la condotta tipica, come anticipato, perde il requisito delle modalità di costrizione – violenza, minaccia e abuso di autorità – per limitarsi, viceversa, a punire atti sessuali (penetrativi e non, a seconda della fattispecie) compiuti *senza il valido consenso* della persona offesa.

La fattispecie di aggressione sessuale, più precisamente, punisce chi «compie atti oggettivamente sessuali non penetrativi mediante contatto fisico ovvero induce taluno, senza il suo valido consenso, a compiere i medesimi su sé stesso», prevedendo esplicitamente l'ipotesi dell'induzione per atti che la vittima è portata a compiere su sé stessa.

Violenza, minaccia e abuso di un potere giuridicamente fondato – la nuova formulazione proposta in luogo dell'abuso di autorità³⁷⁰ –, da elementi costitutivi del reato mutano in circostanze aggravanti di entrambe le fattispecie, cui si aggiunge l'aver determinato, nella persona offesa, uno stato di incapacità.

Ora, volendo brevemente ricapitolare le diverse possibili configurazioni teoriche del modello consensualistico, tolto il più volte menzionato modello fondato sul dissenso esplicito – il cosiddetto *no means no* tedesco –, agli estremi si contrappongono un modello cosiddetto consensualistico puro e un modello basato sul consenso affermativo.

Nel primo, in particolare, il *focus* della normativa cade esclusivamente sul consenso quale atteggiamento psichico della persona offesa, senza alcun riferimento a modalità espressive della volontà della stessa. La tipicità del reato sessuale, in altri termini, dipende dalla commissione di atti sessuali su persona non consenziente, non su persona che non ha *espresso* il proprio consenso. Esempio paradigmatico di modello consensualistico puro è quello inglese, dove l'autore della fattispecie di *rape*, come si è ampiamente visto, è chiamato a rispondere del reato se commette atti penetrativi su persona che «*does not consent to the penetration*»³⁷¹. E ancora, la definizione di consenso, fornita alla s. 74 del *Sexual Offences Act* del 2003, stabilisce che «*a person consents if he agrees by choice, and has the freedom and capacity to make that choice*»³⁷², senza alcuna tipizzazione di parametri espressivi per la valutazione della sussistenza del consenso.

³⁷⁰ Sul punto, ancora, MAUGERI, *cit.*, 380 ss.

³⁷¹ Così la S. 1(1) del *Sexual Offences Act* 2003.

³⁷² Tradotto: «una persona presta il consenso se acconsente per scelta ed è libera e capace di compiere tale scelta».

Per contro, nei modelli di consenso affermativo la fattispecie viene tipizzata non già intorno alla mera commissione di atti sessuali in assenza di consenso, bensì intorno alla commissione di atti sessuali su persona che non ha espresso – con modalità differenti a seconda della gradazione del modello – la propria volontà di parteciparvi.

Può, infatti, essere individuata una scala d'intensità del modello di consenso affermativo, che va dalle forme più rigide, che richiedono l'esplicitazione verbale del consenso, alle più temperate, per le quali è sufficiente un consenso espresso anche con comportamenti concludenti chiaramente indicativi della volontà positiva della persona. È in quest'ultima direzione, ad esempio, che si è orientato l'ordinamento spagnolo con la *Ley Orgánica 10/2022*, per la quale il consenso può ritenersi sussistente solo quando esso «*se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona*»³⁷³. Nello stesso senso paiono muoversi, inoltre, gli ultimi approdi della giurisprudenza della Corte di Cassazione che, nell'opera di valorizzazione compiuta negli ultimi anni, ha a più riprese affermato che integra l'elemento oggettivo del reato di violenza sessuale l'atto sessuale posto in essere «in assenza del consenso, non espresso neppure in forma tacita, della persona offesa».

La formulazione delle fattispecie di violenza e aggressione sessuale proposta nell'articolato, vista la laconica punizione di atti sessuali (penetrativi e non, a seconda della fattispecie) compiuti *senza il valido consenso* della persona offesa, indica con tutta probabilità l'adesione a un modello consensualistico puro, con assenza di qualsiasi tipizzazione di modalità espressive del consenso stesso. L'impressione sembrerebbe, del resto, confermata dall'«interpretazione autentica» della prospettiva del gruppo di lavoro che può ricavarsi dalla relazione di accompagnamento alla proposta, in cui si legge che «più equilibrata e rispondente a complessive istanze di razionalità sistematiche e di tutela ci appare infatti la scelta proposta, peraltro in linea con gli orientamenti oggi riscontrabili a livello internazionale, di ritenere il fatto integrato dalla sola assenza di un valido consenso: non necessariamente esplicito, evidentemente, ma comunque attuale e riconoscibile»³⁷⁴.

³⁷³ Tradotto: «sia stato manifestato liberamente mediante atti che, tenuto conto delle circostanze del caso, esprimano in modo chiaro la volontà della persona».

³⁷⁴ Cfr. BERTOLINO, *Spigolature a margine del seminario “La riforma dei reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale”*, in *La riforma dei delitti contro la persona. Proposte dei gruppi di lavoro dell'AIPDP. Atti dei seminari di discussione in collaborazione con il DiPLaP*, Edizioni DiPLaP, Roma, 2023, 359 ss.

Come si vedrà nel prossimo paragrafo la scelta di un modello consensualistico puro, anziché di un modello affermativo temperato, non è affatto priva di conseguenze, sul piano della configurazione del dolo e dell'errore sul fatto, nonché su quello probatorio.

2.3.1 *L'elemento soggettivo e la rilevanza dell'errore sul consenso tra modello consensualistico puro e consenso affermativo.*

L'articolato proposto dall'A.I.P.D.P., come già anticipato, propone di introdurre una circostanza attenuante per le fattispecie di aggressione e violenza sessuale, applicabile qualora l'agente cada in errore evitabile sul consenso della persona offesa.

La proposta in parola dev'essere letta sullo sfondo della complessa tematica dell'assetto del dolo e dell'errore a fronte di una fattispecie di violenza sessuale incentrata sul consenso, distinguendo, in particolare, tra il modello consensualistico puro adottato dall'articolato e quello del consenso affermativo temperato in cui si collocano gli ultimi approdi della giurisprudenza della Corte di Cassazione, peraltro severamente criticati da parte della dottrina.

La distinzione in parola, sul piano probatorio, dell'elemento soggettivo – e, a cascata, su quello dell'errore sul consenso – non è affatto indifferente atteso che, nel momento in cui si rileva che la condotta tipica è il compimento di atti sessuali semplicemente in assenza di consenso (modello consensualistico puro), il dolo si atteggia quale rappresentazione e volizione del compimento di atti sessuali *nella consapevolezza che il soggetto passivo non è consenziente*. Di conseguenza, in assenza di correttivi normativi, l'ipotesi dell'agente che ritenga erroneamente – per qualsivoglia motivo, anche del tutto irragionevole – che la persona offesa sia consenziente sarebbe qualificabile come errore sul fatto, idoneo ad escludere il dolo e, in mancanza di espressa previsione legislativa di segno contrario – come la circostanza attenuante proposta dall'A.I.P.D.P. – a mandare l'agente assolto per difetto dell'elemento soggettivo, non essendo la violenza sessuale punita a titolo colposo.

Sul piano processuale, graverà sull'accusa la complessa prova dell'assenza di consenso, elemento che afferisce al foro interiore della persona offesa, mentre alla difesa spetterà il solo onere di allegare le circostanze che avrebbero indotto l'imputato a ritenere la vittima consenziente. La verifica della sussistenza consenso è rimessa alla valutazione del giudice, che può desumerlo da tutte le circostanze del caso concreto, non essendo richiesta una forma tipica di esternazione.

Ben diversa è la situazione quando a venire in rilievo è una condotta tipica che punisce il compimento di atti sessuali in mancanza dell'espressione – verbale o *per facta concludentia*

– di consenso (modello del consenso affermativo temperato). In quest’ipotesi, infatti il dolo dell’agente non si attegga più come mero compimento di atti sessuali nella consapevolezza del mancato consenso del soggetto passivo, bensì come compimento di atti sessuali nella consapevolezza che il soggetto passivo non ha *espresso, con le parole o con un comportamento concludente*, un chiaro consenso all’attività sessuale: il *focus* della tipicità – e, di conseguenza, del dolo – si sposta da un atteggiamento psicologico riferibile al foro interiore della persona offesa a una condotta – *l’espressione* del consenso, verbale o per comportamento concludente – oggettivamente riscontrabile dall’esterno. Il modello normativo in parola porta con sé significative differenze anche sul piano dell’accertamento giudiziale: l’accusa non sarà più tenuta alla difficile prova dell’assenza di consenso, bensì a quella della mancata espressione, verbale o *per facta concludentia*, di chiare manifestazioni di consenso. Simmetricamente muterà l’onere di allegazione dell’imputato, che avrà a questo punto ad oggetto l’indicazione dei fatti che abbiano fondato la convinzione di un consenso chiaramente espresso.

2.3.2 *L’errore sul consenso negli ultimi approdi della giurisprudenza di Cassazione.*

Chiarite queste coordinate interpretative risulta più agevole passare in rassegna le criticate pronunce della Suprema Corte in merito all’errore sul consenso. Le decisioni in parola hanno riconosciuto, invero, uno spazio piuttosto circoscritto all’errore di fatto sul consenso, ravvisando più frequentemente la presenza di un errore inescusabile sulla legge penale, secondo questa logica: premessa la sostanziale adozione, per via giurisprudenziale, di un modello di consenso affermativo, il dolo dell’agente, per la Cassazione, si sostanzia – come detto – nella consapevolezza di porre in essere atti sessuali in assenza di precise manifestazioni positive di volontà della persona offesa. Di talché, l’errore dell’agente che ritenga lecito compiere atti sessuali con una persona che non ha manifestato, verbalmente o per fatti concludenti, il proprio consenso, si risolverebbe in un errore sul precetto, perché l’ignoranza cade sul requisito normativo dell’espressione del consenso.

Seguendo questo percorso argomentativo, il perimetro applicativo dell’errore di fatto sarebbe limitato ai casi in cui l’agente abbia compiuto atti sessuali non già pensando che fosse superflua l’esternazione del consenso – errore sul precetto – ma interpretando erroneamente il

«contenuto espressivo equivoco di precise e positive manifestazioni di volontà promananti dalla parte offesa»³⁷⁵, leggendovi un consenso che questa non intendeva, però, prestare.

L'orientamento giurisprudenziale in esame, come anticipato, è stato duramente criticato da parte della dottrina, che ha ravvisato in esso l'ennesimo stravolgimento della lettera della legge allo scopo di fare giustizia, scongiurando il rischio che casi concreti percepiti come meritevoli di sanzione penale non restino impuniti³⁷⁶.

La Suprema Corte, per questo filone dottrinale, qualificherebbe come errore di diritto quello che non potrebbe essere considerato diversamente da un errore di fatto: «neanche l'evocata esistenza di una presunzione di dissenso – che non è dato in alcun modo riscontrare, ma che se vi fosse renderebbe la disposizione illegittima per patente contrasto con gli artt. 27 co. 1, co. 2 e 111 Cost. – potrebbe sorreggere questa ricostruzione: perché l'errore cade comunque sul consenso e non sulla presunzione, perché la presunzione determina sì un'inversione dell'onere della prova, ma non possiede l'antico potere di Ishtar, qui declinabile nell'effetto “magico” di trasformare un elemento del fatto – l'elemento del fatto *par excellence* secondo la stessa giurisprudenza - in una legge penale»³⁷⁷.

Volendo concentrare, dunque, l'attenzione esclusivamente sulla qualificazione dell'errore proposta dalla Cassazione – prescindendo, quindi, dall'analisi delle già affrontate censure relative all'introduzione per via giurisprudenziale di un sostanziale modello di consenso affermativo temperato nel nostro ordinamento³⁷⁸ – deve evidenziarsi che la critica in esame sembrerebbe lasciare sullo sfondo la poc'anzi delineata distinzione tra consenso affermativo temperato – modello chiaramente accolto dalla Cassazione nella misura in cui afferma che il «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 e univoci che consentano di ritenerlo esplicitato in forma tacita» – e modello consensualistico puro.

Si ipotizzi, ad esempio, che Tizio abbia ricevuto un iniziale consenso all'attività sessuale da parte di Caia la quale, tuttavia, durante il rapporto assume un atteggiamento passivo e distaccato, immobilizzandosi. Tizio, pur resosi conto della reazione di Caia, prosegue nell'atto sessuale ritenendo che il consenso inizialmente prestato lo legittimi a continuare.

³⁷⁵ Cass. pen., 9 marzo 2016, n. 49597

³⁷⁶ Cfr. BALBI, *Legem et iustitiam facere. La giurisprudenza e il delitto di violenza sessuale*, in *La Legislazione Penale*, 2023, pp. 28; PELLINI, *Violenza sessuale: la Corte di Cassazione conferma la scelta del modello del consenso affermativo*, 2025, reperibile al link: <https://www.giurisprudenzapenale.com/2025/04/01/violenza-sessuale-la-corte-di-cassazione-conferma-la-scelta-del-modello-del-consenso-affermativo/>.

³⁷⁷ Così BALBI, *cit.*, 28.

³⁷⁸ Sul punto v. *supra*, Cap. I. § 2.3.

Ebbene, in quest'ipotesi, in presenza di un modello di consenso affermativo, si avrebbe un errore inescusabile sulla legge penale: Tizio non sta erroneamente leggendo, nella condotta di Caia, un consenso effettivo e partecipato all'attività sessuale; egli sta, viceversa, supponendo che non sia necessario che Caia manifesti, verbalmente o con un comportamento concludente, un consenso perdurante per l'intera durata dell'attività sessuale³⁷⁹, cadendo così in errore su un elemento costitutivo (implicito, per la Cassazione) della fattispecie.

Si ipotizzi, adesso, di applicare al medesimo fatto una fattispecie che fa proprio un modello consensualistico puro – come quella proposta dall'A.I.P.D.P. – limitandosi a punire gli atti sessuali compiuti senza il valido consenso della persona offesa. Ebbene, in quest'ipotesi, la convinzione di Tizio che un consenso iniziale equivalga ad un consenso per l'intera durata dell'attività sessuale, per quanto irragionevole, si tradurrebbe in un errore sul fatto che, in mancanza di un'esplicita previsione normativa, condurrebbe a una pronuncia assolutoria per difetto dell'elemento soggettivo, non essendo allo stato prevista una fattispecie colposa di violenza sessuale (ovvero, aderendo alla proposta A.I.P.D.P., alla concessione dell'attenuante per l'errore colpevole sul consenso).

L'opposta conclusione cui si perviene, dunque, applicando un modello consensualistico puro si spiega alla luce del diverso oggetto della tipicità della condotta e, di riflesso, del dolo e dell'errore. Nel modello "puro", come detto, la fattispecie punisce gli atti sessuali compiuti su persona non consenziente. Di conseguenza, il dolo si atteggia come consapevolezza di agire in mancanza di valido consenso e l'errore di fatto coincide con la convinzione (anche irragionevole) che la persona sia consenziente. Nel caso in parola, Tizio – sebbene sulla base di convinzioni personali fallaci – ritiene che Caia continui a consentire: l'errore cade sullo stato volitivo di Caia e, pertanto, su un elemento del fatto.

Nel modello di consenso affermativo temperato, invece, la fattispecie punisce gli atti sessuali compiuti in assenza di un'espressione chiara di consenso. Di talché, il dolo si configura come consapevolezza di agire senza che tale espressione vi sia stata e l'errore di fatto ricorre solo qualora l'agente scambi per espressione chiara ciò che, in realtà, non lo è. Nell'esempio proposto, Tizio è consapevole che Caia non ha rinnovato una manifestazione univoca di consenso durante l'atto, ma prosegue ritenendola superflua perché confida nel consenso iniziale: l'errore, dunque, non cade sul fatto, ma sul precetto, poiché postula l'ignoranza del requisito legale di una esternazione di consenso perdurante per tutta la durata dell'atto.

³⁷⁹ È pacifico l'orientamento della Corte di Cassazione secondo il quale il consenso deve perdurare per l'intera durata dell'attività sessuale. V. tra le molte, Cass. pen. 26 luglio 2023, n. 32447; Cass. pen. 20 giugno 2023, n. 26497; Cass. pen. 11 dicembre 2018, n. 15010.

Ciò detto, vale la pena di ribadire che, pur nella prospettiva di un modello di consenso affermativo temperato, non ogni errore risulta qualificabile come errore sul precetto: qualora l'agente, a cagione del «contenuto espressivo equivoco di precise e positive manifestazioni di volontà promananti dalla parte offesa»³⁸⁰, si convincesse erroneamente che la persona offesa abbia espresso il proprio consenso all'attività sessuale, si configurerebbe un errore sul fatto.

2.3.3 *La previsione della circostanza attenuante dell'errore evitabile sul consenso.*

Così tratteggiato il complesso tema dei rapporti tra dolo ed errore nei due modelli, risulta più agevole comprendere la *ratio* e la portata della circostanza attenuante individuata dall'A.I.P.D.P., che trova applicazione nell'ipotesi di errore evitabile sul consenso.

L'introduzione dell'attenuante, si legge nel commento a margine della proposta, è stata preferita «a quella della assoluta irrilevanza scusante anche se solo parziale dell'errore evitabile ovvero a quella di introdurre una autonoma fattispecie colposa».

A fronte di un modello consensualistico puro, che tipizza l'illecito sulla mera assenza di consenso e valorizza – pur nel requisito di riconoscibilità esterna – la dimensione interna della volontà della persona offesa, lo spazio dell'errore di fatto sul consenso tende fisiologicamente ad ampliarsi: in astratto, anche credenze del tutto irragionevoli possono essere prospettate come errore sul fatto idoneo a elidere il dolo. Di qui l'esigenza di introdurre correttivi che impediscano di pervenire a esiti assolutori quando l'errore dipende dalla negligenza – a maggior ragione se grave – dell'agente.

Il correttivo proposto dall'A.I.P.D.P. viene individuato nell'attenuante dell'errore evitabile, che “trasforma” l'errore colposo in fattore meramente riduttivo della pena.

Questa soluzione, tuttavia, sposta il baricentro del problema dal piano della colpevolezza a quello del trattamento sanzionatorio, finendo per premiare con uno sconto di pena anche errori basati su convinzioni manifestamente irragionevoli, magari fondate proprio sull'adesione, da parte dell'agente, a stereotipi e miti dello stupro. Si potrebbe affermare, ad esempio, che l'imputato, per quanto irragionevolmente, crede che il dissenso della persona offesa sia piuttosto un invito a continuare: a stretto rigore si tratterebbe di un – gravemente colpevole – errore sul fatto, cui in astratto non potrebbe, però, negarsi l'applicazione della circostanza attenuante proposta nell'articolato. Anche solo un'attenuazione di pena, in una simile ipotesi,

³⁸⁰ Cass. pen., 9 marzo 2016, n. 49597

sembra un esito certamente inaccettabile, che non garantisce in modo adeguato la tutela della libertà di autodeterminazione sessuale, riconoscendo un trattamento sanzionatorio più favorevole a condotte che, per la manifesta irragionevolezza dell'errore, non sono meritevoli di alcun temperamento punitivo.

Per ovviare al problema qui esposto potrebbe ipotizzarsi, sulla scorta della pluriennale esperienza inglese, l'introduzione di parametri oggettivi per la valutazione dell'atteggiamento psicologico dell'imputato in ordine alla sussistenza del consenso.

Così, ad esempio, potrebbe stabilirsi che l'errore sul consenso, per consentire l'applicazione dell'attenuante in esame (o, in mancanza, per escludere in radice la colpevolezza), debba essere ancorato a un parametro di ragionevolezza. E ancora, potrebbe stabilirsi – così come accade nella s. 1(1) del *Sexual Offences Act* del 2003 – che questa ragionevolezza debba essere valutata alla luce di tutte le circostanze del caso concreto, inclusi i passi che l'agente ha compiuto per accertarsi che la persona offesa fosse, effettivamente, consenziente all'attività sessuale. Qualora, in applicazione dei criteri in parola, l'erronea convinzione dell'imputato dovesse apparire irragionevole – per quanto, in ipotesi, genuina –, allora tale errore di fatto non consentirebbe l'applicazione dell'attenuante o, peggio, l'adozione di una pronuncia assolutoria per difetto dell'elemento soggettivo. Si realizzerebbe, in questo modo, una soluzione di mezzo che non giunge all'estremo di privare, in radice, ogni rilevanza all'errore evitabile sul consenso e che, per altro verso, consente di evitare di premiare condotte caratterizzate da un errore che, per la sua irragionevolezza, non merita alcuna attenuazione punitiva, rafforzando così la tutela dell'autodeterminazione sessuale.

Infine, pare opportuno sottolineare che l'adozione di una clausola che subordini l'efficacia scusante dell'errore a parametri di ragionevolezza potrebbe risultare utile anche qualora si opti per un modello di consenso affermativo temperato, come sembrano fare le proposte legislative oggi al vaglio del Parlamento³⁸¹. Sebbene con tale modello lo spazio per l'errore di fatto si restringa ai soli casi di equivoco interpretativo su eventuali manifestazioni espressive ambigue da parte della persona offesa, resta comunque aperta la possibilità di errori fondati su convinzioni irragionevoli e stereotipiche dell'autore.

2.4. *La qualificazione delle modalità costrittive quali circostanze aggravanti.*

³⁸¹ Cfr. *infra*, Cap. IV. § 3.

Da ultimo, non priva di conseguenze appare la proposta di dare alla violenza, alla minaccia e all'abuso di un potere giuridicamente fondato la nuova qualificazione di circostanze aggravanti, al cui elenco si aggiungerebbe l'aver determinato nella persona offesa uno stato di incapacità (art. 1, comma secondo, dell'articolato).

Una scelta in questa direzione potrebbe, tuttavia, comportare il rischio di dare vita a una gerarchia della gravità delle violenze sessuali che evoca, *latu sensu*, quella vigente in Spagna prima della riforma del 2022, dove le aggressioni sessuali realizzate con violenza o minaccia erano punite più severamente, nell'ambito di un'autonoma fattispecie, rispetto a quelle realizzate semplicemente in assenza del consenso della persona offesa. Questa gerarchia, come si è ampiamente avuto modo di vedere, è stata foriera delle grandi incertezze applicative che hanno rappresentato il punto di partenza del processo di riforma esitato nella *Ley Orgánica* 10/2022.

Ora, nel caso spagnolo si trattava certamente di criticità che non potrebbero riproporsi, negli stessi termini, con la configurazione promossa dal gruppo di lavoro dell'A.I.P.D.P., essendo fondate sulla contemporanea vigenza di due fattispecie dai presupposti applicativi quasi sovrapponibili. Tuttavia, non è difficile immaginare scenari dove il riconoscimento (o il mancato riconoscimento) delle circostanze aggravanti in esame possa dare vita a decisioni percepite come ingiuste. Si pensi, ad esempio, alla consolidata giurisprudenza di Cassazione in tema di costrizione ambientale agli atti sessuali, in cui la vittima, nel contesto di una relazione maltrattante, soggiace all'atto sessuale richiesto dal *partner* non in ragione del ricorso alla forza o alla minaccia, ma per la paura delle più gravi conseguenze cui potrebbe andare incontro se dissentisse. Ebbene, in questa casistica la Suprema Corte riconosce pacificamente la sussistenza di violenza, insita nel contesto maltrattante³⁸². Si tratterebbe, dunque, di un'ipotesi di applicazione della circostanza aggravante proposta per le nuove fattispecie di aggressione e violenza sessuale? Il rischio, evocato dall'esempio, è che il problema dell'accertamento delle modalità costrittive attualmente richieste dall'art. 609 *bis* c.p., che la riforma mira a risolvere, riemerge nella nuova veste di vaglio sull'applicabilità delle circostanze aggravanti. Una soluzione alternativa per dare rilevanza alle modalità costrittive, sulla scorta dell'esperienza inglese e spagnola³⁸³, potrebbe essere quella di qualificarle come indici che, se presenti, determinano una presunzione di mancanza di consenso della persona offesa.

³⁸² Sul punto, ampiamente, Cap IV. § 2.2.2.

³⁸³ Il riferimento è alla prima formulazione, della *Ley orgánica* 10/2022. Con la controriforma del 2023, come si è visto, il legislatore ha riqualificato le modalità costrittive come circostanze aggravanti, analogamente a quanto proposto nell'articolato dell'A.I.P.D.P. La scelta in parola, tuttavia, è stata dettata esclusivamente dagli indesiderati effetti di diritto intertemporale originati dalla prima riforma.

Ulteriore profilo di rilievo attiene alle rubriche scelte per le nuove fattispecie: aggressione sessuale e violenza sessuale. Come, del resto, evidenziato da più parti, nel contesto delle audizioni svoltesi nell’ambito della Commissione Giustizia in relazione al disegno di legge Boldrini³⁸⁴, la rubrica “violenza sessuale” – lo stesso vale, chiaramente, anche per “aggressione sessuale” – evoca direttamente il tema della costrizione, lasciando sullo sfondo l’assenza di consenso, nuovo perno del disvalore della fattispecie.

In quest’ottica, una rubrica più rappresentativa della condotta tipica punita dalla fattispecie – condivisibilmente formulata senza alcuna menzione alla costrizione, a differenza di quelle oggi al vaglio della Commissione Giustizia – potrebbe forse escludere la menzione alla violenza e all’aggressione, ponendo al centro l’assenza di consenso – ad esempio: “atti sessuali in assenza di consenso”.

3. Le proposte di legge Boldrini (C. 1693), Sportiello (C. 2151) e Ascari (C. 2279).

Il vento di riforma della violenza sessuale che, come ampiamente visto, sta attraversando negli anni più recenti anche l’ordinamento italiano, ha preso forma, dal 2024 a oggi, in diverse proposte di legge che mirano a incentrare il reato di violenza sessuale sull’assenza di consenso della persona offesa. Tre di queste risultano essere attualmente al vaglio congiunto della Commissione parlamentare Giustizia: si tratta delle proposte Boldrini (C. 1693), Ascari (C. 2279) e Sportiello (C. 2151).

Brevemente sullo stato dell’arte del procedimento legislativo: la proposta Boldrini è stata presentata per prima, il 7 febbraio 2024, per essere assegnata alla Commissione Giustizia, in sede referente, il 15 maggio 2024. Le proposte Sportiello e Ascari, rispettivamente del 28 novembre 2024 e del 27 febbraio 2025, sono state successivamente, nel corso dei lavori della Commissione, abbinata alla proposta Boldrini per l’esame congiunto delle stesse.

Il 2 aprile 2025 la proposta Boldrini è stata scelta come testo base per il prosieguo dei lavori in commissione. Tra gennaio e marzo 2025 si sono svolte alcune audizioni informali che hanno visto la partecipazione di diversi operatori del diritto – accademici, magistrati, associazioni e forze dell’ordine. Chiusa la finestra per la presentazione di emendamenti, nella seduta del 28 maggio 2025 si è dato atto del pervenimento di ben novantatré proposte di emendamento, cinque delle quali sono state dichiarate inammissibili per estraneità alla materia.

³⁸⁴ Le audizioni sono reperibili al link <https://webtv.camera.it/evento/27172>.

Gli emendamenti dovranno, nel prossimo futuro, essere illustrati e votati in Commissione, così da predisporre un testo per il successivo esame in Assemblea.

Come detto, quello della proposta Boldrini è stato individuato come testo base per i lavori della commissione: ne consegue che le proposte Sportiello e Ascari fungono, allo stato, da potenziale materiale per emendamenti della prima.

Alla luce di siffatta premessa, la modalità espositiva più opportuna per passare in rassegna le varie proposte appare quella di analizzare il testo della proposta Boldrini segnalando, per ogni punto saliente, i significativi apporti modificativi delle due ulteriori proposte.

Prima di iniziare detto esame, è bene sottolineare che quello riportato è il testo base della proposta Boldrini – e tuttavia ancora “vigente”, non essendo ancora stati approvati gli emendamenti – così come presentato il 7 febbraio 2024. Da allora sono seguite, come anticipato, diverse audizioni parlamentari, nelle quali sono state suggerite numerose modifiche in larga parte confluite nelle ottantasette proposte di emendamento che hanno superato il vaglio di ammissibilità e sono oggi all’esame della Commissione, nonché nei disegni di legge Sportiello e Ascari.

Ciò detto, in primo luogo, la proposta Boldrini mantiene ferma l’attuale rubrica dell’art. 609 *bis* c.p., mentre nelle altre due proposte la fattispecie è intitolata «atti sessuali in assenza di consenso».

Sul piano della condotta tipica e delle aggravanti, nella proposta Boldrini la condotta resta ancorata ai verbi costringere o indurre: l’offesa si realizza quando, in assenza di consenso, l’agente «costringe o induce taluno a compiere o subire atti sessuali».

Dopodiché, al capoverso dello stesso comma viene indicato che risulta sottoposto al medesimo trattamento sanzionatorio anche «chi induce taluno a compiere o subire atti sessuali» con violenza, minaccia o mediante abuso di autorità, abusando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa al momento del fatto, ovvero traendola in inganno per essersi il colpevole sostituito ad altra persona.

Nella proposta Sportiello l’*incipit* cambia prospettiva: ad essere punito è «chiunque compie atti sessuali con una persona che non ha manifestato il proprio consenso». Tuttavia, al capoverso, similmente a quanto accade nella proposta Boldrini, a questa clausola generale viene elencato un elenco tipico di condotte induttive punite con la stessa pena, individuato nell’abuso di autorità, nell’abuso delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa al momento del fatto ovvero traendo in inganno la persona offesa per essersi il colpevole sostituito ad altra persona.

Dopodiché, violenza, minaccia e abuso di autorità³⁸⁵ vengono spostate al di fuori dalla fattispecie base e qualificate come circostanze aggravanti *ad hoc* nel primo comma dell'art. 609 *ter* c.p., mediante l'inserimento di un nuovo n. 01).

Nella proposta Ascari si opta per una struttura intermedia: per un verso è prevista la punizione di «chiunque compie atti sessuali con una persona che non ha manifestato in forma espressa o tacita il proprio consenso»; per altro verso, al capoverso del comma primo, si aggiunge un'elencazione di modalità costrittive o induttive tipiche – le stesse degli odierni commi primo e secondo dell'art. 609 *bis* c.p. – punite con la medesima pena, con l'esclusione di violenza e minaccia che configurano, al comma secondo della disposizione, puntuali circostanze aggravanti.

Tutte e tre le proposte contengono una definizione legislativa di consenso. Nelle proposte Boldrini e Sportiello esso ha un contenuto sostanzialmente sovrapponibile, secondo il quale «per consenso si intende quello espresso quale libera manifestazione della volontà della persona e che rimanga tale e immutato durante l'intero svolgersi dell'atto sessuale. Il consenso deve essere valutato tenendo conto della situazione e del contesto e può essere revocato dalla persona in qualsiasi momento e con ogni forma». L'unica distinzione tra le due proposte sta nel fatto che nella proposta Sportiello si aggiunge che «l'assenza di consenso rileva per tutti gli atti non consensuali indipendentemente dalla relazione tra l'autore del reato e la persona offesa».

Nella proposta Ascari, viceversa, viene sancita una distinzione più estesa e differenziata di consenso. Esso viene definito, anzitutto, come «manifestazione libera, consapevole e inequivocabile della volontà della persona di partecipare all'atto sessuale». La proposta si premura, altresì, di definire il consenso tacito, quale «comportamento inequivocabilmente adesivo della persona, che manifesta una volontà libera e consapevole di partecipare all'atto sessuale». E ancora, la norma specifica che «il consenso deve persistere per tutta la durata dell'atto sessuale e può essere revocato in qualsiasi momento» e che lo stesso non può considerarsi valido se ottenuto «attraverso la coercizione, l'abuso di autorità, la minaccia, l'inganno o approfittando di una condizione di vulnerabilità o di inferiorità fisica o psichica, anche temporanea, della vittima».

Da ultimo, va evidenziato che la pena base della reclusione da sei a dodici resta immutata nelle tre proposte, così come l'attenuante a effetto speciale dei casi di minore gravità.

³⁸⁵ Vi è, rispetto all'abuso di autorità, un'evidente incongruenza, poiché nella proposta esso figura per un verso come modalità tipica della condotta induttiva base – punita, secondo quanto esplicitamente stabilito nella stessa norma, con la pena da 6 a 12 anni – e, per altro verso, come aggravante al n. 01) dell'art. 609 *ter* c.p., con lampante (e verosimilmente accidentale) violazione del divieto di *bis in idem*.

Con riferimento a quest'ultima, nella sola proposta Ascari vengono specificati alcuni criteri espressi per la sua applicazione, relativi alle modalità della condotta e all'intensità della lesione della libertà sessuale.

3.1. *Alcune suggestioni sui punti salienti delle proposte.*

Chiarito il contenuto delle proposte legislative oggi all'esame del Parlamento, può essere utile analizzare i punti maggiormente salienti delle stesse, alla luce I) dell'analisi della giurisprudenza italiana, II) del confronto con le esperienze inglese e spagnola, III) dell'articolato elaborato dall'A.I.P.D.P. nonché, infine, IV) delle osservazioni emerse nel corso delle audizioni parlamentari in merito alla proposta Boldrini.

In primo luogo, per quanto riguarda la rubrica della fattispecie, certamente condivisibili appaiono i rilievi critici³⁸⁶ circa la necessità che la stessa rifletta il contenuto della nuova disposizione, mettendo in primo piano la centralità del consenso. In questo senso, come del resto proposto nei disegni Sportiello e Ascari, una possibile formulazione potrebbe essere «atti sessuali in assenza di consenso».

Sul piano della condotta, poi, risulta anzitutto certamente valida la suggestione di eliminare, dalla formulazione della fattispecie della proposta Boldrini, il riferimento alla costrizione o all'induzione – «chiunque, in assenza di consenso, costringe o induce taluno a compiere o subire atti sessuali». I verbi in parola, come è stato osservato, nel contesto del codice richiamano sempre la violenza e la minaccia, e implicherebbero un serio rischio di condizionare l'interpretazione della nuova fattispecie nel senso di continuare a richiedere degli indici di costrizione per il suo perfezionamento.

Lo stesso ragionamento dev'essere svolto, quindi, in ordine all'elencazione di modalità costrittive e/o induttive tipiche, generalmente riprese dall'attuale formulazione dell'art. 609 *bis* c.p., che ogni disegno di legge riporta al capoverso del primo comma della fattispecie proposta: violenza, minaccia, abuso di autorità, abuso di condizioni di inferiorità e inganno per sostituzione di persona sono tutte ipotesi in cui il consenso della persona offesa o è insussistente o non è stato prestato liberamente, perché coartato o ottenuto con l'inganno – di talché non è valido. Ognuna di queste ipotesi risulta dunque pacificamente riconducibili a quella generale

³⁸⁶ Cfr. GATTA, *Camera dei Deputati – II Commissione – Giustizia. Martedì 28 gennaio 2025 - Audizione nell'ambito dell'esame della proposta di legge C. 1693 Boldrini recante 'Modifica dell'articolo 609-bis del codice penale in materia di violenza sessuale e di libera manifestazione del consenso*, Milano, 2025, reperibile sul sito della Commissione Giustizia.

del compimento di atti sessuali «con una persona che non ha manifestato il proprio consenso»: l'aggiunta di queste modalità tipiche di realizzazione del delitto, oltre a essere superflua, rischia sia di essere fuorviante per i consociati sia di condizionare la futura interpretazione della fattispecie nel senso di richiedere – ancora una volta – indici di costrizione per il suo perfezionamento³⁸⁷.

Circa la proposta di qualificare i suddetti indici di costrizione come circostanze aggravanti, rinvenibile, con diverse configurazioni, sia nell'articolato dell'A.I.P.D.P. sia nelle proposte Sportiello e Ascari, si richiama quanto già espresso relativamente al rischio che l'introduzione di una scala di gravità delle condotte, fondata sulle relative modalità costrittive, potrebbe portare con sé³⁸⁸.

E ancora, sempre sul piano della condotta, per le ragioni già esposte in relazione all'articolato dell'A.I.P.D.P.³⁸⁹, pare condivisibile la scelta operata da tutte e tre le proposte di legge di tenere ferma una fattispecie unica, senza differenziazioni basate sulla presenza o meno di penetrazione, confermando la previsione della circostanza attenuante a effetto speciale per i casi di minore gravità.

Sul piano della modulazione del consenso sembra, poi, riscontrarsi omogeneità tra le proposte nell'orientarsi verso un modello di consenso affermativo temperato.

La questione, in realtà, non appare del tutto univoca³⁹⁰: per un verso, infatti, le proposte Boldrini e Sportiello mutuano buona parte della nozione di consenso dalla Convenzione di Istanbul, che all'art. 36 stabilisce che il consenso deve «essere dato volontariamente, quale libera manifestazione della volontà della persona, e deve essere valutato tenendo conto della situazione e del contesto». Ora, la definizione data dalla Convenzione parrebbe, invero, indicativa di un modello di consenso puro, non essendovi alcun riferimento a modalità espressive dello stesso.

Tuttavia, nella versione di Boldrini e Sportiello, il verbo “dato”, all'incipit della definizione, viene sostituito con il verbo “espresso”: «per consenso si intende quello espresso quale libera manifestazione della volontà della persona [...] deve essere valutato tenendo conto della situazione e del contesto». Ebbene, la scelta di utilizzare il verbo esprimere anziché dare sembra alludere a un modello di consenso affermativo temperato: esprimere, infatti, in

³⁸⁷ In questo senso si è espressa ROSANNA STAGNARO, già sostituita procuratrice presso il Tribunale di Milano, alle audizioni parlamentari al link <https://webtv.camera.it/evento/27172>.

³⁸⁸ Il punto è trattato al Cap IV. § 2.4.

³⁸⁹ Cfr. *supra*, Cap. IV. § 2.2.

³⁹⁰ Nota l'ambiguità della definizione MAZZACUVA, *Audizione informale nell'ambito della proposta di legge C. 1693 Boldrini, recante “Modifica dell'articolo 609-bis del codice penale in materia di violenza sessuale e di libera manifestazione del consenso”*. Il testo del lavoro è reperibile sul sito della Commissione Giustizia.

mancanza di ulteriori specificazioni, sembra potersi riferire tanto all'esteriorizzazione verbale della volontà, quanto a quella desumibile da comportamenti concludenti idonei a rendere il consenso riconoscibile al *partner*.

La proposta Ascari, per altro verso, nella misura in cui prevede che il consenso possa essere espresso o tacito, arrivando persino a richiedere che esso sia inequivocabile, sembra aderire a un modello affermativo "rinforzato", nel senso di un innalzamento della soglia di chiarezza degli indici esterni di consenso – il tutto, tenendo ferma la possibilità che lo stesso venga espresso attraverso comportamenti concludenti; non arrivando, quindi, alla rigidità del consenso affermativo "classico", che ammette solo espressioni verbali.

Ora, sono diverse le ragioni per cui la scelta di optare per un modello affermativo temperato, in luogo del paradigma consensualistico puro (come quello proposto dall'A.I.P.D.P.), potrebbe essere condivisibile. In primo luogo, perché essa ancora la tipicità della fattispecie ad elementi oggettivamente riscontrabili dall'esterno (parole o fatti concludenti), e non all'atteggiamento psichico della persona offesa: in questo modo, la regola di condotta diventa più determinabile *ex ante* e l'accertamento giudiziale più verificabile. Inoltre, come si è avuto modo di analizzare, il modello affermativo temperato contiene l'argomento dell'errore di fatto, configurabile soltanto qualora l'agente abbia equivocato il significato del comportamento del soggetto passivo. Si riduce, così, il rischio di "premiare" difese incentrate su convinzioni personali irragionevoli benché potenzialmente genuine, tipico del modello puro.

Questa soluzione intermedia tra rigido consenso affermativo e consenso puro realizza, peraltro, un contemperamento tra l'istanza di tutela dell'autodeterminazione sessuale e la necessità di evitare di ritualizzare eccessivamente i rapporti.

Ultima, ma non meno importante ragione per aderire a un modello "intermedio" di questo tipo è da individuarsi nel fatto che, come visto, le ultime punte degli orientamenti della Cassazione in tema di violenza sessuale e consenso approdino, sostanzialmente, proprio a un modello affermativo temperato: in questa prospettiva, il legislatore non dovrebbe fare altro che cristallizzare quella che è una prassi interpretativa già ampiamente consolidata.

Ogni proposta, come visto, aggiunge specificazioni che completano il fulcro della definizione. Così, sia Boldrini sia Sportiello ricordano che il consenso deve permanere per l'intera durata dell'attività sessuale, potendo essere revocato in qualsiasi momento e in qualsiasi modo.

La proposta Sportiello, inoltre, si premura di specificare che «l'assenza di consenso rileva per tutti gli atti non consensuali indipendentemente dalla relazione tra l'autore del reato

e la persona offesa». Sebbene si tratti di specificazioni apparentemente superflue, esse sono pensate proprio per combattere stereotipi tutt'oggi ancora molto diffusi nella nostra società, tra cui si annoverano certamente l'idea che nell'ambito di una relazione sentimentale i rapporti sessuali siano dovuti e la convinzione che un iniziale consenso – dato, per esempio, con un bacio – giustifichi il compimento di qualsiasi atto sessuale successivo.

In questa prospettiva, l'introduzione dei suddetti chiarimenti potrebbe essere utile nell'ottica dell'orientamento culturale dei consociati, funzione certamente non estranea al diritto penale³⁹¹.

Superflua e possibilmente fuorviante, viceversa, appare la puntualizzazione per cui «non si considera consenso valido quello ottenuto attraverso la coercizione, l'abuso di autorità, la minaccia, l'inganno o approfittando di una condizione di vulnerabilità o di inferiorità fisica o psichica, anche temporanea, della vittima»: come già argomentato poc'anzi, riproporre l'elenco delle condotte oggi previste dall'art. 609 *bis* c.p., lungi dal garantire maggior forza alla nozione di consenso, rischia concretamente di portare all'effetto opposto, vale a dire a interpretazioni restrittive che riconoscono l'assenza di consenso solo in presenza di indici di costrizione o induzione del tipo di quelli elencati.

Infine, un condivisibile suggerimento, proveniente dall'esperienza concreta della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, è relativo all'introduzione del concetto di validità del consenso nell'ambito della norma definitoria: si tratta, a ben vedere, di una specificazione fondamentale, che consente di escludere in radice ogni dubbio sulla rilevanza penale di un'ampia casistica caratterizzata dall'espressione di consensi viziati – si pensi, tra gli altri, al caso delle giovani ragazze che acconsentono ad attività sessuali perché sotto l'effetto di alcol e stupefacenti.

Sebbene la definizione proposta dai disegni di legge Boldrini e Sportiello faccia riferimento al consenso quale «libera manifestazione della volontà della persona» – e ben si potrebbe, dunque, sostenere che in queste ipotesi il consenso non sia liberamente espresso –, non è difficile immaginare argomentazioni difensive che muovono dall'assunto che il consenso prestato in stato di alterazione, non essendovi stata coercizione di alcun tipo, sia un consenso comunque manifestato liberamente, di talché idoneo ad escludere la tipicità del fatto. Viceversa, specificando che il consenso dev'essere, oltre che libero, anche validamente dato, si troncherebbero sul nascere suggestioni difensive di colpevolizzazione delle vittime di questo tipo.

³⁹¹ Di quest'avviso, fra gli altri, PECORELLA, *Violenza di genere*, cit. 1185.

Le proposte di legge analizzate non prendono posizione sulla questione dell'errore evitabile sul consenso. La scelta potrebbe risultare problematica perché, come già visto, potenzialmente foriera – sebbene in misura certamente ridotta rispetto al modello consensualistico puro – di indesiderate pronunce assolutorie pur a fronte di fatti muniti di significativo disvalore e certamente meritevoli di sanzione penale. In questa prospettiva, una soluzione alternativa potrebbe essere quella – già suggerita *supra*³⁹² – di ancorare la scusabilità dell'errore a parametri di ragionevolezza, alla stregua del modello inglese.

Sul piano del diritto intertemporale, va evidenziato che, realizzando la norma un ampliamento dell'area del penalmente rilevante, le modifiche varrebbero solo per il futuro. Inoltre, non avendo nessuna delle proposte in esame optato per una revisione della cornice edittale della fattispecie, non si porrebbe il rischio dell'indesiderata retroattività favorevole della norma novellata.

³⁹² Il rinvio è al Cap IV. § 2.3.3.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

La riforma della disciplina italiana sulla violenza sessuale non è più rinviabile. Essa rappresenta, anzitutto un impegno convenzionale: l'art. 36 della Convenzione di Istanbul impone agli Stati membri di incentrare il disvalore della fattispecie di violenza sessuale sull'assenza di consenso.

L'attuale formulazione dell'art. 609-bis c.p., incentrata sulle condotte variegata di costrizione e induzione, pone in capo alla vittima un inaccettabile onere di resistenza agli atti sessuali, in assenza della quale la violenza subita non potrà acquisire rilevanza penale, e risulta pertanto del tutto disallineata rispetto al consolidato mutamento della sensibilità sociale sulla libertà sessuale.

Proprio per compensare questa asimmetria, la giurisprudenza di legittimità ha progressivamente spostato il baricentro della fattispecie sull'assenza di consenso, finendo per accogliere un modello di consenso affermativo temperato. Una soluzione che, tuttavia, non può più dirsi sufficiente, in primo luogo, perché lo impone la Convenzione di Istanbul, in secondo luogo, perché non sono poche le sentenze di merito che si discostano dall'orientamento nomofilattico e, infine, perché diverse sono le voci che censurano una violazione del principio di legalità.

Tra i modelli analizzati, allora, va ribadito che la soluzione preferibile deve essere individuata nel sistema del consenso affermativo temperato, capace di contemperare istanze di tutela dell'autodeterminazione sessuale ed esigenze di non ritualizzazione dei rapporti, ponendosi, inoltre, in linea di continuità con le più recenti pronunce della Suprema Corte.

In conclusione, però, occorre ricordare che una riforma legislativa non può essere, da sola, sufficiente a fronteggiare efficacemente un fenomeno come quello della violenza sessuale, che affonda le proprie radici in secoli di pregiudizi e stereotipi nei confronti delle donne. Senza un cambiamento culturale profondo, la nuova disciplina rischia di restare lettera morta o di essere piegata da prassi interpretative che continuano a guardare al passato.

Lo ricorda il Preambolo della Convenzione di Istanbul, che qualifica la violenza contro le donne come «manifestazione di rapporti di forza storicamente diseguali», ne sottolinea la «natura strutturale, in quanto violenza basata sul genere» e individua nel raggiungimento di un'«uguaglianza di genere de jure e de facto» la chiave per realizzare una prevenzione realmente efficace.

Da questa premessa discende la necessità di un'azione integrata: politiche «efficaci, globali e coordinate», formazione continua degli operatori della giustizia e delle forze

dell'ordine, protocolli condivisi tra sanità, servizi sociali e procure, raccolta dati e monitoraggio degli esiti. Al tempo stesso, la Convenzione insiste su un investimento educativo stabile: promozione della parità di genere e sradicamento di ruoli stereotipati, a partire dalle famiglie e dalle istituzioni scolastiche.

Il punto di partenza per una lotta efficace alla violenza sessuale (così come a ogni forma di violenza di genere) è un profondo cambiamento culturale, che coinvolga sia gli operatori del diritto che la società tutta.

BIBLIOGRAFIA

DOTTRINA

ADLER, *The impact of rape law reform: The application of the Sexual Offences (Amendment) Act 1976*, Bedford College, 1985

AGUSTINA, *Sobre la reforma de los delitos sexuales: de la confusión típica a la problemática discrecionalidad judicial y al desorden valorativo en el sistema de penas*, in *Comentarios a la ley del «solo sí es sí». Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Atelier, 2023.

ACALE SÁNCHEZ, *La garantía integral de la libertad sexual en la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre*, in *Notas de Actualidad*, nº 1/2022, Universitat de Barcelona, 2022.

ALEXANDER, *Twenty Years of Morgan: A Criticism of the Subjectivist View of Mens Rea and Rape in Great Britain*, in *Pace International Law Review*, in *Pace Int'l L. Rev.*, 207, 7,1995, 207

ÁLVAREZ GARCÍA, *La libertad sexual en peligro*, in *Diario La Ley*, nº 10007, 2022, 5.

ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale*¹⁶, Milano, 2016

ASHWORTH, *Rape: consent – intoxication*, in *Crim. L.R.*, 2007, 900

BALBI, *Tutela della libertà e dignità sessuale*, in *Diritto penale. Parte speciale*², a cura di PULITANÒ, I, TORINO, 2014

BALBI, *Violenza sessuale*, in *Enc. Giur., Agg.*, VII, Roma, 1999

BALBI, *I reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale in una prospettiva di riforma*, in *Sistema penale*, 2020

BALBI, *Legem et iustitiam facere. La giurisprudenza e il delitto di violenza sessuale*, in *La Legislazione Penale*, 2023, pp. 28; PELLINI, *Violenza sessuale: la Corte di Cassazione conferma la scelta del modello del consenso affermativo*, 2025, reperibile al link: <https://www.giurisprudenzapenale.com/2025/04/01/violenza-sessuale-la-corte-di-cassazione-conferma-la-scelta-del-modello-del-consenso-affermativo/>.

BERTOLINO, *I reati contro la libertà sessuale tra codice e riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1464

BERTOLINO, *Libertà sessuale e blue-jeans*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 694

BERTOLINO, *Spigolature a margine del seminario “La riforma dei reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale”*, in *La riforma dei delitti contro la persona. Proposte dei gruppi*

di lavoro dell'AIPDP. *Atti dei seminari di discussione in collaborazione con il DiPLaP*, Edizioni DiPLaP, Roma, 2023, 359 ss.

BLACKSTONE, *Commentaries of The Laws of England*, IV, London, 1769

BIAGGIONI, *Consenso e tipizzazione delle condotte nei reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale tra esigenze reali e stereotipi*, in *Osservatorio sulla violenza contro le donne n. 1/2020*, in *Sistema penale*, 2020

BIAGGIONI, *Reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale, tra esigenze reali e stereotipi*, in *Donne e violenza stereotipi culturali e prassi giudiziarie*, a cura di PECORELLA, Torino, 2021, 55

CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale dettato nella R. Università di Pisa, Parte Speciale*³, II, Lucca, 1873

CADOPPI, *Sub art. 3 L. 15 febbraio 1996, n. 66*, in *Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*², a cura di CADOPPI, Padova, 1999, 25

CALETTI, *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali. Profili storici, comparati e di diritto vivente*, 2024, liberamente accessibile su DisCrimen, 242

CAREY, NORRIS, DURNEY, SHEPARDSON, CAREY, *Mental health consequences of sexual assault among first-year college women*, in *Journal of American College Health*, vol. 66, n. 6, agosto-settembre 2018, pp. 480–486, doi:10.1080/07448481.2018.1431915

CAZZETTA, “*Colpevole del consentire*”. *Dallo stupro alla violenza sessuale nella penalistica dell'Ottocento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, 424

CERQUA, *Considerazioni in tema di violenza carnale*, in *Giur. merito*, 1984, 135

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

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Dictamen sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, 25 novembre 2020, reperibile al link: https://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_14/spl

CONSEJO FISCAL, *Informe del Consejo Fiscal sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, 2 febbraio 2021, reperibile al link: <https://www.fiscal.es/documents/20142/00f8336e0-c5dc-8535-b3da-ffbf8fcbb83a>

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, 25 febbraio 2021, reperibile al link: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-anteproyecto-de-Ley-Organica-de-Garantia-Integral-de-la-Libertad-Sexual>.

DELL'OSSO, *nota a Cass. Pen. 13 ottobre 2010 n. 43295 e Cass. Pen. 22 febbraio 2010 n. 4974* in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 1718

DE SIMONE, *Violenza (dir. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, 1993, 881

DI PINTO, *“Amore per forza” e diritto penale: dalla violenza carnale alla violenza sessuale*, in *Osservatorio penale*, 2014

DÍAZ GARCÍA CONLLEDO – TRAPERO BARREALES, *La nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual: ¿la vuelta al Código Penal de la Manada?*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, 5 settembre 2023.

DUBBER, HÖRNLE, *Comparative Criminal Law*, in *The Oxford Handbook of Criminal Law*¹, Oxford, 2014, 47, II, *The legal barrier: common law vs. civil law approaches to legal reasoning*

ELLIOTT, DE THAN, *The Case for a Rational Reconstruction of Consent in Criminal Law*, *Mod. L. Rev.*, 70, 2, 2007, 225

FARALDO CABANA, *Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género*, *Revista Penal*, nº 17, 2006

FARALDO CABANA, *“Solo sí es sí”*: hacia un modelo comunicativo del consentimiento en el delito de violación, in *Reformas penales en la Península Ibérica: ¿A “jangada de pedra”?*, Editorial BOE, 2021, 270

FARR, *Elements of Medical Jurisprudence*, Londra, 1814

FIANDACA, *Violenza sessuale*, in *Enciclopedia del diritto*, 1993, 953

FIANDACA, *La rilevanza penale del “bacio” tra anatomia e cultura*, in *Foro.it.*, 2, 1998, 505

FIANDACA, *Violenza sessuale*, in *Enciclopedia del diritto*, 2000, 1153

FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*³, Bologna, 2002, II, I

FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*², II, I, Bologna, 2007

FIELD, *Rape*, in *Westlaw UK*, 2020

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *circular n. 1/2023*,

GIULIANI, *Istituzioni di diritto criminale col commento della legislazione gregoriana*², I, Macerata, 1840

GARCÍA VIDALES, *Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual: breve comentario panorámico de una norma que aspira a ser transformadora*, reperibile al link: <https://blog.sepin.es/2022/09/ley-garantia-integral-libertad-sexual>

GATTA, *Camera dei Deputati – II Commissione – Giustizia. Martedì 28 gennaio 2025 - Audizione nell'ambito dell'esame della proposta di legge C. 1693 Boldrini recante 'Modifica dell'articolo 609-bis del codice penale in materia di violenza sessuale e di libera manifestazione del consenso*, Milano, 2025, reperibile sul sito della Commissione Giustizia.

GAVILÁN RUBIO, *Agresión sexual y abuso con prevalimiento: análisis de la reciente jurisprudencia*, in *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, n° 12, 2018, 89.

GARDNER, *Appreciating Olugboja*, in *Leg. Stud.*, 16, 3, 1996, 275

GARDNER, SHUTE, *The Wrongness of Rape*, in *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford 2000, 193

GEIS, *Lord Hale, Witches, and Rape*, in *British Journal of Law and Society*, 5,1 1978, 26

GIMBERNAT ORDEIG, *Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código Penal español; con especial referencia a la violación intimidatoria*, in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 22, fasc. 3, 1969, 489 ss.

GREVIO, *Rapporto di valutazione (di base) sull'Italia*, 13 gennaio 2020, con nota di CARDINALE, *Il rapporto del GREVIO sull'applicazione in Italia della Convenzione di Istanbul: il lavoro ancora da fare*, in *Criminal Justice Network*, 2021

HALE, *Historia Placitorum Coronae*, Londra, 1736

HAWKINS, *A Treatise of the Pleas of the Crown*, I, London, 1716

HERRING, *Criminal law, text, Cases and Materials*⁸, Oxford, 2018

IGAREDA, *Las controversias sobre la Ley del "Sí es sí" sobre violencia sexual*, in *Política Criminal*, vol. 18, n° 36, dicembre 2023, art. 3, 572 ss

KEANE, MCKEOWN, *The Modern Law of Evidence*¹³, Oxford, 2020

KEILER, ROEF, *Comparative Concepts of Criminal Law*³, Cambridge, 2019

LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los nuevos delitos sexuales: indiferenciación y consentimiento*, in *Comentarios a la ley del «solo sí es sí»: Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, Atelier, Barcellona, 2023, pp. 51 ss

LEAHY, *The Corroboration Warning in Sexual Offence Trials: Final Vestige of the Historic Suspicion of Sexual Offence Complainants or a Necessary Protection for Defendants?*, in *E&P*, 18,1, 2014, 41

LEGRAND, *Rape and rape laws; sexism in society and law*, in *Cal. L. Rev.*, 61, 3, 1973, 919

LEVANON, *Sexual History Evidence in Cases of Sexual Assault: A Critical Re-Evaluation*, in *U Chicago L Rev*, 62,4, 2012, 609

LLORIA GARCÍA, *El gatopardismo y la reforma del “solo sí es sí”*, in *Diario del Derecho (Iustel)*, 2023, reperibile al link: https://www.iustel.com/diario-del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1230334.

MACFARLANE, *Historical development of the offence of rape*, in *100 years of the criminal code in Canada; essays commemorating the centenary of the Canadian criminal code*, Canada, 1993

MANTOVANI, *Diritto penale, parte speciale*⁴, I, Padova, 2011

MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, VI, Torino, 1915

MARTÍNEZ, *Los delitos contra la libertad sexual desde la perspectiva de género*, in *Anuario de Derecho Penal* (n° 1999-2000), 2000

MAUGERI, *Osservazioni sulle proposte in materia di reati sessualmente connotati del gruppo di lavoro dell’AIPDP*, in *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, Roma, 2023, 374 ss.

MAZZACUVA, *Audizione informale nell’ambito della proposta di legge C. 1693 Boldrini, recante “Modifica dell’articolo 609-bis del codice penale in materia di violenza sessuale e di libera manifestazione del consenso”*. Il testo del lavoro è reperibile sul sito della Commissione Giustizia.

MCGLYNN, *Rape Trials and Sexual History Evidence*, in *J. Crim. Law*, 81, 5, 2017, 367

MERENDA, *La “ley del solo sí es sí”: la controversa riforma dei delitti contro la libertà sessuale nell’ordinamento spagnolo. Spunti per il legislatore italiano?*, in *Archivio Penale*, 2024;

MOCCIA, *Il sistema delle circostanze e le fattispecie qualificate nella riforma del diritto penale sessuale (l.15 febbraio 1996 n.66): un esempio paradigmatico di sciatteria legislativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 395

MOONEY, *When a Woman Needs to be Seen, Heard and Written as a Woman: Rape, Law and an Argument Against Gender Neutral Language*, in *Int. J. Semiot. Law*, 19, 1, 2006, 39

MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 21^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019

MURRAY, BEATTIE, *Conditional consent and sexual offences: revisiting the Sexual Offences Act 2003 after ‘Lawrance’*, in *Crim L. R.*, 7, 2021, 556

NEPI, *Il problema del consenso femminile riflessione a partire dall’evoluzione nella disciplina dello stupro*, in *Violenza sessuale e soggettività sessuata*, Torino, 2017

PADOVANI, *Violenza carnale e tutela della libertà*, in *Riv. it. dir. proc. pen*, 1989, 1301

PECORELLA, *Violenza di genere e sistema penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2019, 1181

PITTARO, *I reati contro la libertà sessuale tra codice e riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1464

POWER, *Towards a Redefinition of the Mens Rea of Rape*, in *Oxf. J. Leg. Stud.* 23, 3, 2003, 379

ROMANO, *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, Padova, 2013

ROMANO, *Proposte di riforma nei delitti contro la sfera sessuale della persona*, in *Dir. pen. cont.*, 2018

RUMNEY, *Gender Neutrality, Rape and Trial Talk*, in *Int. J. Semiot. Law* 21, 2008, 139

SÁNCHEZ, *Sucesión de normas penales y revisión de sentencias. Superando los desafíos planteados por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre de garantía integral de la libertad sexual*, in *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, n° 9, 2024, 93-122.

TEMKIN, *Towards a Modern Law of Rape*, in *Mod. L. Rev.*, 45, 4, 1982, 399

TEMKIN, *Rape and the Legal Process*², Oxford, 2002

TEMKIN, ASHWORTH, *The Sexual Offences Act 2003: (1) Rape, sexual assaults and the problems of consent*, in *Crim. L.R.* 2004, 328

TEMKIN, KRAHÉ, *Sexual Assault and the Justice Gap: A Question of Attitude*, Oxford, Portland, 2008, 144

UHNOO, ERIXON, BLADINI, *The wave of consent-based rape laws in Europe*, in *International Journal of Law, Crime and Justice*, vol. 77, 2024

VITARELLI, *Violenza contro le donne e bulimia repressiva*, in *Sistema Penale*, 2020

WALLERSTEIN, *'A drunken consent is still consent' – Or is it? A Critical Analysis of the Law on a Drunken Consent to Sex Following Bree*, in *J. Crim. Law*, 73, 4, 2009, 333

GIURISPRUDENZA

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

Corte E.D.U. Talpis c. Italia 2017

Corte E.D.U. J.L. c. Italia 2021

Corte Costituzionale

Corte cost. 19 dicembre 1968, n. 126

Corte cost. 3 dicembre 1969, n. 147

Corte. cost. 22 giugno 2005, n. 325

Corte di Cassazione

Cass. pen., 20 febbraio 1967, n. 254

Cass. pen., 18 marzo 1971, n. 572

Cass. pen. 16 febbraio 1976, in *Cass. pen.*, 1978, 72

Cass. pen., 9 aprile 1976 n. 3778

Cass. pen., 21 gennaio 1985, in *Cass. pen.* 1986, 29

Cass. pen. 16 novembre 1988, in *Riv. pen.* 1990, 565

Cass. pen., 10 dicembre 1990, in *Cass. pen.*, 1992, 1244

Cass. pen., 27 aprile 1998, in *Foro.it.*, 1998, II, 510

Cass. pen., 6 novembre 1998, n. 1636

Cass. pen., 30 marzo 2000, n. 1405

Cass. pen., 24 novembre 2000, n. 3990

Cass. pen., 14 dicembre 2001, n. 6010

Cass pen., 19 giugno 2002, n. 32513

Cass. pen., 22 febbraio 2010 n. 4974

Cass. pen., 13 ottobre 2010 n. 43295

Cass. pen., 23 maggio 2013, n. 29725

Cass. pen., 1 luglio 2014, n. 39445

Cass. pen., 3 febbraio 2015, n. 4927

Cass. pen., 17 febbraio 2015, n. 39865

Cass. pen., 9 marzo 2016, n. 49597
Cass. pen., 8 maggio 2017 n. 22127
Cass. pen. 19 giugno 2018, n. 52835
Cass. pen. 19 giugno 2018, n. 52399
Cass. pen. 11 dicembre 2018, n. 15010
Cass. pen. 29 aprile 2019 n. 17676
Cass. pen. 23 maggio 2019, n. 30407
Cass. pen., 15 ottobre 2019, n. 42118
Cass. pen., 18 dicembre 2019, n. 8337
Cass. pen., 6 febbraio 2020, n. 10384
Cass. SS.UU., 16 luglio 2020 n. 27326
Cass. pen., 8 settembre 2020, n. 25266
Cass. pen., 14 ottobre 2020, n. 6520
Cass. pen. 23 ottobre 2020, n. 3224
Cass. pen., 23 ottobre 2020, n. 3224
Cass. pen., 29 ottobre 2020, n. 36901
Cass. pen., 19 maggio 2021, n. 34582
Cass. pen., 10 maggio 2023, n. 19599
Cass. pen. 20 giugno 2023, n. 26497
Cass. pen. 26 luglio 2023, n. 32447
Cass. pen., 3 settembre 2024, n. 33342
Cass. pen., 22 novembre 2024, n. 42821
Cass. pen., 30 dicembre 2024 n. 47582
Cass. pen. 12 febbraio 2025, n. 5688

Corti d'Appello

App. Milano 18 maggio 1981, in *Riv. it. med. leg.*, 1981, 1094

App. Napoli 21 ottobre 2020, n. 6260

Tribunali

Trib. Bolzano 30 giugno 1982, in *Giur. merito*, 1984, 135

Trib. Milano 22 luglio 2016, n. 7049

Trib. Milano 24 luglio 2016, n. 6766

Tribunal Supremo

STS (Sala de lo Penal), 3 ottobre 1997, rec. n. 507/1996

STS del 14 settembre 2001, n. 1518

STS (Sala de lo Penal), 8 novembre 2006, RJ 2006/398

STS (Sala de lo Penal), 8 febbraio 2007, n. 136/2006

STS del 30 di dicembre 2009, n. 1397

STS del 10 dicembre 2014, n. 834

STS del 14 luglio 2016, n. 630

STS (Pleno, Sala de lo Penal), 8 maggio 2017, n. 324/2017

STSJ Navarra del 30 novembre 2018, n. 8/2018

STS (Sala de lo Penal), 4 luglio 2019, n. 344/2019

STS (Sala de lo Penal), 1 dicembre 2021, n. 935/2021

STS 29 de junio de 2023, n. 523

Audiencia Provincial

Audiencia Provincial de Navarra, Sentenza del 26 aprile 2018, n. 38.

Supreme Courts

DPP v Morgan [1975] 2 All E.R. 347

S. v H. M. Advocate [1989]

R v R, [1991] 1 All ER 747 1991

Courts of Appeal

R v Camplin [1845] Cox CC, I, 220

R v Case [1850] 4 Cox CC 220

R v Fletcher [1859] 8 Cox CC, 131

R v Barrow [1868] LR 1 CCR 156, 38 LJMC 20

R v Flattery [1877] 13 Cox CC 388

R v Young [1878] 14 Cox CC 114, 38 LT 540

R v Dee [1884] 15 Cox CC 579

R v Clarence [1886–90] All ER Rep 133

R v Riley [1887] 18 QBD 481

R v Williams [1922] All ER Rep 433

R v Clarke [1949] 2 All ER 448

R v Henry and Manning [1968] 53 Cr. App. R.

R v Olugboja [1982] QB 320, [1981] 3 All ER 443

R v Makanjuola; R v Easton [1995] 3 All ER 730

R v Green [2002] EWCA Crim 1501

R v Bree [2007] 2 All ER 676

R v Jheeta [2007] All ER (D) 394

R v Doyle [2010] WL 20028

R v Braham [2013] EWCA Crim 3 [2013] 1 Cr App Rep 481

R (F) v Director of Public Prosecutions, [2014] QB 581

R v Lawrence [2020] EWCA Crim 971

Courts of First Instance

R. v Adkins Old Bailey Proceedings, sessions ending September 18, 1751 (No. 532)

R v Rudland [1865] 4 F & F 495, 176 ER 661

R v Cockcroft [1870] 11 Cox CC 410

R v Mayers [1872] 12 Cox CC 311

Assange v Swedish Prosecution Authority [2011] EWHC 2849 (Admin)

R (Monica) v Director of Public Prosecutions [2019] QB 1019