

Introduzione

*“La violenza comincia dove non c’è il consenso, non è la violenza quella che rivela la mancanza del consenso, è la mancanza di consenso ciò che definisce la relazione sessuale come violenta”*¹.

Sebbene tale affermazione risalga al 1998, l’evoluzione normativa in materia di reati sessuali ha incontrato nel tempo rilevanti difficoltà nel riconoscere l’elemento del consenso come parte essenziale della fattispecie tipica, e finalmente, proprio mentre si sta scrivendo, è in atto la discussione su un nuovo testo dell’articolo 609 bis codice penale, che introduce la manifestazione di consenso come elemento essenziale esplicito della fattispecie.

Prima di questa proposta di legge, però, fin dalle prime codificazioni, e dunque dal Codice Zanardelli fino alla riforma introdotta con la Legge 15 febbraio 1996 n.66 “Norme contro la violenza sessuale”, la condotta penalmente rilevante veniva individuata valorizzando aspetti riconducibili alla sfera della sessualità umana, comprendendo *“tutte quelle manifestazioni legate al sesso che danno luogo a comportamenti propri della vita sessuale di ciascun individuo”*², e prevedendo quali modalità esecutive la violenza o la minaccia. Tali condizioni costituivano gli elementi essenziali del delitto di violenza sessuale, necessari ai fini della sua configurazione, con la conseguenza che la violenza sessuale è stata tradizionalmente strutturata come un reato a condotta vincolata, nel quale non veniva riconosciuto adeguato rilievo al profilo più significativo, cioè alla manifestazione di volontà della persona coinvolta. Appare dunque paradossale che, pur essendo la libertà di autodeterminazione sessuale il bene giuridico tutelato dalla norma, la presenza o l’assenza del consenso non fosse annoverata tra gli elementi costitutivi del fatto tipico.

¹ T. PITCH, *Violencia sexual*, in T. PITCH, *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Trotta, Madrid, 2003.

² V. MUSACCHIO, *Il delitto di violenza sessuale (Art.609-bis c.p.)*, CEDAM, Padova, 1999, pag.9.

In origine, l'approccio interpretativo dominante era condizionato dallo stereotipo della "*vis grata puellae*"³, e cioè "*la violenza è gradita alla fanciulla*", locuzione che esprimeva l'idea, profondamente radicata nel costume sociale e nella mentalità dell'epoca, secondo cui la donna, soggetto statisticamente più esposto ai reati sessuali, dovesse manifestare contrarietà al rapporto non perché realmente dissenziente, ma quale comportamento imposto da convenzioni morali che richiedevano riservatezza, modestia e castità alla donna stessa. Tale impostazione, frutto di una cultura patriarcale che attribuiva alla donna un ruolo subordinato e principalmente volto alla tutela dell'onore familiare, generava una presunzione sociale secondo la quale l'opposizione iniziale al rapporto sessuale costituiva una sorta di rituale comportamentale, più che un'autentica manifestazione di volontà. In questo quadro, il dissenso veniva riconosciuto solo quando espresso attraverso una resistenza energica, fisicamente incisiva e continuata, reputata l'unica modalità idonea a rendere effettiva la volontà contraria della persona offesa, ritenendo che "*si ravvisa la violenza nei soli casi di tenace resistenza della vittima*"⁴, e che tale resistenza, per essere ritenuta credibile, dovesse essere possibilmente accompagnata da lesioni esteriori, così da offrire una prova tangibile del rifiuto. Ne derivava una concezione fortemente limitata della libertà sessuale, poiché solo la contrapposizione fisica era considerata giuridicamente rilevante, mentre ad ogni altra forma di dissenso non veniva attribuita rilevanza. La conseguenza di tale linea di pensiero fu un'evidente marginalizzazione delle esperienze concrete delle persone offese, le cui reazioni all'aggressione, spesso influenzate da *shock*, paura, paralisi emotiva o strategie di sopravvivenza, non trovavano né riconoscimento né tutela adeguata all'interno dell'interpretazione normativa tradizionale, ignorando la concreta fenomenologia delle aggressioni sessuali, dove è frequente che la vittima reagisca con il cosiddetto *freezing*, uno stato di immobilità dovuto al trauma e alla paura di subire ulteriori violenze, ed è paradossale come proprio la reazione ritenuta più naturale, coerente e fisiologica in

³ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte Speciale I. Delitti contro la persona. VII edizione*, Wolter Kluwer, CEDAM, 2019 pag.445, affermando che "il reato si ravvisa solo nella violenza reale esercitata su persona ben determinata a resistere con tutti i mezzi consentiti dalle sue condizioni fisiche o psichiche".

⁴ F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte Speciale. I. Delitti contro la persona. VII Edizione*, Wolters Kluwer, CEDAM, 2019, pag.445.

questi casi, risultava la meno riconosciuta dal diritto. A ciò si aggiungeva la struttura gerarchica della società dell'epoca, caratterizzata da un marcato patriarcato, dove l'uomo deteneva una posizione di predominio, non solo economico e giuridico, ma anche morale e simbolico, mentre alla donna veniva attribuito un ruolo subordinato, definito in funzione dei valori della modestia, della decenza e della protezione dell'onore familiare, ed era relegata a pochi ruoli imposti dall'uomo stesso: il ruolo di figlia, moglie e madre. Tale concezione, profondamente radicata nella cultura sociale e giuridica del tempo, comportava che la condotta sessuale femminile fosse costantemente valutata alla luce di parametri morali rigidi e spesso irrealistici, gravando le donne dell'onere di preservare la rispettabilità propria e del nucleo familiare anche di fronte ad atti subiti contro la loro volontà. In questo quadro, perfino nel caso di aggressioni sessuali, alla donna si chiedeva di opporsi con forza, di manifestare un dissenso evidente e inequivocabile, e di resistere con ogni mezzo, quasi a dimostrare pubblicamente la propria virtù e integrità morale. La mancata resistenza, spesso dovuta alla paura, allo *shock* o alla consapevolezza dell'inutilità della lotta, veniva interpretata come un comportamento ambiguo o addirittura come un implicito assenso, con la conseguenza paradossale di spostare sulla vittima il peso della prova della propria non volontà all'atto sessuale, dove la valutazione giuridica del dissenso era strettamente condizionata da queste aspettative sociali, per cui la libertà sessuale femminile non veniva riconosciuta come diritto autonomo, ma era subordinata al dovere di dimostrare attivamente e fisicamente la propria contrarietà. In questo modo, il sistema finiva per legittimare, seppur indirettamente, una visione distorta delle dinamiche di violenza sessuale, ignorando la complessità delle reazioni psicologiche delle vittime e rafforzando stereotipi che avrebbero continuato ad influenzare dottrina e giurisprudenza per molti decenni.

Nonostante questa struttura della società sarà la base negli anni avvenire, e purtroppo ancora oggi ne subiamo alcuni riflessi, il Codice Rocco introdusse una novità, e cioè il concetto di libertà sessuale, comunque tutelata come "*riflesso del superiore interesse*

*della morale pubblica*⁵ e non quale diritto primario dell'individuo. Si trattò, pertanto, di un'evoluzione più dichiarata che reale, posto che la tutela della libertà sessuale restava subordinata a interessi di carattere collettivo, rappresentando, però, un passo in avanti, uno spostamento del nucleo della norma, dove, almeno in apparenza, ad essere tutelato non era più l'onore della famiglia o la morale pubblica, ma un bene individuale.

In questo contesto si colloca la riforma attuata con la Legge 15 febbraio 1996 n.66 "Norme contro la violenza sessuale". A un primo sguardo, essa sembra offrire una risposta efficace alle esigenze di tutela delle vittime di violenza sessuale; tuttavia, un'analisi più attenta evidenzia come molte criticità siano rimaste irrisolte.

Uno dei principali meriti attribuiti alla riforma consiste nell'aver eliminato la distinzione tra congiunzione carnale e atti di libidine violenti, ricomprendendoli nella nozione unitaria di atti sessuali, scelta legislativa che ha rappresentato un evidente superamento della precedente impostazione, che attribuiva rilievo preponderante alla tipologia dell'atto piuttosto che alla violazione della libertà sessuale della persona offesa. Infatti, attraverso l'unificazione delle condotte, il legislatore del 1996 ha inteso porre al centro la lesione dell'autodeterminazione sessuale, evitando che la gravità del fatto venisse valutata in base alla natura dell'atto compiuto; nonostante questo avanzamento concettuale, la nuova formulazione ha generato difficoltà interpretative significative nel definire i confini dell'atto sessuale, dove l'interprete si è chiesto se esso debba riguardare solo gli organi genitali o anche le zone erogene, se comprenda qualunque forma di penetrazione o anche atti di mera libidine, e, più in generale, se sia sufficiente che l'atto sia idoneo a ledere la libertà sessuale della vittima o se sia necessario un concreto coinvolgimento della sfera corporea considerata socialmente o culturalmente connessa alla sessualità. Tale attività interpretativa ha inevitabilmente condotto ad un acceso dibattito dottrinale e giurisprudenziale, poiché una nozione troppo ampia rischierebbe di compromettere i principi di tassatività e determinatezza della norma penale, mentre una nozione eccessivamente ristretta finirebbe per non

⁵ T. PADOVANI, *Commento pre-art.609-bis c.p. (artt. 1 e 2 l.15.2.1996, n.66)*, in A. CADOPPI, *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, CEDAM, Padova, 2006, pag.4.

garantire adeguata tutela alle molteplici manifestazioni della condotta sessuale invasiva. Inoltre, pur avendo la riforma inteso superare il fenomeno della vittimizzazione secondaria, la previsione all'ultimo comma dell'articolo 609 bis codice penale dei casi di minore gravità rende necessaria un'analisi minuziosa e spesso invasiva delle modalità dell'atto, costringendo la vittima a rivivere l'evento traumatico, proprio a causa delle domande intime e approfondite che le verrebbero poste, talvolta percepite dalla persona offesa come intrusione o messa in discussione della sua credibilità.

Un ulteriore limite della riforma consiste nel mantenimento, come elementi costitutivi della fattispecie, della violenza, della minaccia e dell'abuso di autorità. Tale scelta legislativa, sebbene in linea con la tradizione codicistica precedente, ha impedito un completo rinnovamento della disciplina, conservando un modello di reato che individua la lesione penalmente rilevante non nella manifestazione di dissenso o nella mancanza di consenso, bensì nella presenza di modalità costringitive. La Commissione Pagliaro, incaricata nel 1988 di redigere uno schema di disegno di legge-delega in tema di reati sessuali, aveva proposto di attribuire centralità al dissenso della persona offesa e di considerare violenza e minaccia circostanze aggravanti, ma tale proposta non fu accolta, nonostante tale impostazione avrebbe comportato un radicale mutamento di prospettiva: la norma avrebbe riconosciuto esplicitamente la rilevanza della volontà della persona coinvolta nell'atto sessuale, in linea con una concezione moderna della libertà di autodeterminazione. Il rigetto di tale proposta ha determinato il mantenimento di un modello che richiede la prova di una condotta coercitiva attiva da parte dell'agente, rimanendo, il delitto di violenza sessuale, ancorato a una struttura costringitiva, trascurando l'importanza della volontà della persona.

In un sistema che continua a fondare la tipicità su elementi quali la violenza, la minaccia o l'abuso di autorità, il dissenso, soprattutto quando non espresso in forma energica o quando soffocato da paura, *shock* o costrizione psicologica, rischia di non trovare adeguato riconoscimento. Di fatto, ciò comporta che molte situazioni, nelle quali la vittima non presta alcuna forma di consenso, ma non riesce nemmeno a

opporsi in modo chiaro o fisicamente rilevante, rimangano escluse dall'ambito della rilevanza penale, salvo un intervento correttivo da parte della giurisprudenza. La principale criticità della riforma del 1996 risiede proprio nella scelta di continuare a fondare la punibilità su modalità coercitive, non riconoscendo pienamente la dimensione autodeterminativa della libertà sessuale e continuando a ritenere che un atto sessuale sia penalmente rilevante solo quando la volontà dell'agente si impone con forza su quella della vittima, trascurando che la libertà sessuale viene lesa anche, e soprattutto, in assenza di consenso, indipendentemente dalla modalità attraverso cui tale mancanza si manifesta. Di conseguenza, la disciplina risultante dalla riforma del 1996 non ha compiuto quel salto culturale e giuridico necessario per riconoscere la centralità del consenso quale fulcro della tutela penale in materia di violenza sessuale, lasciando irrisolto un nodo teorico che avrebbe continuato a influenzare il dibattito dottrinale e giurisprudenziale negli anni successivi, giungendo nel 2024 ad una proposta di legge che pone al centro l'assenza di consenso e che, nonostante gli emendamenti proposti, mantiene il consenso come il fulcro della proposta, aderendo al cosiddetto modello positivo, rappresentando ciò il salto culturale che ci si aspetta e di cui si ha bisogno.

La proposta della Commissione Pagliaro aderiva, invece, a quello che sarebbe poi stato definito come il modello negativo, definito dalla locuzione "*no means no*", in seguito adottato dall'ordinamento tedesco, che quindi si contrappone al modello positivo, definito invece dalla locuzione "*(only) yes means yes*", seguito da Spagna e oggi, appunto, preso in considerazione anche dall'Italia, secondo cui l'atto sessuale è lecito solo in presenza di una manifestazione di consenso. Quest'ultimo modello appare maggiormente idoneo a descrivere la realtà delle aggressioni sessuali, poiché tiene conto delle molteplici reazioni psicologiche della vittima, dalla resistenza energica allo stato di *shock* che impedisce qualsivoglia manifestazione di dissenso, aderendo all'assunto che se la vittima non è in condizione di esprimere un chiaro rifiuto, ciò non può essere interpretato come consenso.

Le critiche al modello positivo riguardano principalmente le modalità con cui il consenso debba manifestarsi, quindi se sia sufficiente un comportamento concludente e, in tal caso, come definirlo o se sia necessario un previo accordo, orientamento, quest'ultimo, criticato perché prevede un'eccessiva proceduralizzazione, o ancora se possa bastare un semplice assenso verbale. Nonostante tali difficoltà, la maggior parte degli ordinamenti europei ha optato per questo modello, talvolta esplicitando le modalità con cui debba essere espresso il consenso.

In Italia, prima di una presa di posizione legislativa sul tema, fu la giurisprudenza a colmare le lacune normative, dato che l'assenza di una disciplina che attribuisse rilievo espresso al consenso imponeva all'interprete di individuare soluzioni che garantissero comunque la tutela della libertà sessuale, evitando che un approccio eccessivamente letterale della norma lasciasse prive di protezione situazioni in cui l'atto sessuale era chiaramente non voluto dalla persona offesa. Attraverso un progressivo ampliamento interpretativo, essa giunse ad affermare che la mancanza di consenso costituisce elemento essenziale implicito della fattispecie e che il consenso non integra l'esimente del "Consenso dell'avente diritto" prevista dall'articolo 50 codice penale, ma esclude l'antigiuridicità della condotta perché fa venir meno uno degli elementi essenziali del fatto tipico di reato. Con tale impostazione, la giurisprudenza ha riconosciuto che l'assenza di consenso non rappresenta un mero dato esterno alla fattispecie, ma costituisce il nucleo stesso della violazione della libertà sessuale, ponendo un limite necessario al contenuto tipico della condotta penalmente rilevante. Inizialmente, anche la giurisprudenza si atteneva ad un'interpretazione restrittiva della violenza, richiedendo che il dissenso si esprimesse in una resistenza tenace, in linea con l'impostazione tradizionale che attribuiva valore probatorio quasi esclusivo alla contrapposizione fisica, adeguandosi alla concezione culturale radicata nella precedente visione normativa, per cui la vittima avrebbe dovuto manifestare in modo evidente la propria contrarietà, pena l'esclusione della rilevanza penale del fatto. Tuttavia, con l'evolversi della sensibilità sociale e con il progressivo approfondimento delle dinamiche psicologiche e relazionali che caratterizzano le aggressioni sessuali, la giurisprudenza iniziò a riconoscere l'inadeguatezza di tale modello interpretativo.

Si iniziò ad affermare, dunque, un orientamento più realistico, che riconosceva la punibilità di condotte prive di violenza fisica, ma comunque non volute, come nei casi di costrizione ambientale o negli atti sessuali repentini e a sorpresa. Nel primo caso, ci si riferisce a quei contesti caratterizzati da un clima di intimidazione, controllo o sopraffazione psicologica, nei quali la libertà della vittima risulta progressivamente compressa a causa di comportamenti reiterati o situazioni di soggezione che non necessariamente coincidono con una violenza fisica esercitata in occasione dell'atto sessuale. Nel secondo, la giurisprudenza riconobbe che l'imposizione improvvisa e rapidissima di un atto sessuale impedisce alla vittima di reagire, rendendo ingiustificato pretendere una resistenza fisica come presupposto per configurare la violenza sessuale. Questi orientamenti giurisprudenziali rappresentarono un passo decisivo verso un modello più aderente alla realtà fenomenologica delle aggressioni sessuali, in cui la volontà della persona offesa e la sua capacità di autodeterminarsi assumono un ruolo centrale, ponendo le basi per una progressiva “*dematerializzazione*”⁶ del concetto di violenza e per l'affermazione, seppur implicita, dell'essenzialità del consenso, anticipando gli sviluppi che si stanno manifestando oggi in Italia, con la proposta di legge che vuole introdurre l'assenza di consenso come elemento della fattispecie di violenza sessuale.

In ogni caso, inizialmente la Corte di Cassazione affermò che il reato sussiste anche quando “*la vittima non manifesta il proprio dissenso a causa dello stato di prostrazione, angoscia o ridotta resistenza, acconsentendo per timore di ulteriori violenze o ritorsioni*”⁷, chiarendo che la violenza non deve essere necessariamente contestuale all'atto sessuale, e aderendo, seguendo questa teoria, al modello negativo; successivamente, la giurisprudenza riconobbe il consenso come elemento implicito, ma essenziale, del reato di violenza sessuale, avvicinandosi, in questo caso, al modello positivo. Questa interpretazione valorizzava finalmente l'autodeterminazione sessuale come diritto fondamentale, fondato sulla libera manifestazione della volontà e sulla

⁶ S. VITELLI, *Equivoci ricorrenti in tema di violenza sessuale fra ragioni “oggettive” della vittima e quelle “soggettive” del suo autore materiale: la lesione sessuale “colposa” come possibile soluzione normativa di equilibrio con positiva valenza culturale*, in *Giurisprudenza Penale*, 2022, pag.7.

⁷ Cassazione Penale, Sentenza n.16609 del 2017.