



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI GENOVA

**SCUOLA DI SCIENZE SOCIALI
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA**

**CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN
GIURISPRUDENZA**

Tesi di laurea in Diritto Penale

Problemi aperti in tema di reati sessuali

Relatore:

Chiar.mo Prof. Paolo Pisa

Candidata:

Valentina Zeccola

Anno accademico 2021-2022

Sommario

INTRODUZIONE.....	4
<i>Capitolo I – La tutela penale della personalità sessuale.....</i>	<i>6</i>
1.1 GLI ASPETTI E I PROFILI GENERALI DELLA RIFORMA DEL 1996	6
1.2 ULTIMO INTERVENTO DEL LEGISLATORE: LA LEGGE 19 LUGLIO 2019 N.° 69, IL CD. “CODICE ROSSO”	12
<i>Capitolo II – La nozione di atti sessuali</i>	<i>14</i>
2.1 NOZIONE DI CONGIUNZIONE CARNALE ED ATTI DI LIBIDINE..	14
2.2 LA NOZIONE DI ATTO SESSUALE E LE INCERTEZZE INTERPRETATIVE	18
2.3 VIOLENZA SESSUALE SENZA CONTATTO FISICO.....	25
2.4 I DIVERSI PROFILI DELL’ATTO LIBIDINOSO.....	38
2.5 ZONE EROGENE E CASI LIMITE	42
<i>Capitolo III – La struttura dell’Art. 609 bis e circostanze aggravanti Art. 609 ter 47</i>	
3.1 VIOLENZA SESSUALE MEDIANTE COSTRIZIONE – ART. 609 BIS CO.1	47
3.2 VIOLENZA SESSUALE PER INDUZIONE MEDIANTE ABUSO DELLE CONDIZIONI DI INFERIORITA’ DELLA VITTIMA – ART. 609 BIS CO.2 N.1	67
3.3 VIOLENZA SESSUALE PER INDUZIONE MEDIANTE INGANNO – ART. 609 BIS CO.2 N.2.....	79
3.4 L’ATTENUANTE DELLA MINOR GRAVITA’ – ART. 609 BIS CO.3 .	82
3.5 LE CIRCOSTANZE AGGRAVANTI.....	87
<i>Capitolo IV – La tutela dei minori in ambito sessuale.....</i>	<i>98</i>
4.1 LA TUTELA DEI MINORI	98
4.2 LA NUOVA FATTISPECIE DI ATTI SESSUALI CON MINORE INFRA DICOTTENNE	104
4.3 RIPERCUSSIONI SULL’ABUSO DEL MINORE.....	106
4.4 GLI INDICATORI DELL’ABUSO E LE DIFFICOTA’ DI ACCERTAMENTO PROCESSUALE	111
4.5 ANALISI DEL SOGGETTO ATTIVO	115
4.6 TUTELA SPECIALE PER I MINORI.....	122

<i>Capitolo V – La violenza di gruppo</i>	132
5.1 LA RATIO DELL’INCRIMINAZIONE	132
5.2 RAPPORTI CON L’ISTITUTO DEL CONCORSO DI PERSONE	137
5.3 IL PROBLEMA DELLA REITERAZIONE DEGLI ATTI DA PARTE DI PIU’ APPARTENENTI AL GRUPPO	139
5.4 L’ATTENUANTE DELLA “MINOR GRAVITA’ DEL CASO”	146
CONCLUSIONI	150
BIBLIOGRAFIA	153
GIURISPRUDENZA	156
RINGRAZIAMENTI	159

INTRODUZIONE

Il presente elaborato ha lo scopo di trattare dei problemi aperti del reato di violenza sessuale di cui all'art. 609 bis del Codice Penale.

Inizialmente l'obiettivo sarà quello di trattare dei profili generali, ma soprattutto di ripercorrere le riforme storiche che hanno portato all'attuale configurazione del reato, come presente nel nostro Codice Penale. Attualmente, il reato di violenza sessuale è ricompreso all'interno del Libro II, Titolo XII intitolato "Dei delitti contro la persona", Sezione II "Dei delitti contro la libertà personale".

Per capire meglio tale impostazione è giusto ripercorrere le tappe storiche che partono dal Codice del 1930 fino all'attuale, verranno delineati i mutamenti storico-sociali che hanno influenzato i legislatori dell'epoca.

Il primo capitolo è introdotto dalla riforma del 1996, la quale non solo ha inquadrato in un altro titolo i delitti sessuali, ma soprattutto il pregio più importante della legge del 15 febbraio del 1996 è stato proprio quello di aver ricondotto sotto un'unica fattispecie di reato la violenza sessuale quei delitti che nel codice Rocco erano suddivisi in "violenza carnale" e "atti di libidine violenti". Dopo tale disamina, verrà spiegato in breve l'ultimo intervento del legislatore in materia di reati sessuali: la legge del 69 del 2019, il cd. "Codice Rosso".

Il secondo capitolo sarà dedicato alla nozione di atto sessuale e il cambiamento di essa nel corso del tempo. Come si potrà leggere dal secondo paragrafo in questo capitolo la

nozione di atto sessuale è incerta e verranno esaminate tutte le sue incertezze interpretative. Uno dei paragrafi che esprime il vero dilemma in materia è il terzo intitolato “Violenza sessuale senza contatto fisico”; si leggerà che ad oggi secondo la giurisprudenza la nozione di atto sessuale può essere estesa anche in alcuni casi in cui non c'è contatto fisico e questo genera diverse linee di pensiero, poiché c'è chi pensa che questa linea sia corretta e chi pensa che in questi casi dovranno essere ricondotti sotto altri reati.

Con il terzo capitolo, si passerà alla trattazione specifica dell'attuale reato di violenza sessuale, di cui all'art. 609 bis del Codice penale, prendendo in esame ogni comma; per il delitto in generale e per ogni suo comma verrà spiegato il significato e verrà dato un inquadramento giuridico, verranno esaminate le evoluzioni dottrinali e giurisprudenziali susseguitesi negli anni.

Il quarto capitolo tratterà di una categoria specifica e delicata nell'ambito dei reati sessuali ossia i minori, verrà dedicato un paragrafo rispetto alla nuova fattispecie per gli infradiciotenni e verranno esaminate anche tutte le ripercussioni dal punto di vista psicologico del minore.

Il quinto e ultimo capitolo, riguarderà la trattazione della violenza di gruppo di cui all'art. 609 octies e verranno esaminati i problemi con riguardo all'istituto del concorso di persone.

Capitolo I – La tutela penale della personalità sessuale

1.1 GLI ASPETTI E I PROFILI GENERALI DELLA RIFORMA DEL 1996

Al giorno d'oggi, il capo III, intitolato ai “Delitti contro la libertà individuale”, contiene due sezioni: la prima dedicata ai “delitti contro la personalità individuale”, ove si incriminano una serie di comportamenti volti allo sfruttamento di minori in attività di prostituzione e pornografia, la seconda, invece, è dedicata ai “Delitti contro la libertà personale”, dove sono presenti varie forme di violenza sessuale e di corruzione (Art. 609 bis fino a 609 duodeces).

La violenza sessuale si divideva antecedentemente al 1996 in due fattispecie: la prima, rispettivamente all'Art. 519 c.p., stava a indicare il vero e proprio “stupro con penetrazione”, come si dice in ambito tecnico, il secondo con qualsiasi forma di aggressione sessuale ossia atti di libidine o violenza, conformemente all'Art. 521 c.p.; quindi, nella trama originaria del codice del 1930, queste due situazioni particolari, erano concentrate nel titolo IX, la cui denominazione era “Dei delitti contro la moralità pubblica e il buon costume” e in questo modo veniva negata la dimensione individuale.

Nel codice del 1930 era punito maggiormente lo stupro, rispetto a tutti gli atti di aggressione sessuale, ma negli anni Settanta ci furono dei mutamenti culturali generati dai movimenti femministi che diedero cambiamenti radicali alla politica criminale nei confronti dei delitti in ambito sessuale. Tali cambiamenti sono avvenuti principalmente sotto la spinta di due fattori: da un lato ci fu l'incremento

di fenomeni consistenti nello sfruttamento sessuale di minori e di persone fragili, principalmente per ragioni economiche, di provenienza geografica e per immaturità, e dall'altro, per l'aumento di violenza a sfondo sessuale dovuto a un'ottusa mentalità maschilista. Fu proprio quest'ultima visione a dare vita a nuovi ragionamenti e ideologie sui delitti in ambito sessuale, ampliandoli e di conseguenza aprendo la strada a riflessioni sulla violenza di genere.

Dal 1996, il legislatore italiano, non differenzia più le forme di aggressione sessuale dallo stupro, di modo che la vittima non si trovasse più costretta a dover ricostruire i particolari dell'aggressione; infatti, venne adottata una nozione omnicomprensiva pensando che si potesse superare questo problema.

Un altro motivo di riforma fu legato all'individuazione corretta del bene giuridico protetto e si ritenne che la collocazione originaria, nel quadro composito dei "reati contro la moralità pubblica" in qualche modo sottovalutasse i profili della tutela della persona. Quindi, quest'ultimi furono inseriti dopo una serie di reati contro la persona, trovando così la loro collocazione nell'ambito degli articoli 609 bis e seguenti.

Un punto su cui la nuova impostazione non fa "passi indietro" rispetto al passato è nella descrizione della condotta degli atti sessuali: essa deve avvenire con violenza o minaccia. Tuttavia, questo resta un punto molto discusso poiché la domanda che ci si pone è se si pretende che la vittima in qualche modo effettui una contrapposizione fisica all'aggressore per potersi parlare di violenza o minaccia.

Il legislatore ha ritenuto di non rinunciare all'impostazione del codice del 1930, con la consapevolezza che in presenza degli Artt. del c.p. 519 e 521, la nozione di violenza o minaccia era interpretata in maniera meno rigorosa rispetto a quella che

possiamo vedere nell'ambito di una rapina o di un'estorsione, mantenendo così questo schema senza cambiare la descrizione della condotta e intendendo violenza e minaccia ogni qualvolta non ci fosse il consenso. Questo diventa, inevitabilmente, materia di discussione.

Il vigente assetto dei reati in esame risale alla legge del 15 febbraio 1996, n.66, che ha riformulato i delitti in materia di violenza sessuale, trasferendoli, come già anticipato, nella sezione II del capo III del Titolo XII, tra "I delitti contro la libertà personale".

Questa legge rappresenta il terzo e importante intervento effettuato sulla parte speciale del codice Rocco. Dunque, con l'approvazione di questa legge, la sezione dedicata ai delitti contro la libertà personale si è arricchita soprattutto a tutela di quella particolare parte della libertà personale che è l'autodeterminazione in materia sessuale. La ragione di questa riforma è dovuta al fenomeno dell'emancipazione femminile e dal cambiamento dei costumi sessuali. Ciò ha dimostrato l'impatto dirompente che la violenza sessuale ha sull'intera personalità della vittima.

Nel manuale di Fiandaca e Musco si afferma che *"la violenza sessuale produce sulla vittima una serie di effetti patologici, sia nel lungo che nel breve periodo. Si tratta di conseguenze aventi natura variabile non soltanto in relazione all'entità oggettiva della violenza, ma anche in rapporto alla capacità soggettiva della vittima di elaborare il trauma subito e di reagire ad esso. Secondo i più recenti studi psichiatrici le ripercussioni negative sulla personalità della vittima sono infatti indipendenti dalla reazione immediata: al contrario è stato dimostrato che reazioni immediate anche estremamente gravi non sempre sono accompagnate da*

correlativi danni alla vita psichica della vittima, mentre viceversa episodi di violenza vissuti con compostezza ed apparente equilibrio col passare del tempo producono effetti patogeni molto rilevanti. La dimensione del trauma dipende anche da fattori variabili legati al tipo di risposta che la vittima riceve dalla prima persona, la quale violenza è stata rivelata dall'assenza di uno o entrambi i genitori da problemi psicopatologici materni e paterni ecc. la probabilità che una violenza sessuale si trasforma in un trauma responsabile di psicopatologia in età adulta appare direttamente proporzionale alla quantità di fattori negativi presenti nella famiglia o nell'ambiente. In ogni caso, comunque, la violenza sessuale in età infantile o adolescenziale genera laceranti sofferenze che si ripercuotono fortemente sullo sviluppo della personalità; mentre in età adulta provoca insorgere dei sintomi – il c.d. disturbo post traumatico da stress – di tipo psicologico ed esistenziale. Tali danni sono anche connessi alla circostanza che la violenza sessuale l'è de più di ogni altro reato il senso della dignità personale la libertà di autodeterminazione della vittima. I sintomi più evidenti di tali effetti psicologici sono fondamentalmente due e cioè il senso di colpa e la vergogna. Lo stupro è invero un reato in cui la vittima si trova a lottare con i propri sensi di colpa e contro il sentimento di vergogna per essere stata considerata un oggetto disprezzabile, un essere umano privo di dignità".¹

Grazie alla legge 15 febbraio 1996, n.66, sono stati introdotti i noti Artt. 609 bis – 609 decies. Le principali innovazioni apportate dalla suddetta legge si possono indicare e riassumere nel seguente modo:

¹ G. FIANDACA - E. MUSCO, Diritto penale, Parte speciale, I delitti contro la persona, 2020, Bologna, p. 306 e ss.

- l'unificazione dei reati di violenza carnale (Art. 519 C.P.) e atti di libidine violenti (Art. 521 C.P.) all'interno dell'unica ipotesi dell'Art. 609 bis;
- l'introduzione della nuova fattispecie della "violenza sessuale di gruppo" disciplinata all'art. 609 octies e che è risultata essere una delle novità più significative e "pubblicizzate" della l. 66/1996;
- l'introduzione di una fattispecie che disciplina il compimento di atti sessuali, non violenti e consenzienti, ma con persone minori di età, all'art. 609 quater c.p.;
- la modifica del delitto di "corruzione di minorenni";
- il prolungamento a mesi sei dei termini per la proposizione della querela;
- l'abrogazione di delitti considerati ormai "anacronistici" quali il "ratto ai fini di matrimonio" (ex art. 522 c.p.), il "ratto al fine di libidine" (ex art. 523 c.p.) e il delitto di "seduzione con promessa di matrimonio" (ex art. 526 c.p.);
- importante conquista, perché da sempre richiesta dall'opinione pubblica in relazione alla gravità del delitto sessuale, è stato anche l'inasprimento sanzionatorio, che ha appunto visto l'incremento della pena edittale per il reato di violenza sessuale (da cinque a dieci anni, rispetto alla precedente previsione da tre a dieci anni) e l'inserimento di una serie di circostanze aggravanti;
- l'introduzione all'art. 734 bis c.p. della fattispecie della "divulgazione delle generalità o dell'immagine di persona offesa da atti di violenza sessuale"
- la non punibilità dei rapporti sessuali fra minorenni, quando il minore compia atti sessuali con altra persona minorenni che abbia compiuto gli anni tredici e sempre che fra di loro non intercorra una differenza di età superiore agli anni quattro;

- la collocazione di tutti i delitti in materia sessuale nell'ambito dei "delitti contro la persona" e non più nell'ambito dei "delitti contro la moralità pubblica ed il buon costume".

Di importante rilievo è anche ultimo intervento in materia sessuale è la legge 19 luglio 2019 n.69 anche detta "Codice Rosso", che ha introdotto modifiche in tema di circostanze, procedibilità e sospensione condizionale della pena.

1.2 ULTIMO INTERVENTO DEL LEGISLATORE: LA LEGGE 19 LUGLIO 2019 N.° 69, IL CD. “CODICE ROSSO”

La legge 19 luglio 2019 n.° 69, il cd. “Codice Rosso” è una legge della Repubblica Italiana a tutela delle donne e dei soggetti deboli che subiscono violenze per atti persecutori e maltrattamenti. Essa reca le modifiche al Codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere.

Questa legge nasce in linea con quelle che erano le constatazioni di spazi di impunità, che scaturivano quindi episodi di reiterazioni di condotte criminose da parte dell’indagato; questo perché le indagini duravano e si protraevano per un periodo di tempo troppo lungo e dunque il primo passo per tutelare la posizione di soggetti vittime di maltrattamenti è stato quello di garantire la priorità nella trattazione delle indagini, così che si possa intervenire nel modo più rapido possibile in protezione della vittima.

La nuova Legge, come il suo titolo preannuncia, prevede alcune modifiche al Codice penale: la più importante consiste nell’inserimento di quattro nuovi delitti. Il primo è l’Art. 612 ter c.p. denominato dal punto di vista mediatico “Revenge Porn”, creando così una nuova figura di reato perché, il delitto di diffamazione o il delitto di trattamento illecito dei dati, vengono considerati inadeguati per proteggere la vittima. Il secondo è “Il delitto di deformazione dell’aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso”, rispettivamente all’Art. 583 Quinquies c.p. anche se questa non è una novità assoluta in quanto sarebbe una circostanza aggravante del delitto di lesioni personali, ora abrogato (Art. 583 co. 2

n.4), pertanto l'Art. 583 quinquies è diventato un delitto autonomo con il fine di aggravamento del trattamento sanzionatorio e con lo scopo soprattutto di sottrarre il delitto al giudizio di bilanciamento di cui all'Art. 69 c.p. Il terzo è "il delitto di costrizione o induzione al matrimonio" all'Art. 558 bis c.p. con il quale si mira a punire i cd. Matrimoni forzati, fenomeno che colpisce soprattutto giovani donne immigrate. Il quarto ed ultimo, è "il delitto di violazione dei provvedimenti di allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa" all'Art. 387 bis.

Ci sono state altre modifiche all'interno del Codice Penale che consistono nell'inasprimento del trattamento sanzionatorio, le quali trovano applicazioni in casi di violenza sulle donne o violenza di genere. Per quanto riguarda la materia della violenza sessuale, il Codice Rosso si contraddistingue per il suo approccio severo e rigoristico in relazione ai delitti oggetto di argomento ossia Art. 609 bis e ss. del Codice penale perché innanzitutto è stata innalzata la forbice edittale per i delitti dell'Artt. 609 bis e ter essendo passata da 6 a 12 anni di reclusione, rispetto alla pena precedentemente in vigore che prevedeva una pena da 5 a 10 anni. Inoltre, è stato modificato il regime di procedibilità nonché il termine per proporre querela che è passato da 6 a 12 mesi.

Il trattamento sanzionatorio della violenza sessuale è stato anche inasprito sulla base dall'Art. 13 co. 2 che ha modificato l'Art. 609 ter aumentando la pena di un terzo nelle ipotesi aggravanti del primo comma e altresì aumentando della metà o addirittura raddoppiando quelle del secondo comma.

Capitolo II – La nozione di atti sessuali

2.1 NOZIONE DI CONGIUNZIONE CARNALE ED ATTI DI LIBIDINE

Nel sistema precedente a quello attuale sono nate delle discussioni sulla base della distinzione delle nozioni di congiunzione carnale e atti di libidine. Rispetto alla nozione di congiunzione carnale, secondo il Cadoppi, si fa rientrare *“ogni fatto per il quale l’organo genitale del soggetto attivo o del soggetto passivo venga introdotto totalmente o parzialmente nel corpo dell’altro: per tanto sono atti di congiunzione carnale e non semplici atti di libidine sia il coito anale che quello orale.”*² Tutto ciò vuol dire che la congiunzione carnale si poteva avere anche tra persone dello stesso sesso. Come si può capire dalla definizione data dal Cadoppi, la congiunzione carnale poteva essere data anche dalla penetrazione parziale, quindi anche solo con il contatto con l’ostio vaginale; dunque, non era necessaria la deflorazione né tantomeno l’ejaculazione. Il Cadoppi prende in esame alcune sentenze, nelle quali si può riscontrare che il giudice, qualora la vittima fosse una bambina, si accontentava di qualcosa di meno rispetto al caso in cui la vittima fosse adulta. Secondo una parte della giurisprudenza, non viene compresa nella nozione di congiunzione carnale il coito orale, ma la maggior parte lo ritiene sufficiente per far sì che si possa considerare violenza sessuale.

² A. Cadoppi, Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia, IV edizione

È intuibile che trovare il cosiddetto punto preciso attraverso il quale si possa definire se ci sia stata o meno congiunzione carnale è difficilissimo.

È evidente che l'unione di congiunzione carnale e atti di libidine nella nozione unitaria di atti sessuali ha portato indubbiamente dei vantaggi soprattutto a tutela della vittima perché non sarà più così importante stabilire se il soggetto attivo del reato ha più o meno penetrato e non sarà più importante conoscere fino a che profondità abbia avuto ingresso l'organo genitale, dunque non è più necessario sapere se l'orifizio vaginale sia stato sfiorato, toccato, superato appena o completamente. Prima era basilare soffermarsi su millimetriche pignolerie, ora invece possono essere evitate domande intime, fastidiose e delicate rivolte alla vittima come "fino a che punto esattamente si è andato a posizionare il membro genitale dell'imputato?".

Per quanto riguarda l'esatta definizione di atti di libidine la dottrina e la giurisprudenza sostenevano che vi era l'atto qualora l'azione fosse suscettibile di provocare eccitazione alla concupiscenza carnale o "di dar sfogo alla concupiscenza". In questo modo però si va all'interno della sfera soggettiva dell'individuo. Ciò si può anche notare da alcune massime della Cassazione in cui si afferma che l'atto di libidine *"richiede un requisito soggettivo di anti giuridicità, vale a dire insorgenza di uno stato interiore psichico caratterizzato dalla libidine sessuale"*³.

In altre sentenze si legge che per definirsi atto di libidine basta il tocco di qualsiasi parte del corpo e non solo di quelle intime, è sufficiente che sia rivolto alla eccitazione della brama sessuale. Le parole di questa sentenza sono nate attraverso un caso in cui un medico aveva abbracciato la paziente. Come evidente dalla vasta gamma

³ Per una rassegna di queste massime vedi A. Cadoppi, Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia, IV edizione, p. 455

di casi giurisprudenziali, alla base dell'atto di libidine vi è una concezione soggettivistica.

La condotta oggettiva del reato era necessariamente caratterizzata dal punto di vista soggettivo. Anche chi si sforzava a voler dare una definizione oggettiva finiva poi per confermare che sia predominante la nozione soggettiva.

I compilatori del Codice Rocco confermano l'interpretazione soggettivistica anche se una definizione di carattere soggettivistico non poteva rivelarsi utile a risolvere ogni caso concreto. Mantenendo una concezione soggettivistica la domanda che ci si può porre è se in tutti quei casi in cui l'agente tocchi una zona inequivocabilmente erogena, che non sia per nulla rivolta alla soddisfazione del proprio piacere se si possa configurare il carattere libidinoso. La risposta è che non si può non configurare il carattere libidinoso dell'atto.

Come andremo ad analizzare nel paragrafo successivo, vi è stata un'unificazione delle due fattispecie descritte sopra, anche se, ancora oggi, la nozione di atto sessuale è incerta e non c'è una definizione precisa di esso.

Possiamo andare a vedere una sentenza importante della cassazione penale sez. III del 02 luglio 2004 n.° 37395 dove, per atto sessuale, si fa riferimento al comportamento che coinvolge l'organo genitale maschile o femminile sia "materialmente che fisicamente" con l'obbiettivo di trovare soddisfacimento all'istinto sessuale per cui si configura un atto di tale tipo non solo quando vi sia effettivo tocco delle parti genitali o penetrazione degli stessi, ma anche quando vi sia contatto con quelle parti ritenute erogene.⁴

⁴ Cass. Pen., sez. III, 02 luglio 2004, n. 37395, in DeJure

A questo punto il problema è dunque delimitare una soglia al di sotto della quale non si possa definire atto sessuale. Questo problema interpretativo della nozione di atto sessuale provoca dubbi di illegittimità costituzionale. A primo impatto si può ritenere che gli atti sessuali siano la stessa cosa degli atti di libidine, dunque i limiti dell'area di punibilità non dovrebbero avere, nell'assetto normativo attuale, subito alcuna modifica. Tutto ciò genera dunque l'innalzamento della pena anche per quegli atti che per semplicità possiamo definire atti di libidine.

2.2 LA NOZIONE DI ATTO SESSUALE E LE INCERTEZZE

INTERPRETATIVE

Prima di analizzare la nozione di atto sessuale e il reato di violenza sessuale, è necessario descrivere la violenza di genere che si incrocia con la tutela della personalità sessuale perché legata per un verso all'identità sessuale sia in senso biologico che psicologico⁵. La nozione di violenza di genere descrive ogni forma di aggressione fisica e psichica, la cui motivazione più profonda risiede nell'appartenenza a un genere da parte dell'autore o della vittima⁶. Essa, inoltre, è considerabile un fenomeno del quale la violenza sessuale è solo una delle possibili forme di manifestazione.

La violenza sessuale è la più biasimabile insorgenza della supremazia della forza sulle ragioni e sulle libertà. È così severamente punita per quanto riguarda la sessualità minorile, dove si cerca da un lato il benessere del minore e dall'altro la preservazione per il suo futuro e per il suo poter essere un adulto sessualmente sereno. Un'altra motivazione per la quale è così rigidamente condannata è perché viene lesa la libertà individuale di perseguire la soddisfazione delle più varie predilezioni sessuali.

Il Mantovani osserva che *“il disvalore degli atti sessuali sta rispetto al maggiorenne, non ovviamente nell'atto sessuale in sé, ma nel mezzo e quindi nella non consensualità libera.”*⁷

⁵ R. Bartoli M. Pellissero S. Seminara, 2020, Diritto penale lineamenti di parte speciale p.165 ss.

⁶ Art. 1 della dichiarazione sull'eliminazione della violenza contro le donne, adottata dall'assemblea generale dell'ONU, il 20 dicembre 1993

⁷ F. Mantovani, Diritto penale, Parte speciale I, Delitti contro la persona, VII ed. Padova 2019, p. 421

Un'affermazione che si può fare è che dare una definizione univoca di atto sessuale risulta pressoché impossibile perché bisogna adeguare sempre la condotta al contesto. Una domanda che si ripropone con estrema attualità, una domanda oramai classica, è: in cosa consiste il contenuto oggettivo dell'atto che rendendolo sessuale giustifica il ricorso ad un diritto penale? Solo rispondendo a tale domanda potremmo avere le premesse per valutare se il quadro edittale sia proporzionale all'offesa.

Il concetto di atto sessuale ha un elevato grado di indeterminatezza, lo si può capire dal testo dell'Art. 609 bis, ma più in particolare dal suo terzo comma "*nei casi di minor gravità la pena è diminuita in misura non eccedente i due terzi*"⁸ perché la domanda che ci si pone è ma quali sono i casi di minor gravità. Stabilire quali siano i casi di minor gravità spetta al giudice/interprete, il quale esprime il massimo grado della discrezionalità giudiziale perché dovrà definire la pena giusta per il caso concreto, ed è rimessa proprio a lui la gestione di una super attenuante. Riassumendo quanto detto, "gettare" o meno in galera il colpevole è responsabilità del giudice nel singolo caso.

In realtà questa scelta di dare potere al giudice era già stata fatta dal riformatore del 1996, il quale era consapevole della difficoltà di punire. Sulla base di quanto scritto, si può notare che l'articolo preso in esame si espone ad un ridimensionamento attraverso il varco dell'Art. 69 c.p.⁹ il quale può rendere possibile addirittura la non

⁸ Art. 609 bis, co. 3

⁹ Art. 69 c.p. Quando concorrono insieme circostanze aggravanti e circostanze attenuanti, e le prime sono dal giudice ritenute prevalenti, non si tien conto delle diminuzioni di pena stabilite per le circostanze attenuanti, e si fa luogo soltanto agli aumenti di pena stabiliti per le circostanze aggravanti. Se le circostanze attenuanti sono ritenute prevalenti sulle circostanze aggravanti, non si tien conto degli aumenti di pena stabiliti per queste ultime, e si fa luogo soltanto alle diminuzioni di pena stabilite per le circostanze attenuanti.

esecuzione della pena attraverso la sospensione condizionale, perché il soggetto ritenuto colpevole subisce la sola minaccia dell'esecuzione.

Il legislatore del 1996 ha deciso, come già ripetuto più volte, di concentrare la congiunzione e gli atti di libidine sotto la nozione di atto sessuale, garantendo così più tutela verso qualsiasi comportamento che costituisce una ingerenza nella piena autodeterminazione della sfera sessuale. L'attenuante presente al comma tre è il *“temperamento degli effetti della concertazione in unico reato di comportamenti, tra loro assai differenziati, che comunque incidono sulla libertà sessuale della persona offesa e della conseguente diversa intensità della lesione dell'oggettività giuridica del reato”*¹⁰.

Gli atti sessuali violenti si rilevano però un caleidoscopio incoerente. Come si può desumere leggendo l'Art. 609 bis e le sentenze inerenti ad esso, genera molta incertezza sulla nozione di atto sessuale. Il compito del giudice in questo caso dovrebbe esser quello di dare una trama, un disegno, delle linee costanti di interpretazione, ma in realtà vi è un vuoto da colmare eccessivo e guardando le sentenze, ci si trova davanti ad un mosaico multicolore, in quanto la nozione di atto sessuale cambia da caso a caso.

Se fra le circostanze aggravanti e quelle attenuanti il giudice ritiene che vi sia equivalenza, si applica la pena che sarebbe inflitta se non concorresse alcuna di dette circostanze.

Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alle circostanze inerenti alla persona del colpevole, esclusi i casi previsti dall'articolo 99, quarto comma, nonché dagli articoli 111 e 112, primo comma, numero 4), per cui vi è divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulle ritenute circostanze aggravanti, ed a qualsiasi altra circostanza per la quale la legge stabilisca una pena di specie diversa o determini la misura della pena in modo indipendente da quella ordinaria del reato

¹⁰ Cass. Pen., 2005, n. 325

Si legge in diverse sentenze che sessuale è l'atto che eccita la brama¹¹ o più recente la concupiscenza sessuale¹² o il piacere erotico¹³, quello che esprime il desiderio¹⁴, gli istinti sessuali¹⁵, l'ebbrezza sensuale¹⁶, le voglie sessuali¹⁷, la libido sessuale¹⁸etc.

Nei casi dubbi, buona parte della giurisprudenza invoca due chiavi di lettura: il criterio oggettivo e il criterio soggettivo. Nella chiave soggettiva l'atto deve risultare idoneo a porre in pericolo la libertà di autodeterminazione nella sfera sessuale. Nel secondo caso, ossia con un approccio oggettivo, si valorizza il contatto con il corpo del soggetto passivo, coinvolgendo una "corporeità sessuale". Quest'ultimo orientamento richiede dunque, nella nozione di atto sessuale, un contatto con la parte passiva, anche se tutto ciò come vedremo in altre sentenze, può essere smentito perché, secondo alcune massime, a parer mio estreme, non è necessario il contatto *corpore corpori* in casi limite come quello del ricatto di foto *hard* o in casi di autoerotismo mirato a un soggetto.

¹¹ A. Martini, 2022, La tipicità alla prova delle migliori intenzioni, l'incerta nozione di atto sessuale Cass. Pen., sez. III, 2003, n. 36758, p.20

¹² A. Martini, 2022, La tipicità alla prova delle migliori intenzioni, l'incerta nozione di atto sessuale Cass. Pen., sez. III, 2022, n. 13682, p.20

¹³ A. Martini, 2022, La tipicità alla prova delle migliori intenzioni, l'incerta nozione di atto sessuale Cass. Pen, sez. III, 2021, n. 43611, p.20

¹⁴A. Martini, 2022, La tipicità alla prova delle migliori intenzioni, l'incerta nozione di atto sessuale Cass. Pen, sez. III, 2021, n. 13278, p.20

¹⁵ A. Martini, 2022, La tipicità alla prova delle migliori intenzioni, l'incerta nozione di atto sessuale Cass. Pen, sez. III, 2021, n. 3705, p.20

¹⁶A. Martini, 2022, La tipicità alla prova delle migliori intenzioni, l'incerta nozione di atto sessuale Cass. Pen, sez. II, 1° aprile 1953, p.20

¹⁷ A. Martini, 2022, La tipicità alla prova delle migliori intenzioni, l'incerta nozione di atto sessuale Cass. Pen, sez. III, 2021, n. 37129, p.20

¹⁸ A. Martini, 2022, La tipicità alla prova delle migliori intenzioni, l'incerta nozione di atto sessuale Cass. Pen, sez. III, 2021, n. 44609, p.20

Martini ha provato a definire i connotati dell'atto che lo qualificano come sessuale, trovando tre distinte tipologie. Andando ad analizzare ciò che ha detto, si può vedere la prima categoria nella quale si collocano quelli che potremmo definire atti univocamente e intrinsecamente sessuali, nella quale troviamo tutte le ipotesi di coito, di congiungimento o penetrazione carnale, ma anche atti di stimolazione meccanica e di manipolazione dei caratteri o degli organi sessuali. In questi atti non è necessario guardare gli effetti che essi producono su chi li pratica o su chi li subisce e quindi non è indispensabile che l'agente tragga una soddisfazione nell'infliggere la penetrazione. Nella seconda categoria invece, si possono trovare gli atti il cui carattere sessuale non è ineludibile. Essi rappresentano una categoria di espressioni fisiche spogli di ogni significato sessuale, ma che coinvolgono parti del corpo erogene, come per l'uomo e la donna i glutei o solo per la donna il seno e le cosce. Per far capire meglio si può vedere l'esempio di un uomo che per rubare furtivamente il portafoglio dai pantaloni della vittima, infila la mano nella tasca posteriore e quindi entra in contatto con zone erogene del corpo.

Nella terza categoria vi sono gli atti polisemici che possono, non di meno, rilevarsi sessuali. All'interno di essa ci sono tutti quegli atti che appartengono al linguaggio del corpo quotidiano, ma che in particolari condizioni possono coinvolgere un'interazione sessuale, come per esempio contatti corporei con la schiena o la spalla o i capelli di una persona.¹⁹

La Cassazione nel 2022 che afferma che spesso l'esistenza del contatto definisce il confine tra violenza sessuale consumata e tentata.²⁰

¹⁹ A. Martini, 2022, La tipicità alla prova delle migliori intenzioni, l'incerta nozione di atto sessuale

²⁰ Cass. Pen., Sez III, 2022, n. 11624

La giurisprudenza maggioritaria stabilisce che per definirsi violenza sessuale non basta il contatto fisico, ma esso deve avere una valenza in termini di estrinsecazione della libido e quindi debba avere valenza sessuale.²¹

Chi scrive pensa che sia necessario differenziare il verbo “subire” dal verbo “compiere” nell’Art. 609 bis, per dare una risposta alla domanda se ci voglia o meno il contatto fisico per essere definita violenza sessuale. È necessario il contatto fisico qualora la vittima “subisca delle violenze”, quindi se si fa riferimento alla parte in cui l’articolo 609 bis recita “*Chiunque con [...] costringe taluno a [...] subire atti sessuali*” è ovvio, secondo me, che debba esserci il contatto fisico e non solo dev’esserci contatto fisico, ma esso deve essere di natura sessuale e quindi deve avere una valenza sessuale quindi, in tutti gli altri casi nei quali vi sia un contatto con altre parti del corpo come con la schiena, la spalla o coi capelli non può essere a mio avviso ravvisata la violenza sessuale, ma non per questo devono rimanere impunte nel caso in cui quest’ultimi non siano consenzienti. Tutte queste fattispecie possono essere riconosciute come violenza privata, ma non come violenza sessuale.

È diverso invece la parte in cui l’articolo recita “*Chiunque [...] costringe taluno [...] a compiere atti sessuali*”, in questo caso, a mio avviso, può non esserci il contatto tra l’agente e la vittima, in quanto il compimento degli atti sessuali può avvenire anche tramite l’autoerotismo della vittima a seguito del costringimento.

Alla domanda se debba o meno esserci il contatto fisico per essere definita violenza sessuale, la risposta dello scrittore, visto quanto detto precedentemente, è no, in quanto l’interpretazione personale del Art. 609 bis spinge a dedurre che, quando si parla del compiere atti sessuali, si può far rientrare anche l’autoerotismo da parte della vittima,

²¹ Cass. Pen., Sez III, 2021, n. 44609

già presente nel codice Rocco all'Art. ormai abrogato 521 c.p, nella parte in cui recitava “ *Alle stesse pene soggiace chi, usando dei mezzi o valendosi delle condizioni indicate nei due articoli precedenti, costringe o induce taluno a commettere gli atti di libidine su se stesso, sulla persona del colpevole o su altri*” è chiaro che all'interno degli atti di libidine vi era anche l'autoerotismo, ovviamente a seguito di violenza o minaccia da parte del soggetto agente. Non solo quest'ultima, ad oggi possono rientrare anche casi in cui la vittima si trova obbligata da parte del soggetto agente ad inviare foto hard, questa è una sentenza del 2009. Secondo me questi casi non dovrebbero rientrare all'interno della violenza sessuale, a sostegno di ciò posso dire che infatti non vi è una giurisprudenza consolidata, ma essi dovrebbero rientrare nella violenza privata.

Come noteremo nel paragrafo seguente, è stata data un'interpretazione estensiva del verbo subire per tutelare maggiormente le vittime; infatti, all'interno della fattispecie di violenza sessuale la giurisprudenza ha fatto rientrare in episodi al limite, casi in cui non vi è stato alcun contatto fisico come il caso della masturbazione che avviene da parte del soggetto agente senza toccare però la vittima.

2.3 VIOLENZA SESSUALE SENZA CONTATTO FISICO

Ad oggi, la violenza sessuale può essere ravvisata anche qualora non ci sia contatto fisico, in tutti quei casi in cui ci sia stata una costrizione da parte del soggetto agente nei confronti della vittima a svolgere un atto sessuale. Il problema ancora aperto in giurisprudenza rimane sempre quello di delineare che cosa sia atto sessuale.

In tutti quei casi in cui vi sia atto sessuale insieme alla costrizione, allora ci troviamo di fronte alla fattispecie di violenza sessuale, ma vi sono dei casi dubbi. Casi per i quali è difficile definire se ci sia o meno un atto sessuale e per il principio del *favor rei*²² per questi casi sarebbe più corretto attribuirgli il 610 c.p. che ha una pena minore.

A mio avviso, può rientrare nella nozione di atto sessuale senza contatto fisico, solo l'autoerotismo e non l'invio di foto a sfondo sessuale, in quanto quest'ultime non

²² Espressione latina con cui si indica, nel diritto penale sostanziale, il fondamento di istituti che escludono l'esistenza dell'illecito o che producono effetti più lievi rispetto a quelli che si verificherebbero altrimenti. Esemplicativi sono gli istituti del reato continuato (art. 81, co. 2, c.p.) e dell'efficacia retroattiva di una nuova legge penale più favorevole rispetto a quella previgente, ma entrata in vigore dopo la commissione del fatto di reato per cui si procede (art. 2, co. 2 e 4, c.p.). Nel diritto penale processuale il f. è accolto come un principio generale, traducibile nell'atteggiamento che privilegia l'imputato o il condannato, e rende possibile, in determinate situazioni, concedere maggiore rilievo all'interesse dell'imputato rispetto ad altri interessi emergenti nella dinamica processuale. Tale criterio caratterizza le norme inerenti la pronuncia di una sentenza di assoluzione anche quando manca, è insufficiente o contraddittoria la prova che il fatto sussiste, che l'imputato l'ha commesso, che il fatto costituisce reato, che il reato è stato commesso da persona imputabile (art. 530 c.p.p.); ovvero quelle che prescrivono determinate cause di non punibilità (art. 129 c.p.p.), o quelle per cui, nella deliberazione della sentenza, in caso di parità di voti, prevale l'opinione più favorevole all'imputato (art. 527 c.p.). Ai fini dell'applicabilità di questo principio si rileva che, dal punto di vista soggettivo, esso si riferisce al reo inteso come imputato e come condannato, mentre, per ciò che concerne l'aspetto oggettivo, deve identificarsi nella prevalente considerazione all'interesse dell'imputato. In tal senso parte della dottrina considera tale principio equivalente a quello del *favor liberatis* o del *favor innocentiae*.

rappresentano realisticamente un atto sessuale vero e proprio; nonostante ciò, vi sono state alcune sentenze che sostengono che sia violenza sessuale.

Preannuncio già che ci sono stati casi in cui è stata ravvisata la violenza sessuale anche qualora l'agente si sia masturbato davanti alla vittima, anche in questo caso secondo me, vi è una visione troppo estrema e troppo ampia del verbo "subire", perché questi casi dovrebbero rientrare negli atti osceni o nella violenza privata, ma non nella violenza sessuale. Importante sottolineare che questi ultimi casi dovrebbero rientrare nella violenza privata solo qualora vi sia costrizione, perché se non vi è neanche costrizione, per esempio, a guardare l'agente non può rientrare nella fattispecie del 610 c.p.

Come già anticipato, il nuovo Art. 609 bis dal 1996, ha unificato in una sola fattispecie di reato, ad oggi chiamata "violenza sessuale", i precedenti Art. 519 c.p. ossia violenza carnale, l'Art. 520 c.p. ovvero congiunzione carnale connessa con abuso delle qualità di pubblico ufficiale e l'Art. 521 atti di libidine violenti.

Ebbene l'Art. 609 bis recita *"Chiunque, con violenza o minaccia o mediante abuso di autorità costringe taluno a compiere o subire atti sessuali è punito con la reclusione da sei a dodici anni. Alla stessa pena soggiace chi induce taluno a compiere o subire atti sessuali:*

1) abusando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa al momento del fatto;

2) traendo in inganno la persona offesa per essersi il colpevole sostituito ad altra persona.

Nei casi di minore gravità la pena è diminuita in misura non eccedente i due terzi."

Da queste premesse si coglie come la nozione di atti sessuali abbia quindi eliminato la secolare differenza tra violenza carnale e atti di libidine violenti. Ad oggi “violenza sessuale” raggruppa una serie di fattispecie che hanno certamente l’elemento violenza, ma è punibile, non solo chi opera contro la volontà della vittima costringendola mediante violenza, minaccia o abuso di autorità a compiere atti sessuali, ma anche chi approfitta della condizione di inferiorità fisica o psichica. A questi casi si aggiungono anche tutta una serie di *creazioni giurisprudenziali* in cui è stata riconosciuta la violenza sessuale.

Ad esempio, è stata estesa la nozione di atto sessuale in una sentenza della cassazione nella condotta di colui che, nell’ambito di una conversazione via *WhatsApp*, dopo aver inviato una foto erotica riceveva dell’altro, dietro la minaccia di pubblicare sui social la chat sessualmente esplicita, una foto con esposizione di una zona erogena, nella specie il seno nudo.

Secondo questa giurisprudenza, lo scambio di foto e la chat, costituiscono nozione di atto sessuale, in ragione della condotta costringitiva e dello sfondo sessuale che contengono le foto; quindi, nella specie l’atto è penalmente rilevante ai sensi dell’Artt. 609 bis e ter c.p. Come già ho anticipato prima, questa visione della giurisprudenza è al limite, in quanto il solo invio di una foto hard non può da solo essere riconosciuto come atto sessuale, non è corretto a mio avviso categorizzare questo caso, per quanto possa essere fastidioso, sgradevole e indisponente, come violenza sessuale.

Ad oggi, secondo questa interpretazione, non è più richiesta la classica formula *corpore corpori* che era necessaria nel codice Rocco ex Art. 519 che distingueva la congiunzione carnale dagli atti di libidine; infatti, questa formula è stata riadattata e

filtrata per essere adottata ai giorni nostri, adattandola quindi alla comunicazione a distanza e si ritiene quest'ultima impostazione preferibile visti i tempi.²³

All'interno dell'articolo di Parisi viene ripresa una sentenza in cui la Suprema Corte ha ritenuto che il delitto di violenza sessuale si possa configurare mediante chat, nel caso di specie via WhatsApp.

La Cassazione Penale sez. III, 08/09/2020 n.° 25266 conferma che pur *in assenza di qualsiasi contatto fisico*, in tutti i casi in cui viene coinvolta la sfera psichica sessuale della persona offesa e quindi lesa la sua libertà individuale, vi è violenza sessuale²⁴.

Penso che questo orientamento sia estremo, perché per atto sessuale non può intendersi anche l'invio di foto hard, nonostante esse abbiano uno sfondo sessuale.

²³ Parisi, F. "Violenza sessuale via WhatsApp? L'estensione della nozione di atto sessuale in una sentenza della cassazione." (2021): 268-272

²³ Cass. Pen., sez. III, 08 settembre 2020, n. 25266, in DeJure

Come sempre ci sono diversi orientamenti: un primo orientamento vede l'atto sessuale nelle condotte che erano disciplinate negli Art. 519²⁵ e 521²⁶, quindi in questo primo orientamento non può esserci violenza sessuale tramite scambio di foto, ma l'unico caso in cui c'è violenza sessuale senza il contatto fisico leggendo alla lettera l'articolo può essere solo il caso in cui ex art 521 c.p. "*chi, [...] costringe o induce taluno a commettere gli atti di libidine su se stesso*" in questo caso pare ovvio che possa non esserci il contatto fisico con l'agente, perché possono essere ricompresi tutti i casi di autoerotismo da parte della vittima, ma questo secondo il primo orientamento è l'unico caso nel quale può essere ricompresa la violenza sessuale, in quanto in tutti gli altri casi è necessario il contatto fisico. In questo orientamento, più corretto secondo me, esiste la violenza sessuale senza contatto fisico solo qualora l'agente obbliga la vittima a fare dell'autoerotismo, non è considerata quindi violenza sessuale se l'agente si

²⁴ [Chiunque, con violenza o minaccia, costringe taluno a congiunzione carnale è punito con la reclusione da tre a dieci anni. Alla stessa pena soggiace chi si congiunge carnalmente con persona la quale al momento del fatto:

- 1) non ha compiuto gli anni quattordici;
- 2) non ha compiuto gli anni sedici, quando il colpevole ne è l'ascendente o il tutore, ovvero è un'altra persona a cui il minore è affidato per ragioni di cura, di educazione, d'istruzione, di vigilanza o di custodia;
- 3) è malata di mente, ovvero non è in grado di resistergli a cagione delle proprie condizioni d'inferiorità psichica o fisica, anche se questa è indipendente dal fatto del colpevole;
- 4) è stata tratta in inganno, per essersi il colpevole sostituito ad altra persona.

²⁶ [1. Chiunque, usando dei mezzi o valendosi delle condizioni indicate nei due articoli precedenti, commette su taluno atti di libidine diversi dalla congiunzione carnale soggiace alle pene stabilite nei detti articoli, ridotte di un terzo.

2. Alle stesse pene soggiace chi, usando dei mezzi o valendosi delle condizioni indicate nei due articoli precedenti, costringe o induce taluno a commettere gli atti di libidine su se stesso, sulla persona del colpevole o su altri.]

masturba costringendo la vittima a guardare, in quanto, secondo me, la vittima in questo caso non viene coinvolta fisicamente nella sfera sessuale, ma solo nella sfera psichica. Questi casi certamente non devono rimanere impuniti, ma è più corretto applicare l'art 610 c.p.

Un primo caso che ha confermato che per ritenersi violenza sessuale non debba necessariamente esserci il contatto fisico tra il protagonista e la vittima è la sentenza Lorè.²⁷ Nel 1999, nella quale un medico endocrinologo ha indotto una paziente a una vera e propria masturbazione che aveva poi ripreso con una telecamera nascosta, all'insaputa della vittima. In questa sentenza viene ravvisata la violenza sessuale, come è giusto che sia anche secondo questo primo orientamento, perché si incide direttamente sul corpo della vittima, anche se con minor invasione in quanto è lei stessa a compiere l'atto sessuale.

Il secondo invece ritiene che la nozione di atto sessuale sia più ampia e quindi tutte le condotte che prima erano irrilevanti, alla luce della nuova normativa, vengono ritenute violenza sessuale pur non incidendo direttamente sul corpo della vittima, ma attraverso episodi di scambio di foto come abbiamo visto nell'esempio precedente e anche episodi di esibizionismo o autoerotismo.

Possiamo affermare che secondo la giurisprudenza, ad oggi, può esserci violenza sessuale anche in assenza di contatto fisico. Nessuna incertezza su questa ultima affermazione, perché è chiaro che rientrano i casi in cui la vittima sia obbligata a compiere su sé stessa autoerotismo, ma parte della giurisprudenza fa rientrare anche

²⁷ Cass. Pen., sez. III, 25 settembre 1999, n. 1431

tutti i casi in cui l'autore e la vittima non si siano mai incontrati di persona, come nel caso dello scambio di foto Hard.

Nel 2020 la Cassazione ha confermato le sentenze precedenti nelle quali era già stata ampliata la rilevanza penale di certe condotte criminose, nel caso concreto, l'uomo aveva inviato alla giovane una sua foto "hard" ricevendone da lei un'altra come risposta. L'uomo per far sì che la giovane le inviasse altri contenuti hard, la minaccia con la pubblicazione a mezzo social delle foto precedentemente inviate da lei. L'uomo per difendersi sostenne che non era mai avvenuto un incontro e di conseguenza non poteva essere ravvisabile un atto sessuale, ma la Corte ritenne che, diversamente a quanto si poteva affermare prima del 1996, vi fossero gli estremi per la condotta criminosa.²⁸

In una sentenza del 2015 nella quale si parla della qualificazione delle violenze prive di contatto *corpore corpori* alla prova della recente giurisprudenza in tema di atti sessuali²⁹, si sostiene che vi è violenza sessuale nelle ipotesi in cui l'agente compie atti sessuali in presenza della vittima. Nel caso specifico il conducente del taxi si masturba platealmente con il veicolo in moto guardandola insistentemente dallo specchietto retrovisore. In questa sentenza, dunque, viene ravvisata la violenza sessuale. Secondo la mia tesi, ciò non è corretto, poiché, per quanto possa essere un atto detestabile e urtante nei confronti della vittima, non induce quest'ultima a dover subire un vero e proprio atto sessuale. Sicuramente per la vittima non è un gesto gradevole, ma non è corretto che l'agente venga punito per un reato più grave, potendo questo fatto essere punito con la violenza privata.

²⁸ Cass. Pen., sez III, 8 settembre 2020, n. 25266

²⁹ Vizzardi, M. (2017). Violenza sessuale senza coinvolgimento del corpo della vittima?

Una violenza sessuale di nuovo conio comprende dunque anche tutte quelle ipotesi a prescindere da un contatto *corpore corpori*.

Sempre in ambito di autoerotismo, in una sentenza della Cassazione del 2020, è stato ritenuto che qualora la vittima si trovi ad assistere ad atti di autoerotismo, ma con la possibilità di allontanarsi integra, nel caso di specie, il delitto di violenza privata e non di violenza sessuale, anche in questo caso la cassazione è stata troppo severa in quanto non può essere questo episodio ricompreso, a mio avviso, nella violenza privata, perché per essere categorizzato nella violenza privata deve esserci violenza, minaccia e costrizione, e nel caso preso in esame sopra la vittima aveva la possibilità di allontanarsi dal luogo dell'esecuzione.

In sintesi, qualora la vittima si ritrova a dover guardare un uomo che si masturba, se c'è costrizione è giusto far rientrare la fattispecie nel 610 c.p., nel caso in cui non vi sia neanche costrizione non può essere ravvisata neppure la violenza privata.

Un altro caso nel quale a mio avviso la giurisprudenza è stata troppo severa e non rispettosa della legge è il caso in cui vi era un uomo che, mentre guidava un furgone, affiancò la vettura condotta da una donna per farla assistere a una sua esibizione autoerotica.³⁰ Essendo in due veicoli differenti, per quanto il comportamento dell'agente avesse sfondo sessuale non si può ritenere, secondo la giurisprudenza del 2020, violenza sessuale, in quanto la vittima aveva la possibilità di distanziarsi da questo sgradevole episodio. Ancora una volta la cassazione è stata troppo severa, in quanto la vittima poteva allontanarsi, ciò implica che non fosse costretta e non essendoci l'elemento della costrizione non può essere violenza privata.

³⁰ Cass. Pen., sez. I, 2020, n. 5211

Il problema che mi son posta è come mai la Cassazione per decidere, se l'atto della masturbazione davanti ad una vittima sia violenza sessuale ex art 609 bis o sia violenza privata ex art 610, fa leva sull'elemento della costrizione, affermando che qualora ci sia costrizione ci ritroviamo davanti alla violenza sessuale e qualora essa non ci sia ci ritroviamo all'interno della violenza privata. Andando a leggere i due articoli, si può chiaramente vedere che la condotta costrittiva è fondamentale per far sì che questi due siano applicati; quindi, se rispettassimo letteralmente gli articoli, i casi sopra descritti, mantenendo la tesi che non vi sia costrizione, non possono rientrare in nessuno dei due articoli.

Ciò non implica, come descritto sopra, che questo comportamento non debba essere punito facendolo rientrare, nella violenza privata, mi pare necessario sottolineare che in questo caso non possa neanche esserci la violenza privata in quanto non vi era costrizione.

Una sentenza della Cassazione ritiene che per vagliare l'atto sessuale sia necessario guardare il contesto; dunque, secondo questa teoria viene ritenuta violenza sessuale qualora non venga coinvolto il corpo della vittima, ma la condotta dell'agente ha inciso sulla sfera della libertà personale.

Secondo questa linea interpretativa, qualora ci si trovi davanti ad atti di autoerotismo, essi vengono compresi nella nozione di atto sessuale perché esso esprime la sua valenza sessuale con un'evidenza dirompente. Infatti, secondo questo orientamento la masturbazione, il petting, rapporti orali, vaginali, anali esprimono già di per sé la propria natura sessuale.

Il problema per la Cassazione in questi casi, come nel caso del taxista onanista, non è capire se la masturbazione sia o meno un atto sessuale (perché essa ritiene che lo sia),

ma il problema è se la persona offesa sia costretta a compiere o subire atti sessuali. Quanto sostiene la cassazione a mio avviso non è logico sulla base degli articoli in quanto in entrambi è necessaria la condotta della costrizione; dunque, per differenziare le due fattispecie non bisogna guardare la condotta, perché in entrambe viene richiesta quella costringitiva, ma bensì l'atto se ha natura sessuale o meno.

Nel secondo caso preso in esame che abbiamo analizzato del 2020, la vittima non era costretta a subire in quanto, come già detto sopra, aveva la possibilità di allontanarsi e quindi non vi era taluno che costringeva la vittima mediante violenza o minaccia ex Art. 609 bis o ex art 610 c.p.

Ovviamente nei casi di condotta esibizionistica la persona offesa non è di certo costretta a compiere; quindi, bisogna valutare se il concetto subire possa includere il dover patire condotte esibizionistiche del reo. In realtà già all'alba del 1996 si esprimeva che il verbo subire, utilizzato dal legislatore, consentisse di punire, sotto la voce di violenza sessuale, anche i casi in cui non vi fosse alcun coinvolgimento del corpo della vittima.³¹

Sono stati trovati alcuni aspetti critici sulla base di una lettura sistematica del Codice penale e soprattutto per il rispetto del principio costituzionale di proporzionalità della pena. Attraverso una lettura sistematica, Matteo Vizzardi, sostiene che la violenza sessuale non può ricomprendere i fatti esibizionistici perché esiste l'Art. 609 quinquies³² con riferimento alle vittime minori di anni quattordici, disciplina

³¹ MARINI, I delitti contro la persona, Torino, 1996, p.297

³² Chiunque compie atti sessuali in presenza di persona minore di anni quattordici(2), al fine di farla assistere, è punito con la reclusione da uno a cinque anni.

Salvo che il fatto costituisca più grave reato, alla stessa pena di cui al primo comma soggiace chiunque fa assistere una persona minore di anni quattordici al compimento di atti sessuali, ovvero mostra alla medesima materiale pornografico, al fine di indurla a compiere o a subire atti sessuali.

espressamente le ipotesi in cui l'agente compie atti sessuali in loro presenza, ragion per cui gli atti esibizionistici non fossero ricompresi né nel delitto di violenza sessuale né nella fattispecie di atti sessuali con minorenni, deducendo da ciò che in entrambi gli Artt. 609 bis e 609 quater³³ fosse necessario il coinvolgimento del corpo del minore.

La pena è aumentata:

- a) se il reato è commesso da più persone riunite;
- b) se il reato è commesso da persona che fa parte di un'associazione per delinquere e al fine di agevolare l'attività;
- c) se il reato è commesso con violenze gravi o se dal fatto deriva al minore, a causa della reiterazione delle condotte, un pregiudizio grave;
- c-bis) se dal fatto deriva pericolo di vita per il minore.[\(3\)](#)

La pena è aumentata fino alla metà quando il colpevole sia l'ascendente, il genitore, anche adottivo, o il di lui convivente, il tutore, ovvero altra persona cui, per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia, il minore è affidato, o che abbia con quest'ultimo una relazione di stabile convivenza[\(4\)](#).

³³ Soggiace alla pena stabilita dall'articolo [609 bis](#) chiunque, al di fuori delle ipotesi previste in detto articolo, compie atti sessuali con persona che, al momento del fatto:

- 1) non ha compiuto gli anni quattordici[\(2\)](#);
- 2) non ha compiuto gli anni sedici, quando il colpevole sia l'ascendente, il genitore, anche adottivo, o il di lui convivente, il tutore, ovvero altra persona cui, per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia, il minore è affidato o che abbia, con quest'ultimo, una relazione di convivenza[\(3\)](#).

Fuori dei casi previsti dall'articolo [609 bis](#), l'ascendente, il genitore, anche adottivo, o il di lui convivente, il tutore, ovvero altra persona cui, per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia, il minore è affidato, o che abbia con quest'ultimo una relazione di convivenza, che, con l'abuso dei poteri connessi alla sua posizione, compie atti sessuali con persona minore che ha compiuto gli anni sedici, è punito con la reclusione da tre a sei anni[\(4\)](#).

Fuori dei casi previsti dai commi precedenti, chiunque compie atti sessuali con persona minore che ha compiuto gli anni quattordici, abusando della fiducia riscossa presso il minore o dell'autorità o dell'influenza esercitata sullo stesso in ragione della propria qualità o dell'ufficio ricoperto o delle relazioni familiari, domestiche, lavorative, di coabitazione o di ospitalità, è punito con la reclusione fino a quattro anni[\(5\)](#).

La pena è aumentata:

Inoltre, dal punto di vista del principio di proporzionalità, è assurdo che da un lato è stata depenalizzata la fattispecie degli atti osceni in luogo pubblico (Art. 527³⁴ co. 1 c.p.) con l'unica eccezione dei casi in cui tali atti avvengano all'interno o in prossimità di luoghi frequentati da minori; dall'altro lato, con i medesimi atti osceni se rivolti però ad una persona costretta ad assistervi ci troviamo di fronte a una pena minima di cinque anni.

È bene ricordare che i principi costituzionali sono un imprescindibile canone ermeneutico per il giudice quindi, qualsiasi interpretazione che non rispetta il principio di proporzionalità dovrebbe essere rifiutata.

-
- 1) se il compimento degli atti sessuali con il minore che non ha compiuto gli anni quattordici avviene in cambio di denaro o di qualsiasi altra utilità, anche solo promessi;
 - 2) se il reato è commesso da più persone riunite;
 - 3) se il reato è commesso da persona che fa parte di un'associazione per delinquere e al fine di agevolare l'attività;
 - 4) se dal fatto, a causa della reiterazione delle condotte, deriva al minore un pregiudizio grave;
 - 5) se dal fatto deriva pericolo di vita per il minore(6)(7).

Non è punibile il minore che, al di fuori delle ipotesi previste nell'articolo [609 bis](#), compie atti sessuali con un minore che abbia compiuto gli anni tredici, se la differenza di età tra i soggetti non è superiore a quattro anni(8).

Nei casi di minore gravità la pena è diminuita in misura non eccedente i due terzi(9).

Si applica la pena di cui all'articolo [609 ter](#), secondo comma, se la persona offesa non ha compiuto gli anni dieci.

³⁴ Chiunque, in luogo pubblico o aperto o esposto al pubblico(1), compie atti osceni(2) è soggetto alla sanzione amministrativa pecuniaria da euro 5.000 a euro 30.000.

Si applica la pena della reclusione da quattro mesi a quattro anni e sei mesi se il fatto è commesso all'interno o nelle immediate vicinanze di luoghi abitualmente frequentati da minori(3) e se da ciò deriva il pericolo che essi vi assistano(4).

Se il fatto avviene per colpa, si applica la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 51 a euro 309.

La tesi di Vizzardi, secondo lo scrittore è corretta e condividibile, in quanto la violenza sessuale non può ricomprendere anche i fatti esibizionistici, sia per le ragioni dette da quest'ultimo che per l'eccessivo allargamento della fattispecie *ex Art. 609 bis*.

2.4 I DIVERSI PROFILI DELL'ATTO LIBIDINOSO

Dal punto di vista letterale dobbiamo sottolineare che vi è una differenza tra atto sessuale e atto di libidine perché la seconda evoca inevitabilmente una concezione soggettivistica, perché è espressione di impulso e di desiderio, ma anche moralistica. La prima espressione invece segue una chiave oggettivistica e scientifica perché la sessualità è oggetto di studio scientifico medico e psicosociale.

La nuova espressione adottata dal legislatore è più restrittiva della vecchia; infatti, anche dove dal punto di vista soggettivo vi è un impulso libidinoso, magari allo stesso tempo dal punto di vista oggettivo non è presente l'atto sessuale, come per esempio un abbraccio dal medico alla paziente, per tanto ad oggi può non caratterizzarsi come atto sessuale oggettivamente, mentre precedentemente era ritenuto un atto libidinoso.

Con riferimento alla norma presa in esame potrebbe avere senso ricomprendere, nella nozione di atto sessuale, alcune ipotesi cosiddetti "lievi", rientranti nella vecchia nozione di atti di libidine, ma ciò non si può fare con le norme attuali, sempre in tema della personalità sessuale, che fanno riferimento agli atti sessuali. Sarebbe irrazionale ricomprendere all'interno della nozione di atto sessuale tutti gli atti libidinosi.

Alcune ipotesi di atto sessuale, le quali sono ricomprese all'interno dell'Art 609 bis, non possono essere viste come tali anche negli articoli seguenti, perché ciò sarebbe irrazionale; infatti, all'interno della nozione di atto sessuale dell'Art. 609 bis è ritenuta violenza sessuale un bacio passionale dato dall'agente attraverso la costrizione mediante violenza o minaccia. Negli articoli successivi, sarebbe assurdo ricomprendere le azioni scritte sopra; infatti, un abbraccio o un bacio tra genitori in presenza del figlio minore degli anni quattordici non ricadono all'interno dell'Art 609 quinquies e sarebbe irrazionale allo stesso modo ex Art 609-octies che il tocco

di una parte erogena non gradito da parte di una persona con la presenza di un altro rientri nella violenza di gruppo, anche perché per essa ci sono pene elevatissime ed è procedibile d'ufficio. In questo caso, se considerassimo quanto detto sopra nell'Art. 609-octies, sarebbe perseguibile d'ufficio anche il ragazzo che, insieme al suo amico, magari per scommessa, in discoteca toccasse più volte parti intime della ragazza o che magari abbracciasse essa contro la sua volontà.

Da ciò possiamo dedurre quindi che la nozione di atto sessuale non è uguale in tutti gli ambiti dei delitti presi in considerazione; quindi, un bacio profondo non è considerabile atto sessuale per la corruzione dei minorenni, ma può essere considerato come tale ai sensi della violenza sessuale ex Art. 609 bis c.p.

Come sempre in questo ambito vediamo che manca proprio quell'elemento di certezza del diritto e la descrizione unitaria di atto sessuale, perché come abbiamo avuto modo di vedere non c'è una nozione unitaria di atto sessuale.

La domanda che si pone è se ci sarà mai una nozione unitaria di atto sessuale e se ci sarà mai una descrizione di atto sessuale.

Non esistono forse delle ricette per curare questa malattia del diritto, come dice il Cadoppi, perché le definizioni sono pericolose nel diritto e la materia del diritto deve essere sempre vivente e con la possibilità di mutare. Sarebbe però opportuno trovare una soglia minima sotto la quale non vi è l'atto sessuale, per far sì che questa nozione non si espanda in maniera eccessiva ed esagerata.

È importante sottolineare e quindi ripetere che l'atto sessuale così come descritto oggi, secondo il Cadoppi deve avere un carattere oggettivo e quindi scientifico e medico e non più soggettivo come era per gli atti di libidine, dunque, non si deve più tenere in

considerazione, secondo questa linea oggettivistica, l'impulso del soggetto attivo del reato, ma bisogna tener conto dell'oggettiva natura sessuale dell'atto.

Ma come possiamo riscontrare la natura oggettiva dell'atto sessuale? Ovviamente non bisogna far di certo riferimento alla sfera dell'individuo, ma bisogna fare riferimento alle scienze medico-psicologiche e anche a quelle antropologiche-sociologiche.

La nozione di atto sessuale cambia a seconda dal paese in cui ci troviamo perché, per atto sessuale, alcuni paesi possono intendere una cosa e altri paesi un'altra. Alcune nazioni non occidentali ritengono atto sessuale anche lo sfregamento del naso contro il naso altrui.

Nel nostro paese, con il tentativo di dare maggior rispetto al principio di tassatività, vediamo che si è data una definizione dal punto di vista oggettivo non creando dei vuoti di tutela, trovando anche una copertura per tutti quegli atti che non rientrano nella nozione di atto sessuale, come ad esempio dei semplici abbracci o tocamenti in parti del corpo diverse dal gluteo o altre parti erogene e intime, che restano fuori dalla nozione minima di atto sessuale. Quindi tutta questa serie di atti che prima rientravano negli atti di libidine ad oggi non rientrano più nella nozione minima di atto sessuale. Ciò comporta quindi che questi atti rimangono impuniti? No, perché tutti questi atti che un tempo rientravano nella nozione di atti di libidine, ad oggi come abbiamo già detto, non ci rientrano più. Sono però tutelabili, comunque, con una copertura penale ai sensi della violenza privata o di atti osceni in luogo pubblico.

Con riferimento al bacio appassionato, ma non riuscito perché scansato all'ultimo, si può ritenere che esso rientri nella forma del tentativo della violenza sessuale.

Benché non esistano studi conclusivi sulla definizione di atto sessuale si può dire che, per far sì che l'atto sia sessuale, occorre che il contatto fisico avvenga con una zona genitale (compresa la mammella di una donna), anale o orale del partner³⁵. Fuori da questi casi non può essere secondo questa tesi, accolta anche nel frattempo da molti autori, atto sessuale, ma magari può essere atto libidinoso con le coperture dette precedentemente.

Saranno atti sessuali, a parte ovviamente la congiunzione carnale, *“i toccamenti attuati con organo genitale, con una mano, con la bocca o anche con un'altra parte del corpo sia dell'organo genitale in ogni sua parte anche periferica (oltre che naturalmente della mammella ove la persona offesa sia una donna) sia dell'ano che della bocca”*.³⁶

In relazione a questa definizione è punibile anche l'ipotesi in cui un soggetto costringa il partner a compiere atti sessuali su sé stesso.

Secondo questa definizione oggettiva sarà punibile Tizio che costringe Caia a toccarsi in una zona genitale, ma non sarà punibile Mevio che costringe Sempronia a toccarsi un'altra parte del corpo, come può essere il piede e così via.

Nel caso in cui la parte del corpo che viene toccata è ricoperta dai vestiti, può essere considerato atto sessuale? Sì, ovviamente nel caso in cui la parte toccata sia una zona genitale. In conclusione, possiamo dire che solo un atto che è davvero natura sessuale lede la libertà sessuale dell'individuo.

³⁵ A. Cadoppi, Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia, IV edizione, p. 466

³⁶ A. Cadoppi, *I reati contro la persona, reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psicofisico dei minori*, Volume III, 2007, Torino, p.36

2.5 ZONE EROGENE E CASI LIMITE

Le zone erogene, secondo il vocabolario Treccani *“sono le zone del corpo umano la cui stimolazione concorre a determinare l'eccitamento sessuale; corrispondono ai tegumenti degli organi genitali e ad aree cutanee distinte da questi variabili da soggetto a soggetto”*.³⁷

Erogeno, in senso letterale, è ciò che da origine al desiderio sessuale ed esse, data la loro natura erogena, dovrebbero rappresentare i criteri oggettivi per identificare la violenza sessuale. La soluzione però non è così semplice. Dal punto di vista scientifico non possiamo disporre una mappatura affidabile che distingua, con colori diversi, le parti erogene e le parti non erogene. In linea di principio si tratta però di porzioni anatomiche con lo scopo dell'organo genitale, ma possono essere diverse da individuo ad individuo. Da ciò possiamo dedurre che se affidiamo la violenza sessuale alla ricerca delle zone erogene si avrà una non univocità; infatti, è comune in giurisprudenza l'affermazione secondo la quale *“il coinvolgimento di quelle che, secondo una diffusa cultura ed un condiviso costume sociale, vengono considerate le parti del corpo tali da suscitare il compiacimento erotico”* è atto di natura sessuale.³⁸

Superando la schematizzazione della massima, si nota che il contatto con una zona erogena è una condizione sufficiente, ma non necessaria, perché parte della giurisprudenza afferma che sia atto sessuale anche qualora vengano coinvolte zone dichiarate non erogene, allorquando si faccia una valutazione complessiva della

³⁷ Vocabolario Treccani

³⁸ F. Mantovani, Diritto penale, Parte speciale I, Delitti contro la persona, VII ed. Padova 2019, p. 429 e ss.

condotta tenendo conto del contesto sociale ambientale in cui l'azione viene realizzata. Si deve anche tenere conto secondo questo orientamento del rapporto dei soggetti e di qualsiasi atto che abbia inciso sulla libertà sessuale della vittima. Se dunque si seguisse questo orientamento e tutte le parti del corpo fossero ritenute erogene, anche i semplici tocamenti di una mano o di un piede potrebbero dar luogo ad un atto sessuale.

È fondamentale distinguere il tocco delle zone erogene a sfondo sessuale dal contatto con le zone erogene attraverso un pugno, un calcio, uno schiaffo e così via³⁹, In questo paragrafo parleremo di atti insidiosi e rapidi che riguardano zone erogene su una persona non consenziente ove vi è piacere sessuale del soggetto agente e costringimento psicofisico idoneo a superare la resistenza della vittima. In questi anni di applicazione della norma, la giurisprudenza, ha avuto modo di classificare alcuni atti sotto la nozione di atto sessuale, anche se possiamo definirli dei casi limite di confine e problematici. In un caso specifico è stata definita violenza sessuale anche il soggetto che ha “allungato le mani tra le gambe” senza arrivare al suo “obbiettivo”.⁴⁰ Piuttosto interessanti sono le sentenze che trattano della rilevanza penale del bacio perché, anche la condotta di chi costringe con modalità violente a dare un bacio, può integrare estremi di violenza sessuale.

Secondo una sentenza del 2016⁴¹, è violenza sessuale anche il “succhiotto” perché ha natura di atto sessuale, in quanto provocato da un'attività prolungata delle labbra sul corpo altrui che, per la relativa durata e intensità, è espressione di carica erotica.⁴²

³⁹ Cass. Pen., Sez. III, 2022, n. 2021

⁴⁰ Cass. Pen., Sez. III, Ord. 11 novembre 1996, Rotella

⁴¹ Cassazione sez. II, 8.9.2016. n. 47265

⁴² Cass. Pen., Sez. II, 8 settembre 2016, n. 47265

Viene considerata violenza sessuale anche il mero sfioramento con le labbra del viso altrui per dare un bacio, posto che ci sia stata rapidità e insidiosità nella condotta soggetto attivo. Questa conferma è stata data dalla Cassazione sez. III nel 2012. Possiamo quindi affermare che il viso viene concordemente considerato una zona erogena e quindi integra il tentativo di commettere violenza sessuale anche qualora un soggetto attivo tenti di baciare sul viso la donna qualora essa non sia consenziente.

Questo *revirement* giurisprudenziale in realtà si è avuto con una sentenza del 1998 perché, prima di essa, sembrava assodato che il bacio, ovviamente non quello profondo e non quello dato su parti pudende, non avesse alcuna rilevanza penale come atto sessuale, magari altre fattispecie penali, ma non di certo con reati sessuali. Infatti, poco prima dell'entrata in vigore della legge del 1996, una sentenza ha ritenuto che il bacio dato dal datore di lavoro, prima sulla guancia e poi sul collo di una dipendente, non configurasse atto di libidine. Questa linea è stata seguita anche dalla Suprema Corte che ha negato la rilevanza dell'atto sessuale nel caso in cui un padrone di un negozio tentò di afferrare una dipendente per baciarla dicendole anche "ogni tanto ti vorrei toccare, lasciati toccare". Nel caso di specie riuscì solo a sfiorarle la guancia e non viene configurato come atto sessuale.⁴³

Sempre a conferma dell'orientamento precedente del 1996, è il caso in cui è stato assolto un soggetto che ha baciato una ragazza sulla gamba nel mentre la aiutava ad abbottonarsi i pantaloni.⁴⁴

Si configura la violenza sessuale e non la molestia sessuale qualora ci sia il tocco, il palpeggiamento e lo sfregamento non casuale e ripetuto di zone sessuali,

⁴³ Cass. Pen., 9 ottobre 1997, Corsaro, in Foro it

⁴⁴ Cass. Pen., Sez. III, 15 novembre 1996, Coro, in Foro it

di parti intime o comunque di zone erogene, le quali siano suscettibili di eccitare la concupiscenza sessuale.

Il palpeggiamento di parti anatomiche nelle zone sessuali e quindi in zone erogene può quindi integrare la fattispecie di reato sessuale.

La domanda che ci si è posti è se integra fattispecie sessuale qualora sia sopra o sotto le vesti, ma come si vede nella sentenza della cassazione Penale sezione III del 2017 n. 45531 i palpeggiamenti, anche se avvenuti sopra le vesti, consistono in un atto sessuale e non nel mero tentativo di esso, per di più nella specie il palpeggiamento era avvenuto quando la vittima aveva solo un costume da bagno.⁴⁵ Sono considerati atti sessuali, quelli che compromettono la libertà sessuale della persona e quelli che invadono la sfera sessuale di essa con modalità di costrizione, in tutto ciò vengono anche ricompresi tutti quegli atti insidiosi e rapidi che riguardano zone erogene su una persona non consenziente, quindi tutti quegli atti come palpeggiamenti, sfregamenti e baci, ovviamente nelle zone erogene.

A conferma del fatto che integra reato di violenza sessuale il palpeggiamento del sedere, vi è la sentenza della cassazione penale n.49459 del 2012 che afferma che *“il palpeggiamento del sedere, posto in essere con atto repentino e comunque in una situazione in cui la vittima non ha la possibilità di sottrarsi alla condotta posta in essere dall’aggressore (nella specie, in un episodio, la vittima aveva le mani impegnate per portare piatti) integra il reato di violenza sessuale.”*⁴⁶

⁴⁵ Cass. Pen., Sez. III, 2017, n. 45531

⁴⁶ Cass. Pen., Sez. III, 4 dicembre 2012, n. 49459, in Giurisprudenza commentata di diritto penale, Vol. I Delitti contro la persona e contro il patrimonio P. Pisa, p.326

A conferma di quello detto sopra, possiamo andare a vedere anche un'altra sentenza, n. 1550 del Tribunale di Taranto del 2017 la quale afferma che anche il palpeggiamento del seno, in quanto parte intima della vittima, qualora non ci sia il consenso della vittima, va ad integrare la fattispecie di violenza sessuale.⁴⁷

In conclusione, ad oggi, il palpeggiamento di zone erogene integra fattispecie di violenza sessuale.

⁴⁷ Tribunale di Taranto, sent. 1550 del 2017

Capitolo III – La struttura dell’Art. 609 bis e circostanze

aggravanti Art. 609 ter

3.1 VIOLENZA SESSUALE MEDIANTE COSTRIZIONE – ART. 609 BIS CO.1

La prima fattispecie della violenza sessuale dell’articolo preso in esame è la violenza sessuale per costrizione. Quest’ultima si distingue in tre sottocategorie. La prima è quella con violenza, la seconda quella con minaccia e infine mediante abuso di autorità. In queste ipotesi è necessario che il soggetto passivo sia costretto a compiere o a subire gli atti sessuali.⁴⁸

Quello sopra citato lo possiamo ritrovare nell’Art. 609 bis co.1. Per essere categorizzato come primo comma occorre il dissenso della vittima. Nel caso in cui vi sia il consenso, ovviamente non viziato, prestato da una persona capace di farlo, non può ravvisarsi la tipicità del fatto anche nel caso in cui ci sia la violenza. Perciò se Tizia autorizzasse Caio a legarla al letto e a compiere atti sessuali, pur essendoci violenza, non può essere ravvisata la violenza sessuale perché la costrizione è l’elemento necessario per rientrare nel primo comma.

La nozione di costrizione può variare a seconda della metodologia che si utilizza per compiere l’atto e cioè se sia con violenza, con abuso o con minaccia.

⁴⁸ A.Cadoppi, Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia, IV edizione, p. 498

La condotta descritta al co.1 consiste nel costringere il soggetto passivo, attraverso le modalità sopra descritte, a compiere o subire atti sessuali. Dev'esserci distinzione tra il compiere e il subire e quest'ultima acquista un significato solo se intendiamo "compiere atti sessuali" come coartazione della vittima a praticare tali atti sulla propria persona.

Un esempio nel quale vi sia la configurabilità dell'Art. 609. Bis in assenza di contatto fisico con la vittima, è quello in cui il soggetto passivo è stato costretto a compiere atti sessuali su sé stessa (si rientra dunque nella nozione "compiere").

A questo punto si può affermare che la linea preferita dalla dottrina pare essere quella per cui non debba esserci un contatto corporeo diretto per far sì che ci sia il reato di violenza sessuale⁴⁹. In questo modo rientra nella violenza sessuale, sia l'agente che costringe la vittima a compiere atti sessuali su sé stessa, sia il caso in cui l'agente costringa la vittima a compiere atti sessuali su una persona terza, sia il caso estremo in cui l'agente costringa la vittima a compiere tali atti su una bestia o ancor peggio su un cadavere. Il nucleo essenziale della violenza sessuale è quello della mancanza di un libero consenso della vittima all'atto sessuale stesso. Questo consenso, per far sì che non ci sia violenza, dev'esserci dall'inizio alla fine del rapporto e non può certo desumersi dalla passività della vittima o dall'assenza di reazioni. Integra il reato di violenza sessuale anche il caso in cui il consenso sia stato prestato inizialmente, ma venuto meno "*in itinere a seguito di un ripensamento o della non condivisione delle forme o modalità di consumazione dell'amplesso*"⁵⁰.

⁴⁹ Cadoppi, I reati contro la persona, reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psicofisico dei minori, Volume III, 2007, Torino, p.36

⁵⁰ Cass., Pen., Sez. III, 24 febbraio 2004, n. 25727 in dejure

È apparsa una precisazione, utile nei casi di rapporti sadomasochisti, per cui il consenso se vi è per l'intera durata dell'amplesso, nonostante questo risulti violento in modo particolare, non si configura il reato di violenza sessuale.

Il primo comma prevede una pena da sei a dodici anni (la quale è stata innalzata dal Codice Rosso).

Analizziamo ora la costrizione con violenza, la costrizione con minaccia ed infine la costrizione mediante abuso di autorità. Esse costituiscono mezzi di costrizione attraverso le quali l'autore coarta la volontà della parte offesa. Tali mezzi possono essere usati in modo congiunto o disgiunto, rimanendo comunque parte di un unico reato.

Ordunque, si configura il reato e la coartazione dell'altrui volontà nei casi di coartazione assoluta e coartazione relativa, di conseguenza nel primo la volontà è annullata e nel secondo è solo viziata.⁵¹

Partendo dalla prima, in quanto è la più classica, ci troviamo di fronte ad una costrizione già prevista nel vecchio ordinamento⁵². La violenza è assoluta quando la vittima è privata di ogni possibilità di azione o difesa⁵³, ad esempio nel caso in cui sia stata immobilizzata oppure è relativa quando in essa vi è ancora una facoltà di scelta. La nozione di violenza è stata ampliata rispetto alla nozione che vi era in passato

⁵¹ S.R. Palumbieri, Capitolo I, I delitti contro la libertà sessuale, in A.Cadoppi – S. Canestratti – A. Manna – M. Papa, Trattato di diritto penale parte speciale IX, I delitti contro la libertà sessuale, la libertà morale, l'inviolabilità dell'omicidio e l'inviolabilità dei segreti, 2011, Torino, P.62 e ss.

⁵² A.Cadoppi, Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia, IV edizione, p. 499

⁵³ R. Bartoli M. Pellissero S. Seminara, 2020, Diritto penale lineamenti di parte speciale, p. 171

(estrinsecazione di forza ed influsso corporeo)⁵⁴. L'evoluzione della nozione del concetto di violenza è graduale. Un tempo, per far sì che si configurasse la violenza che consisteva in un'estrinsecazione di forza e influsso corporeo, era necessario che la vittima opponesse resistenza al massimo delle sue potenzialità fisiche o psichiche.⁵⁵ In altre parole, si poneva a carico del soggetto passivo, un obbligo di resistenza, perché la cosiddetta "Vis grata puellis"⁵⁶ non era abbastanza per far sì che si integrasse la fattispecie. Questo termine è stato citato svariate volte, nella giurisprudenza italiana sulla violenza carnale. Questo brocardo indica una circostanza che, fortunatamente, non è più presa in considerazione. Questa espressione si riferiva all'attenuante per il colpevole scaturente dalla provocazione della vittima, la quale era in abiti da meretrice. Dunque, il soggetto passivo doveva dimostrare di essere effettivamente vittima di un'aggressione sessuale, facendo derivare quindi rischi per l'incolumità della vittima.

⁵⁴ S.R. Palumbieri, Capitolo I, I delitti contro la libertà sessuale, in A.Cadoppi – S. Canestrati – A. Manna – M. Papa, Trattato di diritto penale parte speciale IX, I delitti contro la libertà sessuale, la libertà morale, l'inviolabilità dell'omicidio e l'inviolabilità dei segreti, 2011, Torino, P.63 e ss.

⁵⁵ Per far sì che si configuri la realizzazione del reato di congiunzione carnale, occorre "la piena prova di una congiunzione carnale avvenuta non solo nel dissenso, ma anche nel vano tentativo di una resistenza effettiva e concreta, sopraffatta dalla violenza dell'agente" Cass. Pen., 19 dicembre 1967, in giustizia penale, 1969, II, 752.

⁵⁶ Let. "la violenza è gradita alla fanciulla" è un detto latino derivato da un verso dell'Ars amatoria di Ovidio. Il detto viene usato per indicare un supposto atteggiamento, nel gioco dei ruoli fra uomo e donna nell'ambito della seduzione, in base al quale la donna non potrebbe prendere iniziativa sessuale né tanto meno cedere subito alle "avance" di un uomo, bensì dovrebbe presentarsi come pudica e ritrosa, predisponendosi così, in virtù di questa sua passività, a subire di buon grado l'aggressività sessuale del maschio, in modo da non apparire spudorata. In altri termini, in questa concezione, l'iniziativa sessuale spetterebbe al sesso maschile, mentre la donna non dovrebbe mostrare alcun interesse esplicito per la sessualità; secondo questa discutibile interpretazione, la violenza eventualmente esercitata dall'uomo per vincere la resistenza della donna, risulterebbe così a lei gradita, perché altrimenti non le sarebbe permesso di godere del piacere sessuale.

In seguito, c'è stata una dilatazione giurisprudenziale del concetto di violenza e la giurisprudenza ha sposato un'idea di violenza molto più ampia, affermando che si può individuare violenza in qualsiasi comportamento dell'agente che limiti la sfera di libertà personale e di autodeterminazione della vittima nella sfera sessuale. In questo modo, si fa coincidere la violenza con la coartazione del consenso e della volontà altrui. Questo allargamento della nozione di violenza è stato fatto perché una costrizione tipizzata come in precedenza non sarebbe riuscita a comprendere tutte le situazioni caratterizzate dall'assenza di consenso⁵⁷ come il caso del sanitario, che nel corso di una visita medica, approfitta dell'ingenuità della paziente o del suo stato di sedazione, per compiere atti sessuali o la condotta di chi, sfruttando la calca in un mezzo pubblico, compie toccamenti delle parti intime di una passeggera.

Come si può intuire, in questi casi non vi è una violenza, ma è comunque evidente l'offesa dell'altrui libertà sessuale. In tutti questi casi, si comprende il motivo del concetto di violenza, che viene attuata attraverso il ricorso all'idea della violenza potenziale implicita, l'una concernente i fatti realizzati mediante insidia e l'altra riguardante situazioni in cui la vittima non è in grado di opporre resistenza per motivi di rapidità o destrezza.⁵⁸

Secondo questa tesi è necessario che il consenso perduri per tutta la durata dell'atto, per far sì che non si configuri il reato di violenza sessuale. Vi è anche una parte della dottrina che critica questa visione perché è sbagliato identificare la mancanza di consenso all'interno della nozione di violenza, qualora non ci siano comportamenti violenti. Con questo orientamento, molto vicino a quello previgente, rimangono fuori

⁵⁷ R. Bartoli M. Pellissero S. Seminara, 2020, Diritto penale lineamenti di parte speciale, p. 172

⁵⁸ R. Bartoli M. Pellissero S. Seminara, 2020, Diritto penale lineamenti di parte speciale, p. 172

i cosiddetti atti sessuali a sorpresa, ossia i toccamenti o palpeggiamenti di zone erogene in maniera repentina o furtiva.⁵⁹ Parte della giurisprudenza afferma che la repentinità pone la vittima in modo da non poter esprimere il proprio dissenso, ragion per cui integra il reato di violenza sessuale.

Secondo questo orientamento, la violenza, non ricomprende solo la *vis atrox*, ossia lo sprigionamento di un'energia fisica avverso cui l'offeso non si possa opporre, ma anche condotte caratterizzate da quella rapidità e insidiosità, le quali sono in grado di sorprendere e superare la volontà contraria della vittima.

È contraria a questa corrente buona parte della giurisprudenza perché, secondo essa, senza la *vis* non si può avere costrizione fisica, ma meramente induzione. Estendendo la nozione si sostanzia una *interpretatio abrogans* dell'elemento violenza.

Prendiamo ora in esame una sentenza che si pone come riferimento per valutare il significato di violenza nell'ambito del reato ex. Art. 609 bis.

La vicenda è nota come “la sentenza dei Jeans” nella quale la Cassazione ha affermato frasi molto discutibili. La frase più famosa è quella che “*sarebbe un dato di comune esperienza che è quasi impossibile sfilare anche in parte i jeans ad una persona senza la sua effettiva collaborazione, poiché trattasi di operazione che è già assai difficoltosa per chi li indossa.*”⁶⁰ La domanda che ci si è posti su questa assurda affermazione è prima di tutto su quali dati sia stata fondata la comune esperienza di

⁵⁹ S.R. Palumbieri, Capitolo I, I delitti contro la libertà sessuale, in A.Cadoppi – S. Canestrati – A. Manna – M. Papa, Trattato di diritto penale parte speciale IX, I delitti contro la libertà sessuale, la libertà morale, l'inviolabilità dell'omicidio e l'inviolabilità dei segreti, 2011, Torino, P.66 e ss.

⁶⁰ Cass. Pen., Sez. III, 24 febbraio 2004, n. 25727

cui parlano e inoltre vi è da chiedersi se rientrano all'interno della competenza della Suprema Corte giudizi di questo tipo.⁶¹

Fortunatamente la Cassazione prende poi le distanze dal suo precedente orientamento, con la sentenza del 1999 n.13070, dove si precisa che qualora una donna affermi di aver subito uno stupro, non si può di certo mettere in dubbio la sua parola perché indossava dei pantaloni difficili da sfilare⁶²

Più recentemente la Cassazione prende una posizione definitiva per la violenza sessuale quando la vittima indossa dei jeans affermando che, il fatto che la vittima li indossi non può escludere la violenza sessuale perché, come dice la Cassazione nel 2008 è possibile palpeggiare le parti intime penetrando con la mano dentro l'indumento, perché i jeans non possiamo di certo paragonarli a una cintura di castità.⁶³

Per quanto riguarda la costrizione mediante minaccia, anch'essa condotta tipica del delitto del previgente Art. 519, è bene sottolineare la differenza fra il mezzo di coartazione fisica (violenza) e quello di coartazione psichica (minaccia).

La minaccia, come definita in dottrina, è la prospettazione di un male futuro che va ad incidere sull'aspetto psicologico e psichico della vittima, la quale è costretta a compiere un quid contro la sua volontà. Ovviamente, in questo caso, il quid è l'atto sessuale. L'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale sul punto, nel 2006, era abbastanza scarna, ma ad oggi la casistica in maniera di minaccia, a causa della diffusione di nuovi mezzi di comunicazione (telefoni, computer, ecc.) e nuovi mezzi

⁶¹ P.Pisa, Tutela della libertà sessuale tra distorsioni giurisprudenziali e carenze legislative, Diritto penale e processo, n. 5/1999 editoriale 535

⁶² Cass. Pen., 1999, n. 13070 in guida al diritto n. 47, 79, 80

⁶³ Cass. Pen., Sez. III, 21 luglio 2008, n. 30403

di interazione sociale (social media) su cui diffondere i contenuti a sfondo sessuale, ha fatto sì che sia aumentata la casistica in materia di minaccia.

A causa dei mezzi citati sopra, si dà la possibilità all'agente di poter minacciare la vittima grazie all'acquisizione di immagini oscene, in cambio di prestazioni sessuali.⁶⁴

Un caso eclatante è avvenuto nel 2013 nel quale la suprema corte ha dichiarato la configurabilità dei reati di cui Artt. 81 cpv., 609 bis, 609 ter co.1, 61 n.11 e 600 quater c.p. a carico dell'imputato il quale ha contattato via MSN due minori, nascondendo la sua identità e costringendole con minaccia ad inviare foto e video nude e in pose oscene. In questa sede, per far sì che ci sia minaccia secondo la Cassazione, è sufficiente che il male prospettato sia idoneo ad incutere timore nel soggetto passivo, ledendo così la sfera della libertà morale e facendo sì che il soggetto passivo, in questo caso le minori, si siano sentite intimidite.⁶⁵

Per far sì che si configuri la minaccia, secondo la dottrina, si richiede che essa sia idonea a vincere la resistenza della vittima e non occorre che sia tale da annullarne la volontà.⁶⁶

Nel Cadoppi si può leggere che vi erano solo rare sentenze che trattavano di minaccia. Essa era stata ravvisata nel caso in cui vi erano persone che si erano qualificate come agenti, hanno fermato una prostituta e l'hanno minacciata dicendole che se non avesse acconsentito al rapporto carnale, sarebbe stata rimpatriata nel suo Comune di

⁶⁴ A. Cadoppi – S. Canestrari – P. Veneziani Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza 2018, Torino, p. 2533

⁶⁵ Cass. Pen., Sez. III, 2 maggio 2013, n. 19033

⁶⁶ A.Cadoppi, Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia, IV edizione, p. 504

provenienza. In questo caso, del 1958, la Cassazione ha ravvisato che ci fosse la violenza sessuale attraverso la minaccia.⁶⁷

Poco dopo è stata ravvisata la fattispecie di violenza sessuale attraverso minaccia anche il caso in cui l'agente minaccia di riferire al marito della donna, la quale ha rifiutato l'amplesso, le prove della sua precedente infedeltà e la minaccia di portarle via la figlioletta di pochi mesi, per consegnarla al padre che nel frattempo era assente dalla casa coniugale.⁶⁸

Una sentenza più vicina ai giorni nostri ha dichiarato che vi è la minaccia nel caso in cui venga minacciata la donna, mediante l'invio ai parenti di alcune sue foto compromettenti, scattate in incontri amorosi precedenti. Nel caso di specie, si trattava di tentativo.⁶⁹

In conclusione, con riferimento alla minaccia, vi è una recentissima sentenza della Corte di Cassazione coerente con quanto detto finora. La Cassazione nel 2020 afferma che il delitto di violenza sessuale può essere realizzato anche tramite minacce, le quali costringano un minore ad uno scambio di selfie e messaggi, sessualmente espliciti, tramite WhatsApp. Come si può notare, questa sentenza è coerente all'orientamento per il quale, per far sì che si ravvisi la violenza sessuale, non serva il contatto fisico con la vittima, basta solo che questi atti coinvolgano la corporeità sessuale e soprattutto che siano idonei a ledere la libertà individuale di modo che si soddisfi o si ecciti l'istinto sessuale del soggetto attivo.⁷⁰

Una delle novità dell'articolo preso in esame, tra le più importanti, è l'introduzione della violenza sessuale realizzata mediante abuso di autorità. Il problema maggiore, in

⁶⁷ Cass., 14 ottobre 1958, in Giust. Pen. 1959

⁶⁸ App., Bologna, 9 dicembre 1964 in *dejure*

⁶⁹ Cass., 14 giugno 1994

⁷⁰ Cass. Pen., Sez. III, 8 settembre 2020, n. 25266 in *Rivista penale*, 12 2020, 1091

questo terzo punto, consiste nello stabilire se la posizione del soggetto attivo, che in questo caso è una posizione di supremazia, debba avere o meno natura pubblicistica. Vi è un'interpretazione estesa, la quale comprende anche forme di autorità privata, anche perché sarebbe assurdo non distinguere, nei delitti sessuali, se l'abuso di autorità provenga ad esempio da un docente di scuola privata o da un docente di scuola pubblica. Vi è sempre stato il dubbio se dovesse essere o meno ricompresa la nozione privata di abuso; infatti, la questione è stata sottoposta alle Sezioni Unite nel 2020 e quest'ultima ha adottato un'interpretazione estensiva, ricomprendendo dunque le forme di autorità privata. L'abuso di autorità non può essere confuso con il timore reverenziale. Non bisogna dimenticare che tale abuso debba presentare un contenuto che possiamo accostare alla violenza o alla minaccia.⁷¹ Questa fattispecie è quella affetta da maggior indeterminatezza e che di conseguenza ha molti problemi interpretativi. Uno dei primi problemi è quello che abbiamo detto poco prima e quindi se questa fattispecie debba o meno ricomprendere le autorità private. Leggendo l'articolo si può notare che esso recita “*chiunque...mediante abuso di autorità costringe taluno a compiere o subire atti sessuali è punito...*” si sarebbe portati a pensare che la condotta possa essere messa in atto da tutti i cittadini, ovviamente non si può pensare che tutti i cittadini posseggano un'autorità e interpretarla in questo modo sarebbe inverosimile e illogico ed essa sarebbe applicata in modo confusionario e arbitraria. Si pensa che il pronome *chiunque* sia stato un mero errore dovuto forse alla velocità con la quale la legge del 1996 sia stata redatta e approvata. Volendo fare un paragone con gli elementi costitutivi del vecchio delitto erano: la qualifica del pubblico ufficiale del soggetto attivo attraverso la congiunzione carnale con una

⁷¹ R. Bartoli M. Pellissero S. Seminara, 2020, Diritto penale lineamenti di parte speciale p.173

persona arrestata o detenuta, attuata ovviamente dal pubblico ufficiale la quale aveva la custodia per ragione del suo ufficio, ovvero con una persona a lui affidata durante l'esecuzione di un provvedimento dell'Autorità competente; inoltre era punito ugualmente il pubblico ufficiale con grado maggiore che, data la sua posizione, approfittasse di un suo inferiore.

Nel Codice precedente, questa fattispecie era punita in maniera più lieve perché la maggior parte delle volte, secondo i compilatori dell'epoca, la persona custodita o affidata è un soggetto moralmente corrotto il quale si offre all'amplesso, senza che il colpevole debba insistere troppo.⁷²

Nel Codice Zanardelli è facile pensare che il soggetto passivo poteva essere solo il condannato o l'arrestato; nel Codice Rocco, invece, si era scelta la strada della presunzione assoluta, la quale rendeva automatiche e più facili le condanne. In questo modo, si creavano delle conseguenze negative perché era punito il pubblico ufficiale anche qualora fosse stato letteralmente sedotto dalla persona in custodia o affidata ed era condannato allo stesso modo il pubblico ufficiale violento o minaccioso che avesse realmente abusato del suo potere.

Ci troviamo quindi, da un lato un soggetto, come nel primo caso, che viene punito in una maniera sproporzionata ed esagerata, dall'altro ci troviamo in una situazione nella quale il soggetto passivo si ritrova, nonostante esso sia stato violento e minaccioso, con una pena minore, perché ricordiamo che questo reato prima era punito con una pena più lieve per le ragioni sopra dette. Ad oggi, fortunatamente per il soggetto attivo, il legislatore ha eliminato la presunzione assoluta *de qua*⁷³ ed è stata predisposta la

⁷² A.Cadoppi, Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia, IV edizione, p. 505

⁷³ A.Cadoppi, Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia, IV edizione, p. 507

fattispecie che stiamo analizzando richiedendo due elementi. Essi sono la costrizione e l'abuso di autorità.

Come abbiamo già detto più volte, per autorità si intende sia quella pubblica che quella privata, anche perché se il legislatore avesse voluto intendere solo l'autorità pubblica, avrebbe dovuto dirlo.

Una parte della dottrina ritiene che sia un doppione inutile perché, questa fattispecie, sarebbe potuta rientrare nella violenza commessa mediante minaccia, in quanto dal momento in cui vi sia un abuso che costringe, altro non è che una violenza psichica. La dottrina ritiene inoltre che il legislatore abbia sbagliato nell'inserire questa condotta all'interno della fattispecie di costrizione ben potendola qualificare all'interno della fattispecie induttiva del comma seguente, ma il legislatore ha messo questa fattispecie vicino alla violenza e alla minaccia per far sì che si rifletta sul fatto che esistono altre modalità di costrizione.⁷⁴

Alla luce di quanto detto, si può affermare che l'autorità potrà essere sia pubblica che privata. Nel caso in cui sia pubblica, l'agente potrà essere un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio, mentre il soggetto passivo lo possiamo identificare come carcerato, con la differenza che la costrizione non sarà presunta; quindi, il pubblico ufficiale che viene sedotto da una carcerata non sarà punibile.

L'abuso pare ovvio che debba essere ritenuto diverso dalla violenza e dalla minaccia, ma non è facile pensare ad ipotesi nelle quali vi sia abuso senza minaccia, soprattutto dal momento in cui l'abuso dev'essere un mezzo per costringere il soggetto passivo.

⁷⁴ S.R. Palumbieri, Capitolo I, I delitti contro la libertà sessuale, in A.Cadoppi – S. Canestrati – A. Manna – M. Papa, Trattato di diritto penale parte speciale IX, I delitti contro la libertà sessuale, la libertà morale, l'inviolabilità dell'omicidio e l'inviolabilità dei segreti, 2011, Torino, p.73

Un esempio che possiamo fare nel caso in cui vi sia abuso senza minaccia è quando il soggetto passivo teme che nel caso di rifiuto delle prestazioni sessuali, possa incorrere una conseguenza negativa nei suoi confronti (come la prostituta che teme di essere portata in questura e quindi si concede al poliziotto). Un altro esempio che possiamo fare di abuso di autorità in assenza di minacce è il direttore delle carceri che promette una cella più confortevole, se la detenuta soddisfi le sue voglie o infine nei casi in cui la vittima si conceda al pubblico ufficiale per una forma di soggezione psicologica.⁷⁵

Nell'ipotesi dell'autorità privata, bisogna capire quali siano questi soggetti attivi che possono abusare della volontà del soggetto passivo. Si fa riferimento alle autorità parentali, tutoriali, educative o curative e anche al rapporto tra datore di lavoro e lavoratore. Rispetto al passato si nota che all'interno dei soggetti vi sono anche i medici di strutture private che impongono delle visite particolari, i datori di lavoro o comunque i superiori in ambito lavorativo. Analogamente a quanto si diceva per l'autorità di pubblico ufficiale, in certi casi, il datore di lavoro riveste un ruolo simile a quello dell'autorità pubblica, in quanto il dipendente, anche se non vi è una minaccia, ha paura di perdere il posto di lavoro e questo ricorda gli esempi fatti prima della prostituta o della carcerata.

Un rilievo che si può fare sul concetto di costrizione mediante abuso di potere è che rispetto alla violenza e alla minaccia, nella fattispecie presa in esame, basta qualcosa di meno forte e coercitivo nei confronti del soggetto passivo. Non dimentichiamoci

⁷⁵ A. Cadoppi, Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia, IV edizione, p. 510

però che la costrizione è qualcosa di diverso dell'induzione presente al secondo comma di cui parleremo nel paragrafo seguente.

Come prima accennato, vi è stata una sentenza delle Sezioni Unite nel 2020 in cui c'è stato un intervento decisivo. Occorre, prima di tutto, indicare gli antefatti e quindi spiegare in che modo la questione sia giunta fino alle Sezioni Unite della Corte di

Cassazione. Il G.U.P. del Tribunale di Enna ha affermato la responsabilità penale dell'imputato, in relazione agli Artt. 609 quater⁷⁶ comma 4 c.p. e 81 comma 2 c.p.⁷⁷

⁷⁶ Soggiace alla pena stabilita dall'articolo 609 bis chiunque, al di fuori delle ipotesi previste in detto articolo, compie atti sessuali con persona che, al momento del fatto:

- 1) non ha compiuto gli anni quattordici;
- 2) non ha compiuto gli anni sedici, quando il colpevole sia l'ascendente, il genitore, anche adottivo, o il di lui convivente, il tutore, ovvero altra persona cui, per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia, il minore è affidato o che abbia, con quest'ultimo, una relazione di convivenza⁽³⁾.

Fuori dei casi previsti dall'articolo 609 bis, l'ascendente, il genitore, anche adottivo, o il di lui convivente, il tutore, ovvero altra persona cui, per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia, il minore è affidato, o che abbia con quest'ultimo una relazione di convivenza, che, con l'abuso dei poteri connessi alla sua posizione, compie atti sessuali con persona minore che ha compiuto gli anni sedici, è punito con la reclusione da tre a sei anni. Fuori dei casi previsti dai commi precedenti, chiunque compie atti sessuali con persona minore che ha compiuto gli anni quattordici, abusando della fiducia riscossa presso il minore o dell'autorità o dell'influenza esercitata sullo stesso in ragione della propria qualità o dell'ufficio ricoperto o delle relazioni familiari, domestiche, lavorative, di coabitazione o di ospitalità, è punito con la reclusione fino a quattro anni. La pena è aumentata:

- 1) se il compimento degli atti sessuali con il minore che non ha compiuto gli anni quattordici avviene in cambio di denaro o di qualsiasi altra utilità, anche solo promessi;
- 2) se il reato è commesso da più persone riunite;
- 3) se il reato è commesso da persona che fa parte di un'associazione per delinquere e al fine di agevolare l'attività;
- 4) se dal fatto, a causa della reiterazione delle condotte, deriva al minore un pregiudizio grave;
- 5) se dal fatto deriva pericolo di vita per il minore.

Non è punibile il minore che, al di fuori delle ipotesi previste nell'articolo 609 bis, compie atti sessuali con un minore che abbia compiuto gli anni tredici, se la differenza di età tra i soggetti non è superiore a quattro anni. Nei casi di minore gravità la pena è diminuita in misura non eccedente i due terzi. Si applica la pena di cui all'articolo 609 ter, secondo comma, se la persona offesa non ha compiuto gli anni dieci.

⁷⁷ È punito con la pena che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave aumentata sino al triplo chi con una sola azione od omissione viola diverse disposizioni di legge ovvero commette più violazioni della medesima disposizione di legge.

Alla stessa pena soggiace chi con più azioni od omissioni, esecutive di un medesimo disegno criminoso, commette anche in tempi diversi più violazioni della stessa o di diverse disposizioni di legge.

Nel caso preso in esame, in esecuzione di un medesimo disegno criminoso, un insegnante di inglese, il quale impartiva lezioni private, ha costretto due alunne mediante abuso di autorità a subire e a compiere atti sessuali. Le due malcapitate erano minori degli anni quattordici. Il docente, nel caso di specie, si era messo tra le gambe di una delle due ragazze e l'aveva abbracciata stretta accarezzandola sulle cosce e baciandola sulla bocca con il tentativo di inserire anche la lingua. Nei confronti dell'altra minore la condotta consisteva, quando rimaneva da sola con la stessa, nel metterle una mano sul seno, sollevando la maglietta e nel prenderle la mano facendosi toccare il pene e ponendo la propria in mezzo alle cosce della stessa. Il Giudice di primo grado qualifica il fatto in termini di minor gravità, sostenendo fosse modesto il grado di violenza e offensività perpetrato dall'imputato. La Corte di Appello di Caltanissetta riqualifica il fatto sostenendo l'imputazione originaria, quindi Artt. 81 co.2, 609 bis e 609 ter n.1. In questo modo ha rideterminato il trattamento sanzionatorio aumentandolo.

L'imputato, mediante il suo difensore di fiducia, articola le doglianze in sei motivi. Il motivo sul quale dobbiamo soffermarci è il quarto, nel quale la difesa deduce la violazione degli Artt. 609 bis e quater c.p. *“per non essersi la Corte di Appello conformata all'orientamento interpretativo di legittimità, seguito invece dal primo giudice, secondo cui l'abuso di autorità di cui all'Art. 609 bis, comma 1, presuppone*

Nei casi preveduti da quest'articolo, la pena non può essere superiore a quella che sarebbe applicabile a norma degli articoli precedenti.

Fermi restando i limiti indicati al terzo comma, se i reati in concorso formale o in continuazione con quello più grave sono commessi da soggetti ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'articolo 99, quarto comma, l'aumento della quantità di pena non può essere comunque inferiore ad un terzo della pena stabilita per il reato più grave.

nell'agente una posizione autoritativa di tipo formale e pubblicistico, in mancanza della quale trova applicazione la diversa ipotesi dell'Art. 609 quater c.p.”.

Dopo essere stato assegnato il ricorso alla terza sezione penale, quest'ultima ha rivelato l'esistenza di un contrasto interpretativo rimettendolo dunque alle Sezioni Unite. La terza sezione esplica le due line interpretative in merito all'espressione utilizzata nell'Art. 609 bis comma 1 “abuso di autorità”. Il primo orientamento presuppone nell'agente una posizione autoritativa di tipo formale e pubblicistico, in mancanza della quale deve trovare applicazione l'Art. 609 quater. Il secondo filone estende invece l'abuso di autorità ad ogni potere di supremazia anche di natura privata. La questione di diritto presentata è la seguente *“Se, in tema di violenza sessuale, l'abuso di autorità di cui all'art.609bis, comma 1 c.p., presupponga nell'agente una posizione autoritativa di tipo formale e pubblicistico o, invece, possa riferirsi anche a poteri di supremazia di natura privata di cui l'agente abusi per costringere il soggetto passivo a compiere o subire atti sessuali”*. Le SS. UU. (così, da qui in avanti), partendo dai due diversi indirizzi interpretativi, fa riferimento a una sentenza del 2000 delle stesse SS. UU., nella quale l'abuso di autorità presupponeva nell'agente una posizione formale e pubblicistica. A sostegno di questa interpretazione vi sono alcune sentenze della cassazione, fra le tante la più importante è una sentenza del 2002 ⁷⁸.

Le SS. UU. illustrano anche il diverso orientamento facendo riferimento anche alla dottrina prevalente che sostiene che, l'abuso di autorità, sia un concetto più ampio che comprende ogni relazione anche di natura privata, nel quale l'agente riveste una posizione di supremazia e attraverso quest'ultima coarta la volontà della persona offesa. La prima decisione in materia è stata depositata nel 2009, nella quale si era

⁷⁸ Cass. Pen., Sez. III, n. 32513 del 2002

ritenuto colpevole di violenza sessuale mediante abuso di autorità, il convivente della madre del minore (vittima). Le SS. UU. procedono, dopo aver illustrato le due correnti di pensiero, ad individuare il significato che bisogna attribuire alla nozione di abuso di autorità nell'Art. 609 bis. Nella sentenza del 2020 si fa una differenza tra il primo e il secondo comma e si sottolinea che l'abuso di autorità, essendo nel primo comma, deve risolversi in una costrizione e quindi dev'essere annullata la capacità di azione e reazione, dev'essere coartata l'autodeterminazione e non può consistere in una mera induzione. Le SS. UU. affermano che la condotta di abuso di autorità è distinta da quella di minaccia, funzionale alla costrizione, perché la coartazione mediante abuso di autorità *“trae origine dal particolare contesto relazionale di soggezione tra autore e vittima del reato determinato dal ruolo autoritativo del primo, creando le condizioni per cui alla seconda non residuano valide alternative di scelta rispetto al compimento o all'accettazione dell'atto sessuale che, consegue, dunque, alla strumentalizzazione di una posizione di supremazia”*⁷⁹. La sentenza prosegue spiegando che non vi sono argomenti per accettare e applicare una concezione di abuso di autorità restrittiva.

La sentenza del 2000 n. 13 delle SS. UU. definiva l'abuso di autorità in maniera restrittiva perché era ancorata all'Art. 520 del c.p. ad oggi abrogato. Di conseguenza, nel 2020 le stesse, ritengono che la fattispecie prevista all'Art. 609. Bis non possa essere affiancata a disposizioni che sono state abrogate nel codice. La nuova configurazione difatti evidenzia l'intenzione del legislatore ad ampliare la sfera di operatività della norma anche perché, laddove la legge ha voluto far riferimento a soggetti che rivestono una posizione autoritativa formale, lo ha fatto esplicitamente,

⁷⁹ Cass. Pen., Sez. Un., 16 luglio 2020, n. 27326, punto 5, in dejure

come per esempio l'Art. 608 c.p.⁸⁰, il quale tratta di abuso di autorità contro arrestati o detenuti. A conferma di ciò si vede che il legislatore ha volutamente esteso il concetto di autorità come nel caso dell'Art. 61 n.11 nel quale si fa riferimento anche a soggetti che non devono necessariamente avere una derivazione pubblicistica.

A sostegno di questa tesi estensiva le SS. UU. stabiliscono che dare una interpretazione formale pubblicistica sarebbe in contrasto con l'esigenza di massima tutela della libertà sessuale della persona perché rimarrebbero fuori situazioni derivanti da natura privatistica e di mero fatto.

Nella sentenza viene anche tratta l'analisi e l'interpretazione dell'Art. 609 quater in relazione all'Art. 609 bis e si afferma che neanche in questo caso vi sono elementi per sostenere la tesi restrittiva, anche perché l'Art. 609 quater, con la clausola "*fuori dai casi previsti dall'Art. 609 bis*" spiega già di per sé l'orientamento e inoltre l'articolo che tratta degli atti sessuali con minorenni non si riferisce all'abuso di autorità, ma all'abuso di poteri e la condotta sanzionata nei due articoli è diversa in quanto, per gli atti sessuali con minorenni non è richiesta una costrizione del minore, perché si ritiene che quest'ultimo non è in grado di esprimere un consenso e ciò che viene tutelato in questo articolo è il corretto sviluppo della propria sessualità. È chiaro che nel 2020 la tesi avallata dalle SS.UU. è quella interpretativa più ampia; dunque, la linea da seguire è quella che esclude la natura formale pubblicistica.

⁸⁰ Il pubblico ufficiale, che sottopone a misure di rigore non consentite dalla legge una persona arrestata o detenuta di cui egli abbia la custodia, anche temporanea, o che sia a lui affidata in esecuzione di un provvedimento dell'Autorità competente, è punito con la reclusione fino a trenta mesi.

La stessa pena si applica se il fatto è commesso da un altro pubblico ufficiale, rivestito, per ragioni del suo ufficio, di una qualsiasi autorità sulla persona custodita.

Cosa si deve intendere per autorità privata? Si intende quella derivante dalla legge o anche un'autorità di fatto? Le SS.UU. comprendono nella nozione di autorità privata anche le autorità di fatto, perché ciò che rileva in questa fattispecie criminosa è la coartazione della volontà della vittima e la sua costrizione a compere o subire atti sessuali che viene realizzata da un soggetto più forte; quindi, da ciò si deduce che la specifica qualità del soggetto attivo passa in secondo piano. Questa linea interpretativa sposa anche l'obbiettivo del 1996, che era quello di tutelare nel maggiore dei modi tutti coloro che sono vittime di violenze di questo tipo. Solo questo tipo di interpretazione può essere in linea con lo scopo del legislatore.

Il principio di diritto esposto in questa sentenza che ha l'obbiettivo di risolvere i contrasti giurisprudenziali sul concetto di abuso di autorità presuppone una posizione di preminenza, anche di fatto e di natura privata, che l'agente strumentalizza per costringere il soggetto passivo a compiere subire atti sessuali.

In conclusione, l'imputato viene condannato per il reato di violenza sessuale mediante abuso di autorità, aggravato dall'età inferiore a quattordici anni delle due vittime.

3.2 VIOLENZA SESSUALE PER INDUZIONE MEDIANTE ABUSO DELLE
CONDIZIONI DI INFERIORITA' DELLA VITTIMA – ART. 609 BIS
CO.2 N.1

“Alla stessa pena soggiace chi induce taluno a compiere o subire atti sessuali:

- 1) Abusando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa al momento del fatto;*
- 2) Traendo in inganno la persona offesa per essersi il colpevole sostituito ad altra persona.”*

La seconda fattispecie, di cui all'articolo in esame, è quella della violenza sessuale per induzione. Essa è frutto della novella del 1996 la quale non era prevista nell'Art. 519 il quale si limitava a recitare *“alla stessa pena soggiace chi si congiunge carnalmente con persona...”*, ed era solamente contemplata dal secondo comma dell'Art. 521 che puniva *“chi usando dei mezzi o valendosi delle condizioni indicate nei due articoli precedenti, costringe o induce taluno a commettere gli atti di libidine su sé stesso, sulla persona del colpevole o su altri”*. Leggendo il secondo comma si può notare che a differenza del primo, nel quale il soggetto agisce contro la volontà del soggetto passivo, si prevede che il reo riesca ad ottenere il consenso della persona a compiere o patire atti sessuali; quindi, vi è un consenso, ma è un consenso viziato, perché in un primo caso il reo approfitta di alcune situazioni e nell'altro trae in inganno sostituendosi ad altra persona.

In breve, per far sì che si ravveda la fattispecie del primo comma dev'esserci il dissenso della vittima, nel secondo si prevede un consenso viziato, ma in nessuno dei due casi la vittima esprime la propria libertà sessuale.

Di primo acchito non si nota una differenza con il codice vecchio, ma in realtà nel 1996 è stata compiuta una vera e propria “rivoluzione copernicana”.⁸¹ Si ritiene una vera e propria rivoluzione perché viene riconosciuto il diritto alla sessualità del minorato, perché in precedenza il malato di mente era considerato un essere asessuato e gli si negava qualsiasi tipo di esperienza sessuale per la tutela dei loro interessi, ma in questo modo si precludeva ogni libertà sessuale. Secondo la disciplina del Codice Rocco chiunque avesse avuto un rapporto sessuale con un malato di mente era responsabile del delitto dell'Art. 519 comma 2 n.3, anche qualora ci fosse il consenso della vittima. Era quindi impossibile, per i malati di mente, condurre una vita sessualmente attiva visto anche la concezione della “pazzia” e della sessualità tipica dell'epoca, ma con questo nuovo orientamento si dà la possibilità anche a loro di condurre una vita sessuale. Tra le altre cose la giurisprudenza dell'epoca peggiorava ulteriormente le cose perché per malato di mente si intendeva anche chi fosse stato solo parzialmente privato della capacità di intendere e di volere e anche questi ultimi erano soggetti passivi sessualmente intangibili.⁸² Alla base di questo nuovo orientamento vi sono due opposte esigenze: quella appena descritta che permette ai malati di mente di avere una vita sessuale, ma allo stesso modo quella di evitare che

⁸¹ S.R. Palumbieri, Capitolo I, I delitti contro la libertà sessuale, in A. Cadoppi – S. Canestrati – A. Manna – M. Papa, Trattato di diritto penale parte speciale IX, I delitti contro la libertà sessuale, la libertà morale, l'inviolabilità dell'omicidio e l'inviolabilità dei segreti, 2011, Torino, P.81 e ss.

⁸² A. Cadoppi, Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia, IV edizione, p. 514

questi possano essere sfruttati da terzi guardandoli come meri oggetti del piacere. Dal punto di vista tecnico e formale l'espressione "persona malata di mente" è ricompresa in quella attuale di "persona in condizione di inferiorità fisica o psichica". Ebbene i soggetti passivi presi in esame dalla norma sono tutti coloro che non sono in grado di determinarsi consapevolmente perché si trovano in condizioni di inferiorità fisica o psichica.

Il codice del '30 evidenzia un'arretratezza di una cultura e di una società che emarginava ed inibiva gli handicappati invece di comprendere il loro disagio e di rimuovere gli ostacoli alla loro integrazione sociale.

Per quanto riguarda la condotta di induzione, come si può leggere dall'articolo si suddivide in due sotto fattispecie, la prima è mediante abuso delle condizioni di inferiorità fisica e psichica e la seconda è mediante inganno.

In riferimento alla prima, quindi all'inferiorità psichica, possiamo dire che essa viene ritenuta una causa di minorazione che impedisce al soggetto passivo di esprimere un valido consenso, ma secondo questa prospettiva non è sufficiente una semplice deficienza psichica e nemmeno un'inferiorità mentale vera e propria. Una definizione che viene data per spiegare quali siano i soggetti in condizioni di inferiorità psichica è *"quei soggetti in condizioni intellettive e spirituali di minore resistenza all'altrui opera di coazione psicologica o di suggestione, condizioni dovute ad un più lento e limitato processo evolutivo mentale, ovvero a scadimento delle facoltà intellettive, esclusa ogni causa propriamente morbosa"*⁸³. Mediante un'altra definizione, possono trovare

⁸³ A. Cadoppi, Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia, IV edizione, p. 515

soluzione alcune ipotesi di sequestrati che avevano rapporti sessuali con i sequestratori nell'ambito della c.d. sindrome di Stoccolma.⁸⁴

Indurre un atto sessuale, attraverso l'abuso delle condizioni di inferiorità psichica, altro non è che approfittare e strumentalizzare tali condizioni per accedere alla sfera intima della sessualità della persona, che a causa della sua vulnerabilità, connessa all'infermità psichica, viene ad essere utilizzata quale mezzo per soddisfare le voglie sessuali dell'autore del reato, per cui lo stesso fruisce del corpo della persona la quale, per effetto di tali comportamenti, da soggetto di una relazione sessuale, viene ridotta al rango di oggetto dell'atto sessuale o di più atti sessuali.⁸⁵ È noto che la condizione di inferiorità fisica o psichica, dipenda da fenomeni patologici permanenti o momentanei. L'inferiorità psichica un tempo consisteva *“quegli stati individuali, permanenti o transitori, che, senza costituire infermità totale o parziale di mente, tolgono in tutto o in notevole parte alla persona la capacità di intendere o di volere, per ubriachezza, per effetto dall'uso di sostanze stupefacenti, per suggestione ipnotica o in veglia, per narcosi, o per effetto di qualsiasi altro mezzo idoneo quando siano tali da determinare l'impotenza a resistere al suddetto.”*⁸⁶

Quanto all'inferiorità fisica, vi sono meno problemi. Solitamente si fa riferimento a condizioni come paralisi totale o parziale, grave debolezza organica, sonno o un eccezionale stanchezza, straordinaria sensibilità, malattia, la nudità o la mancanza di qualche arto. Secondo l'impostazione dell'epoca anche nei confronti dell'inferiorità fisica vi era un assurdo automatismo per il quale, al paralizzato per esempio, il codice

⁸⁴ A. Cadoppi, Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia, IV edizione, p. 516

⁸⁵ Cass. Pen., Sez. III, 13 marzo 2013, n. 36896, in Diritto e giustizia online

⁸⁶ V. Manzini, Trattato di diritto penale italiano, 1984, Torino, p. 322 e ss.

blocca ogni tipo di attività sessuale, anche nei casi in cui è pienamente consapevole. La riforma aveva appunto l'obiettivo di superare tutte queste ingiustizie nei confronti delle persone più deboli sia dal punto di vista fisico che psichico, che secondo il codice dell'epoca non avevano il diritto alla libertà sessuale. La nuova fattispecie è in sintonia non solo con i giuristi, ma anche con criminologi e medici legali. Va sottolineato che la legge richiede che sia il soggetto attivo ad indurre il soggetto passivo all'atto e di conseguenza, secondo la nuova impostazione, nel caso in cui sia il minorato a prendere l'iniziativa non ricorre il delitto. In argomento, si è osservato, che l'induzione è qualcosa di meno della costrizione anche se prevedono identica pena.

Nel primo comma non serve che ci sia nel soggetto passivo la condizione di minoranza anche se vi è un'ipotesi particolare del soggetto passivo ossia l'abuso di autorità. Si osserva che nella costrizione, mediante abuso di autorità, il soggetto si trovi in una sudditanza nei confronti dell'agente. La domanda che ci si può porre è: qual è la differenza tra la sudditanza nell'abuso di potere e la sudditanza nel caso di inferiorità psichica.

La sudditanza nel primo caso sarà di tipo materiale o psicologico e non *psichico stricto sensu*⁸⁷. Sarà costrizione mediante abuso nel caso in cui il direttore del carcere approfitta della condizione della detenuta, che in questo caso sarà disperata e vorrà cambiare camera e in cambio di ciò è costretta ad un amplesso; questa è una sudditanza di tipo materiale e psicologico diversa dal caso in cui lo psichiatra approfitta della propria paziente dove in questo caso la sudditanza è di tipo psichico, come il caso

⁸⁷ A. Cadoppi, Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia, IV edizione, p. 521

dell'idraulico che entra in una casa di cura e approfitta delle minorate psichiche inducendole all'atto sessuale.

La vecchia fattispecie tutelava la narcotizzazione insidiosa del soggetto passivo, per far sì che l'agente potesse abusare del soggetto narcotizzato sessualmente; quindi, veniva punito Tizio che di nascosto mette nel bicchiere a Caia il sonnifero e quando Caia si addormenta si congiunge carnalmente con lei. L'agente veniva punito perché si congiunge carnalmente con una persona che si trova in una condizione nella quale non è in grado di resistere. Con la nuova fattispecie, si ritiene necessaria l'induzione, ma in quest'ultimo caso, come si può indurre un soggetto incosciente a fare qualcosa? Leggendo alla lettera il secondo comma, il soggetto non sarebbe punibile, ma tutto ciò sarebbe assurdo. I dubbi e i problemi sono stati risolti attraverso un'interpretazione estensiva del verbo indurre perché in questo caso ci si trova davanti ad un'induzione indiretta. Infatti, possiamo dire che c'è stata un'induzione all'assunzione della sostanza che era strumentale all'abuso sessuale.

In un altro caso, sempre punibile attraverso l'ormai abrogato Art. 519, è il caso in cui Mevio, infermiere del reparto di rianimazione, si congiunge carnalmente con Sempronia che si trova in stato di coma. Alla luce della nuova fattispecie, come possiamo dire che Mevio ha indotto Sempronia a compiere atti sessuali quando in realtà l'infermiere ha compiuto tutti gli atti senza che essa abbia fatto alcunché? Nonostante questa condotta sia ripugnante, si può ravvisare un abuso ma non un'induzione, ma come possiamo leggere dall'articolo, per l'integrazione del delitto servono entrambi i requisiti. Nel caso preso in esame non può neanche servire un'interpretazione estensiva del verbo indurre. È assurdo che questa situazione possa rimanere impunita. Una soluzione, secondo il Cadoppi, è quella di considerare il verbo

come non scritto e considerarlo pleonastico nell'economia della fattispecie. Queste sono delle operazioni chirurgiche ermeneutiche, che la giurisprudenza utilizza per risolvere questi problemi, ma di conseguenza il problema che sorge è quello rispetto al principio cardine della legalità. In questo caso, non è neanche applicabile il primo comma, perché non vi è stata né violenza né minaccia neppure abuso di autorità. Possiamo affermare che, il legislatore del 1996, in questo caso, è stato distratto. All'indomani della riforma del '96, la Corte di Cassazione interviene con l'obiettivo di chiarire il punto attraverso il leading case con la sentenza Pennese. In essa, la Suprema Corte, definisce la condizione di inferiorità psichica *“stato che si ricollega ad una situazione di menomazione dovuta a fenomeni patologici, permanenti o momentanei, di carattere organico o funzionale ovvero a traumi o a fattori ambientali di tale consistenza, da incidere negativamente sulla formazione della personalità dell'individuo, che mostra capacità di resistenza agli stimoli esterni assente o diminuita rispetto al comportamento della persona media.”*⁸⁸. È interessante notare come punto di riferimento la persona media, quindi, ci dev'essere una valutazione in modo obiettivo analizzando oggettivamente la condotta e ciò significa che la condizione di inferiorità psichica o fisica dev'essere un presupposto della condotta di abuso e non una conseguenza di essa. Secondo questo orientamento, la condizione di inferiorità, non dev'essere valutata in base al rapporto intercorrente tra i soggetti, ma dev'essere chiaro che la persona offesa abbia una capacità ridotta o inesistente di reagire agli stimoli esterni.

Un'altra parte della dottrina argomenta in modo diverso, valutando la situazione di soggezione esclusivamente in base al rapporto esistente tra i soggetti, ossia quello forte

⁸⁸ Cass. Pen., Sez. III, 3 dicembre 1996, n. 4114

e quello debole. Questa impostazione è manifestata da una sentenza del tribunale di Rieti, il quale integra il reato di violenza sessuale nella condotta di un uomo di età notevolmente maggiore rispetto a quella della persona offesa, il quale ha indotto la vittima a compiere atti sessuali, sfruttando l'inesperienza, l'immaturità e il suo stato di disagio psicologico.⁸⁹ Seguendo questo orientamento, il soggetto forte qualora inducesse il soggetto debole a compiere atti sessuali commetterebbe violenza sessuale. Per la maggior parte della giurisprudenza sarebbe assurdo e infatti, vengono utilizzate delle definizioni d'inferiorità psicofisica anteriforma del 1996. Il Mantovani precisa che lo stato di inferiorità non viene integrato da una semplice inferiorità intellettuale o da una mera immaturità morale.⁹⁰ La Corte, nel 2007, precisa che le situazioni psichiche devono ritenersi idonee ad elidere, in tutto o in parte, la capacità della vittima di esprimere un consenso, cosicché la vittima non riesca ad impedire gli atti sessuali dell'agente. Nella sentenza Cannatella si precisa che la condizione di inferiorità psichica può derivare da *“una situazione ambientale di generale soggezione”*⁹¹. Allo stesso modo c'è la sentenza Belli nella quale è stata ravvisata la condizione di inferiorità psichica nello stato di *“dipendenza psicologica connaturale al rapporto medico paziente”*. In questo caso un dentista ha indotto la sua paziente ad ingoiare una fialetta di sperma, facendole credere che fosse una fialetta per una cura gengivale ed essa rimase quindi all'oscuro prima di tutto del contenuto della fiala e di conseguenza della natura sessuale dei trattamenti.

⁸⁹ Trib. Rieti, sentenza del 20 ottobre 1998 in Il foro italiano, 1999, p. 621 e ss.

⁹⁰ F. Mantovani, Diritto penale, parte speciale, volume I, delitti contro la persona, VII edizione, 2019, Milano

⁹¹ Cass. Pen., Sez. III, 2 dicembre 2005, n.2215

La violenza sessuale di tipo induttivo, che viene manifestata attraverso l'abuso di inferiorità fisica o psichica, ha alcuni problemi per i quali la dottrina ha cercato di dare una risposta. Prima di elencare i problemi è corretto definire cosa si intende per induzione e cosa si intende per abuso del secondo comma dell'Art. 609 bis. Si ripete che ad oggi sono assolutamente leciti i rapporti tra persone affette tra menomazioni fisiche o psichiche, qualora vi sia il consenso e qualora non vi sia abuso e induzione. Ciò che rileva oggi non è la condizione in cui si trova il soggetto passivo, ma è soprattutto la condotta del soggetto agente e quindi la condotta abusiva di quest'ultimo. Il compito del giudice sarà quindi quello di verificare se il consenso, che esclude l'applicabilità dell'Art. 609 bis, sia stato carpito abusando delle condizioni di inferiorità. Andando ad analizzare che cosa si intende per abuso, sul punto dottrina e giurisprudenza sono d'accordo; dunque, sia per una che per l'altra *"si verifica quando le condizioni di menomazione siano strumentalizzate per accedere alla sfera intima della persona che, versando in condizioni di inferiorità, viene ad essere ridotta al rango di un mezzo per il soddisfacimento delle sessualità altrui."*⁹². L'induzione invece, si realizza attraverso un'opera di persuasione subdola attraverso la quale l'agente convince il partner a sottostare ad atti sessuali che egli altrimenti non avrebbe compiuto.⁹³

Tutto ciò viene confermato anche da una recentissima sentenza della Corte di Cassazione che riassume in una massima quanto detto finora. *"Ad escludere la configurabilità del reato di violenza sessuale con abuso delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa, di cui all'art. 609 bis c.p., comma secondo, n.*

⁹² Sent. Pannese, Cass. Pen., Sez. III, 3 dicembre 1996, n. 4114

⁹³ Cass. Pen., Sez. III, 3 giugno 1999, n. 11541, in Dejure

1, non è sufficiente che sia stato prestato l'altrui consenso, ossia che la persona con la quale è intercorso il rapporto sessuale abbia acconsentito a compiere o a subire l'atto sessuale, ma è necessario accertare se tale consenso non si configuri quale conseguenza di una strumentalizzazione della inferiorità della vittima da parte dell'autore del fatto, che abbia sfruttato le condizioni di minorata capacità di resistenza o di comprensione della natura dell'atto da parte del soggetto passivo mediante una condotta di induzione, consistente in un'opera di persuasione, spesso sottile o subdola, con cui il partner è spinto o convinto a sottostare ad atti che diversamente non avrebbe compiuto, e di abuso che si verifica quando le condizioni di menomazione sono strumentalizzate per accedere alla sfera intima della persona che, versando in una situazione precaria, viene ridotta a mezzo per soddisfare l'altrui libidine. Pertanto, i rapporti consensuali sono da considerare leciti soltanto se non connotati da induzione o abuso delle condizioni di menomazione, anche dovute a fattori ambientali, di consistenza tale da incidere negativamente sulla volontà e sulla libertà sessuale della vittima, si da determinare in quest'ultima un'assente o diminuita capacità di resistenza agli stimoli esterni. Spetta, quindi, al giudice la verifica della consapevolezza da parte dell'agente non solo delle minorate condizioni del soggetto passivo, ma anche quella dell'abuso di tale stato per fini sessuali.”⁹⁴

Vi è il pericolo che alcune condotte considerate a rischio, entrino o meno nella sfera del penale a seconda del contesto familiare ambientale più o meno avanzato o aperto del magistrato. Chi giudica non dovrebbe farsi influenzare dalle situazioni di anormalità o di anticonformismo del rapporto sessuale fra i soggetti; questo, perché qualsiasi soggetto può esprimere la propria sessualità come meglio crede senza la

⁹⁴ Cass. Pen., Sez. III, 18 maggio 2016, n. 37166, in Dejure

paura che il rapporto possa contrarre delle condanne solo perché non è visto come un rapporto normale.

Un altro punto sul quale vi è giurisprudenza contrastante possiamo verificarlo nel caso in cui ci sia sessuale con una persona di minore età. La cassazione ha affermato con una sentenza recente che il fatto che ci sia un rapporto con una persona di tenera età non implica che ci sia inferiorità psicofisica, ma questa condizione deve prescindere dall'età della vittima. Tuttavia, ci sono altre decisioni che affermano che il minore di tenera età ha una capacità psichica inferiore.

Su questo punto, il Cadoppi e il Mantovani sostengono che l'inferiorità di cui si parla è da ricercare nella condotta di abuso, dato che è già insita nell'età della vittima.⁹⁵

Ad oggi è importante sottolineare che vi è una lacuna in tutti quei casi nei quali vi è abuso sessuale senza che il soggetto venga indotto ed è per questa ragione che alcuni pensano che la condotta di abuso della minorata condizione di certi soggetti sia configurabile anche qualora ci si trovi in presenza di una condotta omissiva da parte del soggetto agente, nel senso che quest'ultimo pur percependo le condizioni di inferiorità, omette di proteggere la persona che si trova in condizioni di inferiorità psichica o fisica.

Un tempo, tutte queste fattispecie erano punibili, ad oggi vi è una vera e propria lacuna e l'unica soluzione è quella di considerare non scritto il verbo *indurre*, ovvero fare riferimento ad un concetto di violenza implicita o violenza meramente potenziale.

⁹⁵ S.R. Palumbieri, Capitolo I, I delitti contro la libertà sessuale, in A. Cadoppi – S. Canestrati – A. Manna – M. Papa, Trattato di diritto penale parte speciale IX, I delitti contro la libertà sessuale, la libertà morale, l'inviolabilità dell'omicidio e l'inviolabilità dei segreti, 2011, Torino, P.88

Una altra problematica che merita attenzione e che può essere risolta dando un'interpretazione estensiva del verbo indurre, è quella legata alla violenza sessuale per induzione attraverso sostanze alcoliche o stupefacenti. Mediante quest'ultime, il soggetto attivo può approfittare delle condizioni di incoscienza della vittima per compiere o ricevere atti sessuali. Dando un'interpretazione estensiva del verbo indurre, si può risolvere questo problema perché, alla luce della nuova normativa, ci si potrebbe domandare come sia possibile ottenere il consenso da una persona che si trova in una condizione da non poterlo prestare, ma attraverso l'interpretazione estensiva, si può sostenere che l'induzione ad assumere sostanze stupefacenti serve e di conseguenza strumentale a carpire il consenso della vittima la quale si trova in condizioni di inferiorità psichica e fisica. Possiamo affermare che la corte nel 2011 ha affermato che integra il reato di violenza sessuale la condotta di chi si coniuga carnalmente con una donna che si è addormentata a seguito di ingestione di sostanze alcoliche.

3.3 VIOLENZA SESSUALE PER INDUZIONE MEDIANTE INGANNO – ART.

609 BIS CO.2 N.2

“Alla stessa pena soggiace chi induce taluno a compiere o subire atti sessuali: [...] 2) traendo in inganno la persona offesa per essersi il colpevole sostituito ad altra persona.”⁹⁶

Questa ipotesi era contenuta anche nel Codice Rocco in termini identici. La presente ipotesi è raramente comparsa nelle nostre aule giudiziarie, infatti, durante i lavori preparatori, si era pensato addirittura di non proporla, ma il legislatore non voleva lasciar impunte tali condotte e quindi è stato opportuno riproporla anche perché in tali casi, non sarebbe facilmente applicabile una qualche altra fattispecie dell’articolo in esame.⁹⁷

Il reato in questione è di difficile realizzazione, infatti, l’ultimo precedente giurisprudenziale in cui viene trattata questa fattispecie, risale al 1954⁹⁸, in cui un giovane ha condotto nei campi una ragazza di notte, si sottrae al congresso carnale e induce un suo amico che era nascosto in quel campo, preventivamente, a giacere con essa. Per far sì che si configuri questa fattispecie occorre dimostrare che l’errore è stato elemento determinante nella formazione del consenso; quindi, la vittima non avrebbe acconsentito se si fosse resa conto di come effettivamente stavano le cose.⁹⁹

⁹⁶ Art. 609 bis co.2 n.2 c.p.

⁹⁷ A. Cadoppi, Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia, IV edizione, p. 524

⁹⁸ Trib. Ferrara, 27 settembre 1954

⁹⁹ Roberto Borgogno, I reati sessuali, i reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali, Edit. G. Giappichelli Torino, 2007. A cura di F.Coppi p.133

La norma si sofferma sulla specifica fattispecie di inganno, per tanto l'errore deve cadere sull'identità fisica del soggetto agente e dev'essere un errore che deriva attraverso la condotta ingannevole posta in essere dallo stesso, se manca la condotta induttiva, allora non può essere violenza sessuale; infatti, anche se inizialmente la giurisprudenza la pensava in maniera diversa, ad oggi, nel caso di gemelli omozigoti, ad esempio se Caio intrattenesse un rapporto con una ragazza che erroneamente lo crede suo fratello gemello Sempronio, è chiaro che alla luce di quanto detto non si configura il reato, proprio perché manca la condotta induttiva che avrebbe dovuto porre in essere Caio.

Non si può estendere la rilevanza penale alla persona che si attribuisce false possibilità economiche¹⁰⁰ come, per esempio, sarebbe erroneo punire il seduttore che per convincere l'amata all'atto sessuale, simula enormi ricchezze prendendo a noleggio un'automobile costosissima ecc.¹⁰¹ oppure il millantare amicizie altolocate ecc. Questo comporterebbe il grave rischio di una penalizzazione irragionevole estesa con probabile aumento delle denunce.

In relazione a ciò, ci si è posti il problema se la fattispecie possa applicarsi dove il soggetto non si sostituisca (come nel caso della sentenza del 1954), ma si attribuisca un falso stato o una falsa qualità. È il caso del finto medico, che commette atti sessuali nei confronti della paziente, fingendosi ginecologo.

¹⁰⁰ R.Borgogno , I reati sessuali, i reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali, Edit. G. Giappichelli Torino, 2007. A cura di F.Coppi P. 132

¹⁰¹ A. Cadoppi, Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia, IV edizione, p. 526

La prima giurisprudenza riteneva, che per sostituzione di persona, non si dovesse intendere solamente l'ipotesi della sostituzione fisica (come nel caso in cui la moglie dorme e un uomo, amico del marito, si infila nel letto. La malcapitata giace nel dormiveglia con l'intruso pensando fosse il marito e troppo tardi si accorge del misfatto), ma anche quando il soggetto agente si attribuisce un falso nome o stato o qualità. In questo modo, l'elemento costitutivo si ritrova nell'Art. 494 c.p. in modo tale da ricomprendere anche tutti i casi in cui il soggetto attivo si attribuisca un falso nome, un falso stato o una falsa qualità.

In tempi recenti, la Corte di Cassazione ha ritenuto sussistente il reato nella condotta di un medico psichiatra che, attribuendosi qualità di ginecologo, convincendo la paziente procedendo ad una visita ginecologica "tantrica".¹⁰²

¹⁰² Cass. Pen., Sez. III, 1° giugno 2010, n. 20578, in Dejure

3.4 L'ATTENUANTE DELLA MINOR GRAVITA' – ART. 609 BIS CO.3

“Nei casi di minor gravità la pena è diminuita in misura non eccedente i due terzi” così recita l'ultimo comma dell'Art. 609 bis c.p. ed essa opera una diminuzione di pena superiore ad un terzo. Quando questa circostanza attenuante sarà applicabile, la pena partirà da un minimo di anni due (per la precisione sarà di un anno e otto mesi e la pena massima di 10 anni meno un giorno¹⁰³). La pena prevista per l'Art. 609 bis è la reclusione da sei a dodici anni con l'aggiunta delle pene accessorie dell'Art. 609 nonies¹⁰⁴.

¹⁰³ A. Cadoppi, Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia, IV edizione, p. 529

¹⁰⁴ La condanna o l'applicazione della pena su richiesta delle parti ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale per alcuno dei delitti previsti dagli articoli 609 bis, 609 ter, 609 quater, 609 quinquies, 609 octies e 609 undecies comporta:

- 1) la perdita della responsabilità genitoriale, quando la qualità di genitore è elemento costitutivo o circostanza aggravante del reato;
- 2) l'interdizione perpetua da qualsiasi ufficio attinente alla tutela, alla curatela e all'amministrazione di sostegno;
- 3) la perdita del diritto agli alimenti e l'esclusione dalla successione della persona offesa;
- 4) l'interdizione temporanea dai pubblici uffici; l'interdizione dai pubblici uffici per la durata di anni cinque in seguito alla condanna alla reclusione da tre a cinque anni, ferma restando, comunque, l'applicazione dell'articolo 29, primo comma, quanto all'interdizione perpetua;
- 5) la sospensione dall'esercizio di una professione o di un'arte.

La condanna o l'applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per alcuno dei delitti previsti dagli articoli 609 bis, 609 ter, 609 octies e 609 undecies, se commessi nei confronti di persona che non ha compiuto gli anni diciotto, 609 quater e 609 quinquies, comporta in ogni caso l'interdizione perpetua da qualunque incarico nelle scuole di ogni ordine e grado nonché da ogni ufficio o servizio in istituzioni o in altre strutture pubbliche o private frequentate prevalentemente da minori.

La condanna per i delitti previsti dall'articolo 600 bis, secondo comma, dall'articolo 609 bis, nelle ipotesi aggravate di cui all'articolo 609 ter, dagli articoli 609 quater, 609 quinquies e 609 octies, nelle ipotesi

Sono previste circostanze attenuanti e aggravanti per la violenza sessuale e tra le prime rientrano i casi di minor gravità. Questa circostanza è indefinita. Essa recupera la soppressa distinzione tra violenza carnale e atti di libidine, ma allo stesso tempo la confonde. Codesta attenuante fa la sua prima comparsa con la L. 2571 del 22 maggio 1995 e per di più compariva in una formulazione diversa da quella attuale; infatti, essa parlava di casi di “lieve entità” diversa dall’espressione casi di minor gravità. La scelta di inserire quest’attenuante è stata effettuata a seguito dell’unificazione dei due reati di congiunzione carnale e atti di libidine sanzionati entrambi con pene molto elevate e non era pensabile punire con pena tanto elevata (da sei a dodici anni) condotte di aggressione sessuale bagatellari, come un tocco fugace sul gluteo o un tocco di una zona erogena della vittima. Per questo motivo si è deciso di mantenere la pena edittale minima elevata per lasciare la possibilità al giudice di ridurre la pena ad anni due in base al caso concreto.

Un’altra soluzione possibile era quella di prevedere una circostanza aggravante per i casi più gravi e lasciare le pene basse, quanto meno nei minimi per la fattispecie base, ma avrebbe comportato il paradossale risultato di prevedere per un gravissimo delitto,

aggravate di cui al terzo comma del medesimo articolo, comporta, dopo l'esecuzione della pena e per una durata minima di un anno, l'applicazione delle seguenti misure di sicurezza personali:

- 1) l'eventuale imposizione di restrizione dei movimenti e della libera circolazione, nonché il divieto di avvicinarsi a luoghi frequentati abitualmente da minori;
- 2) il divieto di svolgere lavori che prevedano un contatto abituale con minori;
- 3) l'obbligo di tenere informati gli organi di polizia sulla propria residenza e sugli eventuali spostamenti.

Chiunque viola le disposizioni previste dal terzo comma è soggetto alla pena della reclusione fino a tre anni.

come quello della violenza sessuale, un affievolimento delle risposte sanzionatorie per il quale, la collettività, voleva un aumento delle pene.

Ovviamente la nozione di minor gravità ha posto problemi interpretativi a causa della sua indeterminatezza e a causa dei problemi relati all'individuazione dei parametri per concedere tale attenuante. Si tratta dunque, di una circostanza indefinita o discrezionale dato che la legge non tipizza le modalità del fatto dalla quale dipende l'applicazione di essa. A tal proposito, vi è stato il tentativo di risolvere questo nodo interpretativo e si sono offerte diverse interpretazioni. Non dimentichiamoci che spesso, il legislatore, fornisce dei parametri al lettore esemplificativi ove può leggere il significato di "lieve entità", come in tema di armi, ma in questo caso queste indicazioni non sono state fornite.¹⁰⁵

In merito a ciò, la dottrina ha affermato che la vecchia distinzione tra congiunzione carnale e atti di libidine violenti è oggi riproponibile ed è il principale criterio di riferimento per l'applicazione di questa circostanza, assimilando il caso della minor gravità ai vecchi atti di libidine violenti. Questa soluzione non è d'accordo con la dottrina prevalente e la giurisprudenza. Essi sostengono infatti che questa visione andrebbe contro uno degli scopi principali della riforma, cioè quello di unificare la congiunzione carnale e gli atti di libidine e se questa vecchia distinzione dovesse perpetuarsi, uno dei principali scopi si vanificherebbe. In più questa impostazione non tiene conto che alcuni atti sessuali possano essere connotati da gravità maggiore della congiunzione carnale. A conferma di ciò vi è un caso nel quale è stata concessa l'attenuante in presenza di congiunzione carnale. Nel caso di specie, un ragazzo

¹⁰⁵ A. Cadoppi, Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia, IV edizione, p. 530

commette una violenza nei confronti della fidanzata, la quale si trovava in stato di gravidanza da sette mesi; costui, si era sdraiato sul corpo della fidanzata, nonostante gli innumerevoli sforzi compiuti dalla stessa per levarlo.¹⁰⁶ In questo caso è stata l'esistenza di un particolare tipo di rapporto interpersonale fra i soggetti a concedere l'attenuante. Allo stesso tempo però, il rapporto tra medico – paziente, datore di lavoro – dipendente, genitore – figli, comporta l'esclusione della concessione dell'attenuante, anche in presenza di ipotesi non così tanto gravi.

La valutazione dei criteri dovrà essere fatta dal giudice prendendo in considerazione tutti i dati stabiliti dall'Art. 133¹⁰⁷? Probabilmente no.

Parte della dottrina ritiene che siano utilizzabili, al fine di perseguire l'obiettivo di tutelare più efficacemente la vittima, quelli previsti al numero due, ossia gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa. Qui si nota che non deve avere importanza la qualità dell'atto compiuto, ma la quantità di violenza e di coartazione esercitata sulla vittima. In minor misura verranno applicati i criteri presenti al numero

¹⁰⁶ Cass. Pen., sez III, 24 febbraio 1999, n.4490 in foro it, 1999, II, 621

¹⁰⁷ Nell'esercizio del potere discrezionale indicato nell'articolo precedente [164, 169, 175, 203], il giudice deve tener conto della gravità del reato, desunta:

- 1) dalla natura, dalla specie, dai mezzi, dall'oggetto, dal tempo, dal luogo e da ogni altra modalità dell'azione;
- 2) dalla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato;
- 3) dalla intensità del dolo o dal grado della colpa(4).

Il giudice deve tener conto, altresì, della capacità a delinquere(5)del colpevole [103, 105, 108; c.p.p. 220], desunta:

- 1) dai motivi a delinquere e dal carattere del reo;
- 2) dai precedenti penali e giudiziari e, in genere, dalla condotta e dalla vita del reo, antecedenti al reato;
- 3) dalla condotta contemporanea o susseguente al reato(9);
- 4) dalle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo

uno, la natura, la specie, i mezzi, il tempo, il luogo e ogni altra modalità dell'azione e non potranno entrare in gioco quelli di cui al numero tre; quindi, non è adoperabile l'intensità del dolo, a meno che non incida sull'intensità oggettiva della lesione¹⁰⁸.

Il giudice avendo a disposizione l'ipotesi lieve, potrebbe essere indotto alla sua applicazione quando vi sono problemi probatori. Per quanto riguarda le ipotesi di congiunzione carnale tentata, esse prima rientravano negli atti di libidine, ma non per questo ad oggi integrano l'attenuante.

È bene far riferimento che anche il semplice status particolare del soggetto passivo non integra automaticamente l'attenuante ed in questo caso si può far riferimento ad una prostituta o donna da facili costumi. Può esserci un attenuante nel caso in cui una prostituta accetta il rapporto, si fa pagare e poi cambia idea.

La giurisprudenza in questi anni ha tentato di dare delle direttive, ma si potrà fare affidamento su di esse come se la massima di questa sentenza formasse tante sotto fattispecie destinate ad avere quasi forza di legge.

A questo punto non resta che sperare che la prassi giudiziaria che si affermerà neutralizzi gli utilizzi e/o effetti distorti ed incoerenti che possono derivare dall'applicazione di tale comma e da un'eccessiva discrezionalità di chi lo applica. Sarà il giudice l'unico a risolvere vari problemi in sede di valutazione concreta di ogni caso, il quale dovrà riconoscere quando applicare l'attenuante e quando invece applicare le circostanze aggravanti, delle quali parleremo in seguito.

¹⁰⁸ S.R. Palumbieri, Capitolo I, I delitti contro la libertà sessuale, in A.Cadoppi – S. Canestrati – A. Manna – M. Papa, Trattato di diritto penale parte speciale IX, I delitti contro la libertà sessuale, la libertà morale, l'inviolabilità dell'omicidio e l'inviolabilità dei segreti, 2011, Torino, P.98

3.5 LE CIRCOSTANZE AGGRAVANTI

“La pena stabilita dall’articolo 609 bis è aumentata di un terzo se i fatti ivi previsti sono commessi:

1) nei confronti di persona della quale il colpevole sia l’ascendente, il genitore, anche adottivo, o il tutore⁽²⁾;

2) con l’uso di armi o di sostanze alcoliche, narcotiche o stupefacenti o di altri strumenti o sostanze gravemente lesivi della salute della persona offesa;

3) da persona travisata o che simuli la qualità di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio;

4) su persona comunque sottoposta a limitazioni della libertà personale;

5) nei confronti di persona che non ha compiuto gli anni diciotto;

5-bis) all’interno o nelle immediate vicinanze di istituto d’istruzione o di formazione frequentato dalla persona offesa⁽³⁾;

5-ter) nei confronti di donna in stato di gravidanza⁽⁴⁾;

5-quater) nei confronti di persona della quale il colpevole sia il coniuge, anche separato o divorziato, ovvero colui che alla stessa persona è o è stato legato da relazione affettiva, anche senza convivenza⁽⁴⁾;

5-quinquies) se il reato è commesso da persona che fa parte di un’associazione per delinquere e al fine di agevolarne l’attività⁽⁵⁾;

5-sexies) se il reato è commesso con violenze gravi o se dal fatto deriva al minore, a causa della reiterazione delle condotte, un pregiudizio grave;

5-septies) se dal fatto deriva pericolo di vita per il minore⁽⁶⁾.

La pena stabilita dall'articolo 609 bis è aumentata della metà se i fatti ivi previsti sono commessi nei confronti di persona che non ha compiuto gli anni quattordici. La pena è raddoppiata se i fatti di cui all'articolo 609 bis sono commessi nei confronti di persona che non ha compiuto gli anni dieci.”

La disposizione in esame ha un ruolo ben preciso all'interno della riforma dei reati contro la violenza sessuale. La nascita di questo articolo ha rappresentato un elemento di novità grazie alla disciplina introdotta dalla riforma del '96. I compilatori del 1930 non avevano previsto differenze sanzionatorie per i casi ricompresi in questo nuovo articolo 609 ter. Solo alcuni dei punti che andremo ad analizzare, erano all'interno dell'Art. 61 c.p.

La scelta operata dal legislatore del 1996 non ha, per altro, incontrato consenso unanime¹⁰⁹. A corredo della nuova fattispecie della violenza sessuale, il legislatore ha previsto una serie di circostanze. Esse sono una serie di aggravanti che determinano l'applicazione della pena da sei a dodici anni, tranne nel caso della violenza sessuale commessa nei confronti di una persona che non ha compiuto i dieci anni età, in cui la pena è da sette a quattordici anni. Da un punto di vista contenutistico, non sembra sollecitare particolari problemi di ordine interpretativo, tranne qualche isolata eccezione. Sono ipotesi derivate da un mero processo di ricomposizione e/o di estensione tecnico legislativa; infatti, erano oggetto di alcune precedenti disposizioni incriminatrici, come per esempio le circostanze che fanno riferimento alla maggiore vulnerabilità della vittima (Art. 609 ter co.1 n. 1,4,5 e co. 2 c.p.) e quelle incentrate

¹⁰⁹ A. Cadoppi, Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia, IV edizione, p. 560

sulla particolare insidiosità della condotta (Art. 609 ter co. 1 n. 1,2 c.p.). I principali problemi sembrano emergere sul piano dei rapporti tra le singole circostanze previste nella medesima disposizione o un ulteriore problema si presenta fra alcune circostanze previste dall'articolo preso in esame e altre fattispecie autonome.

Uno dei profili essenziali dell'intera disciplina dei reati sessuali è l'età della vittima. All'interno di questo articolo, vi è una differenza tra la vittima che non ha compiuto i diciotto anni, quella che non ha compiuto i quattordici anni e infine quella minore dei dieci anni. In riferimento alla violenza commessa in danno di soggetti infra-quattordicenni, l'Art. 609 quater aggiunge che la pena sancita dall'Art. 609 bis si può applicare in assenza di violenza, minaccia, abuso o inganno qualora gli atti sessuali siano compiuti con una persona di età inferiore ai quattordici anni.

Due delle ipotesi appena dette, si trovano all'interno dell'Art. 609 ter co. 1 al n.1 e al co. 2. È evidente la ragione per la quale vi è un innalzamento della pena qualora la persona offesa sia di età inferiore ad anni dieci o infra-quattordicenne. La *ratio* va colta nella vulnerabilità particolare dei minori, in quanto qualora l'offesa venisse fatta loro, essi potrebbero avere dei traumi gravissimi per tutta la vita, non solo sul piano fisico, ma soprattutto sul piano psicologico. Il fondamento della maggior pena, va quindi ravvisato nella particolare condizione soggettiva, perché possono causare traumi, come detto sopra, ma soprattutto potranno incidere sul comportamento sessuale per tutta la vita.¹¹⁰

Questa aggravante si applica tutte le volte in cui, il fatto commesso nei confronti della vittima, presenta i connotati dell'Art. 609 bis; quindi, si applica tutte le volte in cui vi

¹¹⁰ Cfr. G. Ambrosini, op. cit., p. 34

sia costrizione ottenuta con violenza, con minaccia o con abuso di autorità e tutte le volte in cui l'agente abbia agito mediante induzione a seguito di abuso delle condizioni di inferiorità fisico-psichiche del minore o a seguito di un inganno che consiste nella sostituzione di persona. Ove ricorrano tali modalità, potrà essere utilizzato l'Art. 609 ter; invece, qualora non ricorrano, sarà utilizzato l'Art. 609 quater.¹¹¹

Un punto sul quale è importante soffermarsi è l'Art. 609 sexies, il quale s'intitola "*Ignoranza dell'età della persona offesa*". Tale articolo, in relazione agli Artt. 609 bis e 609 ter, ma anche in relazione al 609 quater, 609 quinquies e octies, quando i fatti sono commessi in danno di persona minore, il colpevole non può invocare, a propria scusa, l'ignoranza dell'età della persona offesa. Il problema è che l'età della vittima, come ben si può comprendere dagli articoli, non comporta solo l'applicazione dell'aggravante, ma funge addirittura da confine tra la sfera del lecito e dell'illecito. Questo è un criterio d'imputazione puramente oggettivo; infatti, nell'odierno Art. 609 ter, alla luce della dichiarazione di parziale incostituzionalità dell'Art. 5¹¹² c.p.

¹¹¹ Così MELCHIONDA, Commento, cit., pp. 570-571; BALBI, op. cit., p. 15; FOLA-DORE, Sulla nozione di atti sessuali «di minore gravità» previsti dall'art. 609 quater c.p., in Cass. pen., 2001, p. 571 ss. Contra DEL CORSO, op. cit., p. 445 e COLLI, op. cit., p. 1176 secondo i quali la presenza di un consenso da parte del minore escluderebbe comunque l'applicabilità della presente circostanza. La tesi, nella sua assolutezza, non può essere condivisa: ciò in quanto un simulacro di consenso, come quello che potrebbe provenire da un minore in età troppo tenera per comprendere l'esatto significato dell'esperienza che vive o da un minore che sia affetto da una patologia mentale, non potrebbe certamente considerarsi sufficiente ad escludere la «violenza sessuale». Occorrerà dunque una attenta valutazione del singolo caso concreto. In giurisprudenza in proposito Cass., Sez. Un., 31 maggio 2000, P.M. in proc. Bove, in Foro it., 2000, II, c. 685 che ha escluso la sussistenza del reato di violenza aggravata (ric conducendo il fatto all'art. 609 quater c.p.) in relazione ad un caso di atti sessuali commessi da un insegnante di sostegno a danno di un minore di tredici anni nel quale «non risultava nessuna costrizione, essendo gli atti sessuali tra i due caratterizzati dal consenso del minore, sia pure viziato dalla sua età inferiore ai quattordici anni».

¹¹² Nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale

(*ignoranza legis*) è cambiato in quanto è stato aggiunto “*salvo che si tratti di ignoranza inevitabile*”.

Sempre con riferimento all'età, vi è anche al co.1 dell'Art. 609 ter n. 5, l'aggravante che si applica qualora i fatti compiuti dell'Art. 609 bis siano commessi nei confronti di una persona che non ha compiuto gli anni diciotto, della quale il colpevole sia l'ascendente, genitore (anche adottivo) e il tutore. La ratio in questo caso viene trovata nell'esigenza di proteggere il minore da forme di violenza che, essendo fatte da persone che hanno con il minore uno stretto legame e un rapporto di fiducia, sono ancor più odiose e insidiose. In questi casi l'abuso potrà portare conseguenze ancora più gravi per la persona offesa.

Per le conoscenze criminologiche è stato dimostrato che sono più gravi gli abusi commessi nell'ambito della famiglia, perché in primo luogo, la violenza tende ad identificarsi con la mancanza di consenso; in secondo luogo, il rapporto di fiducia che vi è tra figlio e genitore comporta, nella maggior parte dei casi, una coercizione minore di quella necessaria nei confronti di un estraneo. Inoltre, l'offesa viene fatta da un soggetto che è preposto ad insegnare ciò che è bene e ciò che è male ed è per questo che è superflua la violenza concreta. Un'ultima considerazione della gravità degli abusi commessi in ambito familiare è perché vi è una disparità di età che aumenta il grado di subordinazione.

Va notato che l'Art. 609 quater primo comma n.2 è applicabile qualora il fatto non abbia i requisiti tipici della violenza sessuale perché “*soggiace alla pena stabilita*

dall'Art. 609 bis chiunque, al di fuori delle ipotesi previste in detto articolo, compie atti sessuali con persona che, al momento del fatto:

1) [...]

2) *Non ha compiuto gli anni sedici, quando il colpevole sia l'ascendente, il genitore, anche adottivo, o il di lui convivente, il tutore, ovvero altra persona cui, per ragioni di cura, di educazione, distruzione, di vigilanza o di custodia, il minore è affidato o che abbia con quest'ultimo, una relazione di convivenza.*
[...]

Come si può notare, fra i possibili autori del reato, oltre all'ascendente, al genitore e al tutore, anche ogni “*altra persona cui, per ragione di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia il minore è affidato o che abbia, con quest'ultimo, una relazione di convivenza*”. Si osserva che vi è un mancato coordinamento tra le due norme e una disparità di trattamento che viene fortemente criticata in dottrina ed è anche difficile spiegare la ratio sul piano logico razionale.

Un altro problema che si riscontra è di possibile concorso formale fra la violenza sessuale aggravata commessa dal genitore e il delitto di incesto (Art.564)¹¹³.

¹¹³ Chiunque, in modo che ne derivi pubblico scandalo, commette incesto con un discendente o un ascendente, o con un affine in linea retta, ovvero con una sorella o un fratello, è punito con la reclusione da uno a cinque anni.

La pena è della reclusione da due a otto anni nel caso di relazione incestuosa.

Nei casi preveduti dalle disposizioni precedenti, se l'incesto è commesso da persona maggiore di età, con persona minore degli anni diciotto, la pena è aumentata per la persona maggiorenne.

La condanna pronunciata contro il genitore importa la perdita della responsabilità genitoriale⁽⁴⁾ o della tutela legale.

In giurisprudenza l'orientamento costante afferma che i due reati possono concorrere¹¹⁴, il reato di incesto non ha come elemento costitutivo la congiunzione carnale violenta, ma può essere integrato da un rapporto sessuale del tutto consensuale; per tanto, qualora la congiunzione carnale sia stata realizzata con violenza e dal fatto ne deriva pubblico scandalo, i due reati potranno concorrere.¹¹⁵

Parte della dottrina è contraria a questo orientamento in quanto andrebbe più attentamente valutata la situazione, soprattutto al fine di verificare se vi sia la compatibilità del principio del *ne bis in idem* sostanziale.

È ovvio che non opera, in relazione alla presente aggravante, il principio dell'irrilevanza dell'errore sull'età, anche perché sarà ben difficile che il genitore o l'ascendente etc... non sappia l'età.

All'Art. 609 ter n.4 è prevista un'altra circostanza aggravante sempre collegata a quelle precedenti in quanto anch'essa si basa sulle condizioni di particolare debolezza della vittima. Questa disposizione abbraccia tutte le ipotesi nelle quali le persone vittime si trovano in condizioni restrittive della libertà personale, non è importante che la detenzione sia lecita o illecita, né tanto meno che l'agente abbia un'autorità specifica sul soggetto detenuto, né che abbia lui stesso determinato la situazione di detenzione.

L'aggravante è applicabile, non solo ogni qualvolta il pubblico ufficiale abbia in custodia la vittima, ma anche qualora la vittima gli venga semplicemente affidata.

¹¹⁴ Cass., Sez. III, 24 maggio 1963, Tosolini in Giust. Pen., 1964, II, c.253

¹¹⁵ Cass., Sez. III, 20 dicembre 1995

Dall'attuale tenore dell'aggravante, si può cogliere un'indiretta conferma dell'irrelevanza penale della “*congiunzione carnale commessa con abuso della qualità di pubblico ufficiale*”, con ciò si conferma la volontà di escludere la punibilità degli atti sessuali commessi qualora la persona sottoposta alla libertà personale sia consenziente. Tutto ciò vale qualora non si tratti di minori o qualora non ci siano stati abusi di condizione di inferiorità fisica o psichica della persona offesa.

Analizziamo ora le circostanze aggravanti n. 2 e n. 3 che riguardano particolari modalità della condotta.

L'aggravante di cui al n.2 è applicabile qualora la violenza sessuale sia commessa con “*con l'uso di armi o di sostanze alcoliche, narcotiche o stupefacenti o di altri strumenti o sostanze gravemente lesivi della salute della persona offesa;*”.

La ratio di questa disposizione è quella di prevenire modalità che sono considerate particolarmente pericolose per la vittima. Per quanto riguarda le armi si deve fare riferimento, per delimitare che cosa siano, all'Art. 585.¹¹⁶ Esse per la legge penale sono quelle da sparo e tutte le altre la cui destinazione naturale è l'offesa della persona e tutti gli strumenti atti ad offendere dei quali è dalla legge vietato il porto in modo

¹¹⁶ Nei casi previsti dagli articoli 582, 583, 583 bis, 583 quinquies e 584, la pena è aumentata da un terzo alla metà, se concorre alcuna delle circostanze aggravanti previste dall'articolo 576, ed è aumentata fino a un terzo, se concorre alcuna delle circostanze aggravanti previste dall'articolo 577, ovvero se il fatto è commesso con armi o con sostanze corrosive, ovvero da persona travisata o da più persone riunite.

Agli effetti della legge penale per armi s'intendono:

- 1) quelle da sparo e tutte le altre la cui destinazione naturale è l'offesa alla persona [704];
- 2) tutti gli strumenti atti ad offendere, dei quali è dalla legge vietato il porto in modo assoluto, ovvero senza giustificato motivo.

Sono assimilate alle armi le materie esplodenti e i gas asfissianti o accecanti.

assoluto, ovvero senza giustificato motivo. Sono definite armi le materie esplodenti e i gas che portano asfissia o accecamento.

Altre indicazioni a riguardo, possono essere ricavate dalle ulteriori disposizioni dell'ordinamento che, sempre agli effetti della legge penale, integrano questa prima definizione. Non possono ravvisarsi gli estremi dell'aggravante nel caso di un utilizzo di un'arma giocattolo. L'aggravante non potrà essere fatta dipendere dal convincimento del soggetto passivo. È logico pensare che l'eventuale uso di armi assume rilievo solo in casi di atti sessuali commessi con costrizione e non nei casi di induzione.¹¹⁷ Pertinente a quest'ultima è la parte in cui si fa riferimento all'uso di sostanze alcoliche, narcotiche o stupefacenti. Essa è stato oggetto, nei lavori preparatori, di alcune perplessità, perché era un po' criticato il fatto che erano assimilate l'uso di sostanze alcoliche fatte subdolamente ingerire con l'eventuale uso di sostanze alcoliche solo offerte; infatti, sul punto, è stato precisato che il riferimento alle sostanze alcoliche, sia solo per quelle persone che abbiano obbligato ad ingerire sostanze alcoliche e non anche per quelle persone che abbiano solo offerto talune.¹¹⁸

Queste circostanze non si applicano se non hanno influito sull'autodeterminazione della vittima. Per quanto riguarda "*altri strumenti o sostanze gravemente lesivi per la salute della persona offesa*" si fa riferimento in dottrina a rasoi, bottiglie scheggiate, stringhe infette nonché tra le sostanze il vetriolo e vari tipi di veleno. In questo caso risulta chiara l'intenzione del legislatore di reprimere, attraverso questa previsione

¹¹⁷ A. Cadoppi, Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia, IV edizione, p. 575

¹¹⁸ A. Cadoppi, Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia, IV edizione, p. 575

circostanziale, comportamenti che sono volti a sopprimere la capacità di resistenza fisica della vittima attraverso l'uso di strumenti o sostanze che sono idonee a compromettere la salute.

L'aggravante dell'articolo 609 ter n.3 è una trasposizione dell'aggravante prevista per il delitto di furto all'Art. 625 primo comma n.5.¹¹⁹ Essa si applica nel caso in cui la violenza sessuale sia commessa “da persona travisata o che simuli la qualità di

¹¹⁹ La pena per il fatto previsto dall'art. 624 è della reclusione da due a sei anni e della multa da euro 927 a euro 1.500:

- 1) se il colpevole, per commettere il fatto, si introduce o si trattiene in un edificio o in un altro luogo destinato ad abitazione];
- 2) se il colpevole usa violenza sulle cose o si vale di un qualsiasi mezzo fraudolento;
- 3) se il colpevole porta indosso armi o narcotici, senza farne uso;
- 4) se il fatto è commesso con destrezza [ovvero strappando la cosa di mano, o di dosso alla persona];
- 5) se il fatto è commesso da tre o più persone [112 n. 1], ovvero anche da una sola, che sia travisata o simuli la qualità di pubblico ufficiale [357] o d'incaricato di un pubblico servizio [358];
- 6) se il fatto è commesso sul bagaglio dei viaggiatori in ogni specie di veicoli, nelle stazioni, negli scali o banchine, negli alberghi o in altri esercizi ove si somministrano cibi o bevande [c. nav. 1148];
- 7) se il fatto è commesso su cose esistenti in uffici o stabilimenti pubblici, o sottoposte a sequestro o a pignoramento, o esposte per necessità o per consuetudine o per destinazione alla pubblica fede, o destinate a pubblico servizio o a pubblica utilità, difesa o reverenza [635 n. 3];
- 7-bis) se il fatto è commesso su componenti metalliche o altro materiale sottratto ad infrastrutture destinate all'erogazione di energia, di servizi di trasporto, di telecomunicazioni o di altri servizi pubblici e gestite da soggetti pubblici o da privati in regime di concessione pubblica;
- 8) se il fatto è commesso su tre o più capi di bestiame raccolti in gregge o in mandria, ovvero su animali bovini o equini, anche non raccolti in mandria;
- 8-bis) se il fatto è commesso all'interno di mezzi di pubblico trasporto;
- 8-ter) se il fatto è commesso nei confronti di persona che si trovi nell'atto di fruire ovvero che abbia appena fruito dei servizi di istituti di credito, uffici postali o sportelli automatici adibiti al prelievo di denaro.

Se concorrono due o più delle circostanze prevedute dai numeri precedenti, ovvero se una di tali circostanze concorre con altra fra quelle indicate nell'articolo 61, la pena è della reclusione da tre a dieci anni e della multa da euro 206 a euro 1.549.

pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio”. La domanda che si pone è che cosa si intende per la nozione travisamento. La risposta viene data da nozioni che sono già state consolidate ed acquisite nel tempo, con essa si intende l’alterazione delle sembianze del viso, infatti esso può avvenire con maschera, trucco, parrucca etc...

Quest’ultime per far sì che si ravvisi il travisamento devono essere in grado di rendere impossibile o difficile il riconoscimento del soggetto. L’aggravante non è esclusa qualora la vittima riconosca immediatamente dopo il fatto il soggetto agente.

Qualora la persona si tramuti e si travesta da pubblico ufficiale, si potrebbe avere un concorso con il delitto ex art. 494 c.p., in tema di sostituzione di persona.¹²⁰

Una considerazione che si può fare in merito a ciò è che, con la riforma del 1996, non è stata aggiunta un aggravante e anche in questo caso la fretta ha prevalso sui principi in quanto manca l’aggravante concernente il fatto commesso su persona in stato di gravidanza, non avrebbe dovuto mancare in una legge che tutela la donna.

¹²⁰ Chiunque, al fine di procurare a sé o ad altri un vantaggio⁽¹⁾ o di recare ad altri un danno, induce taluno in errore, sostituendo illegittimamente la propria all'altrui persona⁽²⁾, o attribuendo a sé o ad altri un falso nome⁽³⁾, o un falso stato⁽⁴⁾, ovvero una qualità a cui la legge attribuisce effetti giuridici⁽⁵⁾, è punito, se il fatto non costituisce un altro delitto contro la fede pubblica, con la reclusione fino ad un anno⁽⁶⁾.

Capitolo IV – La tutela dei minori in ambito sessuale

4.1 LA TUTELA DEI MINORI

La ratio della tutela è ovvia, in quanto vi sia l'esigenza di una tutela del corretto sviluppo della loro personalità in ambito sessuale e si cerca in questo modo di tutelare il fanciullo dalle manipolazioni esterne. Il fanciullo è la persona di età inferiore ai diciotto anni. Una prima tutela viene data dalla circostanza aggravante ex Art. 609 ter al n.5, in cui qualora vi sia stata della violenza sessuale ai sensi dell'Art. 609 bis su un minore di diciotto anni, la pena sarà aumentata. L'articolo più importante e che protegge maggiormente i minori è il 609 quater, che punisce con la medesima pena del 609 bis, gli atti sessuali in assenza di violenza, minaccia, abuso o inganno qualora l'atto sessuale avvenga in primo luogo con persona di età inferiore agli anni quattordici. Da ciò si deduce che ogni qualvolta la vittima è consenziente, se l'atto sessuale è avvenuto nel momento in cui la persona offesa avesse meno di quattordici anni, è comunque applicabile l'articolo. Ciò implica che il soggetto minore di quattordici anni non può condurre una vita sessuale. Primariamente non potevano avere una vita sessuale, come già detto, le persone portatrici di handicap. Ad oggi non è più reato avere dei rapporti con quest'ultimi, ma lo è con i minori di quattordici anni. La protezione si spinge anche in assenza di violenza, minaccia, abuso o inganno, non solo per gli infra-quattordicenni ma anche per gli infra-sedicenni, ma in questo caso il soggetto attivo non può essere chiunque, ma bensì la categoria dei soggetti attivi è ristretta ed essi sono gli ascendenti, il genitore o il di lui convivente o altro soggetto il cui minore è affidato per ragione di tutela, cura, istruzione, vigilanza o custodia,

ossia con lui convivente. È reato altresì sempre con le condizioni dette prima, quindi anche qualora ci sia il consenso, anche con i minori di diciotto (quindi la fascia di età è tra i sedici e i diciotto) in tutti i casi in cui l'autore è uno dei soggetti appena menzionati, che abbia agito con abuso dei poteri connessi alla posizione. In poche parole, più il minore è grande e più si restringe lo spazio della punibilità. Il comma quattro aggiunge una causa di non punibilità, anche se non ho trovato nessuna sentenza che l'abbia applicata. In questo modo la normativa non pone un assoluto divieto di vita sessuale per il minore, ma l'obiettivo di tale norma è il corretto sviluppo formativo e evitare che ci siano manipolazioni provenienti da adulti. Questo comma prevede la non punibilità per il minorenne che, ovviamente al di fuori delle ipotesi dell'Art. 609 bis, compie atti sessuali con un altro minorenne che abbia compiuto gli anni tredici, in questo caso se vi è una differenza di età tra i soggetti non superiore a tre anni, allora non è punibile.

Al comma seguente si tratta dei casi di minor gravità, nei quali la pena è diminuita in misura non eccedente i due terzi. Questa configurazione è difficile nei rapporti tra adulti; sarà ancora più complessa qualora si tratti dell'adulto su un fanciullo o addirittura su un bambino. Si comprende quanto sottile è la linea tra lecito e illecito rispetto alle manifestazioni di pedofilia.¹²¹

Una considerazione che si può fare è che vi è una lacuna normativa in quanto l'Art. 609 bis descrive una costrizione sia a compiere che a subire atti sessuali e abbiamo già

¹²¹ R. Bartoli M. Pellissero S. Seminara, 2020, Diritto penale lineamenti di parte speciale, p. 181

spiegato il motivo per il quale il legislatore abbia inserito entrambi. L'articolo preso in esame ora, invece, descrive l'autore solo chi compie atti sessuali con il minore; in questo modo si esclude l'ipotesi di chi si è indotto a praticare su sé stesso dell'autoerotismo o qualora si offra egli stesso a praticarli. Sotto questo profilo viene considerata la diffusione delle pratiche di autoerotismo realizzate volontariamente da minori mediante una webcam, che in contemporanea diffonde immagini ad adulti paganti. L'interpretazione giurisprudenziale che configura il 609 ter, ravvisando un'istigazione del minore a compiere il fatto sanzionatorio o l'Art. 609 quater, suscita forti dubbi in rapporto al principio di legalità.

Vi è inoltre una circostanza aggravante all'interno dell'Art. 609 quater ultimo comma, dell'aver commesso il fatto su minori di anni dieci. Le pene per codesta aggravante sono maggiori rispetto alla pena base del 609 quater e sono da sei a dodici anni, mentre per il 609 quater sono da cinque a dieci anni come per l'Art. 609 bis. La ragione per la quale vi è una pena maggiore è abbastanza ovvia, laddove la vittima è un bambino minore di dieci anni. Addirittura in passato una delle proposte di legge era prevedere per questa fattispecie l'ergastolo, per il solo fatto di commettere atti sessuali anche in assenza di violenza o minaccia, nei confronti di un minore di dieci anni.¹²²

A parer mio la pena sarebbe stata sproporzionata, ma non solo con riferimento all'atto di estrema gravità, ma bensì sarebbe stata pericolosa per le sorti del soggetto passivo,

¹²² Si tratta della proposta di iniziativa dei deputati Mazzucca, Pozza Tasca presentata il 1° agosto 1994, Art. 3.

in quanto l'autore sapendo che la pena sarebbe stata uguale a quella dell'omicidio, non avrebbe probabilmente pensato troppo a uccidere la vittima.

Vi era anche l'idea di creare una fattispecie autonoma per reati di questo tipo e di colpire la pedofilia autorevolmente definita, dal Ministro G. Vassalli nell'intervento nella seduta del Senato in data 30 giugno 1988, come "*una peste non meno diffusa dello stupro individuale o di gruppo*". La previsione di un reato autonomo era sulla base del fatto che atti del genere esprimono un disvalore e costituiscono un fatto notevolmente diverso dagli atti sessuali commessi sul minore o sulla minore alla soglia della pubertà.¹²³

Prima di analizzare la nuova fattispecie nel paragrafo seguente, è giusto trattare brevemente dei soggetti infra-quattordicenni e infra-sedicenni. Per quanto riguarda i primi, il soggetto attivo può essere chiunque, ma questo pronome vale solo per i maggiorenni, in quanto il terzo comma dell'Art. 609 quater limita l'applicazione della norma in esame nei confronti dei minorenni, perché non si può applicare questa norma a colui che abbia una differenza di età di massimo tre anni. La condotta che viene richiesta con questi soggetti è solo il compimento di atti sessuali; quindi, non è necessario che ricorrano gli estremi della violenza, della minaccia o dell'abuso etc... Si desume in questo caso che il reato abbia, come presupposto, la partecipazione volontaria del minore; quindi, in questa fattispecie, il legislatore ha esteso l'area di punibilità con la ratio di proteggere la corretta evoluzione sessuale del minore anche contro la sua personale volontà. È chiaro che il bene giuridico tutelato da questa

¹²³ A. Cadoppi, Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia, IV edizione, p. 648

fattispecie è l'armonico sviluppo della stessa in campo sessuale. La norma è severa in quanto non richiede che ci sia alcun danno effettivo sull'equilibrio psicologico del minore. Leggendo l'articolo, sembra che il legislatore abbia voluto fare riferimento solo qualora ci fosse la partecipazione attiva escludendo tutti gli atti in cui il minore compie atti su sé stesso. Questa lettura sembra incompatibile con il fine del legislatore; infatti, la dottrina maggioritaria ha proposto una lettura omnicomprensiva di compimento di atti sessuali, i quali possono consistere in una prestazione sessuale bilaterale o unilaterale, ma anche in una mera auto prestazione. La domanda logica in virtù dei principi penali è se tutto ciò possa tradursi in una applicazione *in malam partem*. Non essendo specificato che debbano essere inclusi anche tutti gli altri atti, sembrerebbe quasi una applicazione analogica *in malam partem*, cosa che non può essere fatta in diritto penale. In questo caso la dottrina maggioritaria presumo che abbia adottato una lettura omnicomprensiva perché la ratio del legislatore era quella di tutelare maggiormente i minori e quindi è logico che anche in questo caso per atti sessuali si faccia riferimento a tutti gli atti sessuali del 609 bis.

Per quanto riguarda gli atti sessuali con soggetti passivi infra-sedicenni, l'autore del fatto non è più chiunque, ma può essere solo l'ascendente, il genitore (anche adottivo), o il di lui convivente, il tutore, ovvero altra persona cui per ragione di cura, di istruzione, di vigilanza o di custodia, il minore affidato o che abbia con quest'ultimo, una relazione di convivenza. Sono gli stessi soggetti previsti all'ormai abrogato Art. 519, ma con l'aggiunta del convivente, del genitore adottivo ed il convivente del genitore anche adottivo.

Un termine ambiguo potrebbe essere “relazione di convivenza”; infatti, le ipotesi vanno indicate caso per caso, anche se non può essere dilatata o ristretta questo termine a piacimento del giudice. Sarebbe più corretto dare una definizione specifica e delineare il campo di applicazione di esso. Un esempio, che prima non veniva incriminato è il caso del padrone di casa che si congiunge carnalmente con la domestica ultraquattordicenne, ma non ancora sedicenne, senza ricorrere a mezzi coercitivi. L’intento del legislatore è quello di evitare che qualsiasi tipo di convivenza con il minore venga strumentalizzata dall’adulto per finalità di carattere sessuale. Questo rapporto di convivenza può portare allo sviluppo di un rapporto affettivo o di soggezione, capace di rendere il minore vulnerabile rispetto alle iniziative sessuali provenienti dall’adulto. In questa fattispecie non si richiede, come invece avviene nel secondo comma, l’abuso di potere. Il minore si trova fuori dalla sfera dell’intangibilità, in quanto diventa titolare del diritto di libertà sessuale, ma il consenso sessuale è comunque invalido nei rapporti in cui vi sia la presunzione invincibile che esso sia condizionato dal particolare coinvolgimento emozionale del minore, nei confronti dei soggetti indicati nella disposizione.¹²⁴ Secondo il legislatore, viene compromessa la libertà sessuale del minore nel caso in cui esso si rapporta con soggetti a lui legati da particolari rapporti.

¹²⁴Così Carlo Longari, *I reati sessuali, i reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali*, Edit. G. Giappichelli Torino, 2007. A cura di F. Coppi P. 168

4.2 LA NUOVA FATTISPECIE DI ATTI SESSUALI CON MINORE INFRA DICIOTTENNE

La nuova fattispecie, ex Art. 609 quater secondo comma, è stata inserita con la legge del 6 febbraio 2006 ed essa prevede che *“Fuori dei casi previsti dall’articolo 609 bis, l’ascendente, il genitore, anche adottivo, o il di lui convivente, il tutore, ovvero altra persona cui, per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia, il minore è affidato, o che abbia con quest’ultimo una relazione di convivenza, che, con l’abuso dei poteri connessi alla sua posizione, compie atti sessuali con persona minore che ha compiuto gli anni sedici, è punito con la reclusione da tre a sei anni.”*. In questo caso si tratta di una nuova fattispecie autonoma, che tutela i soggetti dai sedici ai diciotto anni.

Passiamo ora alla nuova fattispecie di atti sessuali con minore infra-diciottenne, introdotta dalla legge 6 febbraio 2006 n.38. Essa si basa sull’abuso dei poteri connessi al rapporto di parentela, all’ufficio di tutore o al rapporto che si instaura fra convivente del genitore e minore. Dal punto di vista del soggetto attivo, il legislatore ha coniato un nuovo modello di reato proprio che può essere realizzato solo dall’ascendente, dal genitore, anche adottivo o dal convivente del medesimo o infine dal tutore del soggetto passivo minore. Anche in questo caso il legislatore ha dato vita ad un reato di soggettività ristretta. Per quanto riguarda il soggetto passivo, si fa riferimento al soggetto che ha compiuto sedici anni, ma che non ha ancora raggiunto i diciotto. Anche qui vi è la ratio di tutelare il bene giuridico della libertà sessuale della vittima. Questo modello criminoso si integra qualora non ci siano gli estremi della violenza, ma gli elementi differenziali rispetto alla tutela del minore infra-sedicenne riguardano, in

primo luogo la ristretta cerchia dei soggetti che possono rendersi autori dell'illecito, in quanto non sono compresi nei soggetti attivi quelli per ragione di cura, di educazione di istruzione, di vigilanza o di custodia. Dall'altro lato è diversa la condotta tipica perché, in questo caso, il compimento degli atti sessuali con il minore avviene mediante l'abuso dei poteri connessi alla particolare posizione del soggetto attivo. Sembra che gli spazi applicativi di questa nuova fattispecie siano, già in linea astratta, piuttosto ridotti. Ricordiamo che la nozione di abuso di autorità non intende solo quella pubblica, ma anche quella privata e non è assurdo immaginare casi concreti in cui un magistrato possa ritenere che il fatto sia stato commesso con l'abuso da parte di un genitore. Possiamo dedurre che questa norma è volta a simboleggiare una tutela penale in favore dei minori infra-diciottenni ed è stata fatta per accentuare principalmente la tutela per i minori anche se concretamente è difficile da utilizzare; poiché, nel caso in cui ci sia stato abuso di potere, ci ritroviamo nella fattispecie dell'Art 609 bis che punisce in maniera più severa (pena minima di anni cinque e massima di anni dieci) rispetto a quest'ultima che ha una cornice edittale da tre anni a sei anni.

Nel primo comma, per delinearsi la fattispecie, si richiede il condizionamento del minore al compimento dell'atto sessuale in base all'età e al particolare rapporto che lo lega. Nella nuova fattispecie, dei infradiciotenni ma sopra i sedici anni, viene richiesta la dimostrazione che il soggetto passivo abbia indotto il minore a compiere atti sessuali mediante la strumentalizzazione dei poteri connessa alla propria posizione soggettiva.¹²⁵

¹²⁵Così, C. Longari, I reati sessuali, i reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali, Edit. G. Giappichelli Torino, 2007 a cura di F. Coppi P. 170

4.3 RIPERCUSSIONI SULL'ABUSO DEL MINORE

Ogni abuso, ha una storia a sé e le reazioni possono essere diverse le une dalle altre. Il minore, con tali atti, avrà un danno profondo sulla psiche che inciderà sul suo sviluppo futuro. Questo danno viene definito da Pajardi *“un alterazione dell'equilibrio della personalità, o dell'adattamento sociale, che insorge dopo un evento traumatico o un logoramento sistematico di una certa entità e di natura dolosa o colposa; che si manifesta attraverso sintomi e compromissione della vita normale del soggetto; permane anche dopo un certo periodo di stabilizzazione (circa un anno), pur senza arrivare necessariamente in un vero e proprio quadro clinico e patologico”*¹²⁶

La gravità dell'abuso cambia a seconda dei vari fattori che sono l'età e la personalità del bambino, la durata dell'abuso, la modalità dell'abuso, i rapporti tra il bambino e l'abusante, appoggio o mancato appoggio della famiglia nel momento della rivelazione, risposta delle autorità al momento della denuncia e in ultimo l'intervento terapeutico posto in atto. Uno dei fattori che incide maggiormente sulla psiche del minore è il rapporto con l'abusante. Per capire il fenomeno è necessario osservare la vicenda attraverso gli occhi della vittima. Gli esseri umani nei primi anni di età vedono il genitore come il punto principale di riferimento e vedono in lui un posto nel quale gli viene spontaneo ricercare protezione e cura; infatti, gli abusi che provocano maggior impatto sulla psiche sono proprio quelli con in genitori. Quando viene messo in atto l'abuso, la vittima si sente smarrito e confuso ed è incapace di capire il motivo

¹²⁶ Pajardi, Il concetto di danno alla persona, in Quadrio, A., De Leo, G. (a cura di), Manuale di psicologia giuridica, Milano, LED, 1995 p. 520

e la maggior parte delle volte pensa che siano atteggiamenti normali, tipici di ogni famiglia. L'umore di esso sarà altalenante e ci saranno momenti in cui il bambino ama il genitore e altri momenti in cui ci sarà una ribellione nei confronti di esso. Gli adulti solitamente offrono delle ricompense in cambio della collaborazione del minore; infatti, il bambino, considererà l'atto sessuale come un mezzo per ottenere ricompense e favori. Un altro trauma è la stigmatizzazione, ossia vivere costantemente nella paura di essere scoperti. Un ultimo trauma infine è il senso di impotenza, che è marcato qualora si ricorra alla violenza o alla minaccia per assicurarsi il silenzio. Secondo Finkelhor questi traumi hanno delle conseguenze, non solo a breve termine. Il bambino, con il crescere, potrebbe avere una condotta provocatoria o seducente nei confronti degli adulti e questo è un segnale della sessualizzazione traumatica. Il senso di impotenza potrebbe far vivere il bambino in uno stato d'ansia, ad un calo scolastico e alla depressione. Segni della stigmatizzazione potrebbero essere l'uso di droghe e una bassa autostima.

Rivelare l'abuso non è un compito semplice per il bambino che a volte avverte che qualcosa non va, che c'è qualcosa di sbagliato nel modo in cui il genitore lo tratta, ma non sa propriamente definirlo. Nel momento in cui si decide ad un simile passo, particolarmente importante è la condotta di chi riceve tale denuncia. Un ulteriore trauma potrebbe essere infatti dato dal fatto che l'altro genitore, solitamente la madre, non creda alle dichiarazioni del bambino e lo accusi di mentire ed inventarsi tutto. Ciò viene percepito come un ulteriore tradimento e spinge il minore a chiudersi ancora di più in sé stesso. Viceversa, ricevere aiuto e sostegno dall'altro genitore è un fattore positivo che aiuta a superare più facilmente l'abuso subito.

Anche la risposta istituzionale è importante. In particolare, il compito del legislatore – per il quale gli studi psicologici e criminologici sono di grande rilievo – dovrebbe essere quello di predisporre degli strumenti giuridici volti ad evitare che il processo si tramuti in una seconda violenza per il minore, costretto a rivivere tutto da capo, sviscerando la vicenda di fronte a soggetti sconosciuti che potrebbero spaventarlo. E' proprio questo uno dei motivi per il quale è stata unita in un'unica fattispecie, per far sì che la vittima non subisse un'ulteriore violenza con domande troppo invasive.

In molti casi però il bambino non arriva a denunciare il genitore o l'abusante e si possono verificare situazioni – apparentemente paradossali – nelle quali addirittura lo difende. Si parla della “sindrome di Gimmy”¹²⁷ che per alcuni aspetti ricorda quella di Stoccolma. Si allude con questa espressione ad un particolare legame che si viene a creare tra l'abusante e la sua vittima, tale da spingere quest'ultima ad immedesimarsi nel primo, a divenirne in un qualche modo complice, spesso allontanandosi dai suoi coetanei ed assumendo un atteggiamento più adulto rispetto alla sua età. Dato inoltre che la maggior parte degli abusi vengono attuati da membri della famiglia o comunque da persone conosciute, vi è solitamente già un legame socioaffettivo che il molestatore sfrutta per ottenere il silenzio del bambino.

¹²⁷ CIFALDI G., *Pedofilia tra devianza e criminalità*, p.61.

Sempre in riferimento alle conseguenze dell'abuso sessuale, si tende ad operare una distinzione fra gli effetti di breve periodo e di lungo periodo¹²⁸.

Le reazioni immediate consistono in disorientamento, bisogno di stare in solitudine, incredulità, incapacità di rendersi bene conto di quanto avvenuto. Quelle a lungo termine (dopo circa due o tre settimane) consistono invece in sentimenti di rabbia ed umiliazione, vergogna, sensazione di impotenza, difficoltà nel rapporto con gli altri e tendono a cronicizzarsi.

Una delle conseguenze di lungo periodo significative di cui spesso soffre chi ha subito abusi è il Disturbo Post-Traumatico da Stress¹²⁹. Un'altra, ancora più preoccupante, è la tendenza alla ripetitività della condotta subita.

Per quanto riguarda il Disturbo Post-Traumatico da Stress, il DSM sostiene che a soffrirne sono persone che hanno subito un evento traumatico che ha generato in loro paura intensa, orrore o sensazione di impotenza. Tale evento viene solitamente rivissuto dal soggetto sotto forma di flashback, incubi, allucinazioni. Egli tende ad evitare posti e situazioni che potrebbero ricordargli il trauma subito, il tutto unito a

¹²⁸ BURGESS A.W e HOLMSTROM L.L, Rape Trauma Syndrom, American Journal of Psychology, 1974, 9, pp. 981-986.

¹²⁹ DE CATALADO NEUBURGER L. (a cura di) La pedofilia. Aspetti sociali, psico- giuridici e vittimologici, p. 363.

sensazioni di stress, ansia, disturbi del sonno, distacco, difficoltà a ricordare bene i dettagli del trauma subito.

Altra conseguenza che si può produrre è quella della ripetitività della condotta. E ciò si manifesta sia dal lato passivo, nel senso che chi ha subito abusi durante l'infanzia è statisticamente più portato a subire violenze e maltrattamenti anche nell'età adulta, ma anche e soprattutto dal lato attivo, secondo la già riportata teoria dell'abusatore abusato.

Il meccanismo che potrebbe scattare nella mente del bambino molestato, una volta divenuto adulto, potrebbe essere quello di rivalersi del trauma subito, di quel senso di fragilità ed impotenza che aveva sofferto e mai del tutto superato, reiterando la condotta stavolta però da una posizione di forza. Potrebbero anche scattare dei bisogni di immedesimazione o di emulazione, in particolare quando l'abusante era il genitore. Quale che siano le motivazioni, i dati statistici dimostrano come ci sia un chiaro collegamento tra il fatto di aver subito un abuso e di perpetrarlo a propria volta.

Da tale punto di vista particolarmente importante è la c.d. "*resilience*", cioè la capacità di resistere a stimoli negativi ed esperienze traumatiche subite in passato. Essa è fortemente influenzata sia dalle capacità cognitive e dal temperamento del bambino (fattori individuali), sia dai legami familiari, dall'ambiente in cui egli cresce, dall'integrazione scolastica e sociale (fattori psicosociali) ¹³⁰

¹³⁰ CIFALDI G., Pedofilia tra devianza e criminalità, p.63

4.4 GLI INDICATORI DELL'ABUSO E LE DIFFICOLTA' DI ACCERTAMENTO PROCESSUALE

Accertare l'esistenza di una violenza sessuale è un compito molto difficile, soprattutto quando la vittima è un bambino. È difficile capire quando il bambino sta dicendo la verità o quando sta raccontando delle fantasie distorte da un linguaggio o da un indottrinamento dell'altro genitore, soprattutto nei casi di divorzio per screditare l'altro coniuge e per ottenere l'affidamento del figlio. Gli operatori devono essere dotati di competenze mediche, psicologiche e psichiatriche. Non esiste un singolo sintomo o un insieme di sintomi che accertano che il bambino sia stato vittima di violenza¹³¹. Il compito del perito è quello di fare una valutazione basandosi su criteri scientifici e comprovati e deve basarsi anche sull'attendibilità clinica diversa da quella giuridica che spetta al giudice. È stata fatta una carta, chiamata la Carta di Noto, che dovrebbe fornire linee guida agli operatori data la complessità e la delicatezza; l'ultimo aggiornamento risale al 2011. La Corte costituzionale ha affermato che questo strumento, per quanto può essere utile, non ha un'efficacia vincolante. Gli indicatori presi in considerazione si dividono in cognitivi, fisici ed emotivi.

I primi consistono sulla conoscenza della sessualità da parte del bambino, quindi atteggiamenti disinibiti, l'uso di parole e termini specifici, etc ... Sono fattori difficili da accertare, anche perché lo sviluppo del minore è diverso a seconda delle varie fasce

¹³¹ DE CATALDO NEUBURGER L. Abuso sessuale di minore e processo penale: ruoli e responsabilità, Cedam, 1997.

d'età. Non è detto però che il bambino padroneggi un lessico o abbia delle conoscenze sul sesso solo a fronte di un abuso. Tutto ciò potrebbe averlo imparato dalla frequentazione con ragazzi più grandi o internet.

Per quanto riguarda invece gli indicatori fisici, c'è da indicare che la maggior parte delle volte non lasciano segni riscontrabili mediante perizia. Anche ove l'atto si traduca in una vera e propria penetrazione la perizia dovrebbe essere eseguita non oltre settantadue ore. I segni potrebbero essere abrasioni, infezioni o malattie sessualmente trasmissibili, ma nella maggior parte dei casi i bambini non riportano segni di violenza.¹³² Gli unici indicatori che possiamo definire certi sono il ritrovamento di tracce di sperma o una gravidanza.

Per quanto riguarda gli indicatori emotivi vi sono elementi non determinanti, in quanto tali disagi potrebbero essere causati da tutt'altro motivo, quali stress, ansia, insonnia e crisi di pianto. Questi sintomi sono confondibili con la situazione quali separazione o divorzio dei genitori. L'operatore deve sempre essere obbiettivo prima di giungere alla conclusione che ci si trova davanti ad un abuso sessuale.

¹³² CAFFO E., CAMERINI G. B., FLORIT G., La valutazione del minore presunta vittima di abuso fisico e/o sessuale, in CAFFO E., CAMERINI G. B., FLORIT G., Criteri di valutazione nell'abuso all'infanzia. Elementi clinici e forensi, Milano, 2004, pp. 250-251.

Nell'accertamento dell'avvenuto abuso, alla base vi è la testimonianza del minore, perché quasi sempre è l'unico ad aver assistito alla vicenda. Secondo l'Art. 196 del codice di procedura penale, il quale tratta della capacità di testimoniare, non ci sono limiti particolari in ragione dell'età, anche se il minore di anni quattordici non deve prestare giuramento. Da ciò si deduce che spetterà al giudice valutare l'attendibilità di tali soggetti e quest'ultimo potrebbe richiedere l'intervento di un esperto, lo psicologo. Lo psicologo, in questo caso, dovrà controllare la maturità della vittima e la veridicità di quanto riporta, nonché l'idoneità a testimoniare. I due piani da mantenere distinti sono quello psicologico e quello giuridico. L'accertamento della verità rimane alle competenze esclusive del giudice che accerterà la sussistenza del reato.

L'Art. 4 della Carta di Noto afferma che i quesiti rivolti dal perito sono di natura psicologica e non giuridica e il giudice è il *peritus peritorum*. Il perito troverà due tipologie di fonti: dirette ed indirette. Nelle prime dovrà dividere il vero dall'inventato ed evitare domande suggestive che spingono il minore a dire qualcosa di diverso da quello che intendeva. Le seconde sono quelle riferite da chi denuncia l'accaduto. Qui non avviene la *cross examination* perché l'unico che si rivolge al minore è il giudice. Questo è sempre nella logica di ridurre la pressione del minore e di evitare domande invasive, ma il giudice nel porre tali domande potrebbe farsi aiutare da un familiare del minore o da un esperto in psicologia infantile. Il testo dell'Art. 392 c.p.p. disciplina i casi in cui si può procedere all'incidente probatorio; uno di essi è quello in cui si debba assumere la testimonianza di persona minorenni, sempre per la ratio di evitare l'usura psicologica del teste. Altro vantaggio è quello di consentire che venga raccolta

la testimonianza in tempi brevi e non al momento del dibattimento, il quale potrebbe essere dopo mesi se non anni dall'accaduto.

4.5 ANALISI DEL SOGGETTO ATTIVO

Preliminarmente devono essere smentiti alcuni luoghi comuni quando si parla di pedofilia. La prima affermazione che deve essere smentita è la seguente: il fatto è strettamente collegato con la senilità, al contrario, dai dati emerge che la maggior parte dei soggetti attivi sono al di sotto dei 40 anni. Un'altra convinzione è che le vittime siano sconosciute, ma contrariamente a quanto detto, possiamo affermare siano maggiori gli abusi intra-familiari. Un altro mito da sfatare è che gli omosessuali siano maggiormente attratti dai minori rispetto agli etero sessuali, ma anche questo mito è stato sfatato dalle ricerche.

La maggior parte degli autori che hanno trattato il tema della pedofilia, evidenziano l'importanza per questi soggetti dell'ambiente familiare in cui sono cresciuti. Possono aver influenzato su di essi i traumi infantili, i rapporti difficili con i genitori, situazioni economiche difficili o un ambiente deviante. Secondo uno studioso dal nome Pretky, per capire la causa della pedofilia, bisogna osservare i modelli familiari. La prima, che potrebbe essere determinate è l'assenza di un genitore, tutore o comunque chi si prende cura di del bambino. Anche le situazioni di continuo abbandono che causano ansie e spaventi per la paura di essere nuovamente abbandonati, potrebbero influenzare la formazione del soggetto adulto. Quando l'ansia raggiunge livelli tali da impedirgli di gestire una relazione adulta, il soggetto attivo per cercar maggior sicurezza si ripiegherebbe sui bambini. Viene sottolineato come i pedofili siano essenzialmente maschili, sono davvero poche le donne che abusano dei minori. Altri studiosi sostengono che scoprire gli abusi da parte della donna è ancor più difficile perché quest'ultima ha un carattere subdolo. Normalmente i pedofili non fanno differenza,

secondo i dati, fra maschi e femmine. Hans Giese¹³³, afferma che ciò che interessa al pedofilo, non è il sesso ma bensì l'età o meglio l'infanzia di un dato partner sessuale; infatti, nel momento in cui il fanciullo cresce, perde l'interesse e quindi le relazioni sono caratterizzate dalla brevità.

Una differenza che dev'essere fatta è tra il termine abusante e pedofilo. Con il termine abusante si fa riferimento a tutti quei soggetti che attuano atti sessualmente connotati nei confronti di un minore. L'altro termine invece, deriva dal greco e significa "amore per i fanciulli" e costituisce un'attrazione verso i minori. Nell'antica Grecia, intrattenere rapporti sessuali con i ragazzi non era visto in malo modo, anzi veniva vista come un'esperienza educativa e formativa per il minore. È completamente diverso dal significato che viene dato attualmente, ossia una perversione, un disturbo sessuale o una malattia. Rimane ancora incerto il motivo per il quale un soggetto debba sentirsi attratto da un bambino. Non per forza la pedofilia deve tradursi in condotte attive, il soggetto in alcuni casi potrebbe avere dei freni inibitori capaci di contrastare questi istinti. Alcuni chiedono di essere trattenuti in istituti detentivi, poiché una volta rimessi in libertà, tornano nuovamente a molestare i minori, perché la maggior parte dei pedofili nega di essere in grado di trattenersi.

Secondo il *Diagnostic and Statical Manual of Mental Disorders* per essere diagnosticato il disturbo della pedofilia, le fantasie sui minori devono tradursi in atti concreti.

¹³³ GIESE H., psychopathologie der Sexulitat, F. ENKE VERLAG 1962, Stuttgrat.

Secondo alcuni studi psichiatrici americani¹³⁴, la pedofilia veniva ricompresa nella categoria delle deviazioni sessuali gravi. Ad oggi, invece, viene ricompresa fra le parafilie, termine introdotto da Stekel¹³⁵ che indica l'attaccamento morboso a un qualche tipo di soddisfazione anormale dell'istinto sessuale. Il DSM IV definisce le parafilie come disturbi sessuali caratterizzati *“da ricorrenti e intensi impulsi, fantasie o comportamenti sessuali che implicano oggetti, attività o situazioni inusuali e causano disagio clinicamente significativo o compromissione dell'area sociale, lavorativa, o di altre aree importanti al funzionamento... includono l'Esibizionismo, il Feticismo, il Frotteurismo, la Pedofilia, il Masochismo Sessuale, il Sadismo Sessuale, il Feticismo di Travestimento, il Voyeurismo e la Parafilia non altrimenti specificata”*.

Gli elementi essenziali per diagnosticare la pedofilia sono tre: durata di almeno sei mesi di fantasie e impulsi sessuali che comprendono attività sessuali con minori prepuberi sessualmente; situazioni di disagio e compromissione a livello lavorativo; deve aver compiuto sedici anni ed avere cinque anni più della vittima.

Quando la vittima è quasi nell'età dell'adolescenza, non si parla di pedofilia, ma di efebofilia.

In conclusione, si può affermare che ad oggi la pedofilia è un disturbo di difficile classificazione con l'idea di rimprovero morale e sociale e viene fatta rientrare nelle parafilie. Nonostante ciò, ci sono autori che ad oggi la classificano come una

¹³⁴ American Psychiatric Association, DSM-IV Manuale Diagnostico e statico dei disturbi mentali, trad. it., Masson, Milano, 1996

¹³⁵ STEKEL W., Parafilia, in Dizionario Enciclopedico Italiano ed. Treccani, Roma, 1970, vol IX p. 23

psicopatologia ed altri come una predisposizione genetica, altri ancora come un insieme di tratti di personalità anomali e patologici.

Le cause alla base di essa sono incerte e le teorie che si sono succedute nel corso del tempo sono varie. Le più attuali cercano di abbracciare una molteplicità dei fattori. Fra di esse la più significativa è quella psicoanalitica¹³⁶. La teoria di Freud¹³⁷ afferma che la pedofilia deriva da un trauma subito durante l'infanzia o da un rapporto conflittuale con i genitori, tale da comportare una paura per gli stessi sulla possibilità di vivere una sessualità adulta. Il pedofilo preferisce affrontare la sessualità sui minori per avere il controllo della situazione e per sentirsi in una posizione di superiorità. Questa tendenza potrebbe derivare da un rapporto angoscioso con la madre e quest'ultimo comporterà nel soggetto il timore di affrontare altre donne, preferendo soggetti meno forti e facili da sottomettere.¹³⁸

La pedofilia è una sindrome compulsiva, simile all'assunzione di droghe o all'abuso di alcool; il pedofilo vuole e ha bisogno sempre di più, desidera avere un controllo sempre maggiore sul bambino fino al punto di distruggerlo e fargli perdere qualsiasi capacità di reazione.

Da prendere in considerazione è anche un'altra teoria che è quella dell'abusato abusatore perché è stato evidenziato che spesso coloro che abusano dei minori, a loro volta hanno subito abusi durante l'infanzia e l'atto sessuale viene visto come un modo

¹³⁶ CIFALDI G., Pedofilia tra devianza e criminalità, Giuffrè Editore, 2004

¹³⁷ FREUD S., Tre saggi sulla teoria sessuale, opere, vol. 4, tr. It., Boringhieri, Torino, 1970

¹³⁸ DE CATALDO NEUBURGER (a cura di) L. La pedofilia, aspetti sociali, psico-giuridici, normativi e vittimo-logici, Cedam, 1999

per esorcizzare un'esperienza traumatica e mai del tutto superata e rimasta all'interno del soggetto.

Mantovani, propone una classificazione degli autori di violenza sessuale, distinguendo tra violentatori e pedofili.¹³⁹ I primi ricorrono alla violenza e hanno un desiderio di rivalsa e un sentimento di odio nei confronti delle vittime e vengono suddivisi in tre categorie:

1) L'aggressore per rabbia: ove l'atto sessuale costituisce un modo per sfogare la profonda frustrazione che anima il soggetto attivo e il minore è una specie di capro espiatorio; spesso la condotta si traduce in gesti violenti.

2) L'aggressore per esprimere potere: qui l'atto sessuale è visto come una forma di prevaricazione, un mero mezzo per dimostrare la propria superiorità nei confronti di un minore recalcitrante. Il soggetto attivo soffre spesso di complessi di inferiorità e bisogno di affermazione.

3) L'aggressore sadico: si tratta per la verità di una minoranza dei casi, nei quali il soggetto attivo prova piacere nell'infliggere sofferenze al minore.

I secondi, sono caratterizzati dal fatto che il pedofilo tende a mantenere un rapporto duraturo con il minore per ripetere la condotta nel tempo e solitamente non fa ricorso a violenza in quanto utilizza mezzi subdoli come ricattare il minore o convincerlo che

¹³⁹ MANTOVANI F., Diritto penale, parte speciale I, delitti contro la persona, Cedam, 2008, p. 387 - 388

si tratti di un gioco, cercando di instaurare, non un rapporto sessuale, ma anche affettivo, accompagnandolo con baci, carezze o altro.

Trattando ora, del tema della pena per essi, vediamo che è un' tema delicato perché non si sa ancora come sia possibile curare la pedofilia. Esso è un tema esaminato, non solo da parametri etico morali, ma soprattutto giuridici. Non si sa ad oggi come si possa curare, se viene considerata come una malattia, la pedofilia. La nostra Costituzione, all'Art. 27, tratta della pena rieducativa in quanto quest'ultima deve "tendere alla rieducazione del condannato". Ovviamente il costituente ha dato un peso specifico ad ogni parola, in quanto la parola "tendere" indica come il recupero debba rimanere una scelta libera della persona e la pena dovrà servire per essere accettato nuovamente dalla società. Il problema è che la pedofilia, la maggior parte delle volte, si manifesta anche dopo la pena ed è elevatissimo il tasso di recidiva. Si capisce che viene considerata come una vera e propria malattia perché in alcuni casi vengono suggerite forme di castrazione chimica o chirurgica. Sono stati proposti altri trattamenti. La prognosi è più favorevole quando è il soggetto stesso a richiedere aiuto e quindi rendendosi conto del suo disturbo. Quando la persona presenta questi disturbi da età adolescenziale e in più fa uso di sostanze stupefacenti, allora la prognosi sarà più negativa. Purtroppo, queste persone si sottopongono al trattamento solo se costretti. I pedofili trovano delle giustificazioni ai loro comportamenti per non sentirsi in colpa come l'amore per il bambino, il fatto che non vogliono fargli del male e che la pedofilia è solo uno sciocco tabù come l'omosessualità.

Fra le varie terapie proposte possiamo fare riferimento¹⁴⁰: castrazione chirurgica; Terapia psico-cognitiva-comportamentale; terapia psicoterapeutica; Terapia farmacologica. Certamente fra le più invasive è la *castrazione chirurgica*. Per fronteggiare il clamore sociale – particolarmente indignato e sensibile a questi tipi di fenomeni – vari Stati (per esempio i Paesi Bassi) hanno adottato in passato questa soluzione. Il comportamento sessuale dei soggetti castrati subisce una modifica ma recenti studi hanno dimostrato che il rischio di recidiva – anche se diminuito – non è del tutto pari a zero. Alcuni pedofili, pur se castrati, hanno infatti continuato a molestare i minori. Alcuni considerano la castrazione come l'unica soluzione possibile, altri considerano questa opinione semplicista; infatti, Coresi afferma che *“la castrazione non è una mutilazione, ma solo l’amputazione di una parte ammalata del corpo. Con questo criterio, ad un pazzo dovrebbe amputarsi la testa”*¹⁴¹ Andreoli invece, ritiene che la castrazione non serva perché le molestie, la maggior parte delle volte, possono non essere delle vere e proprie penetrazioni; infatti, l’attrazione da parte del pedofilo può non essere il solo aspetto fisico, ma il soggetto attivo cercherà di catturare anche l’anima del soggetto passivo.

Ad oggi questa fattispecie è tutelata attraverso tutti gli articoli descritti sopra.

¹⁴⁰ <http://www.altrodiritto.unifi.it/ricerche/devianza/furfaro/cap5.htm#h4>.

¹⁴¹ CORESI V., *Attività sessuale e anomalie*, Ed. Zibetti G., Milano, 1960, p.143

ANDREOLI V., *Dalla parte dei bambini. Per difendere i nostri figli dalla violenza*, SuperBur Ed., Milano, 2003 p.150.

4.6 TUTELA SPECIALE PER I MINORI

Un argomento delicato riguardante i minori è la prostituzione minorile. L'attuale formulazione dei reati concernenti la prostituzione minorile è il frutto di due modifiche del testo del 1998 attuate dalla l. 38/2006, dalla l. 172/2012¹⁴² e dal D.lgs 39/2014. L'articolo che tratta della prostituzione minorile è il 600 bis c.p, il quale si occupa al primo comma delle condotte criminose che ruotano intorno a tale fenomeno. Esso è il frutto della legge del 3 agosto 1998 n. 269, il quale trattava di una particolare tutela dei minori nei confronti di sfruttamento o abuso dei soggetti particolarmente deboli. Nella prima versione del 1998, senza la modifica del 2006, la normativa prevedeva unicamente le condotte di induzione, favoreggiamento e sfruttamento della prostituzione minorile. Le condotte descritte all'Art. 600 bis erano le condotte descritte nella Legge Merlin¹⁴³.

L'articolo 600 bis c.p è il seguente:

“È punito con la reclusione da sei a dodici anni e con la multa da euro 15.000 a euro 150.000 chiunque:

- 1) recluta o induce alla prostituzione una persona di età inferiore agli anni diciotto;*
- 2) favorisce, sfrutta, gestisce, organizza o controlla la prostituzione di una persona di età inferiore agli anni diciotto, ovvero altrimenti ne trae profitto.*

Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque compie atti sessuali con un minore di età compresa tra i quattordici e i diciotto anni, in cambio di un corrispettivo

¹⁴² Con cui si ratificava la Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei bambini contro lo sfruttamento sessuale e gli abusi sessuali

¹⁴³ L. 20 febbraio 1958 n.75

in denaro o altra utilità, anche solo promessi, è punito con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da euro 1.500 a euro 6.000.”

La differenza con la normativa precedente è che non vi era un articolo autonomo che trattava di questo argomento delicato, ma lo sfruttamento o il favoreggiamento della prostituzione di un minore davano luogo ad una circostanza aggravante.

L'innovazione rispetto alla Legge Merlin, in secondo luogo, comportava conseguenze sotto il profilo sanzionatorio.¹⁴⁴ Di primo acchito, la differenza sembra minima, poiché si passa da una cornice edittale che va da quattro a dodici anni, ad una che va da sei a dodici anni e non sembrava molto diversa dalla precedente. Tuttavia, la differenza però è presente poiché l'art. 600 bis è un reato autonomo e quindi si evita la neutralizzazione attraverso il bilanciamento, il quale avrebbe portato il minimo della pena uguale ai reati commessi a danno di soggetti maggiorenni.

Con la legge 172/2012 oltre ad una non rilevante modifica del piano sanzionatorio, vicino alle tradizionali condotte vengono inserite le ipotesi di reclutamento, di gestione, di organizzazione, di controllo e di trarre profitto. Non si tratta di una nuova incriminazione in quanto nella formulazione previgente erano ritenute forme di concretizzazione delle generiche ipotesi di sfruttamento e favoreggiamento.¹⁴⁵

Una differenza si può trovare nella condotta di reclutamento, che si differenzia dall'induzione perché manca la persuasione.

¹⁴⁴ P. Pisa, Giurisprudenza commentata di diritto penale, Volume I delitti contro la persona e contro il patrimonio p.356

¹⁴⁵ P. Pisa, Giurisprudenza commentata di diritto penale, Volume I delitti contro la persona e contro il patrimonio p.357

Questo articolo il bene giuridico che tende tutelare non è solo l'interesse del minore, ma anche la moralità pubblica e il buon costume.¹⁴⁶

Per quanto riguarda il soggetto attivo, l'art. 600 bis configura un reato comune, mentre il soggetto passivo è un minore di anni diciotto. La scelta di estendere la tutela fino agli anni diciotto e non più fino agli anni sedici è stata oggetto di critiche in dottrina, poiché dalle altre norme si può cogliere che la libertà sessuale è al di sopra dei quattordici anni, per tanto dovrebbe esserci anche la libertà di prostituirsi.¹⁴⁷ Il legislatore italiano quando si riferisce al termine "bambino" si riferisce a tutte le persone con età inferiore agli anni diciotto. Già nella legge Merlin vi era una protezione per tutti i soggetti al di sotto degli anni ventuno.

In conclusione, possiamo affermare che, una cosa è la libertà sessuale che possono avere tutti i soggetti maggiori degli anni quattordici e un conto mentre, è la tutela che viene data dal legislatore per i soggetti minori rispetto al pericolo delle pratiche sessuali mercenarie, che il legislatore considera comunque dannose per la corretta ed equilibrata formazione della sua personalità.

È chiaro che dopo le modifiche dell'Art. 600 bis secondo comma vale ormai, per tutti i casi nei quali ci sia coinvolgimento del minore dei diciotto anni in pratiche sessuali mercenarie, presunzione assoluta di invalidità del consenso, anche qualora il minore

¹⁴⁶ F. Coppi, I reati sessuali, i reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali, Edit. G. Giappichelli Torino, 2007. P. 353

¹⁴⁷ F. Coppi, I reati sessuali, i reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali, Edit. G. Giappichelli Torino, 2007. P. 354

abbia prestato un consenso esplicito e non servono elementi testuali teleologici idonei a sostenere conclusioni contrarie.¹⁴⁸

Le condotte tipiche, descritte nel primo comma della norma incriminatrice, sono da analizzare. Non vi sono particolari problemi in tema di induzione, perché, per condotta induttiva, si intende qualsiasi forma di persuasione diretta a spingere il minore a prostituirsi.¹⁴⁹ Secondo la cassazione *“non configura l’ipotesi di induzione alla prostituzione la semplice proposta di partecipare a incontri sessuali a pagamento organizzati dal proponente, non seguita da pressioni fisiche o psicologiche, atteso che l’induzione alla prostituzione si concretizza in un’attività di convincimento e persuasione finalizzata a superare le resistenze di ordine morale o di altro tipo che trattengono la donna dall’attività di prostituzione.”*¹⁵⁰

Per quanto riguarda questa condotta, non vi sono particolari novità rispetto alla legge Merlin. La giurisprudenza afferma che la condotta induttiva consiste in tutti i comportamenti di determinazione, di persuasione o di convincimento, volti a tenere che il soggetto passivo si costituisca. Quest’affermazione viene condivisa anche dalla dottrina. Un termine che ha bisogno di spiegazione è “la determinazione”, il quale è un’attività volta a far nascere la decisione del minore a prostituirsi, che prima era inesistente. Anche il rafforzamento di un proposito già maturato è condotta criminosa. Integra condotta criminosa anche l’induzione a riprendere l’attività di prostituzione

¹⁴⁸ F. Coppi, I reati sessuali, i reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali, Edit. G. Giappichelli Torino, 2007. P. 355

¹⁴⁹ P. Pisa, Giurisprudenza commentata di diritto penale, Volume I delitti contro la persona e contro il patrimonio p.357

¹⁵⁰ Cass., Sez. III, 3.6. 2004, in Ced. Cass., 2004, Rv. 229389

cessata per un periodo di tempo¹⁵¹, ma anche l'induzione a persistere nell'attività in corso integra tale condotta, nonostante il desiderio di abbandonarla, manifestato dal soggetto che si prostituisce.¹⁵² Il soggetto agente, deve svolgere, al fine dell'integrazione del reato, una vera e propria opera di persuasione. Deve trattarsi di *“un'attività diretta a far cessare le resistenze di ordine morale che trattengono il soggetto dal prostituirsi quest'attività deve svolgersi con una continuità, sia pur minima, ma che comunque sia tale da consentirne l'apprezzamento sul piano giuridico”*¹⁵³

Il reato è consumato qualora inizi l'attività prostituzionale; invece, il tentativo è configurabile nel caso in cui l'istigazione è stata accolta, ma non è stata realizzata l'attività di prostituzione.

Secondo la cassazione *“È configurabile il tentativo nel delitto di induzione prostituzione. Ciò in quanto il reato si realizza attraverso lo spiegamento di un'attività diretta a far cessare le resistenze di ordine morale che trattengono la donna dal prostituirsi e questa attività deve svolgersi con una continuità, sia pur minima, ma che comunque sia tale da consentirne un apprezzamento sul piano giuridico. L'iter criminoso, dunque, è frazionabile e, nella complessiva opera di persuasione rivolta ad influire sulla psiche della donna, ben può ravvisarsi il compimento di atti idonei ed*

¹⁵¹ Così, in particolare, Cass., Sez. III, 17 febbraio 1982, Leo, in Cass. Pen. Mass. Ann., 1983, p. 1216

¹⁵² Cass., Sez. I, 21 novembre 1989, Silvestrin, in Cass. Pen., 1991, p. 822

¹⁵³ Così, in particolare, Cass., Sez. III, 9 dicembre 1997, Notarstefano, in F. Coppi, I reati sessuali, i reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali, Edit. G. Giappichelli Torino, 2007. P. 357

univocamente diretti a ledere il bene protetto, in una concreta prospettiva di pericolo attuale di realizzazione del delitto."¹⁵⁴

Una maggior attenzione, per completare il quadro delle condotte punibili, è il riferimento alla condotta di favoreggiamento. Con essa si indica qualsiasi forma di aiuto fornito a chi si prostituisce. Non è necessario una condotta attiva, afferma la cassazione nel 2001, essendo sufficiente ogni forma di agevolazione come quella di mettere in contatto il cliente con la prostituta; inoltre, è configurabile il favoreggiamento qualora la condotta materiale sia oggettivamente un aiuto all'esercizio del meretricio in quanto tale¹⁵⁵.

Non è considerato, secondo la Suprema Corte, favoreggiamento qualora venga dato un aiuto solo alla prostituta, intesa in quanto persona. Un esempio è la prostituta tossico dipendente che invita l'amica, anch'essa prostituta e tossicodipendente, a trasferirsi vicino a lei, per darsi un reciproco sostegno con il fine della disintossicazione gratuita, con l'aiuto di una psicologa.¹⁵⁶

La giurisprudenza ha esteso la portata ad ogni tipologia di condotta suscettibile di rendere più comodo, facile e sicuro l'esercizio della prostituzione, eliminando ostacoli.¹⁵⁷

¹⁵⁴ P. Pisa, Giurisprudenza commentata di diritto penale, Volume I delitti contro la persona e contro il patrimonio p.358

¹⁵⁵ Cass. Pen., Sez III, 13 aprile 2000, Donati, in Cass. Pen 2001, 2796

¹⁵⁶ P. Pisa, Giurisprudenza commentata di diritto penale, Volume I delitti contro la persona e contro il patrimonio p.359

¹⁵⁷ R. Borgogno I reati sessuali, i reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali, Edit. G. Giappichelli Torino, a cura di F. Coppi 2007 P. 362

È inoltre, secondo la Legge Merlin, favoreggiamento l'accompagnamento della prostituta sul luogo di abituale esercizio della prostituzione.

È fuori discussione che favorisce la prostituzione, colui che consente al soggetto che si prostituisce, di appartarsi in una camera messa a disposizione, nella consapevolezza del favoreggiatore. Tale condotta è considerata punibile se è sorretta da un adeguato elemento soggettivo, per esempio, nel caso in cui si tratti di immobile in un quartiere ove notoriamente vi sono case di prostituzione. In una posizione simile, si trova anche l'albergatore e si discute se basta a integrare il favoreggiamento, semplicemente la messa a disposizione della stanza o se sia necessario un "qualcosa in più", come per esempio affittare la camera ad un prezzo minore e non registrare i clienti.¹⁵⁸

Sembra ormai parzialmente mitigato l'atteggiamento rigorista verso alcuni casi limite e come già detto prima, l'aiuto alla persona non costituisce favoreggiamento. La cameriera al servizio di una donna che si prostituisce, se non oltrepassa i limiti delle mansioni tipiche come aprire la porta e il parlare con le persone in attesa, pur sapendo le motivazioni della visita di costoro, non costituisce favoreggiamento.

Per quanto riguarda il termine sfruttamento, bisogna far riferimento, in carenza di pronunce concernenti l'Art. 600 bis, ai reati della legge Merlin. Il nodo interpretativo è stabilire se siamo di fronte a un reato abituale o meno, dato che in dottrina è diffusa l'opinione che lo sfruttamento della prostituzione sia reato necessariamente abituale. La giurisprudenza lo classifica come eventualmente abituale ed è sufficiente un solo episodio di sfruttamento. Secondo la giurisprudenza non è necessaria l'abitualità della

¹⁵⁸ Cass. Sez. III, 11 luglio 1985, Barbato

condotta, visto il fine di contrastare ogni fenomeno di interposizione personale a fine di lucro.¹⁵⁹ Lo sfruttamento si riferisce al vantaggio che ottiene, di natura economica, il protettore. Con la suddivisione della prostituzione minorile in due autonome fattispecie, la nuova formulazione sembra voler prevedere una norma a più fattispecie; quindi, nel caso di realizzazione di condotte di induzione di sfruttamento, a danno della stessa vittima minore, si integrerà un concorso di reati. Così afferma, in una massima, la cassazione recitando che *“In tema di prostituzione minorile, le condotte di induzione, favoreggiamento o sfruttamento possono concorrere tra loro, in quanto l’art. 600 bis, comma primo, cod. pen. – anche dopo le modifiche introdotte nell’art. 600 bis cod. pen. Dalla I. n. 172 del 2012 – è norma a più fattispecie, tra loro distinte e costituite da elementi materiali differenti in rapporto alla condotta ed all’evento.”*

Sempre a tutela del minore, con riferimento al minore di anni quattordici, troviamo l’Art. 600 sexies¹⁶⁰ primo comma, introdotto dalla legge del 1998 n. 269. Queste

¹⁵⁹ P. Pisa, Giurisprudenza commentata di diritto penale, Volume I delitti contro la persona e contro il patrimonio p.361

¹⁶⁰ [Nei casi previsti dagli articoli 600 bis, primo comma, 600 ter, primo comma, e 600 quinquies, nonché dagli articoli 600, 601 e 602, la pena è aumentata da un terzo alla metà se il fatto è commesso in danno di minore degli anni quattordici.

Nei casi previsti dagli articoli 600 bis, primo comma, e 600 ter, nonché dagli articoli 600, 601 e 602, se il fatto è commesso in danno di minore, la pena è aumentata dalla metà ai due terzi se il fatto è commesso da un ascendente, dal genitore adottivo, o dal loro coniuge o convivente, dal coniuge o da affini entro il secondo grado, da parenti fino al quarto grado collaterale, dal tutore o da persona a cui il minore è stato affidato per ragioni di cura, educazione, istruzione, vigilanza, custodia, lavoro, ovvero da pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio nell’esercizio delle loro funzioni ovvero se è commesso in danno di minore in stato di infermità o minoranza psichica, naturale o provocata.

Nei casi previsti dagli articoli 600 bis, primo comma, e 600 ter la pena è aumentata se il fatto è commesso con violenza o minaccia.

aggravanti sono applicabili, non solo alla prostituzione minorile, ma anche alla personalità individuale, come la tratta di persone. Il primo comma dell'Art. 600 sexies prevede un aumento di pena da un terzo alla metà, con la ratio di offrire maggior tutela ai soggetti che possono subire gravissimi traumi fisici e psicologici nel loro naturale processo evolutivo. Si applica questa aggravante nel caso in cui i fatti di cui agli Artt. 600 bis primo comma, 600 ter primo comma, 600 quinquies, nonché i fatti di cui agli Artt. 600, 601 e 602. Il colpevole, per vedersi applicata l'aggravante, dovrà sapere che la vittima è minore di quattordici anni o ignorare per colpa, quindi per difetto di doverosa informazione, che il minore non ha raggiunto l'età indicata dalla norma. Secondo Melchionda, per far sì che si applichi l'aggravante, occorre che nel momento il reo avesse la possibilità di rendersi conto che l'età della vittima si è inferiore agli anni quattordici. Vale la pena evidenziare che la cornice sanzionatoria, in caso di violenza sessuale commessa verso un minore di anni dieci, è inferiore a quella prevista dal combinato disposto del primo e del quinto comma dell'Art. 600 sexies. Lo stesso

Nei casi previsti dagli articoli 600 bis e 600 ter, nonché dagli articoli 600, 601 e 602, la pena è ridotta da un terzo alla metà per chi si adopera concretamente in modo che il minore degli anni diciotto riacquisti la propria autonomia e libertà.

Nei casi previsti dagli articoli 600, 600 bis, 600 ter, 600 quater, 600 quinquies, 600 sexies, art. 600 septies del c.p., 600 octies, 601, 602 e 416, sesto comma, le pene sono diminuite fino alla metà nei confronti dell'imputato che si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori aiutando concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi di prova decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione e la cattura di uno o più autori dei reati ovvero per la sottrazione di risorse rilevanti alla consumazione dei delitti.

Le circostanze attenuanti, diverse da quella prevista dall'articolo 98, concorrenti con le aggravanti di cui al primo e secondo comma, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità della stessa risultante dall'aumento conseguente alle predette aggravanti.]

paradosso è anche per la violenza di gruppo, di cui parleremo nel paragrafo seguente, commessa a danno di un minore di anni quattordici, per la quale si raggiunge una cornice sanzionatoria fra otto e sedici anni, ancora una volta inferiore dunque. Ancora una volta, rimane più alta la pena per il delitto di prostituzione minorile a danno di minore di anni quattordici. È chiaro che il legislatore ha voluto tutelare in maniera assai rigorosa, questo reato.

Capitolo V – La violenza di gruppo

5.1 LA RATIO DELL'INCRIMINAZIONE

In conclusione, analizziamo ora la fattispecie della violenza sessuale di gruppo.

L'Art.609 octies¹⁶¹ tipizza la partecipazione di più persone riunite nella violenza sessuale con una pena più elevata rispetto da quanto stabilito all'Art. 609 bis. Si tratta di un concorso necessario, in quanto per realizzare la fattispecie c'è bisogno di più persone riunite.

La ragione dell'inasprimento sta nel fatto che l'aggressione va a ledere in maniera più intensa il bene della libertà sessuale a causa della presenza di più soggetti durante gli atti di violenza sessuale; inoltre, annulla la possibilità di difesa e di resistenza della vittima ed espone il soggetto passivo a forme di umiliazione che rendono più grave e profondo il trauma psichico. Lo specifico disvalore del fatto non va colto solo sul piano quantitativo dell'offesa, ma gli autori fanno svanire ogni freno inibitorio e accrescono la pericolosità individuale poiché la vittima viene ridotta ad un mero oggetto di sfogo

¹⁶¹ La violenza sessuale di gruppo consiste nella partecipazione, da parte di più persone riunite ad atti di violenza sessuale di cui all'articolo 609 bis.

Chiunque commette atti di violenza sessuale di gruppo è punito con la reclusione da otto a quattordici anni.

Si applicano le circostanze aggravanti previste dall'articolo 609 ter.

La pena è diminuita per il partecipante la cui opera abbia avuto minima importanza nella preparazione o nella esecuzione del reato⁽⁵⁾. La pena è altresì diminuita per chi sia stato determinato a commettere il reato quando concorrono le condizioni stabilite dai numeri 3) e 4) del primo comma e dal terzo comma dell'articolo 112.

e divertimento e in questo modo ha minor possibilità di difesa. Quanto osservato vale come regola generale, ma ci possono essere casi in cui il fatto venga commesso da due soli soggetti, nella forma di una molestia sessuale, fuggevole e non pericolosa nonostante la presenza di altre persone.

La cassazione ha affermato che il gruppo può essere tranquillamente composto da due soggetti e non occorre che vi sia “il branco”, come viene chiamato nel linguaggio mediatico. Non è necessario che i soggetti siano arrivati al livello dello stupro, purché i soggetti attivi siano persone riunite. Questa espressione non è familiare per chi non conosce l’ordinamento, ma per chi lo conosce sa che l’elemento di più persone riunite è un aggravante da tempo presente nell’ordinamento, per esempio, nella rapina qualora essa sia compiuta da più persone riunite. Ciò non vuol dire che tutti debbano essere entrati nella banca con la pistola in pugno o nel locale dove hanno fatto la rapina. Pensiamo al caso di chi funge da palo, ma i dubbi sulle persone riunite rimangono. Alla domanda perché è prevista la violenza di gruppo, si può rispondere sotto due profili. Prima di tutto, sottolineiamo che è palesemente un reato autonomo e questo lo si nota perché dista molto dall’Art. 609 bis e da quest’ultimo all’Art. 609 octies ci sono poi tutta una serie di reati. Il perché ci sia questa previsione che non era nel disegno originario del codice, lo si spiega abbastanza facilmente sotto due profili come detto prima. La pluralità di persone presente al fatto dell’aggressione sessuale, ad oggi incentivata anche da soggetti meschini che fanno riprese con il cellulare fornendo anche ingenuamente prove di quello che è accaduto consentendo così di punire i violentatori, aumentando il livello di offesa e di umiliazione. Questo sotto il profilo soggettivo.

Dal punto di vista oggettivo, nei confronti di un gruppo di persone presenti nel luogo, è più difficile ribellarsi per la vittima, perché se quest'ultima si trova di fronte a un solo soggetto può anche pensare di riuscire ad opporsi e sottrarsi, se invece c'è anche un gruppo di fiancheggiatori, le chances di resistenza diventano basse. Questo spiega il motivo per la quale il legislatore ha preso in considerazione queste ipotesi, in cui rimane aperto un problema di non poco conto.

Teniamo conto ora di due profili, il primo del soggetto attivo e il secondo del soggetto passivo, sempre nell'ottica di spiegare la ratio della norma.

Sotto il primo profilo, si deve considerare che la pericolosità delle azioni di gruppo è accentuata dal fatto che possono comportare un notevole sviluppo e ampliamento delle capacità criminali dei singoli, che da soli magari non farebbero tali azioni, ma tutti insieme si sentono assicurati e stimolati, sia dal punto di vista psicologico che dal punto di vista materiale, grazie ad un meccanismo di reciproco e collettivo allentamento dei freni inibitori¹⁶², dalla consapevolezza di compiere l'azione delittuosa insieme ad altre persone. Nell'ipotesi della violenza di gruppo, i soggetti attivi agiscono per la maggior parte delle volte per divertimento, bravate o ostentazioni della propria virilità; infatti, la vittima, viene vista come un bersaglio occasionale.¹⁶³

Sotto il profilo del soggetto passivo è innegabile che vi sia una particolare gravità nello stupro collettivo che incide in modo peculiare sia sulla sfera psichica che fisica della

¹⁶² Musacchio, La nuova legge sulla violenza sessuale, in Riv. Pen., 1997, p. 265; Balbi, Violenza sessuale in Enc. Giur, aggiorn, Roma, 1999, p.19

¹⁶³M.C. Germani, I reati sessuali, i reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali, Edit. G. Giappichelli Torino, a cura di F. Coppi 2007. p.214

persona offesa, perché come abbiamo già detto, non solo diminuisce le possibilità di difendersi, ma aumenta il rischio di una lesione ripetuta o comunque più intensa della libertà sessuale.¹⁶⁴ Il fatto che agiscano più soggetti insieme può creare un'occasione per provocare alla vittima ulteriori sofferenze, rispetto al quantum di violenza necessario per la consumazione del delitto.¹⁶⁵

La volontà del legislatore è quella di sanzionare i fatti così brutali con l'obiettivo di arginare quanto più possibile un così triste e grave fenomeno. La nuova norma non vale a colmare un effettivo vuoto di tutela. Già nel codice Rocco non era prevista una specifica regolamentazione della violenza carnale plurisoggettiva sia sotto il profilo di un'ipotesi autonoma d'illecito, ma anche sotto il profilo di uno specifico aumento di pena. Nel codice Zanardelli invece, nell'Art. 334, era previsto uno specifico e puntuale aumento di pena. Nel codice Rocco veniva utilizzata l'applicazione della circostanza aggravante comune, di cui l'Art. 61 n.5 c.p.

Veniva applicata l'aggravante qualora i partecipi all'episodio avessero abusato a turno della vittima e ciascuno di essi, di conseguenza, avrebbe dovuto rispondere di violenza carnale continuata, con una pena che poteva arrivare fino a trent'anni.

¹⁶⁴ Così Donini, Commento dell'Art. 609 octies c.p., in AA.VV., Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia (a cura di Cadoppi), Padova , 2006, p. 765, il quale non manca di rilevare che le ricerche criminologiche evidenziano che nella violenza di gruppo, a differenza di quella individuale, vi è, di solito, «convergenza di decisioni e non «coincidenza» di «raptus erotici», con conseguente spiccata «progettualità», vincolo di alleanza dei correi, i quali «spesso prima ancora che l'atto sessuale perseguono un culto della violenza segnatamente sulla donna, con un grado di umiliazione assai più intenso per la vittima». Cfr., a tal proposito, anche VENTIMIGLIA, La differenza negata. Ricerca sulla violenza sessuale in Italia, Milano, 1988, p.35 ss.

¹⁶⁵ Balbi, op. cit., p.19

In conclusione, possiamo affermare che vi è stata una piena presa di coscienza della notevole offensività della violenza plurisoggettiva che giustifica l'introduzione di una fattispecie autonoma.

5.2 RAPPORTI CON L'ISTITUTO DEL CONCORSO DI PERSONE

La fattispecie della violenza di gruppo viene definita in termini di “*partecipazione, da parte di più persone riunite, ad atti di violenza sessuale di cui all’Art 609 bis*”.¹⁶⁶

La nuova fattispecie non comprende tutti i comportamenti riconducibili al concorso di persone, nel reato di violenza sessuale. Per la violenza di gruppo non occorre che ciascun componente del gruppo abbia posto in essere gli atti tipici; ciò vuol dire che ci può essere un protagonista degli atti sessuali violenti e soggetti che tengono solo apparentemente una condotta atipica, quindi sono sul luogo del delitto, ma vi sono non casualmente. Ci sono delle precisazioni da fare. Nel caso in cui una persona capita sul posto per mero caso e si ferma a guardare l’aggressore, non diventa automaticamente corresponsabile della violenza di gruppo.

È sufficiente che la condotta di violenza sessuale venga effettuata da uno dei componenti e il reato è applicato a tutti quelli che sono presenti non casualmente in quel luogo dov’è commesso il reato. Fin qui la situazione sembra chiara, perché se il soggetto protagonista della violenza sessuale fosse da solo, risponderebbe dell’Art. 609 bis, ma essendo con altri che lo accompagnano e che di conseguenza ne rafforzano il proposito e ne agevolano l’esecuzione, tutti faranno parte del gruppo di violentatori.

¹⁶⁶ P. Pisa, Giurisprudenza commentata di diritto penale, Volume I delitti contro la persona e contro il patrimonio p.337

Ricordiamoci che la violenza sessuale di gruppo può essere integrata anche dalla condotta di due agenti, potendo essere altresì aggravata nei casi previsti.¹⁶⁷

¹⁶⁷ Cass., Sez. III, 17 aprile 2013, n. 42126 in *Diritto e giustizia online*, del 15 ottobre

5.3 IL PROBLEMA DELLA REITERAZIONE DEGLI ATTI DA PARTE DI PIU' APPARTENENTI AL GRUPPO

Il problema rispetto al fatto che, se non sei sul luogo del delitto casualmente il reato è applicabile a tutti, nasce un passo più in là. Dopo aver individuato uno dei componenti di questo gruppo, quale autore di atti sessuali con violenza, minaccia ecc., a quest'ultimo soggetto subentra un altro del gruppo a continuare quello che lui faceva prima. In poche parole, si scambiano di ruolo. La domanda che ci si pone è se siano più reati o è un reato unico. Altre vicende che fanno sorgere lo stesso quesito sono vicende nelle quali vi sono gruppi di cinque o sei persone che effettuano violenza sessuale sulla vittima. Non c'è ancora stata una presa di posizione consolidata da parte della cassazione.¹⁶⁸ Si ha la sensazione che molti P.M. non vogliano impegnarsi in un problema di prova più complesso; quindi, partono da un capo d'imputazione, che è l'Art. 609 octies e pensano che sia abbastanza per punire tutti gli appartenenti del gruppo. Se ci riflettessimo, il tipo di lesione che subisce una persona sulla libertà sessuale è differente, perché se pensassimo a una ragazza che viene violentata solo da una persona, mentre gli altri si limitano a fiancheggiare, ad assistere o a fare riprese con il cellulare, ma solo uno è il violentatore dal punto di vista fisico, è diverso dalla situazione in cui ci sono più soggetti che violentano nello stesso arco temporale la persona. Dal punto di vista della vittima ci rendiamo conto che la lesione è diversa. L'Art. 609 octies non sembra uguale per entrambe le situazioni. Io credo che in questi

¹⁶⁸ Si ricava implicitamente questa posizione nella quale si applica un solo reato, in un caso in cui tre soggetti hanno commesso violenza, ma per ognuno di loro il capo di imputazione è l'Art. 609 octies, senza ulteriori reati e quindi senza pluralità di reati di violenza sessuale. Cass. Pen., Sez. III, Sent. N. 18522, 23 marzo 2022

casi, il capo d'imputazione debba essere diverso, perché bisogna applicare l'Art. 81¹⁶⁹ e in questo modo diventa una violenza di gruppo continuata e segnala quindi che si hanno una pluralità di reati con diversi soggetti. Ci si trova davanti al caso in cui la condotta tipica dell'Art. 609 bis viene compiuta prima dal primo agente e poi dal secondo e quindi il reato si riproduce. Quello che prima era il violentatore diventa poi uno degli spettatori. Secondo me, se vi è uno scambio di ruoli, occorrerebbe contestare una pluralità di violenza sessuale di gruppo.

Tenendo conto solo di questo, l'Art. 609 octies sembra dare una tutela corretta. A mio avviso, non è giusto che vengano imputati gli agenti allo stesso modo anche qualora la congiunzione carnale venga effettuata da più persone. In sintesi, che la vittima venga violentata da una persona o che venga violentata da dieci persone, le conseguenze sono le stesse.

¹⁶⁹ È punito con la pena che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave⁽¹⁾ aumentata sino al triplo⁽²⁾ chi con una sola azione od omissione viola diverse disposizioni di legge ovvero commette più violazioni della medesima disposizione di legge⁽³⁾.

Alla stessa pena soggiace chi con più azioni od omissioni⁽⁴⁾, esecutive di un medesimo disegno criminoso⁽⁵⁾, commette anche in tempi diversi⁽⁶⁾ più violazioni della stessa o di diverse disposizioni di legge⁽⁷⁾.

Nei casi preveduti da quest'articolo, la pena non può essere superiore a quella che sarebbe applicabile a norma degli articoli precedenti⁽⁸⁾.

Fermi restando i limiti indicati al terzo comma, se i reati in concorso formale o in continuazione con quello più grave sono commessi da soggetti ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'articolo 99, quarto comma, l'aumento della quantità di pena non può essere comunque inferiore ad un terzo della pena stabilita per il reato più grave.

Di fronte a questa fattispecie, appare legittimo domandarsi se la commissione di atti di violenza sessuale di gruppo, si identifica come un'ipotesi generica di concorso di persone nel reato delineato dall'Art. 609 bis o al contrario presenti delle peculiari caratteristiche. La risposta che da Maria Chiara Germani permetterà di chiarire l'ambito dell'Art. 609 octies. Bisogna chiarire se sia ammissibile e in quali casi, un concorso di persone nel reato di cui all'Art. 609 bis, senza che debba ritenersi integrata la violenza sessuale di gruppo. Dall'altro lato bisogna chiarire se è configurabile un concorso di persone nell'Art. 609 octies. Per rispondere a queste domande, bisogna individuare gli elementi caratterizzanti della partecipazione criminosa, rilevante i fini della configurabilità della violenza sessuale plurisoggettiva e il richiamo del contributo incriminabile ai sensi dell'Art. 110.¹⁷⁰

Con riguardo alla prima questione, vi sono due elementi nell'Art. 609 octies, che si rivelano decisivi. Partiamo dalla prima espressione "più persone riunite". Con essa, il legislatore, ha voluto limitare l'operatività della violenza sessuale di gruppo, in tutti i casi in cui i partecipanti siano presenti nel momento e nel luogo di esecuzione, ma questa dicitura va attentamente valutata e letta insieme al quarto comma, perché da sola potrebbe far pensare che per esserci la violenza sessuale di gruppo è necessaria la partecipazione ad atti di violenza sessuale e quindi sia necessario il coinvolgimento diretto di tutti i partecipanti al compimento degli atti sessuali. Non è così, perché il legislatore al quarto comma, ha previsto una circostanza attenuante per il partecipe qualora la sua partecipazione abbia avuto una minima importanza. Pare ovvio che il

¹⁷⁰ Quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita, salve le disposizioni degli articoli seguenti.

contenuto del concetto di contributo di minima importanza, è incompatibile con la necessità di una partecipazione diretta ad atti di violenza sessuale e in conclusione non richiede che il partecipe debba necessariamente compiere atti di violenza sessuale. Anche qualora non abbia partecipato in maniera diretta saranno integrati gli estremi della violenza sessuale di gruppo.¹⁷¹

Un'altra riflessione che bisogna fare è rispetto ai due concetti di riunione e contributo di minima importanza nell'esecuzione del reato. Questi due concetti, tracciano con maggior precisione i contorni della condotta tipica presa in esame, ma il dubbio è sulla partecipazione rilevante ai sensi dell'Art. 609 octies. È necessario chiedersi se il contributo che integra l'ipotesi di violenza sessuale di gruppo sia solo quello necessario, cioè un contributo che senza il quale non sarebbe stato realizzato il reato, oppure un contributo solo di aiuto e quindi diretto alla realizzazione dell'illecito a prescindere dalla pericolosità. Bisogna stabilire quale sia penalmente rilevante. Ritenere penalmente rilevante solo il contributo necessario, vuol dire escludere le forme di partecipazione agevolatorie, le quali sono un modo che permettono la realizzazione dell'illecito, perché facilitano l'esecuzione del reato.

Un'ulteriore perplessità in questo ambito è considerare rilevante un qualsiasi aiuto. Da questo punto di vista sarebbe magari estremo considerarlo fondamentale e quindi incriminare il soggetto del 609 octies per un'azione che non è effettivamente pericolosa. In questo modo si espanderebbe troppo l'art. 609 octies.

¹⁷¹ Così Maria Chiara Germani, *I reati sessuali, i reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali*, Edit. G. Giappichelli Torino, 2007. A cura di F. Coppi P. 226

Un altro problema sempre con riferimento all'articolo 609 octies è la prognosi postuma. Quest'ultima lascerebbe impunte le condotte ex ante inutili, ma rilevatesi essenziali ex post¹⁷². La linea che mi sembra preferibile seguire, è rispetto al partecipante, la seguente: il soggetto attivo del delitto della violenza sessuale di gruppo, è la persona presente nel luogo e nel momento di esecuzione del reato, che ha prestato aiuto, sia in fase preparatoria che in fase esecutiva e che secondo un giudizio ex post ha concretizzato un contributo necessario o agevolatore, sia dal punto di vista materiale che morale alla realizzazione del reato. Queste sono le linee caratterizzanti la condotta tipica ai sensi dell'Art. 609 octies.

Per quanto riguarda la partecipazione ai sensi dell'Art. 110 c.p., il concorrente dev'essere considerato colui che, nella fase ideativa, preparatoria, esecutiva del reato, secondo un giudizio ex post, ha dato a livello di partecipazione morale o materiale, un contributo necessario avendo posto in essere una *conditio sine qua non* del reato. Ciò vuol dire che il reato non si sarebbe realizzato senza di esso o un contributo agevolatore che abbia solamente facilitato la realizzazione del reato, poiché senza quel comportamento il reato sarebbe stato ugualmente commesso, ma con delle incertezze maggiori e con difficoltà.

Se è vero che non esistono diversità, occorre rilevare che il vero elemento di differenziazione consiste nella necessità ai sensi dell'Art. 609 octies della simultanea ed effettiva presenza dei correi nel luogo e nel momento della consumazione del reato.

¹⁷² Così Maria Chiara Germani, I reati sessuali, i reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali, Edit. G. Giappichelli Torino, 2007. A cura di F. Coppi P. 227

Questo è il fattore che caratterizza questa forma di criminalità sessuale. È giunto il momento di dare una risposta agli interrogativi fatti prima.

La risposta è positiva rispetto alla prima domanda e quindi è configurabile un concorso di persone, nell'Art.609 bis, che non diventi automaticamente un 609 octies.

Un esempio di concorso di violenza sessuale dell'Art. 609 bis è il caso in cui Tizio, che rafforza il proposito criminoso, già presente nella mente dell'esecutore, ma che non è presente nel momento e nel luogo dell'esecuzione, oppure Tizio che offre a Caio la propria casa per favorirlo consapevolmente a commettere una violenza sessuale.

Si potrà dare una risposta positiva anche al secondo quesito relativo all'ammissibilità di un concorso eventuale nel reato di violenza sessuale di gruppo. In questo caso ovviamente sono soggetti diversi dai concorrenti necessari. Pensiamo al caso di Tizio che rafforza il proposito criminoso a più persone che successivamente commettano materialmente il reato.

Sempre con riguardo al contributo di minima importanza, è da sottolineare che è di difficile applicabilità.

“In tema di violenza sessuale di gruppo, la circostanza attenuante del contributo di minima importanza di cui all'art. 609-octies, quarto comma, cod. pen. può essere riconosciuta solo quando l'apporto del concorrente, tanto nella fase preparatoria quanto in quella esecutiva, sia stato di minima, lievissima e marginale efficacia eziologica, e, quindi, del tutto trascurabile nell'economia generale della condotta criminosa, sicché non è sufficiente, per la sua configurabilità, la minore efficienza causale del correo rispetto a quella degli altri, ma è necessaria la "minima efficienza

causale dell'attività compiuta. (Fattispecie in cui l'attenuante è stata esclusa con riferimento alla condotta di colui che, alla guida di un'autovettura, aveva condotto la vittima in luogo isolato, l'aveva rassicurata durante il tragitto e poi, postosi accanto ai due ragazzi che l'avevano costretta a subire atti sessuali, ne aveva determinato una maggiore intimidazione neutralizzando ogni possibile forma di reazione). ”¹⁷³

Con riferimento ai casi di violenza di gruppo più gravi, bisogna precisare che il reato comprende gli atti di violenza sessuale compiuti da un singolo appartenente al gruppo. Se gli atti sono reiterati da altri appartenenti al gruppo, si configureranno altrettante violenze sessuali di gruppo e le conseguenze sanzionatorie potranno essere mitigate mediante l'applicazione della disciplina della continuazione.

¹⁷³ Cass., sez. III, 10 aprile 2017, n.38616, in dejure

5.4 L'ATTENUANTE DELLA "MINOR GRAVITA' DEL CASO"

Un ultimo accenno è corretto farlo nei confronti dell'attenuante della minor gravità. Il delitto di violenza sessuale prevede la reclusione da cinque a dieci anni, con un inasprimento di pena evidente rispetto agli atti di libidine che stabilivano all'Art. 521, una reclusione da due anni a sei anni e otto mesi. È percepibile anche rispetto all'Art. 519 che stabiliva una pena da tre anni a dieci anni. Questo rigore viene mitigato dall'attenuante delineata dall'ultimo comma dell'Art. 609 bis, che recita "nei casi di minor gravità, la pena è diminuita fino a due terzi". Questa attenuante consente di arrivare ad un anno e otto mesi di reclusione. Essa bisogna applicarla a quei comportamenti che rientrano nella fascia bassa degli atti di libidine violenti.

Le prime pronunce della giurisprudenza in maniera sembravano importante ad una ragionevole prudenza e non sembravano *lassiste*.¹⁷⁴

"L'art. 609 bis c.p. (violenza sessuale), introdotto dall'art. 3 legge 15 febbraio 1996, n. 66, così come l'art. 519 c.p. (della violenza carnale), equipara la minaccia alla violenza fisica. (Fattispecie relativa al rigetto di ricorso con il quale si invocava l'applicazione della nuova legge sulla violenza sessuale, più favorevole, per la pretesa configurabilità dell'attenuante della minore gravità, poiché gli atti di violenza sessuale furono compiuti senza l'uso di violenza fisica. La S.C. ha osservato altresì che non poteva giovare all'imputato la concessione delle attenuanti generiche, poiché

¹⁷⁴ P. Pisa, Giurisprudenza commentata di diritto penale, Volume I delitti contro la persona e contro il patrimonio, p. 335

queste risultavano riconosciute esclusivamente, con riguardo all'incensuratezza, mentre, con riferimento al fatto, i giudici ne avevano ribadito l'intenso disvalore per l'abuso su persona gerarchicamente e psicologicamente inferiore: giudizio di merito chiaramente incompatibile con l'ipotesi di minore gravità.

È importante sottolineare che la minor gravità del caso non è automatica per tutti gli atti sessuali diversi dalla congiunzione carnale, poiché quest'ultimi, in alcuni casi, possono essere anche più gravi della congiunzione carnale; infatti, la cassazione nel 1997¹⁷⁵ afferma che non può essere delineata una categoria generale nella quale ricondurre i casi di minor gravità, ma la loro individuazione viene fatta volta per volta dal giudice di merito, il quale valuterà, in base agli elementi e con l'obbligo di una puntuale motivazione.

L'introduzione del quarto comma nel 609 ocites è dovuta al fatto che non si può applicare l'attenuante della minor gravità del caso ed essa può determinare conseguenze sanzionatorie eccessive. Il gruppo, come abbiamo già detto, può essere costituito da due persone e di conseguenza la nuova fattispecie potrebbe essere integrata anche attraverso gli atti di libidine come il palpeggiamento posto in essere da un soggetto fiancheggiato da un amico. Punire un tale comportamento con la reclusione di minimo sei anni per la sola presenza del fiancheggiatore, mentre punirlo con una pena minima di un anno e otto mesi, nel caso in cui l'esecuzione è mono soggettiva, lascia perplessi, ma soprattutto pone in essere dubbi di legittimità

¹⁷⁵ Cass., sez. III, 6 febbraio 1997, Coro, Cit., in Giurisprudenza commentata, P. Pisa, p.336

costituzionale, ai sensi dell'Art. 3 c.p.¹⁷⁶. La Corte costituzionale nega che, la non applicabilità al reato di violenza sessuale di gruppo, della circostanza attenuante della minor gravità, possa configurare una violazione del principio di uguaglianza.

“La misura della sanzione penale scelta dal legislatore sfugge al sindacato di costituzionalità, salvo che sotto il profilo della irragionevolezza, censurabile allorché siano state previste pene diverse per fattispecie analoghe. Tale non è il caso della violenza sessuale di gruppo rispetto a quella monosoggettiva, con la conseguenza che deve ritenersi infondata, con riferimento all'art. 3 della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 609 octies c.p. (Violenza sessuale di gruppo), nella parte in cui non prevede per tale reato l'applicabilità dell'attenuante dei casi di minor gravità, prevista invece per la violenza sessuale individuale.”¹⁷⁷

Resta configurabile, come detto prima, un'altra attenuante del contributo di minima importanza, anche se di difficile applicazione.

Quest'ultima è un attenuante speciale perché la diminuzione di pena è obbligatoria e non facoltativa. In presenza di atti sessuali violenti di minima importanza, l'attenuante si riferisce solo al partecipante la cui opera abbia avuto minima importanza.¹⁷⁸

Un riflesso negativo che può avere questa attenuante è che si può desumere che per essere considerati partecipanti basta un contributo non condizionale.

¹⁷⁶ P. Pisa, Giurisprudenza commentata di diritto penale, Volume I delitti contro la persona e contro il patrimonio, p. 338

¹⁷⁷ Corte Cost., 13 luglio 2005, n. 325 in Dir. Giust., 2005, f. 34, p. 72 ss.

¹⁷⁸ Così, M. Donini, in Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia, a cura di A. Cadoppi, 2006, p. 784

Il fatto che manchi una diminuzione per il fatto di minore gravità potrebbe rendere la fattispecie di violenza di gruppo incostituzionale, rispetto a quella di cui all'Art. 609 bis; infatti, è elemento sufficiente a giustificare la scelta politica di adottare una risposta sanzionatoria più grave rispetto ai casi di concorso non contestuale, ma non è elemento capace di giustificare l'equiparazione edittale di ogni concorso contestuale con riferimento alle ipotesi di atti lascivi e libidinosi di minor gravità.

La diminuzione di pena dell'altra attenuante del quarto comma dell'articolo preso in esame in questo paragrafo non è sufficiente per superare i dubbi di incostituzionalità nei casi in cui il problema è anche quello dell'attore principale al quale non si può applicare il quarto comma.

Sarebbe giusto trovare una formula per tutti quegli atti che non incidono più di tanto sulla libertà sessuale della vittima, come un isolato palpeggiamento.

CONCLUSIONI

Giunti al termine della dissertazione, si può ora riassumere e ricondurre ad unità espositiva le principali questioni e problemi aperti esaminati nel corso dell'approfondimento fin qui svolto.

Si è esaminato, innanzitutto, l'excursus delle riforme a sfondo sessuale a partire dalla riforma del 1996 ad arrivare ad oggi in cui nel codice attuale si trova all'Art. 609 bis.

La suddivisione che era presente nel codice Zanardelli, tra delitto di violenza carnale e atto di libidine, venne mantenuta anche nel codice Rocco. In entrambi i codici tale materia venne disciplinata in un'ottica pubblicistica e i reati vengono visti come offensivi nei confronti dello Stato e della moralità pubblica e non della persona. Il superamento di questa impostazione arriva con la Legge del 66 del 1996, soprattutto sotto la spinta del movimento femminista, che rivoluziona il corpo del Codice Penale in materia di reati sessuali, tale legge ha portato un'importante innovazione in materia e ha eliminato le due condotte di violenza carnale e atti di libidine riunendole nell'attuale articolo 609 bis del Codice Penale.

Si è analizzato l'ultimo intervento del legislatore del 2019 in materia, che ha modificato in parte il Codice Penale e non solo, anche quello di procedura penale e altre disposizioni in materia delle vittime di violenza domestica e di genere.

Si è proceduto alla definizione di atto sessuale, una nozione sfuggente e con non pochi problemi interpretativi, si può notare in questa dissertazione che oggi la violenza sessuale ha subito molte modifiche e ci sono state molte creazioni giurisprudenziali che hanno portato ad affermare che la violenza sessuale non vi è solo qualora vi sia contatto fisico, ma essa può esserci anche qualora il contatto fisico non vi sia stato. Su questo tema i problemi aperti sono molti, in quanto come sempre ci possono essere

pensieri diversi, uno dei quali ritiene corretto che ci possa essere violenza sessuale anche qualora il contatto fisico non ci sia stato oppure c'è chi ritiene che qualora non ci sia contatto fisico, non può essere ravvisata la fattispecie della violenza sessuale. Si è prestata particolare attenzione alla nuova nozione di atto sessuale, in quanto fulcro della normativa in tema di violenza sessuale. Il capitolo seguente è stato dedicato alla trattazione puntuale del delitto di violenza sessuale, spiegando e analizzando ogni comma.

Un argomento sul quale vi sono stati dei problemi è stato il concetto di abuso di autorità nel reato di violenza sessuale che ha suscitato non poche diatribe dottrinali e giurisprudenziali, in merito al concetto di autorità. Come spesso accade, si sono formate diverse correnti di pensiero. Quella che delimitava il concetto di autorità ad un senso formale e pubblicistico e quella che adottava un'interpretazione più ampia di tale espressione, sostenendo che si possa riferire anche a poteri di supremazia di natura privata.

La sentenza del 2020 ha messo un punto, adottando la soluzione più estensiva.

In conclusione, se è vero che questo intervento ha avuto lo scopo di chiarire i problemi e le incertezze interpretative sull'abuso di autorità, c'è anche chi sostiene che questa ricostruzione è in tensione con il principio di legalità sotto il profilo della tassatività e determinatezza.

Analizzando poi il capitolo seguente, si nota che vi è un problema aperto in tema di tutela dei minori, rispetto alla nuova fattispecie che tutela gli infra-diciottenni, in

quanto nonostante essa sia stata creata per creare maggior tutela verso questi soggetti deboli è di difficile applicazione e in aggiunta questa nuova fattispecie fa riferimento all'abuso dei poteri, portandosi dietro tutti i problemi appena descritti.

Per ultimo, è stata fatta una disamina per quanto riguarda il problema del concorso di persone rispetto alla violenza di gruppo e ci si è chiesti se fosse possibile un concorso di persone nel reato di violenza sessuale ex Art. 609 bis e se fosse possibile anche nella violenza di gruppo. Posto questo problema è stata data una risposta affermativa in entrambi i casi.

In conclusione, il reato di violenza sessuale pone in essere molti problemi perché la legge non è chiara e ci sono mille interpretazioni a seconda del pensiero e la sensibilità che uno ha nei confronti di questo tema.

BIBLIOGRAFIA

- BALBI, Violenza sessuale in Enc. Giur, aggiorn, Roma, 1999
- BARTOLI R., PELLISSERO M., SEMINARA S., Diritto penale lineamenti di parte speciale, Giappichelli, 2020
- BASILE F. La tutela delle donne dalla violenza dell'uomo: dal Codice Rocco... al Codice Rosso. 2019. in internet e diritto p.1-16
- BURGESS A.W e HOLMSTROM L.L, Rape Trauma Syndrom, Americal Journal of Psychology,1974.
- CADOPPI A., Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia, IV ed., 2006
- CADOPPI A., I reati contro la persona, reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psicofisico dei minori, Volume III, 2007, Torino
- CIFALDI G., Pedofilia tra devianza e criminalità, 2004, Giuffrè editore
- DE CATALADO NEUBURGER L. (a cura di) La pedofilia. Aspetti sociali, psico- giuridici e vittimologici, CEDAM, 1999
- MANTOVANI F., Diritto penale, Parte speciale I, Delitti contro la persona, VII ed. Padova 2019
- MANZINI V., Trattato di diritto penale italiano, 1984, Torino UTET
- MANZINI V., Trattato di diritto penale italiano, VI edizione, 1915, Milano, Torino, Roma UTET
- MARINI, I delitti contro la persona, 1996, Torino

- MARTINI A., 2022, La tipicità alla prova delle migliori intenzioni, l'incerta nozione di atto sessuale, interventi e relazioni, in Legislazione Penale 2022 p. 1-66
- MUSACCHIO, La nuova legge sulla violenza sessuale, in Riv. Pen., 1997, p. 19-20
- MUSCO E., Capitolo V, I delitti contro la libertà sessuale, CEDAM, 2022
- MUSCO E., FIANDACA G., Diritto penale, Parte speciale, I delitti contro la persona, 2020, Bologna
- PAJARDI, Il concetto di danno alla persona, in Quadrio, A., De Leo, G. (a cura di), Manuale di psicologia giuridica, Milano, LED, 1995
- PALUMBIERI S.R., Capitolo I, I delitti contro la libertà sessuale, in A.Cadoppi – S. Canestratti – A. Manna – M. Papa, Trattato di diritto penale parte speciale IX, I delitti contro la libertà sessuale, la libertà morale, l'inviolabilità dell'omicidio e l'inviolabilità dei segreti, 2011, Torino.
- PARISI F., “Violenza sessuale via WhatsApp? L'estensione della nozione di atto sessuale in una sentenza della cassazione.” in Foro Italiano p. 268-272 2021
- PAVICH G., MARANDOLA A., Codice Rosso L.N. 69/2019, in “Il penalista”, officina del diritto, 2019 Milano, Giuffrè Francis Lefbvre
- PISA P., commento a Le nuove norme contro la violenza sessuale, Diritto penale e processo n. 3/1996, Legislazione p. 281-296
- PISA P., Giurisprudenza commentata di diritto penale, Volume I, Delitti contro la persona e contro il patrimonio, 2018

- TRINCI A., manuale di diritto penale, parte speciale, aggiornamento normativo 2018/2020, 2020, Roma, DIKE Giuridica Editrice, S.r.l.
- VIZZARDI M., Violenza sessuale senza coinvolgimento del corpo della vittima? In diritto penale contemporaneo, p. 57- 66, 2017

GIURISPRUDENZA

- Cass. Pen, sez. II, 1° aprile 1953
- Tribunale di Ferrara, 27 settembre 1954
- Cass., Sez. III, 24 maggio 1963
- Cass. Sez. III, 11 luglio 1985
- Cass., Sez. I, 21 novembre 1989
- Cass., Sez. III, 20 dicembre 1995
- Cass. Pen., Sez. III, Ord. 11 novembre 1996
- Cass. Pen., Sez. III, 3 dicembre 1996, n. 4114
- Cass. Pen., Sez. III, 15 novembre 1996
- Cass. Pen., Sez. III, 3 dicembre 1996, n. 4114
- Cass., sez. III, 6 febbraio 1997
- Cass. Pen., 9 ottobre 1997
- Cass. Pen., sez. III, 25 settembre 1999, n. 1431
- Cass. Pen., 1999, n. 13070
- Cass. Pen., Sez. III, 3 giugno 1999, n. 11541
- Cass. Pen., sez III, 24 febbraio 1999, n.4490
- Cass. Pen., Sez III, 13 aprile 2000
- Cass. Pen., Sez. III, n. 32513 del 2002
- Cass. Pen., sez. III, 2003, n. 36758
- Cass., Pen., Sez. III, 24 febbraio 2004, n. 25727
- Cass. Pen., sez. III, 02 luglio 2004, n. 37395
- Cass., Sez. III, 3.6. 2004

- Cass. Pen., 2005, n. 325
- Cass. Pen., Sez. III, 2 dicembre 2005, n.2215
- Cass. Pen., Sez. III, 21 luglio 2008, n. 30403
- Cass. Pen., Sez. III, 1° giugno 2010, n. 20578
- Cass. Pen., Sez. III, 4 dicembre 2012, n. 49459
- Cass. Pen., Sez. III, 2 maggio 2013, n. 19033
- Cass. Pen., Sez. III, 13 marzo 2013, n. 36896
- Cass., Sez. III, 17 aprile 2013, n. 42126
- Cass. sez. II, 8.9.2016. n. 47265
- Cass. Pen., Sez. III, 18 maggio 2016, n. 37166
- Cass. Pen., Sez. II, 8 settembre 2016, n. 47265
- Cass., sez. III, 10 aprile 2017, n.38616
- Cass. Pen., Sez. III, 2017, n. 45531
- Cass. Pen., sez. III, 08 settembre 2020, n. 25266
- Cass. Pen., sez III, 8 settembre 2020, n. 25266
- Cass. Pen., sez. I, 2020, n. 5211
- Cass. Pen., Sez. III, 8 settembre 2020, n. 25266
- Cass. Pen., Sez. Un., 16 luglio 2020, n. 27326
- Cass. Pen, sez. III, 2021, n. 43611
- Cass. Pen, sez. III, 2021, n. 13278
- Cass. Pen, sez. III, 2021, n. 3705
- Cass. Pen, sez. III, 2021, n. 37129
- Cass. Pen., Sez III, 2021, n. 44609
- Cass. Pen, sez. III, 2021, n. 44609

- Cass. Pen., sez. III, 2022, n. 13682
- Cass. Pen., Sez III, 2022, n. 11624
- Cass. Pen., Sez. III, 2022, n. 2021
- Cass. Pen., Sez. III, Sent. 23 marzo 2022, n. 18522,

RINGRAZIAMENTI

A distanza di cinque anni dalla mia iscrizione al corso magistrale di giurisprudenza non posso che terminare il mio percorso ringraziando le persone che mi sono state vicine.

Con la conclusione di questo scritto si conclude anche un capitolo importante della mia vita. Vorrei dedicare questo spazio alle persone che mi sono state accanto durante questo lungo cammino.

È un onore per me essere arrivata fino in fondo.

In primis vorrei ringraziare il mio relatore, Professore Pisa che mi ha sostenuta soprattutto nelle sconfitte e lo ringrazio per avermi fatto amare il diritto Penale.

Ringrazio la mia mamma, per avermi sopportata tutti i giorni di questi 5 anni, per aver sopportato e supportato le mie ansie e le mie paure, la ringrazio per essere stata presente a tutti gli esami.

Ringrazio i miei fratelli, Virginia e Mattia che mi hanno interrogata e ascoltata prima di ogni esame.

Ringrazio mio papà che con il suo umorismo mi ha sempre supportata durante la preparazione degli esami.

Ringrazio mia Nonna Antonietta, presente a tutti gli esami, la ringrazio per aver creduto sempre in me e per avermi chiamata prima di ogni esame alle 7 del mattino.

Ringrazio il mio fidanzato Massimo per il suo prezioso aiuto che è stato essenziale, mi ha incoraggiato e dato forza.

Ringrazio tutti quelli che sono stati presenti per me durante questo percorso.

Infine, ringrazio me stessa, che con la mia determinazione sono riuscita ad arrivare fino a questo punto.