

I REATI CONTRO LA LIBERTÀ E L'AUTODETERMINAZIONE SESSUALE IN UNA PROSPETTIVA DI RIFORMA (*)

di Giuliano Balbi

1. Nel convegno di Torino¹, Marta Bertolino aveva fatto il punto dei lavori sino ad allora svolti dal nostro gruppo di lavoro, consistenti essenzialmente nell'individuazione dei principali punti critici che caratterizzano la vigente disciplina in tema di reati sessuali, ponendo particolare attenzione ai reati di cui agli artt. 609-*bis* ss. c.p. Questo, sia alla luce dei dubbi profili di legittimità, sia delle incertezze nella razionalità politico-criminale, sia delle difficoltà incontrate dalla prassi nell'applicazione della normativa, non di rado tradottesi in soluzioni problematicamente compatibili con il rispetto della tassatività.

Il passo successivo, ed è questo l'oggetto della mia relazione, è consistito nel cercare di fornire, in una prospettiva di riforma, possibili risposte a tali criticità.

Il primo punto attiene alla collocazione sistematica. Come è noto, il legislatore del '96 ha correttamente inserito gli illeciti in esame nell'ambito dei *Delitti contro la persona*, abrogando contestualmente l'indifendibile capo codicistico dedicato ai *Delitti contro la moralità pubblica e il buon costume* in cui erano originariamente inseriti. Quel che tuttavia lascia perplessi è la loro ulteriore collocazione nella sezione intitolata ai *Delitti contro la libertà personale*, al cui interno si ritrovano le norme poste a tutela della libertà di movimento, della facoltà di scegliere liberamente il luogo in cui trovarsi. La libertà di autodeterminazione, ovvero l'ambito corrispondente alla tipologia di illeciti di cui ci stiamo qui occupando, nel sistema codicistico è invece oggetto della diversa sezione intitolata ai *Delitti contro la libertà morale*, la cui offesa paradigmatica è individuabile in quella *violenza privata* di cui la violenza sessuale costituisce, in effetti, un'ipotesi speciale.

Una prima possibile opzione sarebbe, dunque, quella di collocare gli illeciti in esame agli artt. 610-*bis* ss. c.p., soluzione sistematicamente corretta, ma che non è tuttavia quella che riteniamo ottimale. È pur vero, infatti, che la libertà sessuale costituisce una *species* della libertà di autodeterminazione, ma è anche vero che sul piano valoriale possiede una sua specificità, un'assoluta pregnanza, che a nostro avviso

(*) Relazione tenuta nell'ambito dell'VIII Convegno nazionale dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto penale, Napoli, 30 e 31 maggio 2019, su *La riforma dei reati contro la persona*. Il contributo si iscrive nell'ambito del lavoro che l'AIPDP sta compiendo per promuovere la riforma di alcuni settori del nostro sistema penale.

¹ Sto facendo qui riferimento al VII Convegno Nazionale dell'Associazione italiana dei Professori di Diritto Penale, svoltosi a Torino nei giorni 9 e 10 novembre 2018.

rende opportuna l'introduzione di un Capo o di una Sezione autonomi, denominati "*Delitti contro la personalità sessuale*", sì da poter ricomprendere anche i fatti posti in essere in danno di soggetti, su tutti i minori, cui l'ordinamento non riconosce "libertà", o piena "autodeterminazione", in materia sessuale.

In proposito, abbiamo anche discusso circa la possibilità di creare, in tale ambito, un autonomo sotto-sistema dedicato alla tutela penale della sfera sessuale del minore. Ci siamo tuttavia riservati di valutare, all'esito dell'elaborazione di una bozza di articolato, se tale sezione risulterebbe realmente dotata di consistenza e omogeneità tali da giustificare questa scelta .

2. Come è noto, il tratto maggiormente caratterizzante la riforma del '96 è costituito dall'unificazione delle due originarie fattispecie di *Violenza carnale* e di *Atti di libidine violenti* nella figura unitaria della *Violenza sessuale*, polarizzata sulla realizzazione, *stricto o lato sensu* violenta, di *atti sessuali*. Si tratta di una soluzione, a nostro avviso totalmente eccentrica rispetto al principio costituzionale di proporzionalità, che ha determinato l'irragionevole perequazione – in termini di afflittività – di fatti muniti di indici di offesa tra loro non comparabili.

Ecco allora che il sistema di tutela da noi immaginato, articolato su di una pluralità di incriminazioni, vede come ipotesi più gravi (l'una con vittima maggiore, l'altra minore, di anni diciotto) quelle caratterizzate dal compimento di *atti sessuali penetrativi* che – inevitabilmente traumatici, psichicamente patogeni, intollerabilmente invasivi, apicalmente offensivi – non possono essere equiparati, pur in presenza di una comune natura sessuale, ad atti quali baci o carezze non gradite, o al *toccamento fugace e repentino* di zone del corpo di interesse sessuale.

Nel contempo, la riforma del '96 ha lasciato sostanzialmente inalterata la scelta originaria di richiedere la presenza di indici di costrizione, su tutti la violenza e la minaccia. Anche questa soluzione è a nostro avviso non corretta, imponendo alla vittima un ingiustificabile onere di resistenza, una tutela penale da "conquistare sul campo", che la espone a intollerabili, ulteriori rischi per la propria incolumità. Ben più equilibrato, e rispondente a complessive istanze di razionalità sistematiche e di tutela, ritenere il fatto integrato dalla sola *assenza di un valido consenso*, non necessariamente esplicito, evidentemente, ma comunque attuale e riconoscibile.

In particolare, non andrà ritenuto valido il consenso prestato da soggetto in condizioni psico-fisiche fortemente alterate (ad esempio per precedente assunzione di sostanze alcoliche o stupefacenti) o in stato di minorazione psichica o fisica che escluda le capacità necessarie per la libera determinazione al compimento di atti sessuali. Il riferimento alla validità del consenso – da intendersi, come da acquisizioni consolidate, in termini di capacità naturale – si presta, nel contempo, a fornire alla prassi strumenti efficaci per escludere la tipicità nei casi in cui una persona, sebbene affetta da minorazione psico-fisica, abbia liberamente e consapevolmente acconsentito al rapporto sessuale.

Va evidenziato che una conseguenza di tale soluzione sarà la rilevanza penale attribuita al fatto di chi abbia rapporti sessuali con una prostituta tossicodipendente in

stato di riconoscibile alterazione psichica, nonché la tipicità conferita all'ipotesi in cui si tratti di persona da altri costretta a "vendere il proprio corpo".

Un'ulteriore ricaduta della soluzione da noi prospettata sarà il venir meno di un irragionevole squilibrio della tutela oggi prestata alla libertà di autodeterminazione in materia sessuale. Si pensi ad esempio all'ipotesi, connotata da una certa frequenza prammatica, del ginecologo che inganni la paziente facendole falsamente credere che determinati atti, sessualmente connotati *in obiecto*, siano strumentali alla visita. A tali ipotesi, allo stato atipiche in ragione dell'assenza di *violenza, minaccia o abuso di autorità*, verrà invece riconosciuta quella rilevanza penale che, in termini di disvalore, non può esser loro ragionevolmente negata. È pur vero che la prassi ritiene già oggi tipiche tali fattispecie tramite il ricorso ai concetti di *violenza impropria* e di *violenza potenziale* (per tutte, Cass., 19 gennaio 2018, n. 20712), ma è anche vero che si tratta di *escamotage* dialettici dietro cui si nasconde un'evidente violazione del principio di tassatività. La riconduzione a legittimità dell'operato della giurisprudenza – non per pedissequo adeguamento alla prassi, ma per una precisa scelta di razionalizzazione del sistema – costituirà un ulteriore effetto virtuoso della prospettata modifica della disciplina.

Una volta attribuito carattere tipizzante all'assenza di un valido consenso al compimento di atti sessuali penetrativi, abbiamo dovuto interrogarci circa la rilevanza da attribuire all'ipotesi in cui l'agente abbia erroneamente ritenuto che il partner avesse acconsentito validamente alla realizzazione degli stessi. Il problema non attiene, evidentemente, all'ipotesi di errore scusabile, in cui la responsabilità andrà esclusa ai sensi della prima parte del primo comma dell'art. 47 c.p., ma a quella dell'errore che sarebbe stato evitato con la doverosa diligenza. In assenza di una previsione *ad hoc*, anche qui dovremmo escludere la rilevanza penale del fatto in ragione dell'assenza di un'incriminazione colposa della "violenza sessuale". Ritenendo incongrua tale soluzione, abbiamo analizzato le possibili alternative. La prima potrebbe consistere nell'inserire una disposizione omologa a quella oggi prevista dall'art. 609-*sexies* in tema di errore sull'età, e dunque porre come irrilevante l'errore evitabile sul consenso. Si tratta di una soluzione che tuttavia non ci convince, in ragione della sua fragile sintonia con i principi di colpevolezza e di uguaglianza. Abbandonata questa via, proponiamo due possibili soluzioni: o l'inserimento di una fattispecie *ad hoc* – soluzione più rassicurante sul piano dommatico –, o la predisposizione di una peculiare circostanza attenuante – soluzione forse preferibile perché meno complicativa sul piano prammatico, sia pur decisamente originale sul piano sistematico e fortemente atipica su quello strutturale.

Nel contempo, prevediamo l'inserimento di specifiche circostanze aggravanti, relative alle ipotesi in cui il fatto sia stato posto in essere *con violenza o con minaccia*, quando vi sia stata la *determinazione nella persona offesa di uno stato di incapacità*, nonché nel caso in cui l'atto sessuale penetrativo sia stato realizzato, dall'agente, *con abuso di un potere giuridicamente fondato*. Il riferimento ai poteri giuridicamente fondati è strumentale a risolvere quelle incertezze e oscillazioni che caratterizzano oggi la prassi in tema di violenza sessuale realizzata con *abuso di autorità*. Da un lato, infatti, con la soluzione da noi prospettata resta fuori dall'ambito di tipicità dell'aggravante il *potere di fatto*, con quelle incertezze che non di rado ne accompagnano la ricostruzione (cfr.,

ad es., Cass., 11 settembre 2018, n. 40301); dall'altro – non risultando l'ipotesi limitata al solo contesto della subordinazione gerarchica di diritto pubblico (così invece, ad es., Cass., 20 luglio 2012, n. 40848) – vengono inclusi gli abusi perpetrati nell'ambito dei rapporti di lavoro di diritto privato. Una riflessione specifica sarà necessaria in tema di bilanciamento tra circostanze e della sua eventuale esclusione, dovendosi valutare attentamente le ricadute sul piano sanzionatorio.

I limiti edittali che immaginiamo per questo illecito – cui manterremo il *nomen* di *Violenza sessuale*, in ragione della sua forte portata evocativa – andrebbero dai cinque ai dieci anni di reclusione.

3. Un'autonoma fattispecie dovrebbe poi essere costituita dalla *Violenza sessuale nei confronti di minori*. La peculiare vulnerabilità delle vittime e il più accentuato danno esistenziale ci hanno infatti condotto a ritenere opportuna l'introduzione di una fattispecie *ad hoc* per il caso in cui gli atti penetrativi, in assenza di un valido consenso, siano posti in essere nei confronti di un minore di anni diciotto. L'individuazione di tale limite di età discende sia da quanto previsto dalle Convenzioni internazionali ed europee dedicate alla tutela del minore, sia da esigenze di coordinamento con le incriminazioni dei fatti di prostituzione e pornografia minorile.

La disposizione prevederà che non possa ritenersi valido il consenso prestato dal minore di anni 14, ma anche dal minore infradiciottenne qualora l'agente abbia posto in essere l'illecito *abusando di un potere di diritto o di fatto*. In questa ipotesi, dunque, abbiamo ritenuto di attribuire rilevanza anche al potere "di fatto", in ragione dei rischi connessi alla naturale soggezione del minore a figure di adulti che, a diverso titolo, possono rivestire ruoli significativi in ambiti importanti della sua esistenza, ad esempio familiare o para-familiare, educativo, ricreativo, sportivo, religioso, culturale e così via. L'abuso del potere costituirà invece una circostanza aggravante se esercitato nei confronti di minore di anni 14, così come costituiranno circostanze aggravanti la *determinazione nel minore ultraquattordicenne di uno stato di incapacità* e l'essere stato realizzato il fatto nei confronti di minore di anni 12. Allo stesso modo, ritornando però al generale limite di anni 18, il fatto verrà aggravato in presenza di violenza o di minaccia.

Analogamente a quanto immaginato in relazione alla fattispecie base di violenza sessuale, per il caso di errore evitabile sulla validità del consenso – lasciando per il momento da parte l'errore sull'età, su cui ritornerò – andrà predisposta o una circostanza attenuante o – in subordine – una fattispecie colposa *ad hoc*.

4. Accanto alle due figure di *Violenza sessuale* troveranno evidentemente spazio altre fattispecie poste a tutela della personalità sessuale, caratterizzate da un minore impatto offensivo.

Innanzitutto l'*Aggressione sessuale*, relativa all'ipotesi in cui l'agente, senza un valido consenso della persona offesa, compia su di essa, mediante contatto fisico, atti oggettivamente sessuali non penetrativi. Anche qui, peraltro, colmeremo quella

distanza che esiste tra un dato normativo fortemente incongruo nel suo richiedere la necessaria presenza di violenza, minaccia o abuso di autorità, e una prassi – si pensi al caso paradigmatico dei *toccamenti fugaci e repentini* – che, sostanzialmente indifferente alla tassatività, attribuisce costantemente rilevanza a fatti privi di tali requisiti (per tutte, Cass., 13 novembre 2017, n. 51581).

Così come nelle ipotesi di violenza sessuale, anche in relazione a questa fattispecie dovrà predisporre un limite di età, qui plausibilmente di 13 anni, al di sotto del quale il consenso non potrà mai ritenersi validamente prestato. Tale illecito risulterà peraltro aggravato in presenza delle medesime circostanze predisposte per i fatti di violenza sessuale, nonché nei casi in cui la vittima sia un minore (si potrebbe peraltro immaginare una differente gradazione a seconda che si tratti di minore di anni diciotto o di anni tredici). La pena andrà invece attenuata nei casi di minore gravità.

In ragione di quell’impatto sulla corporeità della vittima che connota questo illecito, riteniamo che al suo interno debba trovare spazio anche l’ipotesi in cui si costringa taluno a compiere atti sessuali su se stesso, o si induca a far ciò persona incapace di prestare un valido consenso. Anche qui troverebbero spazio le aggravanti relative alla minore età della vittima nonché, relativamente alla sola ipotesi di induzione, l’aggravante relativa alla determinazione dello stato di incapacità, nonché l’attenuante relativa all’ipotesi di errore evitabile sul consenso, razionalmente compatibile con tutte le fattispecie qui tipizzate, ad eccezione di quella relativa alla costrizione al compimento di atti di autoerotismo. Immaginiamo un quadro sanzionatorio che vada dai due ai quattro anni di reclusione.

5. Un’ulteriore fattispecie, secondo un modello di gravità discendente, riguarda l’ipotesi in cui l’agente *compia atti di esibizionismo*, dunque in assenza di qualsiasi contatto fisico, *nei confronti di un soggetto di età inferiore agli anni 18*. La medesima fattispecie, se realizzata nei confronti di un adulto potrà integrare, qualora ne sussistano gli estremi, la contravvenzione di *Molestie o disturbo alle persone* di cui all’art. 660 c.p. (sanzionata con l’arresto fino a sei mesi o un’ammenda fino a 516 euro).

La peculiare vulnerabilità del minore, l’attitudine traumatizzante di manifestazioni brutali della sessualità e il conseguente pericolo per il corretto sviluppo psicofisico in ambito sessuale, inferiscono qui l’opportunità di una più grave incriminazione, con un quadro sanzionatorio che andrebbe da uno a tre anni di reclusione.

Nella medesima disposizione, che intitoleremmo *Esibizioni sessuali*, andrà prevista anche l’incriminazione di condotte consistenti nel mostrare al minore materiale di natura pornografica. Il comma 2 dell’art. 609-*quinquies* (*Corruzione di minorenni*) attribuisce oggi rilevanza a tale ipotesi – con un quadro edittale che va da 1 a 5 anni di reclusione – soltanto qualora sia accompagnata dal fine di indurre il minore a compiere o subire atti sessuali. La soluzione che prospettiamo colma dunque un vuoto di tutela, riconducendo ancora una volta a legalità l’operato di una prassi che tende a elidere quel dolo specifico dalla struttura della fattispecie (per tutte, Cass., 19 aprile 2017, n. 31263). Nel contempo, e solo per questa seconda fattispecie, ci sembra

opportuna l'introduzione di una causa di non punibilità relativa al caso in cui la differenza di età tra i soggetti non sia superiore ai tre anni.

Appare invece ragionevole immaginare, per entrambe le ipotesi, una circostanza aggravante integrata dall'essere la vittima minore di anni 14.

6. Ci sono poi alcuni punti che il nostro gruppo di lavoro dovrà ancora approfondire, ma in relazione ai quali è comunque già emerso un orientamento.

Il primo attiene all'idea di non ripresentare un'autonoma fattispecie di *Violenza sessuale di gruppo*. Questo, per più ordini di ragioni. Innanzitutto perché l'ipotesi è comunque suscettibile di un severo trattamento sanzionatorio anche in assenza di una specifica tipizzazione: alla fattispecie base di violenza sessuale, infatti, risulta quasi inevitabile l'applicazione della circostanza aggravante comune della *minorata difesa*; se poi gli agenti – come frequentemente accade – dovessero abusare “a turno” della vittima, ciascuno di essi sarà assoggettabile a una pena che a questo punto può già arrivare a 30 anni di reclusione; ferma restando la possibilità di ulteriori aggravamenti ai sensi dell'art. 112, nn. 1, 2, 3 e 4, c.p.

In realtà, c'è anche un altro motivo che plausibilmente ci condurrà a questa conclusione. La ragion d'essere di tale illecito riposa, infatti, nella sua specificità criminologica, riferibile al fenomeno del branco, all'assoluta reificazione – e fungibilità – della vittima, all'amplificazione delle capacità criminali dei singoli caratterizzata da un reciproco indebolimento dei freni inibitori (F. Mantovani, *Diritto penale*, p.s., I, 2016, p. 447). Ammesso che tale peculiarità tipologica giustifichi la posizione di un'autonoma incriminazione – cosa di cui personalmente dubito –, va detto che la stessa è totalmente scomparsa nella prassi. La violenza sessuale di gruppo è ritenuta integrata, infatti (con buona pace del branco), anche se posta in essere da due persone, e l'intrinseca maggiore gravità che ne dovrebbe giustificare l'esistenza è ormai dispersa in decisioni che la ravvisano anche nella realizzazione di atti sessuali di modestissima portata offensiva (tra le altre, Cass., 8 novembre 2016, n. 9358).

6.1. Siamo nel contempo convinti della necessità di prevedere una norma – denominata *Lesione della riservatezza sessuale* – che incrimini la diffusione di immagini o di video di contenuto sessualmente esplicito *senza il valido consenso* della persona rappresentata, anche qualora le immagini divulgate siano state prodotte e inizialmente diffuse dalla stessa vittima. La tipicità non andrà limitata al solo caso di vittima minore, ma in tale ipotesi il fatto risulterà aggravato. L'assoluta necessità di un intervento normativo in materia, indifferibile in ragione dei danni esistenziali gravissimi che la connotano, è ulteriormente acuita dal rilievo che nel caso di immagini prodotte e originariamente diffuse dal minore rappresentato – ed è il caso più frequente sul piano fenomenologico –, non risulta allo stato applicabile la fattispecie di diffusione di materiale pedopornografico di cui al terzo comma dell'art. 600-ter c.p. Dovrà contestualmente ragionarsi sull'opportunità di introdurre ulteriori circostanze aggravanti relative alla specificità della vittima, se si tratti, ad esempio, di persona in

condizione di inferiorità fisica o psichica, e all'esistenza di peculiari rapporti personali intercorsi o intercorrenti con l'agente. Plausibile la presenza di un'attenuante per il caso di errore evitabile sul consenso alla divulgazione.

Il nostro lavoro sul punto dovrà tener conto dell'introducendo art. 612-ter c.p. che, al secondo comma del testo approvato in prima lettura alla Camera lo scorso 3 aprile, incrimina tale ipotesi, ma a condizione che il fatto sia stato posto in essere *al fine di recare nocumento* alla vittima. La presenza di questo dolo specifico, a ben vedere, risulta del tutto incongrua, escludendo incomprensibilmente la rilevanza penale del caso, ad esempio, in cui l'agente diffonda le immagini per scommessa, per vanteria nei confronti di amici, e così via². Sul punto, come dicevo, il nostro gruppo di lavoro ritornerà, ragionando anche dei limiti edittali.

7. L'ultimo aspetto che intendo affrontare è quello relativo all'errore sull'età. Nello schema prospettato, l'età della vittima assume ruoli differenti. Nella maggior parte dei casi rileva come circostanza aggravante, nelle *Esibizioni sessuali* come elemento tipizzante, assumendo un ruolo parzialmente ibrido nella *Violenza sessuale a danno di minori*, in cui il carattere – ancora una volta – tipizzante si connota tuttavia per la dimensione specializzante rispetto alla fattispecie di *Violenza sessuale*.

Nel primo caso troverà applicazione la disciplina generale di cui all'art. 59 comma 2 c.p. Le altre due ipotesi impongono invece una particolare attenzione.

Nelle *Esibizioni sessuali*, l'errore scusabile sull'età escluderà la rilevanza penale del fatto ai sensi del primo comma dell'art. 47 (salvo la solo eventuale riconducibilità alla fattispecie di *Molestie*). Lo stesso accadrebbe, in assenza di una previsione esplicita, anche nel caso di errore evitabile, stante l'assenza di una corrispondente fattispecie colposa. Trattandosi di una soluzione, a nostro avviso, non equilibrata, immaginiamo di attribuire rilevanza a tale ipotesi, prevedendo però – nel rispetto dei principi di colpevolezza e proporzione – una diminuzione della pena. Si tratta del medesimo schema che plausibilmente applicheremo anche alle altre ipotesi, di cui non ci siamo ancora occupati, che vedono l'età minore come elemento essenziale della fattispecie.

Questa strada non può tuttavia essere seguita nel caso di errore sull'età nel delitto di *Violenza sessuale su minore*. Il carattere specializzante che assume l'età nell'ambito di tale fattispecie modifica, infatti, le coordinate sistematiche di riferimento. Nell'ipotesi di errore scusabile, l'agente non andrà infatti esente da pena, ma risponderà, ai sensi del secondo comma dell'art. 47, di *Violenza sessuale*, ovvero del diverso reato comunque integrato pur non potendo porsi a suo carico quell'errore sull'età che non può essergli rimproverato. Nel caso di errore evitabile non si potrà, nel contempo, prevedere un'attenuazione della pena stabilita per la *Violenza sessuale su minore*, perché in tal modo si punirebbe in modo più grave l'ipotesi meno grave (errore scusabile → *Violenza sessuale*; errore non scusabile → *Violenza sessuale su minore* con

² Come è noto, con l. 19 luglio 2019, n. 69, e dunque successivamente al Convegno in cui è stata tenuta questa relazione, l'art. 612-ter è stato introdotto nel nostro sistema. Sul punto, le osservazioni riportate mantengono tuttavia la loro attualità, e quanto mai opportuna appare una modifica della disposizione.

pena attenuata). La soluzione che appare, a nostro avviso, maggiormente rispondente a complessive istanze di razionalità sistematica consiste nella sostanziale assimilazione di tale ipotesi a quella che strutturalmente le è maggiormente affine, ovvero all'errore sulle circostanze aggravanti. La minore età della vittima costituisce qui, infatti, un dato ulteriore rispetto alla tipicità della violenza sessuale, e la cui presenza determina la sottoposizione a un quadro sanzionatorio più elevato. Conseguentemente, l'agente risponderà di *Violenza sessuale su minore* anche nell'ipotesi di errore sull'età, a condizione, evidentemente, che si tratti di un errore determinato da colpa.