



IL REATO DI VIOLENZA SESSUALE: RIFLESSIONI COSTITUZIONALMENTE ORIENTATE IN TEMA DI CONSENSO*

SARA DI GIOVANNI**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I contorni della fattispecie della violenza sessuale. – 3. Consenso e libertà sessuale come principi costituzionali: un’analisi alla luce dell’art. 2 Cost. – 4. (*Segue*): L’assenza di consenso all’atto sessuale quale nuova possibile forma di vittimizzazione secondaria: spunta a partire da *J.L. c. Italia*. – 5. Il contributo della giurisprudenza di legittimità sull’essenzialità del consenso. – 6. Conclusioni.

1. Introduzione

«Non si può infatti escludere che al ragazzo la giovane abbia dato delle speranze, facendosi accompagnare in bagno, facendosi porgere i fazzoletti e tenendo la porta socchiusa, aperture lette certamente dall’imputato come un invito a osare. Occasione che non si fece sfuggire»¹. Così recita la recente sentenza della Corte di appello di Torino dell’aprile 2022, relativamente ad un caso di violenza sessuale che aveva coinvolto una donna in comprovato stato di ubriachezza.

Emblematica di molteplici aspetti problematici² che l’art. 609-*bis* c.p. porta con sé, la pronuncia ora richiamata pone in realtà le basi per proporre diversi spunti di riflessione in tema di violenza sessuale e, in particolare, in tema di consenso.

* Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

** Dottoranda di ricerca in Diritto costituzionale presso l’Università degli Studi di Milano.

¹ Corte d’Appello di Torino, Sez. IV, 20/04/2022 n. 2277. Per un commento alla pronuncia, si v. E. BIAGGIONI, *La difficile posizione delle vittime di violenza sessuale: l’insostenibile confronto con il pregiudizio sulla scarsa attendibilità della persona offesa e lo stereotipo dello stupratore modello*, in *Sistema penale*, 2022.

² In realtà, quando si tratta di reati aventi una forte matrice di genere, come il reato di violenza sessuale, emergono problematiche ulteriori che richiamano stereotipi secolari che condizionano lo stesso diritto penale e l’interpretazione che ne viene offerta. Sul tema, in particolare, si v. P. DI NICOLA TRAVAGLINI, *Il diritto penale non è un diritto per le donne: il caso della legittima difesa*, in *Questione Giustizia*, 2023.

Nel caso di specie, il consenso³ viene presunto come sussistente in quanto connesso al fatto che la porta del bagno, dove la donna si era fatta accompagnare dall’abusatore, fosse rimasta socchiusa. Attraverso valutazioni non oggettive degli elementi del reato, si provoca l’ingresso in giudizio di pregiudizi e stereotipi⁴ legati alla figura della donna, nonché alla sua libertà di autodeterminazione sessuale che compromettono – e, qui, hanno compromesso – l’accertamento da parte dei giudici della capacità della persona offesa di esprimere il proprio consenso a partecipare ad un atto sessuale.

Pronunce di merito come quella con la quale si è voluto aprire questo contributo ben si prestano ad essere analizzate come il risultato delle difficoltà che i giudici, in particolare i giudici di merito, incontrano nel condurre una valutazione oggettiva dell’elemento del consenso.

Come si vedrà meglio in seguito, tali problemi interpretativi sono alimentati anche dalla stessa struttura dell’art. 609-bis c.p., la quale suscita perplessità, da cui possono però originare importanti riflessioni in termini costituzionali.

Infatti, nella sentenza della Corte di appello di Torino, la mancata valutazione oggettiva del consenso all’atto sessuale avrebbe determinato una violazione della libertà sessuale e della libertà di autodeterminazione della persona offesa, intese come libertà che trovano fondamento costituzionale all’art. 2.

Ponendosi in un’ottica costituzionale, dunque, il consenso può essere considerato come l’espressione della libertà sessuale propria di ciascun individuo: di conseguenza, la mancata valutazione della rilevanza dello stesso, così come la sua erronea ricostruzione, comporterebbero automaticamente una violazione degli stessi principi costituzionali.

Per poter proseguire nella nostra riflessione, occorre innanzitutto ricordare l’evoluzione della disciplina del reato di violenza sessuale. È soltanto con la Costituzione del 1948 che si è affermata l’idea che i reati sessuali dovessero fare specifico riferimento alla persona e non dovessero essere più considerati come reati contro la moralità pubblica. Un tale obiettivo è stato perseguito con la legge n. 66 del 1996, con la quale la tutela della libertà sessuale ha subito una profonda riforma nella sua dimensione teleologica, in quanto ha perso la connotazione storica e autoritaria che ha caratterizzato, invece, la disciplina del reato di violenza carnale nel Codice Rocco⁵.

La norma introdotta con la l. n. 66 del 1996 si presenta come l’espressione di un importante cambiamento culturale risultato della presa di coscienza del valore costituzionale della sessualità, riconosciuta ora come diritto della persona; quindi, posta

³ In tema di consenso, si v. S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell’avente diritto*, BUP, Bologna, 2008; D. FALCINELLI, *Il consenso dell’avente diritto nei percorsi del diritto penale “umano”*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014.

⁴ Sul tema degli stereotipi, in una prospettiva giusfilosofica, si v. gli studi di Federico José Arena, tra i quali, F.J. ARENA, *The Pragmatics of Stereotypes in Legal Decision-Making*, in F. POGGI, A. CAPONE (a cura di), *Pragmatics and Law. Practical and Theoretical Perspectives*, Springer Switzerland, 2017, 379 ss.; ID. *Derechos sociales, categorías y estereotipos*, in *Revista de ciencias sociales*, 2015, 113-140; IDSÌ, *Manual sobre los efectos de los estereotipos en la impartición de justicia*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022.

⁵ T. PADOVANI, A. CADOPPI (a cura di), *Commentario delle “Norme contro la violenza sessuale”*, Milano, 1996.

nell'esclusiva disponibilità del soggetto che ne è titolare e finalmente sottratta al patrimonio pubblicistico della morale pubblica e del buon costume⁶.

Tuttavia, come premesso prima, la struttura dell'art. 609-bis c.p. suscita alcune perplessità. Se infatti le condotte che integrano il reato in esame sono individuate con puntualità dal legislatore, lo stesso non può dirsi per l'individuazione o specificazione dell'elemento del consenso (o dissenso). Ciò provoca problematiche a livello interpretativo che, al tempo stesso, sono funzionali a evidenziare la necessità urgente di un intervento in senso integrativo dello stesso consenso.

A fronte di tale premessa, in questo contributo si cercherà di descrivere, muovendo dalla prospettiva costituzionalistica, i contorni della fattispecie della violenza sessuale, procedendo al contempo ad un'analisi della stessa alla luce del consenso e della connessa libertà sessuale, di cui all'art. 2 Cost.

Il filo rosso delle nostre riflessioni sarà rappresentato dall'urgenza dell'intervento legislativo, volto a specificare – o integrare – l'elemento del consenso nella tipizzazione del reato di violenza sessuale. Proprio per questo motivo, si cercherà di ampliare la portata dei nostri ragionamenti, immaginando le conseguenze che l'inerzia del legislatore potrebbe comportare dal punto di vista della c.d. vittimizzazione secondaria, partendo dal recente *decisum* della Corte EDU nel caso *J.L. c. Italia*.

Nonostante le criticità che verranno sollevate in merito all'intervento del legislatore, sarà comunque possibile apprezzare una consolidata giurisprudenza di legittimità che, a differenza di una frastagliata giurisprudenza di merito che valuta il consenso in modo – se possiamo dirlo – condizionato da stereotipi, si pone come solida nel valutare la sussistenza o meno del reato di violenza sessuale comprendendo anche l'essenziale analisi del consenso della persona interessata dalla condotta sessuale.

2. I contorni della fattispecie della violenza sessuale

Per poter entrare nel cuore della nostra riflessione, preme anzitutto procedere ad una prima analisi del reato di violenza sessuale⁷, disciplinato all'art. 609-bis c.p.

Con precisione, l'articolo dispone che: «*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. [...]*».

La fattispecie, così come delineata, pone innanzitutto interrogativi circa il concetto di *violenza*. Su tale aspetto si è consolidata una importante giurisprudenza di legittimità, per la quale la nozione di *violenza* non si limita all'esplicazione di energia

⁶ S. TOVANI, A. TRINCI (a cura di), *I delitti contro la libertà sessuale. Aggiornato al d.lgs. 4 marzo 2014, n. 39*, Torino, 2014, 17.

⁷ Sul tema, interessanti spunti di riflessione si possono rinvenire nell'opera collettanea M. D'AMICO, C. NARDOCCI (a cura di), *Gender-based violence between national and supranational responses. The way forward*, Napoli, 2021, 79 ss.; M. VIRGILIO, *Corpo di donna e legge penale. Ancora sulla legge contro la violenza sessuale?!*, in *Democrazia e diritto*, 1996; S. PIETRALUNGA, *Profili costituzionali delle nuove norme a tutela della libertà sessuale e problematiche criminologiche*, in *Rivista Italiana di Medicina legale*, IV, 1988; L. GOISIS, *La violenza sessuale: profili storici e criminologici. Una storia di 'genere'*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012.

fisica nei confronti della persona offesa, ma «comprende qualsiasi atto o fatto da cui consegue la limitazione della libertà del soggetto passivo, così come costretto a subire atti sessuali contro la propria volontà»⁸.

Di conseguenza, nella violenza che assume qui rilevanza, rientra anche l'intimidazione psicologica (intesa come in grado di provocare la coazione della vittima a subire atti sessuali, nonché a compiere atti di libidine senza accertare il consenso della persona destinataria)⁹, la minaccia (intesa come qualsiasi comportamento idoneo a incutere timore o a suscitare preoccupazione per un danno ingiusto)¹⁰ e l'abuso di autorità (inteso come ogni forma di supremazia privata di cui l'agente abusi per costringere il soggetto passivo a subire o compiere atti sessuali)¹¹.

L'articolo in commento procede introducendo una seconda fattispecie, prevedendo nello specifico che: «[...] *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».

Con riferimento a quest'ultima fattispecie, occorre precisare che l'*induzione a compiere o subire atti sessuali* può consistere in qualsiasi comportamento, fisico o verbale, che non richiede costrizione ma che è finalizzato ad abusare o ingannare la persona offesa. In particolare, si distingue l'abuso delle condizioni di inferiorità fisica o psichica al momento del fatto, il quale «consiste in ogni forma di sopraffazione posta in essere senza ricorrere ad atti costringenti e intimidatori nei confronti della vittima, la quale, non risultando in grado di opporsi a causa della sua condizione di inferiorità, si sottopone al volere dell'autore della condotta»¹².

Oltre agli aspetti ora sottolineati, elemento ulteriormente interessante che emerge dalla struttura del reato esaminato, è il concetto di "atti sessuali". A tal proposito, si nota come parte della dottrina¹³ sostiene che l'espressione «atti sessuali» sia tacciabile di indeterminatezza e vaghezza, in quanto essa non costituirebbe un elemento naturalistico - inteso come riferito ad una realtà di natura - né ad un elemento normativo giuridico, in quanto non esisterebbe, nel nostro ordinamento, una norma volta alla definizione del suo contenuto¹⁴.

⁸ P. DI NICOLA TRAVAGLINI, F. MENDITTO, *Codice rosso. Il contrasto alla violenza di genere: dalle fonti sovranazionali agli strumenti applicativi. Commento alla legge 19 luglio 2019, n. 69*, Milano, 2020, 218 ss.

⁹ Cass. Pen., Sez. III, 12 gennaio 2010 (dep. 18 febbraio 2010), n. 6643.

¹⁰ Cass. Pen., Sez. III, 4 maggio 1990 (dep. 18 febbraio 1991), n. 2224.

¹¹ Cass. Pen., Sez. III, 19 aprile 2012 (dep. 22 maggio 2012), n. 19419; Cass. Pen., Sez. III, 27 marzo 2014 (dep. 3 settembre 2014), n. 36704.

¹² Cass. Pen., Sez. III, 17 maggio 2019 (dep. 13 settembre 2019), n. 38011.

¹³ Così, S. PIETRALUNGA, *Profili costituzionali delle nuove norme a tutela della libertà sessuale e problematiche criminologiche*, in *Rivista Italiana di Medicina legale*, IV, 1988, 1175.

¹⁴ A fronte di una dottrina così orientata, differente appare invece l'orientamento della Corte costituzionale, la quale ha avuto occasione di pronunciarsi sul tema con l'ordinanza 17 luglio 2000, n.

Entrando nello specifico, in tema di definizione della nozione di "atti sessuali", si sono divisi diversi filoni dottrinali, ciascuno dei quali riconduceva a tale nozione differenti definizioni. Giova dunque richiamare un primo orientamento, c.d. soggettivo, secondo il quale per "atti sessuali" si devono intendere l'insieme di atti aventi significato erotico «anche solo nella dimensione soggettiva dei rapporti tra soggetto attivo e persona offesa»¹⁵. Dando seguito a questo primo approccio, per valutare la natura sessuale di un atto occorre fare riferimento all'intenzione del soggetto agente. Di conseguenza, se l'atto non è compiuto con concupiscenza, ma con lo scopo di nuocere alla persona offesa, esso dovrà essere inteso come disturbo o molestia ai sensi dell'art. 660 c.p. e non come violenza sessuale. Al contrario, ogni atto definito in virtù di motivi e modalità riconducibili alla sfera della sessualità, sarà da considerarsi come violenza sessuale¹⁶.

Ciononostante, una tale impostazione dottrinale non sembra essere del tutto condivisibile: premesso che la volontà del legislatore del 1996 è stata quella di porre la vittima al centro della disciplina della violenza sessuale, subordinare la valutazione della natura sessuale di un atto all'intenzione di colui che lo pone in esse, compromette e sgretola il fine stesso perseguito dal legislatore.

La tipicità del reato di violenza sessuale richiede, infatti, che venga realizzato un atto considerato "sessuale", a prescindere da qualsiasi valutazione soggettiva o inclinazione personale dell'agente. A ben vedere, dunque, rilevante sarebbe soltanto la proiezione che la vittima può avere dell'atto sulla propria sfera sessuale: per questo motivo si sono articolati altri tre approcci¹⁷ volti a definire i parametri necessari alla qualificazione di un atto come atto sessuale.

Secondo l'approccio c.d. anatomico culturale, il parametro necessario ai fini della selezione degli atti penalmente rilevanti sarebbe quella della zona del corpo attinta: in altri termini, quando la zona del corpo attinta può essere considerata "erogena" alla stregua della scienza medico-psicologica e antropologica-sociologica.

Differentemente, l'approccio c.d. oggettivo contestuale, ritiene che l'atto sessuale debba essere ricondotto ad un elenco predeterminato di atti. Immediata conseguenza di un tale approccio è che si rinuncia a misurare l'intensità di ciascun atto che attinge ad una zona erogena e si tralasciano alcuni atti dotati di un'intrinseca capacità di ledere

295. In questa pronuncia, la Corte ha affermato che la tutela della libertà di autodeterminazione della propria corporeità sessuale, di cui all'art. 609-bis c.p., individuata come bene giuridico tutelato, dovrebbe al tempo stesso porsi come adeguato criterio per affermate che sono punibili tutti quegli «atti che violano la libertà sessuale, intesa come estrinsecazione di un diritto fondamentale della persona che coinvolge la sfera della sessualità».

¹⁵ M. CAPPAL, *La qualificazione delle "violenze" prive di un contatto corporeo corporei alla prova della recente giurisprudenza in tema di atti sessuali. Nota a Cass., Sez. III, sent. 19 novembre 2015 (dep. 5 maggio 2016), n. 18679, Pres. Amoresano, Rel. Aceto, in Diritto penale contemporaneo, 2017, 45.*

¹⁶ *Ibidem.*

¹⁷ Sul tema, si v. A. CADOPPI (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, Padova, 1999; G. COCCO, E. M. AMBROSETTI, *I reati contro le persone*, Padova, 2004. Per quanto riguarda la giurisprudenza, significative sono pronunce della Corte di Cassazione quali Cass. pen., sez. III, n. 25112/2007; Cass. pen., sez. III, n. 7772/2000.

l'autodeterminazione sessuale della vittima¹⁸: rilevanti ai fini della valutazione sarebbero, quindi, soltanto il contesto e le circostanze nei quali l'atto è commesso.

Prescinderebbe dalla zona del corpo attinta invece un terzo approccio, il quale ritiene necessario ai fini della valutazione dell'azione criminosa, il tipo di relazione instaurata tra il soggetto agente e la vittima.

Guardando al panorama attuale, una dottrina più recente prevede che – avuto riguardo alle modalità tipiche della condotta descritta dalle fattispecie incriminatrici – le condotte penalmente rilevanti debbano essere individuate e selezionate attraverso il grado di incidenza che hanno sul bene giuridico tutelato¹⁹. Gli atti sessuali, in tale prospettiva, devono essere costruiti attorno a due pilastri: in primo luogo, è necessario accertare la natura oggettivamente sessuale del comportamento del reo; in secondo luogo, occorre verificare l'effettiva sussistenza di una lesione dell'interesse protetto dalle diverse fattispecie e dunque, in questo caso, della libertà sessuale.

Prevalente risulta essere l'approccio oggettivo contestuale, secondo il quale nella nozione di “atti sessuali” dovrebbero essere comprese tutte quelle condotte che implicano un contatto fisico con qualsiasi parte del corpo – al nudo o meno – con la zona genitale, anale od orale di un altro soggetto²⁰. Sarebbero dunque da escludere, dal novero delle condotte penalmente rilevanti, tutte quelle che, pur esprimendo la libido di chi li pone in essere, non incidono o non sono idonee ad incidere sulla sfera sessuale della persona offesa, potendo queste essere qualificate piuttosto come lesive della libertà morale o del comune senso del pudore²¹.

3. Consenso e libertà sessuale come principi costituzionali: un'analisi alla luce dell'art. 2 Cost.

Al netto delle perplessità che la fattispecie della violenza sessuale pone dal punto di vista del consenso, è utile ipotizzare e valutare le conseguenze che esse potrebbero comportare da un punto di vista puramente costituzionale.

A tal fine, è opportuno richiamare la sentenza n. 11 del 1956, con la quale la Corte costituzionale ha affermato che l'art. 2 Cost. «indica chiaramente che la legge statutaria eleva a regola fondamentale dello Stato [...] il riconoscimento di quei diritti che formano il patrimonio irrettabile della personalità umana: diritti che appartengono all'uomo inteso come essere libero».

¹⁸ G. FIANDACA, A. CADOPPI (a cura di), *Relazione di sintesi*, in AA.VV., *La violenza sessuale a cinque anni dall'entrata in vigore della legge n. 66/96, Profili giuridici e criminologici*, Padova, 2001, 242.

¹⁹ È la tesi di M. VIZZARDI, *La violenza sessuale* (art. 609-bis), in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *I delitti contro la persona, vol. X, in Trattato di diritto penale, parte speciale*, Padova, 2015, 168 ss.

²⁰ Dunque, condotte come il coito, totale o parziale, con o senza soddisfazione della libidine dell'agente ed eiaculazione, vaginale, vulvare o vestibolare, anale, orale; gli atti di autoerotismo imposti alla vittima; i toccamenti, accarezzamenti ed i baci nelle zone erogene. Così F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte Speciale*, Padova, 2019, 351.

²¹ Ad esempio, condotte di esibizionismo, autoerotismo, *voyeurismo*. Così S. TOVANI, A. TRINCI (a cura di), *I delitti contro la libertà sessuale. Aggiornato al d.lgs. 4 marzo 2014, n. 39*, Torino, 125 ss.

Per affrontare un’analisi costituzionalmente orientata del consenso, occorre muoversi nella cornice posta dall’art. 2 Cost., attraverso il quale la Costituzione ha imposto alla Repubblica di riconoscere l’insieme di diritti inviolabili che devono essere fatti rientrare nel fuoco della disposizione in esame. Se, da un lato, un importante insieme di diritti fondamentali viene già individuato negli articoli successivi all’art. 2 Cost., dall’altro lato, affinché possano essere ricompresi nella portata della norma numerosi e ulteriori diritti, è necessario considerare l’art. 2 Cost. come un «catalogo aperto di diritti»²². In altri termini, esso deve essere inteso come «una formula in bianco che consente di importare nel sistema dei diritti tutelati della nostra Costituzione, tutti quegli interessi che l’evoluzione della coscienza sociale porta ad accreditare»²³.

Autorevole e nota dottrina ha infatti affermato che «oggi vi è un gran bisogno di rifuggire da schemi chiusi e norme eccessivamente e vanamente analitiche [...] (tale per cui) si tende a creare un diritto più aderente a una realtà in rapida trasformazione»²⁴.

Non si può dimenticare il fondamentale contributo che la Corte costituzionale ha dato al dibattito dottrinale sulla portata dell’art. 2 Cost., individuando nuove libertà fondamentali e riconducendole all’art. richiamato. In particolare, con la sentenza n. 561 del 1987²⁵ – che ha trattato del tema della risarcibilità del danno morale nei confronti di cittadini, vittime di violenza carnale, in tempi di guerra – la Corte ha affermato che «essendo la sessualità uno degli essenziali modi di espressione della persona umana, il diritto di disporne liberamente è un diritto soggettivo assoluto, che va ricompreso tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione e inquadrato tra i diritti inviolabili della persona umana che l’art. 2 Cost. impone di garantire»²⁶. In questo modo, la libertà sessuale viene ricondotta nell’ambito di applicazione dell’art. 2 Cost.²⁷.

Chiarita la natura di diritto inviolabile della libertà sessuale, assume automaticamente rilevanza costituzionale l’elemento del consenso all’atto sessuale,

²² Anche P. GROSSI, in *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972, 160 ss., afferma che «il rinvio di cui all’art. 2 Cost. non dovrebbe intendersi come fisso, ma mobile in senso unilaterale e garantistico; non chiuso o concluso in riferimento, cioè, ai soli diritti originariamente accolti nella Carta costituzionale, ma aperto anche agli altri che successive leggi costituzionali o di revisione costituzionale eventualmente introducano».

Anche F. MODUGNO, in *I “nuovi diritti” nella Giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, riconosce la possibilità di individuare «diritti impliciti», considerando il «catalogo costituzionale positivo» come «onnicomprendente».

Nel senso di interpretare l’art. 2 Cost. come “clausola chiusa”, invece, A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 1992, 4 ss., il quale sostiene che il riconoscimento di diritti ulteriori rispetto a quelli previsti espressamente dalla Costituzione potrebbe comportare delle insanabili antinomie con altre norme costituzionali. Si v. inoltre, V. ANGIOLINI, *Libertà costituzionali e libertà della giurisprudenza*, in V. ANGIOLINI, *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1992, 13 ss., nel quale si afferma che nel tempo è stata proprio la Corte costituzionale a imprimere «un notevole impulso alla propria giurisprudenza sulle libertà».

²³ R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2007, 470.

²⁴ Così A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1979, 91-92.

²⁵ In tema, si consiglia L. MANNELLI, *Della libertà sessuale e del suo fondamento costituzionale*, in *Il Foro italiano*, 1989.

²⁶ Principio che la Corte ribadisce anche nella famosa sentenza n. 141/2019.

²⁷ In tal senso, F. MODUGNO, *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 38-39, il quale annoverava tra i “nuovi diritti” anche il diritto alla libertà sessuale, intesa quest’ultima come esplicitazione della libertà personale e riconoscendone dunque l’invulnerabilità.

laddove questo venga inteso e considerato come il veicolo attraverso il quale il diritto alla libertà sessuale viene esercitato.

Procedendo ad un esame della libertà sessuale, preme evidenziare come questa possa comporsi di due profili, uno positivo e uno negativo²⁸.

In senso negativo, essa si presenta come libertà *da* (interferenze e sopraffazioni in ambito sessuale) e anche come libertà *di* (operare scelte autonome in relazione alla propria sessualità, senza ledere diritti di terzi non consenzienti o non in grado di esprimere un valido consenso)²⁹. In questo senso, un diritto così definito verrebbe ad essere offeso non soltanto in tutte quelle ipotesi caratterizzate dall'uso della violenza o della minaccia, ma anche in quelle situazioni in cui il soggetto attivo sfrutta una situazione particolare che la legge innalza a situazione meritevole di tutela³⁰.

In senso positivo, la libertà di autodeterminazione sessuale si presenta come modalità auto-affermativa della stessa persona umana e, dunque, essa si sostanzierebbe nel diritto del soggetto a porre in essere, anche a scopo di lucro, pratiche sessuali non lesive di interessi altrui.

A fronte di quanto detto, si può dunque affermare che la libertà sessuale deve essere considerata come libera autodeterminazione di ciascun soggetto nella propria sfera sessuale, nell'integrità morale, fisica e nella dignità umana. Si parla, infatti, anche di «diritto alla libera esplicazione delle proprie qualità e facoltà sessuali» e di diritto «alla pretesa che nessuno aggredisca il corpo altrui per finalità sessuali»³¹.

In una tale cornice costituzionale, preme ora sottolineare l'importante relazione e collegamento che sussiste tra libertà sessuale e manifestazione del consenso alla partecipazione all'atto sessuale. È utile ricordare come il consenso debba essere inteso come diritto personalissimo che non può essere espresso validamente da soggetti diversi da quello cui fa riferimento, e che dunque può essere modificato così come revocato nel corso dell'atto per cui esso è stato prestato. Dunque, se, come detto prima, il consenso viene inteso come strumento di espressione ed esercizio della propria libertà sessuale, l'assenza dello stesso alla partecipazione all'atto sessuale comporterebbe non soltanto la concretizzazione del reato di violenza sessuale, ma anche la lesione, se non la limitazione, della libertà di autodeterminazione sessuale di ciascun individuo.

Il consenso, o per meglio dire, il dissenso, dunque, dovrebbe ragionevolmente assumere un ruolo centrale nel reato di violenza sessuale come indice della consapevole volontà di partecipazione della persona offesa all'atto sessuale.

Nonostante ciò, il legislatore manca ancora di indicare esplicitamente il consenso come espressione della volontà individuale di partecipare ad un atto sessuale.

Seppur il legislatore penale parli di «costringere a compiere o subire atti sessuali», rendendo il consenso implicito nella stessa formulazione dell'art. 609-bis c.p., si ritiene che ciò potrebbe essere non del tutto sufficiente per risolvere le problematiche che

²⁸ Su tale distinzione si v. Corte cost., n. 141/2019, §5.1. cons. dir.

²⁹ A. CADOPPI, in *Commentario delle "norme contro la violenza sessuale"* (legge 15 febbraio 1996, n. 66), Padova, 1996, 29 ss.

³⁰ M. BERTOLINO, *Libertà sessuale e tutela penale*, Milano, 1993, 75 ss.

³¹ Così V. MUSACCHIO, *Il delitto di violenza sessuale (Art. 609-bis c.p.)*, Padova, 1999, 11.

scaturiscono dai confini non esplicitati del consenso stesso e dunque dall’interpretazione che i giudici di merito potrebbero dedurre.

A tal proposito, infatti, si riscontrano pronunce di merito che di fatto disconoscono la centralità del consenso, deducibile non soltanto da una giurisprudenza di legittimità granitica in tal senso, ma anche dalla stessa giurisprudenza costituzionale che, nel ricondurre la libertà sessuale all’art. 2 Cost., riconosce indirettamente l’essenzialità costituzionale di quegli strumenti con cui l’individuo esercita la sua stessa libertà di autodeterminazione sessuale.

Significativa, in tal senso, è la prima richiamata sentenza n. 2277 del 2022 della Corte di appello di Torino, la quale rappresenta un chiaro esempio della difficoltà che i giudici di merito incontrano nell’offrire una interpretazione costituzionalmente orientata del consenso (o dissenso) all’atto sessuale, nonché, come immediata conseguenza, della discrasia interpretativa che si registra tra giudici di merito e giudici di legittimità.

Come sarà possibile vedere in seguito, la giurisprudenza di legittimità appare consolidata nell’interpretare l’art. 609-*bis* c.p. come fondato sull’elemento del consenso, riconoscendo, di conseguenza, l’essenzialità di quest’ultimo nell’eventuale concretizzazione del reato di violenza sessuale.

Tuttavia, i giudici di merito sembrano discostarsi da un orientamento nomofilattico così definito, non tenendo conto della volontà o meno della persona offesa durante il compimento dell’atto sessuale.

Si tratta di pronunce che appaiono problematiche sotto molteplici punti di vista: non soltanto dal punto di vista interpretativo – che certo comporta un allontanamento dai confini costituzionalmente riconosciuti della libertà sessuale – ma anche dal punto di vista dell’oggettività degli stessi magistrati. Costruire il reato di violenza sessuale attorno ad elementi diversi dal consenso (e dunque, dal veicolo della stessa libertà di autodeterminazione sessuale), come possono essere le abitudini sessuali della vittima ovvero gli indumenti che indossava o, ancora, sulla capacità o meno della donna di reagire ed evitare la violenza – elementi, questi, irrilevanti dal punto di vista giurisdizionale – comporta l’introdurre nel giudizio stereotipi sulla donna, e quindi elementi che dovrebbero stare al di fuori del giudizio.

Si pensi alla sentenza n. 2408 del 2017, con la quale la Corte di appello di Ancona ha basato la ricostruzione del reato e l’inattendibilità della vittima, tra le altre cose, anche sul fatto che i jeans e le mutande sequestrate dalla polizia giudiziaria non presentavano strappi o segni che potessero far pensare ad una qualche “forzatura” nel toglierli; aspetto, questo, che evidenziava – secondo la ricostruzione stereotipata dei giudici, l’assenso della vittima a “collaborare” e quindi a partecipare, con consenso, all’atto sessuale³².

³² Si pensi anche alla sentenza del Tribunale di Lodi, sulla quale la Corte di Cassazione è stata chiamata a pronunciarsi con la sentenza n. 5512 del 2020. Anche la sentenza descritta in S. BISSARO, *Quando venti secondi sono troppi... sui tempi di reazione della vittima di una violenza sessuale, alla luce di una controversa e discutibile decisione del Tribunale di Busto Arsizio*, in *Osservatorio violenza sulle donne*, 2022 e in A. N. PINNA, *Violenza sessuale e ricerca del dissenso della vittima: la difficoltà dei giudici di merito a recepire gli insegnamenti della Corte di Cassazione*, in *Sistema Penale*, 2022.

Al netto di quanto detto, l’esplicitazione del consenso nel reato di violenza sessuale rappresenterebbe sicuramente un’opportunità per il legislatore penale di offrire una tutela più costituzionalmente orientata alla protezione della libertà sessuale³³. Ciò determinerebbe sicuramente un innalzamento degli standard di tutela, ma al tempo stesso si presta a ridurre quella discrasia di cui sopra si diceva tra interpretazione dei giudici di merito e interpretazione dei giudici di legittimità, attraverso la creazione di confini più netti volti a impedire un discostamento dagli stessi e, come detto prima, volti a evitare che nelle aule dei tribunali entrino pregiudizi e stereotipi sulla donna.

L’intervento legislativo potrebbe dunque favorire il superamento³⁴ di quegli stereotipi che gravitano attorno alla figura della donna e che hanno una radice profonda nella nostra cultura.

Infatti, nell’*Ars amatoria* Ovidio affermava: «*Haec quoque, qua potersi credere nolle, volet*»³⁵. Fin dall’antichità, la nostra società si presenta come una società patriarcale dove il ruolo della donna è circoscritto alla famiglia e alla subordinazione al *pater familias*³⁶. L’uso della forza nei confronti della donna era accettato senza troppi problemi: era inconcepibile che le donne potessero avere libertà, soprattutto in ambito sessuale³⁷.

Queste idee hanno radicato lo sviluppo di una cultura improntata alla concezione dello stupro e della violenza come aspetti nei quali sono presenti quei luoghi comuni e quegli stereotipi che fanno del corpo della donna l’elemento provocatore che fa scattare la violenza e che permette di affermare che «un no vuol dire sì»³⁸. Un’importante letteratura ha analizzato il mito secondo il quale il “no” di una donna equivarrebbe sempre e comunque a “sì”³⁹.

³³ Il legislatore ha da tempo compreso la centralità del consenso nei reati contro la libertà sessuale, introducendolo come elemento essenziale ai fini della tipizzazione del reato di *revenge porn*³³, disciplinato dall’art. 612-ter c.p. e introdotto con la legge n. 69 del 2019. Qui, infatti, la condotta del consegnare, cedere, pubblicare o diffondere immagini o video a contenuto sessualmente esplicito, destinati a rimanere privati, configura reato laddove l’azione venga compiuta «senza il consenso delle persone rappresentate».

Sul tema, si v. P. DI NICOLA TRAVAGLINI, F. MENDITTO, *Codice Rosso. Il contrasto alla violenza di genere: dalle fonti sovranazionali agli strumenti applicativi. Commento alla legge 19 luglio 2019, n. 69*, Milano, 2020, 281 ss.

³⁴ Si pensi che con la Mappa dell’Intolleranza n. 7 si è registrata un’importante diminuzione dell’odio online nei confronti della comunità LGBTQ+; diminuzione che è seguita all’introduzione della legge Cirinnà sulle unioni civili. Di conseguenza, partendo da tale dato, potrebbe affermarsi che un intervento legislativo, in materia di consenso, solleciterebbe anche un cambiamento culturale volto alla progressiva diminuzione, e quindi all’eliminazione, degli stereotipi sulla donna e sulle discriminazioni che questa subisce.

³⁵ «Anche quella che ti farà credere di non volere, vorrà», Ovidio in *Ars amatoria* (v. 274-275).

³⁶ In argomento, si rinvia alle autorevoli riflessioni di E. CANTARELLA, *Gli inganni di Pandora. L’origine delle discriminazioni di genere nella Grecia antica*, Milano, 2019.

³⁷ Si pensi che inizialmente la concretizzazione del reato di violenza sessuale era subordinata, a fini probatori, alla prova che la donna avesse opposto resistenza alla violenza perpetrata, facilmente dimostrabile attraverso urla e grida che avrebbero sollecitato l’intervento di un soggetto terzo e fermato dunque sul nascere la violenza cui la donna resisteva.

³⁸ F. PASSARELLA, *Una donna non dice “no” per dire “sì”: nel 2020 la cultura dello stupro dovremmo già averla estirpata*, in *The vision*, 2020.

³⁹ Così, J. BOURKE, *Stupro. Storia della violenza sessuale*, Roma-Bari, 2009.

Tutto ciò non è altro se non l’insieme di idee e stereotipi⁴⁰ che sono interiorizzati da ciascun individuo a causa di una cultura fortemente patriarcale che concepisce la donna come incapace di esercitare le proprie libertà, soprattutto laddove si tratti della propria libertà sessuale.

A fronte di quanto detto, si riscontra un’importante infiltrazione di questi stereotipi nei giudizi di merito, i quali non soltanto perdono dell’oggettività che dovrebbe caratterizzarli, soprattutto nella valutazione dell’attendibilità della vittima, ma che si pongono in termini costituzionalmente contrastanti con la tutela, già da tempo definita nella sua impostazione, della libertà sessuale e di autodeterminazione sessuale.

4. (Segue): L’assenza di consenso all’atto sessuale come nuova forma di vittimizzazione secondaria: spunti a partire da J.L. c. Italia

L’analisi di una recente pronuncia della Corte EDU contro l’Italia consente di aggiungere alcuni elementi alla riflessione proposta nelle precedenti pagine sulla centralità del consenso nei delitti di violenza sessuale. Quanto si dirà a breve conferma l’urgenza di un intervento legislativo che vada a specificare, o esplicitare, l’elemento del consenso nel reato di violenza sessuale.

Ai fini delle nostre riflessioni, giova richiamare comportamenti e atteggiamenti, riconducibili a specifici schemi mentali-culturali, che influenzano i giudizi – nel nostro caso – dei giudici e, dunque, la percezione che questi hanno del dissenso esercitato dalle donne vittime di violenza sessuale.

In particolare, si parla di *rape culture* per riferirsi all’insieme di «schemi cognitivi che plasmano in modo distorto la percezione e l’interpretazione degli episodi di violenza»⁴¹. Essa è strettamente connessa al *victim blaming*⁴², in quanto

⁴⁰ In materia, oltre alla letteratura già richiamata, si v. anche M. D’AMICO, *Linguaggio, Costituzione e discriminazioni di genere*, in M. BRAMBILLA, M. D’AMICO, V. CRESTANI, C. NARDOCCI (a cura di), *Genere, disabilità, linguaggio. Progetti e prospettive a Milano*, Milano, 2021, 15 ss.; I. PELLIZZONE, *Dalla misoginia alla violenza di genere. Quale ruolo per il diritto?*, in M. D’AMICO, C. SICCARDI (a cura di), *La Costituzione non odia. Conoscere, prevenire e contrastare l’hate speech on line*, Torino, 2021, 69 ss.; R. J. COOK, S. CUSACK, *Gender Stereotyping. Transnational Legal Perspectives*, University of Pennsylvania Press, 2011.

⁴¹ F. FULLONE, *L’importanza del linguaggio nel trattamento della violenza contro le donne: Rape culture, Victim Blaming e Vittimizzazione Secondaria*, in *Osservatorio Violenza sulle Donne*, 2021, 3.

⁴² Il *victim blaming* può essere definito, come afferma Fullone, un *bias* cognitivo con la funzione di legittimare lo *status quo*: infatti, biasimando le vittime si accentua e giustifica la tradizionale organizzazione gerarchica di generi della nostra società in cui la donna ricopre ruoli tradizionali oppure è considerata un oggetto sessuale. Il *victim blaming* è dunque la ritorsione inflitta alle donne che non assolvono i ruoli che sono loro imposti. La giudice Di Nicola ha affermato che «la violenza sessuale è l’unico delitto che, in tutto il mondo, ha come principale sospettata la vittima». La violenza viene considerata come il risultato di una erronea o imperfetta comunicazione, di un fraintendimento di consenso: in questo modo di tende a de-responsabilizzare l’autore del reato e a ridurre la sua colpa alla superficialità e fretteolosità che gli avrebbero impedito di accertare l’esistenza del consenso della vittima. La colpevolizzazione della vittima assume la forma di disimpegno morale: si pensi ad una recente sentenza della Corte d’Appello di Milano, la quale ha ridotto di 8 mesi la pena di un uomo, condannato il primo grado dal Tribunale di Monza per aver sequestrato, picchiato e stuprato la moglie. Lo sconto di pena sarebbe stato giustificato dal fatto che la condotta delittuosa è stata causata dall’exasperazione dell’aggressore dovuta alla “condotta troppo disinvolta della donna”. Per saperne di più, F. FULLONE,

«l’interiorizzazione dei miti dello stupro andrebbe a influenzare l’attribuzione di biasimo alle vittime e a minimizzare la gravità dell’episodio di vittimizzazione»⁴³.

Nella maggior parte dei casi di violenza sessuale, la donna che denuncia è costretta a diventare l’oggetto dell’intera indagine, sottoposta ai riflettori di un pubblico che la giudicherà per gli abiti indossati⁴⁴, per la propria vita sessuale, per il solo fatto di non aver opposto resistenza ad una violenza.

Il tema del consenso, dunque, ben si inserisce nella cornice di quella che in italiano prende il nome di *cultura dello stupro*: gli stereotipi e i pregiudizi che interessano la donna intaccano al tempo stesso la sua capacità di autodeterminarsi liberamente e indiscriminatamente nella sua sfera sessuale, attraverso la manifestazione della sua volontà di partecipare ad atti sessuali. Una diffusione così radicata di tali stereotipi, in realtà, comporterebbe anche una normalizzazione degli stessi e dei conseguenti episodi di discriminazione e di violenza che da essi scaturiscono: immediata conseguenza è l’incapacità della donna di realizzare la portata di un’eventuale violenza e, dunque, di denunciare⁴⁵.

Laddove tali stereotipi dovessero entrare all’interno delle aule dei tribunali, essi comprometterebbero la valutazione imparziale e oggettiva circa la sussistenza del reato di violenza sessuale. Se, è importante ribadirlo, il consenso è l’elemento attraverso il quale si esplica l’esercizio di quella libertà di autodeterminazione nella propria sfera sessuale, il mancato recepimento della sua importanza comporterebbe il concretizzarsi di un’ulteriore forma di vittimizzazione secondaria⁴⁶.

Per meglio spiegare quanto si vuole ora affermare, occorre innanzitutto offrire una definizione di vittimizzazione secondaria: essa può essere infatti definita come «una condizione di *ulteriore* sofferenza e oltraggio sperimentata dalla vittima in relazione ad un atteggiamento di insufficiente attenzione, o di negligenza, da parte delle agenzie di controllo formale nella fase del loro intervento e si manifesta nelle ulteriori conseguenze psicologiche negative che la vittima subisce»⁴⁷. Pertanto, essa implicherebbe l’aggravamento delle condizioni della vittima, conseguenza di un inadeguato supporto

L’importanza del linguaggio nel trattamento della violenza contro le donne: Rape Culture, Victim Blaming e Vittimizzazione secondaria in Osservatorio Violenza sulle Donne, 2021; E. PIRAS, Se l’è cercata! Violenza di genere, colpevolizzazione della vittima e ingiustizia epistemica, in Region Pratica, 2021. F. SPACCATINI, M. G. PACILLI, Victim blaming e violenza di genere: antecedenti, funzioni e conseguenze, in La camera blu/ Rivista Di Studi Di Genere, 2019; L. K. THACKER, Rape culture, Victim blaming, and the role of media in the criminal justice system, in Kentucky Journal of Undergraduates Scholarship, 2017.

⁴³ *Ibidem*, 4.

⁴⁴ Sul tema si v. M. A. WHATLEY, *Victim characteristics influencing attributions of responsibility to rape victims: a meta-analysis*, in *Aggression and Violent Behavior*, Volume 1, Issue 2, 1996, 81-95.

⁴⁵ Interessante, in tal senso, è la *Relazione finale della Commissione parlamentare di inchiesta sul femminicidio*, nonché su ogni forma di violenza di genere del 2022 (181 ss.), la quale evidenzia come le denunce siano comunque una percentuale minore, e dunque interessate da dati sommersi, rispetto agli effettivi episodi di violenza.

⁴⁶ Sul tema, si veda anche G. FANCI, *La vittimizzazione secondaria: ambiti di ricerca, teorizzazioni e scenari*, in *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza*, 2011; M. MONZANI, *Il modello circolare di vittimizzazione. Dalla percezione del rischio alla consapevolezza della vittimizzazione*, Milano, 2019.

⁴⁷ L. ROSSI, *L’analisi investigativa nella psicologia criminale. Vittimologia: aspetti teorici e casi pratici*, Milano, 2005, 417.

da parte delle istituzioni⁴⁸, connotate da incapacità di comprensione e di ascolto delle istanze individuali «che si proiettano sull’esperienza vittimizzante a causa di una eccessiva routinizzazione degli interventi, che in letteratura è definita come *one size fits all approach*»⁴⁹.

La vittimizzazione secondaria può assumere forme diverse: essa può andare dalla minimizzazione della sofferenza, al biasimo e alla svalutazione, alla tendenza a rimuovere il problema. La mancata esplicitazione del consenso nella realizzazione concreta del reato di violenza sessuale potrebbe comportare conseguenze di tale portata.

Le problematiche interpretative scaturenti dalla fragile struttura dell’art. 609-*bis* c.p. alimenterebbero l’idea della violenza sessuale come esercizio di un potere, inteso come il potere di ristabilire l’ordine gerarchico tra uomini e donne.

Se la mancata consapevolezza da parte delle autorità giurisdizionali circa l’essenzialità del consenso all’atto sessuale viene intesa come idonea a minimizzare la sofferenza della vittima, potremmo giungere alla conclusione logica per cui tale atteggiamento comporterebbe il radicarsi di una forma di vittimizzazione secondaria.

In altri termini, la condizione di “ulteriore” sofferenza che la vittima subisce potrebbe derivare anche dal comportamento delle autorità giurisdizionali caratterizzato dall’incapacità di valutare ed esaminare adeguatamente tutti gli episodi in cui si concretizza un abuso sessuale alla luce della carenza del consenso, il quale può essere manifestato esplicitamente ovvero essere intrinseco in comportamenti che sono comunque espressione di manifestazione di volontà.

Un tale ragionamento potrebbe essere approfondito partendo dalla sentenza *J.L. c. Italia* della Corte EDU⁵⁰. Nel caso in esame, la Corte EDU ha condannato l’Italia in quanto la Corte di appello di Firenze, nel giudicare la violenza sessuale di gruppo a danno della ricorrente, aveva riprodotto stereotipi fortemente sessisti⁵¹ e introdotto nel

⁴⁸ Ulteriore definizione offerta da J. E. WILLIAMS, *Secondary victimization: confronting public attitudes about rape*, in *Victimology*, 1984, vol. 9, 67, traduzione di G. Fanci: «la vittimizzazione secondaria si manifesta come una conseguenza aggravata e prolungata di certe azioni criminose; essa origina da atteggiamenti delle autorità giudiziarie di diniego nei riguardi della vittima in una condizione di mancanza di supporto, se non di biasimo e/o alienazione».

⁴⁹ G. FANCI, *La vittimizzazione secondaria: ambiti di ricerca, teorizzazioni e scenari*, in *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza*, Vol. V, n. 3, Settembre-Dicembre 2011.

⁵⁰ Corte EDU, *J.L. c. Italia*, ric. N. 5671/16, 25/05/2021. A commento, si v. P. DI NICOLA, *La Corte EDU alla ricerca dell’imparzialità dei giudici davanti alla vittima perfetta*, in *Questione Giustizia*, 2021; R. SANLORENZO, *La vittima ed il suo Giudice*, in *Questione Giustizia*, 2021; M. BOUCHARD, *La vittimizzazione secondaria all’esame della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Diritto Penale e Uomo*, 2021; N. CARDINALE, *Troppi stereotipi di genere nella motivazione di una sentenza assolutoria per violenza sessuale di gruppo: la Corte EDU condanna l’Italia per violazione dell’art. 8*, in *Sistema penale*, 2021; P. GAMBATESA, *Il peso delle parole nelle sentenze: note a margine di una importante pronuncia della Corte EDU in tema di vittimizzazione secondaria (J.L. c. Italia, ricorso n. 5671/16)*, in *Osservatorio AIC*, 2022.

⁵¹ La Recommandation CM/Rec(2019)1 du Comité des Ministres aux états membres sur la prevention et la lutte contre le sexisme del Comitato dei Ministri del 27 marzo 2019 ha definito il *sessismo* affermando «Rappelant que le sexisme est une manifestation des rapports de force historiquement inégaux entre les femmes et les hommes, conduisant à la discrimination et empêchant la pleine émancipation des femmes dans la société». Il sessismo è dunque una manifestazione dei rapporti di forza storicamente ineguali tra donne e uomini che portano alla discriminazione e impediscono la piena emancipazione delle donne dalla società.

quadro giurisdizionale «pregiudizi sul ruolo della donna che esistono nella società italiana⁵².

In questo modo, i giudici della Corte di appello non solo hanno violato gli obblighi positivi di protezione nei confronti della vittime di violenza di genere, ma anche norme interne quali, ad esempio, l’art. 472 comma 3-*bis* c.p.p.⁵³ e il codice etico dei magistrati.

In relazione alle doglianze del ricorso, la donna affermava che le autorità italiane non avessero tutelato adeguatamente il suo diritto al rispetto della vita privata e dell’integrità personale nel corso del procedimento penale, lamentando una presunta violazione dell’art. 8 CEDU⁵⁴.

Il sessismo può essere inoltre definito come un’espressione che indica una forte relazione di dominio, così come affermato da I.M. PINTO, *Il sessismo tra (post)femminismo, (post)capitalismo e (post)costituzionalismo*, in A. APOSTOLI (a cura di), *Donne, corpo e mercato di fronte alle categorie del diritto costituzionale*, Torino, 2021, 38.

Al tempo stesso, B. CASALINI, *Rappresentazioni della femminilità, postfemminismo e sessismo*, in *Iride*, 2011, 44, afferma che «come il razzismo fa riferimento al falso mito del primato della razza bianca, per giustificare il dominio dei bianchi sui neri, così il sessismo giustifica il dominio degli uomini sulle donne sulla base di una presunta superiorità maschile. Il sessismo non rimanda semplicemente ad un trattamento differenziato, ma ad una diseguale considerazione a svantaggio del sesso femminile».

⁵² Paragrafo 140 sentenza *J.L. v. Italia*.

In particolare, la vicenda da cui origina la sentenza *J.L. v. Italia* coinvolgeva una donna 22enne che, nel 2008, denunciava di essere stata vittima di una violenza sessuale di gruppo nei pressi della Fortezza da Basso, a Firenze. Nello specifico, la vittima era stata accompagnata all’interno di un’autovettura ove veniva costretta, con violenza fisica e con atteggiamenti intimidatori, a sdraiarsi sul sedile posteriore dell’auto e ove i cinque imputati perpetravano violenza sessuale, abusando inoltre delle condizioni di inferiorità fisica e psichica della persona offesa. Nel marzo 2015, gli imputati venivano assolti dalla Corte d’Appello di Firenze con formula piena, in quanto il fatto non sussisteva. La Corte d’Appello, infatti, non aveva valutato il racconto della persona offesa come credibile, considerandolo anzi contraddittorio. La presunta capacità della donna di prestare il proprio consenso alla partecipazione all’atto sessuale era stata subordinata alla valutazione di elementi attinenti alla sua vita privata, nonché sentimentale. Nelle motivazioni del Collegio è possibile riscontrare elementi che subordinano l’assenza di consenso a comportamenti che dovrebbero invece essere considerati irrilevanti dal punto di vista giurisdizionale. Nonostante la stessa sentenza n. 4607 del 2013 riporti precisamente che la donna «vedendo che tutti insieme la sorreggevano e la palpeggiavano [...] ad un certo punto esclamava “no basta, lasciatemi stare”», la p.o. viene comunque considerata «un soggetto femminile fragile, ma al tempo stesso creativo, disinibito, in grado di gestire la propria (bi)sessualità, di avere rapporti fisici occasionali, di cui nel contempo non era convinta». Inoltre, gli atteggiamenti assunti dalla donna nel corso della serata che aveva anticipato l’episodio di violenza sessuale, vengono descritti come «particolarmente disinvolti e provocatori (in quanto la donna) aveva ballato strusciandosi con alcuni di loro (gli imputati) e aveva mostrato gli slip rossi mentre cavalcava sul toro meccanico, tutto questo dopo il rapporto orale con lo *omissis*». L’assenza di graffi o colluttazione sugli imputati (che avrebbero comportato una resistenza della p.o. alla violenza subita), l’assenza di uno stato di alterazione alcolica rilevante dal punto di vista giuridico, nonché l’atteggiamento «sicuramente ambivalente nei confronti del sesso, che evidentemente l’aveva condotta a scelta da lei stessa non pacificamente condivise e vissute traumaticamente o contraddittoriamente» comportavano per la Corte d’Appello di Firenze la non sussistenza del fatto di violenza sessuale e di conseguenza l’assoluzione degli imputati dal reato di cui all’art. 609-*bis* c.p.

⁵³ «Il dibattimento relativo ai delitti previsti dagli articoli 600, 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quinqies*, 601, 602, 609-*bis*, 609-*ter* e 609-*octies* del codice penale, si svolge a porte aperte; tuttavia, la persona offesa può chiedere che si proceda a porte chiuse anche solo per una parte di esso. Si procede sempre a porte chiuse quando la parte offesa è minorenni. In tali procedimenti non sono ammesse domande sulla *vita privata* o sulla *sessualità* della persona offesa, se non sono necessarie alla ricostruzione del fatto».

⁵⁴ Volgendo lo sguardo alla giurisprudenza della Corte EDU, significativa è la sentenza *Opuz c. Turchia* nella quale la Corte riconosce, alla luce di molteplici violenze subite dalla ricorrente e dalla madre di lei da parte del marito, la violazione degli artt. 2 e 3 CEDU: nello specifico, la Corte rileva la violazione del diritto alla vita e del divieto di trattamenti inumani e degradanti, in quanto le autorità

In merito all'importanza della sentenza, è stato autorevolmente affermato che affinché i giudici, e le giudici, possano garantire imparzialità nei propri giudizi, è necessario che facciano «lo sforzo culturale» di riconoscere gli stereotipi di genere e di sradicarli. Tuttavia, preme sottolineare come la magistratura non sia universalmente consapevole del limite rappresentato dalla diffusione e storicità degli stereotipi, motivo per il quale «da un lato, perpetua l'impunità degli uomini autori di violenza e, dall'altro, colpevolizza le donne che li denunciano»⁵⁵.

Ciò accadrebbe in quanto «è stato automatizzato e interiorizzato, sotto il profilo cognitivo ed epistemologico, che la discriminazione e i rapporti gerarchici e di potere tra i sessi sono naturali»⁵⁶. Dunque, quegli stereotipi che, secondo Cantarella⁵⁷, originerebbero dal famoso mito di Pandora, trovano applicazione abbondante e significativa ancora oggi, tanto che le stesse nostre Corti di giustizia sono limitate nell'essere effettivamente imparziali da meccanismi stereotipati tali per cui ad un comportamento si ricollega automaticamente una causa, un motivo e dove tutto è riconducibile a «categorizzazioni binarie fondate sulla gerarchia»⁵⁸.

Lo scopo di una tale struttura è quello di renderla talmente normale da non essere vista⁵⁹: le diseguaglianze tra i generi e il dominio e il controllo degli uomini sul corpo delle donne e sulla loro capacità riproduttiva rappresenta, ancora oggi, la normalità.

In un panorama così definito, il diritto, insieme alla lingua, rappresentano i mezzi attraverso i quali vengono perpetuati quegli stereotipi, in modo da accentuare il loro radicamento della società e garantire il mantenimento di un ordine diseguale tra i generi tanto che questo viene rafforzato, tollerato e neutralizzato.

È la stessa Corte EDU, al paragrafo 141 della sentenza *J.L. c. Italia* ad affermare che «è essenziale che le autorità giudiziarie evitino di riprodurre stereotipi sessisti nelle decisioni giudiziarie, di minimizzare la violenza di genere e di esporre le donne a una

giurisdizionali competenti non erano state in grado di garantire la protezione dell'incolumità delle vittime. Le autorità sarebbero venute meno a quell'obbligo positivo di protezione delle vittime, risultante dall'applicazione del c.d. *Osman test*. La CEDU afferma infatti che gli Stati sono invitati a proteggere la vittima qualora le autorità nazionali fossero o avrebbero dovuto conoscere, davanti ad un rischio reale e immediato per la vita di una persona o di un individuo a causa di atti criminali di terzi, e hanno fallito nell'applicare misure nell'ambito delle loro competenze, misure che, se individuate razionalmente, avrebbero potuto evitare quel rischio e quel pericolo.

⁵⁵ P. DI NICOLA TRAVAGLINI, *La Corte EDU alla ricerca dell'imparzialità dei giudici davanti alla vittima imperfetta. Riflessioni a margine della sentenza della Corte EDU J.L. contro Italia del 27 maggio 2021*, in *Questione Giustizia*, 2021.

⁵⁶ I. BOIANO, *Femminismo giuridico tra pratica forense e teoria. Caso di studio: la violenza sessuale nei conflitti dinanzi alle corti regionali per i diritti umani*, in A. SIMONE, I. BOIANO (a cura di) *Tra femminismo ed esperienza giuridica. Pratiche, argomentazioni, interpretazione*, Roma, 2018; A. SIMONE, I. BOIANO, A. CONDELLO, *Femminismo giuridico. Teorie e problemi*, Milano, 2019 sono richiamati in P. DI NICOLA TRAVAGLINI, *La Corte EDU alla ricerca dell'imparzialità dei giudici davanti alla vittima imperfetta. Riflessioni a margine della sentenza della Corte EDU J.L. contro Italia del 27 maggio 2021*.

⁵⁷ Per saperne di più, E. CANTARELLA, *Gli inganni di Pandora. L'origine delle discriminazioni di genere nella Grecia antica*, Milano, 2019.

⁵⁸ P. DI NICOLA TRAVAGLINI, *La Corte EDU alla ricerca dell'imparzialità dei giudici davanti alla vittima imperfetta. Riflessioni a margine della sentenza della Corte EDU J.L. contro Italia del 27 maggio 2021*, in *Questione Giustizia*, 2022, 2.

⁵⁹ Per saperne di più sul tema, J. BUTLER, *Questione di genere. Il femminismo e la sovversione dell'identità*, Roma-Bari, 2017.

vittimizzazione secondaria utilizzando affermazioni colpevolizzanti e moralizzatrici atte a scoraggiare la fiducia delle vittime nella giustizia»⁶⁰.

Andando oltre gli estremi del caso di specie, il *decisum* della pronuncia si presta ad avere portata più generale in quanto viene riconosciuto che con l'introduzione nel giudizio di stereotipi relativi alla figura della donna che esistono all'interno della società italiana si determina una violazione dell'art. 8 CEDU⁶¹.

In tale occasione, la Corte EDU ha riconosciuto come talvolta i giudizi non siano in realtà puramente imparziali. Infatti, l'imparzialità dei giudici nelle loro decisioni è funzionale ad evitare il condizionamento di stereotipi patriarcali e secolari, che altrimenti potrebbero comportare episodi di ulteriore sofferenza laddove la vittima, proprio a causa di quegli stereotipi, non viene creduta e ritenuta affidabile nella sua parola.

Se si ritenesse che la mancata credibilità della testimonianza della vittima possa essere dettata da fattori quali l'insieme di stereotipi che gravitano attorno alla figura della donna, allora si potrebbe ritenere al tempo stesso che laddove non si costruisca il reato di violenza sessuale quale fondato sul consenso, si darebbe adito a stereotipi, legati al valore e al ruolo del consenso, che potrebbero porsi come fonti di vittimizzazione secondaria.

A ben vedere, quanto affermato nella sentenza *J.L. c. Italia* trova spazio anche all'interno delle nostre riflessioni: i giudizi non possono essere definiti attraverso norme di diritto che si pongono in termini problematici quando entra in gioco l'interpretazione costituzionalmente orientata degli stessi e che concedono spazi di intromissione di stereotipi legati, nel nostro caso, alla donna.

⁶⁰ Traduzione non ufficiale.

⁶¹ Interessante è analizzare l'andamento della Corte EDU in materia di violenza di genere in quanto talvolta accade che non venga esaminata approfonditamente la presunta violazione dell'art. 14 CEDU. Riconoscendo che la violenza di genere deve essere intesa nella sua stretta connessione con le discriminazioni di genere, così come affermato già da tempo dalla Raccomandazione generale n. 19 del Comitato CEDAW, l'esplicito riferimento all'art. 14 CEDU nei casi di violenza sessuale permetterebbe di collocare ciascun caso di specie nella propria dimensione di discriminazione di genere. Non procedendo per tale strada, la Corte EDU mancherebbe dunque di offrire una lettura del fenomeno in termini di questione di genere. Si pensi ad esempio alla sentenza *Aydın v. Turchia*: il caso vedeva coinvolta una giovane diciassettenne la quale, durante il conflitto tra forze di sicurezza turche e membri del PKK, era stata tenuta in isolamento per diversi giorni e lì era stata bendata, picchiata, abusata e violentata. In quel caso la Corte EDU afferma un principio fondamentale, riconoscendo lo stupro come atto in sé crudele, che colpisce l'integrità fisica e morale della persona, risultando esso aggravato laddove commesso da persone dotate di autorità nei confronti di soggetti in condizioni di vulnerabilità. Il filtro normativo adottato nel caso di specie è l'art. 3 CEDU, il quale sancisce il divieto di trattamenti inumani e degradanti, comportando la valutazione della violenza sessuale come una forma di tortura. Tuttavia, nonostante una conclusione così importante, la Corte manca di cogliere un aspetto fondamentale che comporta per le donne il fatto di subire in modo sproporzionato le conseguenze di una violenza: occorre cioè riconoscere come la violenza sessuale sia uno strumento, strettamente connesso al genere, che si presta come mezzo essenziale alla riaffermazione dei poteri, laddove si sia dinanzi ad uno sbilanciamento degli stessi. La stessa violenza sessuale assume infatti rilevanza soprattutto nell'ambito dei conflitti armati proprio come strumento per ristabilire un ordine venuto meno. A tal proposito, si veda C. NARDOCCI, *Gender-based violence between the European Convention on Human Rights and the Istanbul Convention*, in M. D'AMICO, C. NARDOCCI, *Gender-based violence between national and supranational responses. The way forward*, Napoli, 2021.

5. Il contributo della giurisprudenza di legittimità sull'essenzialità del consenso

Al netto di quanto detto, non si può ignorare che, nonostante le perplessità e le problematiche interpretative che la struttura del reato di violenza sessuale pone, esiste una consolidata giurisprudenza in tema che sembra invece attenersi e conformarsi ai binari costituzionalmente definiti in tema di libertà sessuale, interpretando il reato come basato e costruito sull'esistenza o meno del consenso della persona offesa all'atto sessuale.

La Corte di Cassazione ha infatti da tempo ribadito, con numerose e importanti pronunce, che il reato di violenza sessuale è integrato non soltanto dalla condotta lesiva della sfera della libertà e dell'integrità sessuale, riconducibile a quanto disposto dall'art. 609-bis c.p., ma anche quando tale condotta lesiva viene posta in essere in assenza di consenso o in presenza di (implicito) dissenso⁶².

Rilevante in tal senso sono pronunce come la sentenza n. 727 del 2018, con la quale la Corte di Cassazione ha affermato che non può essere invocata la scriminante del consenso putativo nel caso in cui la vittima, dopo aver opposto fermamente e ripetutamente il proprio rifiuto al rapporto sessuale, cercando inoltre di sottrarvisi, abbia tentato di ridurre le conseguenze negative dell'atto – comunque non voluto – invitando l'agente aggressore ad utilizzare il preservativo⁶³.

La Corte di legittimità riconosce rilevanza penale anche al manifestato dissenso della persona offesa, potendo esso essere integrato anche da condotte di diversa natura, quale può essere ad esempio il pianto. Con la sentenza n. 42118 del 2019, la Corte di Cassazione ha infatti riconosciuto rilevanza penale al pianto scaturito durante il rapporto sessuale, affermando che, ai fini della sussistenza dell'elemento soggettivo del reato di violenza sessuale, è necessario che l'agente abbia la consapevolezza del fatto che non sia stato *chiaramente e liberamente* manifestato il consenso da parte del soggetto passivo al compimento degli atti sessuali a suo carico. Nel caso di specie, il pianto della

⁶² Cass. pen., sez. III, 20/11/2019, n. 10372

⁶³ Sotto questo punto di vista, occorre richiamare un fenomeno, particolarmente diffuso tra uomini e donne, che prende il nome di *stealthing* e che consiste nello sfilare il preservativo durante un rapporto sessuale all'insaputa del partner. Si tratta di un fenomeno che lede non soltanto la salute del soggetto, ma anche la sua autodeterminazione nella sfera sessuale: la persona, infatti, viene sottoposta alla potenzialità di alcune situazioni quale quella di contrarre una malattia sessualmente trasmissibile ovvero quella di incorrere in gravidanze indesiderate. Se nel contesto europeo e internazionale è possibile trovare delle pronunce in virtù delle quali si deve ritenere che il fenomeno dello *stealthing* integri il reato di violenza sessuale, il discorso è leggermente diverso per l'esperienza italiana. Vi è però in atto il tentativo di inquadrare il fenomeno come violenza sessuale: posto che l'attività sessuale non protetta di per sé non ha alcuna rilevanza penale, la sanzionabilità del comportamento potrebbe sorgere laddove esso venga posto in essere in assenza del consenso di una delle persone circa lo svolgimento o le modalità di svolgimento del rapporto sessuale. Il legislatore, tuttavia, così come la stessa giurisprudenza, mancano ancora di inquadrare il fenomeno in esame in una cornice penalmente rilevante: si deve però ritenere che la rilevanza del comportamento debba essere ricondotta all'argomento centrale di cui si sta parlando, quale l'assenza di consenso, sia che esso manchi fin da principio, sia che esso venga meno nel corso della consumazione dell'atto sessuale.

donna durante il rapporto sessuale doveva essere considerato come inequivocabile e sufficiente elemento per dedurre il dissenso⁶⁴.

Di notevole importanza è anche la sentenza n. 18864 del 2019, con la quale la Corte ha riconosciuto la responsabilità del medico che, nell'esercizio della propria attività, ha messo in atto pratiche – seppur mediche – lesive e incidenti sulla sfera sessuale della paziente, senza il suo previo (e necessario) consenso informato. L'attività medica infatti necessita della manifestazione del consenso del paziente, non potendo il medico considerarsi legittimato a intervenire in virtù di un diritto a curare che prescinde dalla volontà dell'ammalato. Nel caso opposto, si verificherebbe una violazione della libertà morale del soggetto e alla sua autodeterminazione, nonché al diritto alla propria integrità corporea: tutte libertà riconducibili all'inviolabilità dell'art. 13 Cost.

La sentenza della Corte di Cassazione richiama anche un'importante giurisprudenza costituzionale, in particolare la sentenza n. 438 del 2008, con la quale la Corte costituzionale riconosce e dichiara il valore del consenso informato, inteso come espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario, e riconducibile alla categoria dei diritti fondamentali e inviolabili di cui agli artt. 13 e 32 Cost.

Non è un caso che la Corte di Cassazione abbia richiamato la sentenza della Corte costituzionale. Essa, infatti, si fa indice di una già esistente consapevolezza che la Corte costituzionale ha maturato sulla funzione e sull'inviolabilità del consenso, seppur soltanto in ambito medico-sanitario. Proprio per questo motivo, il richiamo alla pronuncia lascia aperti diversi interrogativi. A fronte di una carenza di giurisprudenza costituzionale in tema di consenso all'atto sessuale, perché la Corte costituzionale non si è mai pronunciata in materia? O ancora, è necessario che la Corte costituzionale intervenga in un panorama caratterizzato da una molteplicità di fonti che sottolineano l'esigenza e l'urgenza di un intervento legislativo?

6. Conclusioni

A fronte di quanto detto, si può indubbiamente affermare che lo stato dell'arte è caratterizzato da una giurisprudenza di legittimità che si è solidificata attorno al principio secondo il quale il consenso è essenziale ai fini della concretizzazione del reato di violenza sessuale in quanto indice della volontà dell'individuo e dunque del libero esercizio della sua libertà sessuale e della sua libertà di autodeterminazione.

Al tempo stesso, è stato possibile sottolineare come di fatto manchi un paragonabile contributo della Corte costituzionale, che pur si è pronunciata circa

⁶⁴ Molto simile in tal senso, anche la sentenza n. 34582 del 2021, con la quale è stato affermato che l'elemento oggettivo del reato di violenza sessuale sussiste non soltanto in relazione ad una condotta invasiva della sfera della libertà e integrità sessuale altrui, realizzata in presenza di dissenso esplicito della vittima, ma anche in relazione alla condotta posta in essere in assenza di consenso, non espresso neanche in forma tacita: nel caso di specie, l'imputato aveva palpeggiato il seno della vittima che, impegnata in una conversazione telefonica con il proprio responsabile di lavoro, aveva cercato di allontanarlo con il gomito, manifestando implicitamente, attraverso tale azione, il proprio dissenso.

l’individuazione della portata della stessa libertà sessuale. Tuttavia, ai fini del nostro ragionamento, tale contributo, seppur importante, potrebbe risultare parziale, limitato⁶⁵.

Ci si è posti prima un fondamentale quesito: perché la Corte costituzionale non si pronuncia in materia? La risposta potrebbe essere semplice: ancora non sono state sollevate questioni di legittimità costituzionale dinnanzi alla Corte.

Ponendoci però in termini dubitativi rispetto al problema, e immaginandoci uno scenario in cui i giudici decidessero di sollevare questione di legittimità costituzionale sull’ art. 609-*bis* c.p. in relazione alla quale la Corte dovesse a sua volta decidere di entrare nel merito, si prospetterebbe una conclusione in particolare. La Corte, infatti, si troverebbe dinanzi alla difficoltà di operare un’integrazione del consenso in quanto si scontrerebbe con i limiti tradizionalmente posti dalla riserva di legge penale di cui

⁶⁵ In particolare, la Corte costituzionale ha avuto modo di pronunciarsi in tema di prostituzione con la sentenza n. 141 del 2019. La questione di legittimità costituzionale, sollevata dalla Corte di Appello di Bari, riguardava l’art. 3, primo comma, numeri 4), prima parte e 8) della l. n. 75 del 1958 (*Abolizione della regolamentazione della prostituzione e lotta contro lo sfruttamento della prostituzione altrui*, detta anche “Legge Merlin”) «nella parte in cui configura come illecito penale il reclutamento ed il favoreggiamento della prostituzione volontariamente e consapevolmente esercitata», per contrasto con gli artt. 2, 13, 25, 27 e 41 Cost. La Corte di Appello di Bari sosteneva che l’attuale realtà sociale, nella quale si collocava l’ordinanza di rimessione, fosse diversa da quella dell’epoca in cui le norme incriminatrici furono introdotte: accanto alla prostituzione “coattiva” e a quella “per bisogno” si inserisce ora anche una prostituzione (quale quella delle “escort”) che sarebbe libera e volontaria. Tale scelta rappresenterebbe, di conseguenza, espressione della libertà di autodeterminazione sessuale, garantita dall’articolo 2 della Costituzione, in quanto si esplicherebbe nell’offerta di prestazioni sessuali a pagamento. Dunque, riconoscendo la libertà sessuale come uno degli essenziali modi con cui la persona umana può esprimersi, il giudice rimettente sosteneva che punire colui che svolge un’attività di intermediazione tra prostituta e cliente, nonché di favoreggiamento della prostituzione, comporterebbe la compromissione dell’esercizio della libertà sessuale e della libertà di iniziativa economica della prostituta, interessando condotte di terzi di fatto non lesive di alcun bene giuridico. In altri termini, le condotte oggetto di valutazione e di esame sarebbero, secondo il giudice *a quo*, prive di alcun carattere di offensività, non determinando, nel concreto, alcuna lesione alla libertà di autodeterminazione, rappresentando piuttosto una facilitazione alla piena attuazione di quest’ultima. Da un lato, la prostituzione potrebbe essere considerata come «una scelta attinente all’autodeterminazione in materia sessuale dell’individuo, che dà luogo a un’attività economica legale»; dall’altro lato, la prostituzione costituirebbe un fenomeno da contrastare, anche penalmente, avendo ricadute negative sul piano individuale e sociale (si pensi al versante dei diritti fondamentali dei soggetti vulnerabili, a quello della dignità umana ovvero dell’ordine pubblico).

Entrando nel merito della questione, e con specifico riferimento alla necessità di tutelare i diritti fondamentali, Corte propone tre importanti motivazioni. Innanzitutto, si riconosce che, anche qualora la scelta di prostituirsi sia libera, nella maggioranza dei casi essa risulta essere comunque dettata da fattori che condizionano la libertà di autodeterminazione. In secondo luogo, il Giudice delle Leggi riconosce la difficoltà, sul piano dell’accertamento giurisdizionale, nel distinguere scelte autenticamente libere da scelte che non lo sono. In terzo luogo, viene affermato che, anche qualora la scelta sia libera e consapevole, l’attività prostitutiva comporta dei rischi elevati, come la difficoltà di uscire dal circuito o la facilità di cadere vittime di pressioni e ricatti.

In tema, si v. B. LIBERALI, *Dignità Umana e libertà sessuale nella prostituzione libera e consapevole: interpretazione evolutiva o anacronismo legislativo?*, in A. APOSTOLI (a cura di), *Donne, corpo e mercato di fronte alle categorie del diritto costituzionale*, Torino, 2021, 99 ss.; B. PEZZINI, *Donne, corpo e mercato di fronte alle categorie del diritto costituzionale: la legge Merlin nella prospettiva costituzionale antisubordinazione di genere*, in A. APOSTOLI (a cura di), *Donne, corpo e mercato di fronte alle categorie del diritto costituzionale*, Torino, 2021, 55 ss.

all’art. 25 Cost.⁶⁶, soprattutto laddove dall’intervento della Corte potrebbe derivare una sentenza manipolativa con effetti in *malam partem*⁶⁷.

Occorre tuttavia tener presente che talvolta la Corte costituzionale, abbandonando la riverenza che ha sempre dimostrato nei confronti della discrezionalità del legislatore⁶⁸, ha superato quei limiti imposti dal potere legislativo e dalla riserva di legge penale.

Rilevante pronuncia in tal senso, seppur risalente nel tempo, è sicuramente la sentenza n. 126 del 1968, con la quale la Corte si è pronunciata nel senso dell’illegittimità costituzionale dell’art. 559 c.p., in tema di adulterio. Posto infatti che l’art. 559 c.p. puniva l’adulterio solo qualora “commesso” dalla moglie, la Corte costituzionale ha affermato che, pur rappresentando la punibilità dell’adulterio oggetto di politica legislativa, la discriminazione posta in essere dalla legge penale violava il principio di eguaglianza tra i coniugi, elemento che legittimava, di conseguenza, un intervento della stessa Corte volto a incidere sulla natura della norma incriminatrice⁶⁹.

Tuttavia, è solo con la più recente sentenza sul c.d. caso Cappato⁷⁰ che la Corte ha inaugurato un orientamento giurisprudenziale – di cui si accennava prima – caratterizzato dal superamento di quella riverenza di cui si diceva sopra e dunque della discrezionalità legislativa e del limite della riserva di legge penale posta dall’art. 25 c. 2 Cost.: un filone giurisprudenziale che ha quindi visto il diretto intervento della Corte sul precetto della norma penale e che ha sollecitato interventi successivi volti a intervenire sulla sanzione⁷¹ definita all’interno della norma penale.

Preme però sottolineare che nel nostro caso di specie manca la realizzabilità di una questione di legittimità costituzionale: la giurisprudenza di legittimità e, dunque, quello che possiamo definire “diritto vivente”, è salda nel riconoscere il valore costituzionale in tal senso, riuscendo, di conseguenza, ad arginare le derive interpretative dei giudizi di merito.

⁶⁶ A tal proposito, si consenta di rimandare a M. LUCIANI, *Diritto penale e Costituzione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018.

⁶⁷ Si veda, a tal fine, N. ZANON, *Corte costituzionale e norme penali di favore: verso un sindacato sulle scelte politico-criminali?*, in L. ZILLETTI, F. OLIVA (a cura di), *Verso un sindacato di legittimità sulle scelte politico-criminali?*, Pisa, 2007, 53 ss.

⁶⁸ Sulla discrezionalità del legislatore penale, si rimanda a M. D’AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista AIC*, 2016

⁶⁹ Sicuramente, la scelta della Corte di superare la discrezionalità legislativa, intervenendo direttamente sul nucleo della norma, potrebbe essere connessa allo stesso periodo storico nel quale si colloca la sua pronuncia. In altre parole, i tempi e la coscienza sociale erano da considerarsi abbastanza o sufficientemente maturi affinché la Corte potesse intervenire proprio in tal senso. Così anche N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della “coscienza sociale”, interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, 2017.

⁷⁰ In tale caso, pronunciandosi in tema di fine vita, la Corte ha affermato che «ove, i vuoti di disciplina, pure in sé variamente colmabili, rischiano di risolversi a loro volta in una menomata protezione di diritti fondamentali (suscettibile anch’essa di protrarsi nel tempo, nel perdurare dell’inerzia legislativa), questa Corte può e deve farsi carico dell’esigenza di evitarli, non limitandosi a un annullamento “secco” della norma incostituzionale, ma ricavando dalle coordinate del sistema vigente i criteri di riempimento costituzionalmente necessari, ancorché non a contenuto costituzionalmente vincolato, fin tanto che sulla materia non intervenga il Parlamento».

⁷¹ In tal senso, significativa la sentenza n. 222 del 2018. A commento, si v. S. LEONE, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a “rime possibili”*, in *Quaderni costituzionali*, 2019.

Ovviamente il ruolo del diritto vivente, seppur centrale, non è sufficiente a risolvere le problematiche strutturali che si sono volute evidenziare in questo contributo.

Al netto di quanto emerso dalla nostra riflessione, posta la limitata funzione del diritto vivente e la difficoltà di prospettare un concreto intervento della Corte costituzionale, lo stato dell'arte e gli scenari ipotizzabili convergono in un'unica direzione, volta a sottolineare l'urgenza di un intervento legislativo.

L'intervento legislativo ben si presta, infatti, ad essere lo strumento necessario al superamento delle problematiche poste dall'art. 609-bis c.p., legate non soltanto alla diffusione e sopravvivenza di stereotipi nelle aule dei tribunali e, di conseguenza, nei giudizi, ma anche all'interpretazione delle stesse condotte penalmente rilevanti.

Il compito (urgente) del legislatore penale sarebbe dunque orientato a cogliere l'opportunità – più che ad adempiere un obbligo – di evitare discrepanze e discrasie interpretative tra giudici di merito e giudici di legittimità.

L'esistenza di un solido diritto vivente⁷², che certo scongiura, da ultimo, un intervento della Corte costituzionale, si presenta come espressione di una consapevolezza, già prima ribadita, sulla funzione e sul ruolo del consenso da parte della giurisprudenza di legittimità. A fronte però di un discostamento della giurisprudenza di merito, l'intervento legislativo sarebbe funzionale in tal senso in quanto attribuirebbe, indirettamente, maggiore vincolatività ad una giurisprudenza di legittimità da tempo orientata nei termini che si prospettano saranno definiti dallo stesso legislatore.

Per meglio dire, l'esplicitazione del consenso nel reato di violenza sessuale, da parte del legislatore, sarebbe teso non soltanto a garantire uniformità della disciplina penale e della connessa tutela, ma anche, di conseguenza, ad assicurare una maggiore uniformità nell'interpretazione del consenso, ora chiara e ben definita, tra giurisprudenza di merito e giurisprudenza di legittimità⁷³.

Per produrre questi risultati, è certamente necessario che un così delineato e prospettato intervento legislativo si accompagni a un importante cambiamento culturale, che riesca a percepire, proprio partendo dall'intervento legislativo, la necessità di abbandonare progressivamente gli stereotipi sulla donna e sulla libertà sessuale e faccia spazio ad una consapevolezza più ampia della libertà di autodeterminazione di ciascun individuo.

L'urgenza di un tale intervento emerge chiaramente dalla recente proposta di direttiva dell'Unione europea sulla violenza contro le donne. L'obiettivo della direttiva è quello di accostarsi al modello proposto dalla Convenzione di Istanbul (ancora non

⁷² Sul tema, si rimanda alle riflessioni di A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e «Diritto vivente»*. *Genesis, uso, implicazioni*, Ferrara, 1994.

⁷³ I giudici di merito, infatti, non sono vincolati agli orientamenti dei giudici di legittimità (Corte cost., sent. n. 230 del 2012). Per saperne di più, si v. S. FURFARO, *Il mito del giudicato e il dogma della legge: la precarietà della certezza giuridica*, in *Archivio penale*, 2013; A. RUGGERI, *L'"intensità" del vincolo espresso dai precedenti giurisprudenziali con specifico riguardo al piano dei rapporti tra CEDU e diritto interno e in vista dell'affermazione della Costituzione come "sistema"*, in *Consulta online*, 2013. Sul tema di magistratura, invece, si v. invece N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, 2006.

ratificata dall’Unione europea), promuovendo interventi legislativi nazionali volti a contrastare efficacemente il fenomeno, generale, della violenza di genere, disincentivando il realizzarsi di episodi di vittimizzazione secondaria e di intromissione di stereotipi di genere.

La direttiva risulta rilevante, ai fini dei nostri ragionamenti, in quanto prevede, tra le molteplici proposte, anche quella per gli Stati membri di costruire il reato di violenza sessuale sul consenso⁷⁴. Ciò porta ad affermare che il ruolo che il consenso ha nella concretizzazione della violenza sessuale è sicuramente da tempo stato recepito anche dal legislatore comunitario che ora sollecita, nell’ottica di garantire una maggiore protezione delle donne vittime di violenza, l’intervento degli Stati membri in tal senso.

Cambiamenti nella coscienza sociale⁷⁵ porterebbero dunque ad affermare che il terreno è fertile per promuovere un cambiamento anche all’interno dell’ordinamento italiano. In realtà, il Parlamento ha già avvertito in parte questa opportunità, presentando nella scorsa legislatura e ripresentandolo in quella attualmente in corso, un disegno di legge volto a modificare l’art. 609-bis c.p. in modo da integrare ed esplicitare l’elemento del consenso⁷⁶. A fronte della ripresentazione del disegno di legge, si può pacificamente affermare che qualcosa si sta muovendo nel senso di garantire il panorama, più costituzionalmente orientato alla tutela della libertà sessuale, che si è voluto precisare in questo contributo. Al tempo stesso, però, la mancata discussione del disegno di legge nella scorsa legislatura porta forse ad affermare che la modifica del reato di violenza sessuale non sia tra le esigenze del legislatore. Tuttavia, lo scenario storico è differente da quello della scorsa legislatura: la direttiva dell’Unione europea in corso di approvazione rappresenta, ai nostri fini, ulteriore spinta verso un intervento integrativo del legislatore penale.

Per tirare le fila delle nostre riflessioni, è ora possibile sottolineare come, nonostante l’esistenza di un diritto vivente consolidato attorno ad un’interpretazione costituzionalmente orientata a riconoscere il consenso come veicolo dell’esercizio della libertà sessuale, questo non sia comunque sufficiente per arginare le derive interpretative di una giurisprudenza di merito che sembra invece concedere l’accesso a stereotipi di genere che si insidiano nelle valutazioni dei giudici e che determinano la perdita di quell’oggettività che dovrebbe invece caratterizzare i giudizi.

A fronte di tali difficoltà interpretative, che certamente scaturiscono da una struttura fragile e problematica dell’art. 609-bis c.p., ipotizzare un intervento della Corte costituzionale, volto all’esplicitazione del consenso nella norma penale, è di fatto

⁷⁴ L’esigenza di procedere in tal senso scaturisce anche dalle recenti esperienze legislative dei Paesi europei i quali, riconoscendo l’essenzialità del consenso, hanno promosso, e approvato, riforme della norma penale così che potesse costruirsi proprio sulla presenza o meno del consenso all’atto sessuale. Significative, in tal senso, sono le esperienze di Stati come Spagna, Danimarca e Svizzera i quali, nel 2022, hanno introdotto riforme volte a valorizzare la centralità del (assenza) consenso ai fini della concretizzazione del reato di violenza sessuale.

Esigenza, questa, ribadita anche nella *Relazione finale della Commissione parlamentare di inchiesta sul femminicidio*, nonché su ogni forma di violenza di genere del 2022

⁷⁵ Sul rapporto tra evoluzione della coscienza sociale, legislatore e Corte costituzionale, si v. N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della “coscienza sociale”, interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, 2017.

⁷⁶ Si tratta del disegno di legge n. 90, proposto dalla senatrice Valente.

ostacolato dalla riserva di legge di cui all'art. 25 c. 2, nonché dalla natura del giudizio che potrebbe altrimenti essere condotto.

Ciò porta ad affermare che il compito, urgente, di innalzare gli standard di tutela, rispondendo non soltanto all'esigenza di porsi in termini più costituzionalmente orientati, ma anche all'esigenza di collaborare allo sradicamento degli stereotipi che gravitano attorno alla figura della donna, spetta al Parlamento. Il legislatore deve portare avanti i disegni di legge proposti dai suoi componenti, indice di una consapevolezza circa la necessità del suo intervento, portando a compimento una modifica della norma penale volta a costruire il reato di violenza sessuale sull'elemento del consenso.