

Equivoci ricorrenti in tema di violenza sessuale fra ragioni “oggettive” della vittima e quelle “soggettive” del suo autore materiale: la lesione sessuale “colposa” come possibile soluzione normativa di equilibrio con positiva valenza culturale

di **Stefano Vitelli**

Sommario. **1.** Premesse introduttive. – **2.** Le lesioni sessuali costrittive: fra violenza/minaccia/abuso di autorità e prova. – **3.** L’eliminazione dei requisiti tipici della violenza e minaccia e il delitto di lesione sessuale colposa. – **4.** Riflessioni conclusive.

1. Premesse introduttive

Dietro ad argomenti motivazionali che non infrequentemente la giurisprudenza utilizza in materia di contestata violenza sessuale (in specie) fra adulti ⁽¹⁾ con la loro dichiarata “logicità” o “notorietà” o “regola di comune esperienza” e con l’effetto, al contrario, di destare clamore e smarrimento fra gli addetti ai lavori (e non solo), vi possono essere invero pregiudizi culturali, ragioni emozionali, vissuti personali o altro imponderabile fattore “umano” che condiziona il soggetto giudicante.

¹ Posto che oggetto principale di queste riflessioni sono i dinamici, complessi rapporti anche di carattere probatorio fra le modalità tipiche della prevaricazione sessuale e la libertà di autodeterminazione in tale ambito, eccentrico alle stesse risulta essere il microcosmo della tutela penale dell’intangibilità della sessualità minorile (gli atti sessuali con minorenni di cui all’art. 609 *quater* c.p., la corruzione di minorenni di cui all’art. 609 *quinqües* c.p., nonché in via di anticipazione il mero adescamento di cui all’art. 609 *undecies* c.p.): qui assoluta centralità riveste, infatti, la tutela *oggettiva* del minore il cui eventuale “consenso” non incide sull’interesse in tale delicata sfera di vita ad una consapevole, matura scelta del soggetto oggi “fragile” e non esclude, quindi, la tipicità del fatto. Nelle premesse alla Convenzione del Consiglio d’Europa sulla protezione dei minori dallo sfruttamento e dagli abusi sessuali di Lanzarote del 2007 viene scritto: “*Lo sfruttamento sessuale dei minori...nonché tutte le forme di abuso sessuale dei minori... mettono seriamente a rischio la salute e lo sviluppo psico-sociale dei minori*”. Sui contenuti della Convenzione, G.L. Gatta, *Protezione dei minori contro lo sfruttamento e l’abuso sessuale: ratificata la Convenzione di Lanzarote del 2007 (e attuata una mini-riforma nell’ambito dei delitti contro la persona)*, in www.penalecontemporaneo.it 2012.



Siamo dinnanzi, del resto, ad un ambito della vita umana che si interseca con profili essenziali della sensibilità individuale, della cultura, del personale modo di concepire e vivere in una sfera così intima e identificante il rapporto con sé stessi e con gli altri. Avere ben chiaro il terreno sconnesso sul quale il legislatore penale è chiamato qui ad operare costituisce una indispensabile premessa, non certo per affidarsi ad un spesso imprevedibile soggettivismo interpretativo e valutativo condizionato dal caso concreto e dai fattori "emozionali" summenzionati, quanto all'opposto per farsi carico responsabilmente del compito di costruire una complessiva disciplina normativa che sappia comporre *chiaramente* e nel modo *migliore* le istanze di "tutela" del titolare del bene giuridico in rilievo, da un lato, e di "garanzia" del presunto autore della condotta di reato, dall'altro. Compito certo difficile in questo ambito: vieppiù indispensabile, però, laddove si tenga conto che i pregiudizi culturali e le altre forme di soggettivismo possono incontrare un oggettivo ostacolo per nascere, maturare e proliferare nelle accennate "forzature" motivazionali proprio in scelte normative inequivoche e in grado di rispondere alla *complessità* della materia in parola senza derive assiologiche *unidirezionali*, senza sbandamenti *ideologici*.

Soluzioni che rispondano a questi fondamentali requisiti richiedono, peraltro, preliminari percorsi di analisi e di valutazione che colgano appieno questa complessità e se ne facciano carico. Ecco che il pur opportuno abbandono del requisito normativo della violenza e/o minaccia nella condotta di volontaria lesione all'altrui sfera sessuale, superamento coerente con una più pregnante e moderna valorizzazione del bene giuridico della libertà di autodeterminazione in ambito sessuale e quindi con una fattispecie il cui disvalore tipico (come vedremo) si radichi sul mancato consenso (espresso o comunque implicito) del soggetto passivo, non deve trascurare il ruolo di "garanzia" che per certi versi la minaccia e violenza della condotta lesiva rivestono rispetto alla *prova* dell'altrui dissenso e alla *consapevolezza* del soggetto agente in merito a tale fondamentale requisito. Il carattere non indolore di tale opzione amputatoria deve indurre, dunque, a pensare a contemporanee soluzioni che "recuperino" quelle istanze, dando ad esse delle forme meno stereotipate e che sappiano rispondere con la necessaria duttilità alla complessità fenomenologica in esame.

Riconoscere rilevanza penale anche al profilo gravemente *colposo* del soggetto agente rispetto al consenso del titolare della sfera sessuale lesa costituisce, come vedremo, un sentiero da percorrere per dare all'interprete (*in primis* al giudice) un'alternativa qualificatoria, non solo meno drastica e più rispondente alla profonda verità oggettiva e psicologica di alcuni, non infrequenti episodi, ma anche di sicuro valore etico/culturale pure nell'ottica iniziale volta, appunto, alla massima valorizzazione del bene giuridico di cui è titolare la vittima di tale tipologia di reati.

2. Le lesioni sessuali costrittive: fra violenza/minaccia/abuso di autorità e prova.

Con la legge n. 66 del 1996 i reati sessuali sono stati collocati nell'ambito dei delitti contro la persona, in particolare nel Capo III della Sezione II intitolato "dei delitti contro la libertà personale". Secondo l'originario impianto del Codice Rocco, i reati sessuali si collocavano, invece, nell'area di tutela della moralità pubblica: in questa prospettiva la "libertà sessuale" era tutelata "non come valore intrinseco della persona, ma nei limiti della sua corrispondenza al superiore valore della moralità pubblica".²

In coerenza con l'affermata centralità del valore giuridico della libertà sessuale della persona, il legislatore riformatore ha incentrato la nuova disciplina sulla nozione di «atti sessuali», eliminando la vecchia distinzione fra «congiunzione carnale» e «atti di libidine». D'altra parte, la concentrazione in un'unica fattispecie di una casistica di aggressioni sessuali variegata e diversamente offensiva ha indotto il legislatore riformatore a introdurre quale rimedio compensativo, come noto, la circostanza attenuante ad effetto speciale di cui al comma III dell'art. 609 *bis*³.

Ora, se vi è stata generale condivisione sul positivo valore simbolico/culturale di tale scelta, da più parti è stato evidenziato fin da subito come tale *assolutezza* del bene giuridico in parola (un valore da tutelare in sé e non più in relazione a interessi pubblicistici) avrebbe dovuto determinare, come logica conseguenza, la proiezione offensiva dell'azione tipica in rapporto al solo mancato consenso del titolare del bene giuridico. Richiedere, invece, la violenza o la minaccia o l'abuso di autorità come forme costrittive nei confronti del soggetto che subisce l'atto sessuale non voluto e quindi la previsione in sostanza di un reato a forma vincolata, depotenzia o persino

² F. Mantovani., *Diritto penale, Parte Speciale. Delitti contro la persona, II ed., Padova, 2008*, pag. 309; T. Padovani, *sub pre- art. 609 bis c.p.*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, a cura di Cadoppi, IV ed., Padova, 2006, pag. 418; per il periodo *ante riforma* si veda fra gli altri, M. Bertolino, *Libertà sessuale e tutela penale*, Milano, 1993, pag. 55 e ss; per gli ampi riferimenti bibliografici, *Diritto Penale*, Tomo III, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna e M. Papa, Milano, 2022, voce, *I delitti contro la libertà sessuale*, a cura di S. R. Palumbieri pag. 6171 e ss.

³ A. Colli, *La tutela della persona nella recente legge sulla violenza sessuale all'epilogo di un travagliato cammino legislativo*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1997, pag. 1170; in senso critico e a favore della soluzione (prevalente in altri ordinamenti europei) della previsione di una fattispecie di molestie sessuali, si veda, fra gli altri, S. Moccia, *Il tema delle circostanze e le fattispecie qualificate del diritto penale sessuale (l. 15 febbraio 1996 n. 66): un esempio paradigmatico di sciatteria legislativa*, in *Riv.it.dir.proc.pen.* 1997, pag. 409.

(secondo alcune voci critiche più radicali) tradisce lo spirito di fondo della riforma⁴.

In effetti, se ad ogni persona viene riconosciuta la piena libertà di autodeterminazione in ambito sessuale non è necessario *altro*, per qualificare di rilievo penale la condotta dell'agente che oggettivamente leda l'altrui sfera sessuale, che la manifestazione del proprio dissenso (espresso o anche implicito) o comunque il suo mancato consenso (non necessariamente verbale). Per evidenziare che il *discrimen* deve essere costituito in via decisiva dalla volontà negativa o positiva della persona, i Paesi di lingua inglese usano l'efficace espressione: "*no means no*" oppure "*(only) yes means yes*"⁵. Richiedere come elemento costitutivo (e non come circostanza aggravante) l'azione violenta o minacciosa dell'agente significa, invece, imporre in colui che dissente (e questo è un punto centrale sul quale va richiamata la massima attenzione) un onere di resistenza, una tutela penale "da conquistare sul campo"⁶.

Ora, questo effetto di possibile tutela *non incondizionata* della vittima dell'abuso sessuale emerge nella sua criticità rispetto alla centralità del bene giuridico protetto della libertà sessuale laddove sia chiaro e indiscusso il dissenso del soggetto passivo. In altri termini, quest'ultimo costituisce (oltre che ovviamente uno degli elementi costitutivi del reato) una sorta di presupposto logico/fattuale della ravvisata problematicità: "*se io esprimo il mio dissenso e tu ciò nonostante agisci, ledi per ciò solo la mia intangibile libertà di autodeterminazione in ambito sessuale*".

⁴ F. Mantovani, *op. cit.*, pag. 363; G. Balbi, voce *Violenza sessuale*, EGT, Vol. XXXVII, Roma, 1998; M. Bertolino, *La riforma dei reati di violenza sessuale*, *Studium Iuris* 1996, pag. 401; T. Padovani, *Commentario della l. 15 febbraio 1996, n. 66, Norme contro la violenza sessuale*, *Legislazione Penale* 1996, pag. 413; V. Musacchio, *Le nuove norme contro la violenza sessuale: un'opinione sull'argomento*, *Giustizia penale*, 1996, II, pag. 117.

⁵ T. Hornle, *MeToo- Implications for Criminal Law?*, in *Bergen Journal of Criminale Law and Criminal Justice*, 2018, pag. 115 e ss; per un'attenta analisi comparatistica, M. Mattheudakis, *Un'indagine comparatistica sulla configurazione dei reati sessuali per colpa (grave) sui profili di consenso della vittima*, in *Discrimen* 2 dicembre 2020.

⁶ Già prima della riforma sul punto si veda, T. Padovani, *Violenza carnale e tutela della libertà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989; e quindi, dopo l'intervento riformatore, M. Viriglio, *Violenza sessuale e norma. Legislazioni penali a confronto*, Nuove Ricerche, Ancona, 1996, pag. 66; anche in relazione alla molto discussa c.d. "sentenza dei jeans" si veda P. Pisa, *Tutela della libertà sessuale tra distorsioni giurisprudenziali e carenze legislative*, in *Diritto penale e processo* 1999, pag. 535; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale, Parte speciale. I delitti contro la persona*, II ed., Bologna, 2007, pag. 211; G. Balbi, *I reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale in una prospettiva di riforma*, in *Sistema penale*, 3 marzo 2020.

La questione si complica (e non di poco) nelle ipotesi non infrequenti in cui la dinamica dei fatti risulta (almeno *prima facie*) ambigua e non di immediata inequivoca lettura.

Il dissenso del soggetto passivo del reato acquista qui una centrale importanza, in primo luogo, sotto il profilo *probatorio* della sua reale sussistenza, e in relazione quindi all'altro elemento centrale della *consapevolezza* dello stesso in capo al soggetto agente.

La complessità delle dinamiche interpersonali che invadono la sfera più intima delle persone, potendo coinvolgere i più complessi e differenti profili personologici (timidezze, paure, pregressi traumi, etc.,) si concretizza, infatti, in vicende specifiche nelle quali l'interprete non maneggia il dissenso della vittima come semplice "presupposto" per andare poi a valutare la condotta violenta o minacciosa dell'agente (con gli esiti interpretativi che fra poco diremo) ma, al contrario, ha il fondamentale problema di accertare e valutare proprio il dissenso della presunta vittima come primo, basilare elemento costitutivo della fattispecie e quindi l'eventuale dolo (come rappresentazione e volontà del fatto tipico in tutti i suoi elementi costitutivi, e dunque anche come rappresentazione del dissenso altrui) del soggetto agente⁷.

Ecco che qui le modalità violente o minacciose che caratterizzano la condotta tipica assumono per l'interprete anche un indubbio valore probatorio. L'utilizzo delle stesse costituisce, infatti, un importante *indizio* in merito sia al dissenso altrui che al dolo in capo al soggetto agente: è evidente, infatti, che se la vittima fosse stata invero consenziente non avrebbe avuto ragionevolmente senso, sul piano materiale e quindi volitivo, l'utilizzo di tali forme costrittive.

Ora, questo complesso carattere anfibico (*sostanziale* ma con una potenziale valenza anche *probatoria*) della violenza e minaccia nell'ambito della fattispecie di cui al primo comma dell'art. 609 *bis* c.p. spiega bene le ambivalenze interpretative di cui, nel corso degli anni, tali elementi costitutivi sono stati protagonisti.

In particolare, laddove il dissenso della presunta vittima risulti ragionevolmente certo la giurisprudenza ha inteso allargare le maglie del

⁷ Rispetto alla casistica molto varia ed articolata che si apre dinnanzi è qui opportuno citare un caso esemplare su cui torneremo verificatosi in Svezia non molto tempo fa: un uomo ed una donna conosciutisi via *social network* decidevano di passare una serata insieme, i due accettavano di dormire nello stesso letto ma la donna aveva espresso più volte segnali di "freddezza" circa la prospettiva di compiere atti sessuali: nonostante ciò l'uomo ad un certo punto inseriva le proprie dita nella vagina della donna che rimaneva passiva e continuava a non dare segnali di volontaria partecipazione al compimento di atti sessuali, in M. Mattheudakis, *op.cit.*, pag. 294 e ss..

concetto di violenza e minaccia. Innanzi tutto, facendovi rientrare anche gli atti *repentini* e *insidiosi* che per le loro intrinseche caratteristiche sorprendono la sfera di vigilanza della persona offesa prevenendone la ragionevole manifestazione di dissenso⁸.

La spiritualizzazione del concetto di violenza e minaccia si apprezza anche nell'ambito della c.d. "costrizione ambientale": sebbene la violenza non sia temporalmente e oggettivamente funzionale in via diretta all'atto sessuale, la situazione di abituale vessazione fisica e psicologica con conseguente angoscia e prostrazione in cui versa la persona offesa per effetto, ad esempio di una condotta abitualmente maltrattante da parte del compagno, costituisce una sorta di violenza *implicita* (o anche *potenziale*) che ha l'effetto di costringere la donna a subire atti sessuali contro la sua volontà: il rifiuto (implicito ma, si badi, ragionevolmente certo) se esternato potrebbe, infatti, innescare reazioni violente da parte dell'uomo in continuità appunto con il contesto familiare violento di cui la stessa è abitualmente vittima⁹.

Questa tendenza interpretativa che fa leva sullo "spostamento del baricentro" della fattispecie criminosa sull'*effetto* costrittivo e sulla sua forza e legittimazione nell'ottica, appunto, di "recupero" della massima centralità del bene giuridico leso (sul presupposto di un dissenso che non pone problemi particolari sul piano probatorio) non è estranea nemmeno all'importante, recente interpretazione delle Sezioni Unite della Cassazione sull'altra modalità causale dell'effetto costrittivo: l'abuso di autorità¹⁰. Nell'affermare

⁸ Per il caso di un medico convenzionato, il quale, profittando della circostanza di dover effettuare un'iniezione ad una paziente nel proprio ambulatorio, l'aveva indotta a spogliarsi e, repentinamente, palpeggiandole i seni, aveva avvicinato il proprio organo genitale a quello della donna in Cass. pen., sez. III, 27.1.2004, n. 6495 in CED 228493; nel caso dei toccamenti fugaci e repentini sui glutei sia pure sopra i vestiti, si veda Cass. pen., sez. III, 12.5.2010, n. 27042 in CED 248064; in dottrina su questa tendenza interpretativa estensiva, si veda R. Bartoli, *Lettera, precedente, scopo. Tre paradigmi interpretativi a confronto*, in Riv. it. dir. proc. pen. 2015, pag. 1769; V. Francesco, C. Piergallini, M. Vizzardi, A. Verri, *I delitti contro la persona*- Volume X, Cedam, Padova 2015, pag. 79 e ss; B. Romano, *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, Giuffrè, Milano, 2016; che gli atti sessuali c.d. "a sorpresa" vengano fatti rientrare nell'ambito della violenza sessuale è criticato da S. R. Palumbieri, *op. cit.*, pag. 6248, evidenziando fra l'altro come siamo qui dinnanzi, invero, ad un dissenso solo presunto. A soluzioni "creative" che concretano forme di analogia *in malam partem* fa riferimento A. Martini, *La tipicità alla prova delle migliori intenzioni: l'incerta nozione di atto sessuale*, in *Legislazione penale*, 27 luglio 2022, pag. 8 e ss..

⁹ In questo senso, Cass. pen., 6.2.2020, n. 10384 in *Guida al diritto*, 2020, 22, pag. 95; Cass. pen., 14.12.2018 n. 17676, in CEDCass 275947; Cass. pen., 24.1.2017 n. 16609, in CEDCass 269631.

¹⁰ Cass. pen, Sez. Unite, 16 luglio 2020, n. 27326, in *Sistema penale* 5 ottobre 2020; S. Finocchiaro, *L'abuso di autorità dell'insegnante privato tra violenza sessuale e atti sessuali con minorenni: la parola alle Sezioni Unite*, in *Sistema penale* 25 febbraio

che tale concetto presuppone un “rapporto tra più soggetti, sostanzialmente caratterizzato dal fatto che colui che riconosce l’autorità di chi la esercita subisce, senza reagire, gli atti che ne derivano” e che quindi “in un simile contesto non può validamente sostenersi che il riconoscimento dell’autorità debba avere esclusivamente natura formale e pubblicistica”, la Corte di legittimità afferma espressamente l’esigenza di riconoscere anche in questi ambiti la massima tutela della libertà sessuale della persona che subisce la *prevaricazione* esercitata dall’agente che utilizza arbitrariamente il suo potere. Insomma, argomentano chiaramente le Sezioni Unite, il profilo *costrittivo* costituisce il momento centrale per riconoscere rilievo ad ogni forma di strumentalizzazione della posizione di preminenza, anche rispetto a situazioni “derivanti da rapporti di natura privatistica o di mero fatto, come, ad esempio, nel caso dei rapporti di lavoro dipendente (anche irregolare), ovvero di situazioni di supremazia riscontrabili in ambito sportivo, religioso, professionale e all’interno di determinate comunità, associazioni o gruppi di individui”.

In altri termini, il momento lesivo dell’altrui libertà sessuale costituisce, certo, un *evento* tipico da provare sulla base del concreto contesto relazionale di preminenza, ma rappresenta anche una sorta di presupposto logico/argomentativo per fondare la più ampia estensione del concetto di “potere” e della sua arbitraria utilizzazione da parte del soggetto agente.

Non si può non vedere, dunque, come anche rispetto alla modalità dell’azione tipica costituita dall’abuso di autorità all’*effetto*, una volta ragionevolmente certo, sia riconosciuta forza e legittimazione assiologica per concorrere a fondare sul piano normativo la *causa*.

Se invece, e arriviamo al secondo momento, il profilo costrittivo risulta probatoriamente incerto, se il contesto concreto nel quale lo stesso va accertato e valutato risulta più ambiguo, se il dissenso della presunta vittima risulta di non immediata decifrazione, le modalità dell’azione recuperano in via interpretativa centralità anche per la loro possibile valenza indiziaria. In questa logica alla dematerializzazione del concetto di violenza si sostituisce la tendenza volta ad enfatizzarne all’opposto la necessaria forza, serietà e il suo effetto traumatizzante per la chi la subisce. Senza giungere all’anacronistica *vix atrox* (termine con cui si indicava una lotta talmente violenta da lasciare segni visibili sulla vittima), questa tendenza rischia di evocare comunque uno stereotipo di “stupratore”.

2020; A. Ferraro, *Il concetto di abuso: l’arbitraria utilizzazione della qualifica autoritativa nella violenza sessuale*, in *Archivio penale*, gennaio 2021; S. Braschi, *La violenza sessuale con abuso di autorità al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Dir. pen e processo*, 2021, 1 pag. 45 e ss..

Ecco delinarsi una dimensione di profonda connessione fra i profili sostanziali e quelli processual/probatori della violenza sessuale. Il profilo costrittivo (e il correlato dissenso del soggetto passivo) vengono riconosciuti o negati sulla base di elementi indiziari che siano logicamente coerenti o meno con pregnanti modalità violente/minacciose dell'azione. E' un terreno fertile, questo, per i menzionati sbandamenti motivazionali, specie in chiave assolutoria.

La valorizzazione come indizio di alcuni elementi circostanziali emergenti dalla dinamica dei fatti passa per un aumento (irragionevole e in netta controtendenza rispetto alla valorizzazione del bene giuridico della libertà sessuale per ipotesi *comunque* lesa) di spessore della violenza/minaccia e quindi per una più agevole (almeno apparentemente) spiegazione del passaggio dal fatto noto a quello ignoto da provare. Esempificando dalla casistica giurisprudenziale più recente, impiegare quei fisiologici necessari momenti per indossare il preservativo senza che la donna reagisca in qualche modo (fuggendo, ad esempio) evocherebbe un rapporto invero consenziente¹¹; farsi riaccompagnare a casa in macchina dal presunto stupratore non sarebbe coerente con una violenza sessuale appena subita¹²; soccorrere la ragazza che, dopo il denunciato abuso, accusa un malore a causa dell'eccessivo uso di sostanze alcoliche non sarebbe azione "tipica" di un violentatore¹³.

¹¹ Il caso, che ha portato il Comitato CEDAW (organismo previsto dalla Convenzione adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nel 1979 sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna, e ratificata in Italia con la legge n. 132 del 1985, Comitato che monitora l'attuazione da parte degli Stati firmatari della stessa e che può essere adito da chiunque ritenga violato, in modo grave e sistematico, un diritto in essa riconosciuto) a ritenere che lo Stato italiano abbia violato gli artt. 2, 3, 5 e 15 della Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne, è riassunto da P. Di Nicola Travaglini, *I pregiudizi culturali contro le donne all'esame di organismi internazionali: il caso A. F. contro Italia*, in *Sistema penale*, 29 luglio 2022.

¹² Nella sentenza n. 5512 del 16 ottobre 2019, la Corte di Cassazione ha affermato che il consenso della persona offesa nel reato di violenza sessuale non può essere desunto (come affermato dal giudice di primo grado) dal fatto che la vittima si sia fatta riaccompagnare a casa in automobile dal violentatore in seguito all'atto sessuale: per un commento alla stessa, F. Fedorczyk, *Attendibilità della vittima e accertamento del consenso nel reato di violenza sessuale*, in *Sistema Penale*, 28 aprile 2020.

¹³ La decisione della Corte d'Appello di Torino 31 marzo 2022 n. 2277 che, valorizzando anche tale circostanza, ha escluso in capo al soggetto agente la sussistenza del dolo si può leggere in *Sistema Penale*, 22 luglio 2022, con commento critico di 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*.

L'enfatizzazione del profilo violento per risolvere sul piano probatorio casi complessi comporta così la grave svalutazione del bene giuridico della libertà sessuale della vittima, da un lato, e la banalizzazione di complesse dinamiche umane, dall'altro.

Per cogliere queste fondamentali criticità e la debolezza di tali inferenze indiziarie basti rilevare che un terrore paralizzante della donna ben può consentire di fatto al soggetto agente di avere modo e tempo per indossare il preservativo; ancora, che la donna traumatizzata da un'aggressione sessuale appena subita in una zona isolata ritenga prioritario essere accompagnata dallo stesso autore del fatto in un luogo sicuro.

Ecco qui emergere in chiara evidenza come la previsione normativa di modalità tipiche di causazione dell'effetto costringitivo (in particolare la violenza e la minaccia) possa determinare esiti interpretativi che, in una rilevata attenzione verso esigenze probatorie in merito al reale dissenso della denunciante e all'effettiva consapevolezza dello stesso da parte del soggetto agente, impongano alla vittima un ingiustificabile onere di resistenza. D'altra parte, e in via opposta, il concetto di violenza e minaccia è stato oggetto (come visto) di un processo di "dematerializzazione" laddove il mancato consenso della persona offesa risulti inequivoco tanto da costituire una sorta di presupposto logico/fattuale della condanna abusante.

Lungo strade interpretative affatto differenti e con esiti talvolta (come appena visto) gravemente incoerenti con le premesse di tutela, il vero "cuore" della fattispecie da cui le stesse (come "arterie") hanno origine e a cui ritornano è costituito, dunque, dal bene giuridico della libertà di autodeterminazione sessuale e dal conseguente mancato consenso del titolare del diritto.

A fronte di ciò, le rilevate, importanti, ambiguità e incertezze interpretative sui concetti di violenza e minaccia non costituiscono certo un ostacolo, anzi inducono a soluzioni favorevoli nel riformulare il reato di abuso sessuale incentrando la tipicità esclusivamente proprio sul mancato consenso del soggetto passivo e non anche sulla presenza di violenza e/o minaccia¹⁴.

In questo senso vanno anche i moniti espressi dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo che nella pronuncia "M.C. Bulgaria" del 4 dicembre 2003 ha evidenziato come il riferimento alla forza fisica (e il conseguente onere di resistenza della vittima) dovrebbe essere rimosso dal diritto positivo degli Stati Membri. La Corte aveva osservato, in particolare, che sugli Stati contraenti incombe il dovere, discendente dagli artt. 3 e 8 CEDU, di adottare

¹⁴ In questo senso è la proposta dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto penale: in merito, Balbi G., *op.cit.*, in *Sistema penale* 3 marzo 2020; si veda anche B. Romano, *Proposte di riforma nei delitti contro la sfera sessuale della persona*, in *Dir. pen. cont.*, 29 novembre 2018, pag. 5.

disposizioni penali che tutelino in maniera effettiva l'autodeterminazione in materia sessuale: il che richiede che sia considerato penalmente rilevante "ogni atto sessuale non consensuale, anche laddove la vittima non abbia opposto resistenza fisica"¹⁵. Del resto, la Convenzione europea di Istanbul del 2011 sulla prevenzione e la lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica (ratificata dall'Italia con la legge 27 giugno 2013, n. 77) all'art. 36 indica agli Stati di incentrare la tutela della libertà sessuale sull'elemento del consenso della persona coinvolta. In ossequio a queste indicazioni, il diritto penale tedesco con la riforma del 2016 ha deciso di affermare la punibilità di tutti gli atti sessuali compiuti contro la volontà riconoscibile della vittima e senza necessità di ricorrere a violenza o minaccia. Quest'ultimi non sono più, dunque, requisiti costitutivi della fattispecie, ma solo fattori di aumento di pena¹⁶. Nel 2018 anche la Svezia (sulla cui legislazione in materia torneremo) ha modificato la propria disciplina incentrando la fattispecie di stupro sulla mancata volontà del soggetto passivo; in particolare si punisce ora a titolo di stupro la realizzazione di un rapporto sessuale (o il compimento di atti sessuali di offensività comparabile) con una persona che non partecipa "volontariamente": precisando la norma che, nel valutare se una partecipazione sia volontaria o meno, occorre prestare attenzione al fatto se il consenso sia stato espresso attraverso parole, azioni o in altro modo¹⁷. Insomma, i tempi sono maturi, da ogni punto di vista, perché una soluzione simile venga adottata anche nel nostro ordinamento.

3. L'eliminazione dei requisiti tipici della violenza e minaccia e il delitto di lesione sessuale colposa

Il carattere necessario di un'operazione di questo tipo che riformuli il delitto di abuso sessuale sulla base del "solo" mancato, valido consenso della persona offesa non implica, tuttavia, la sua natura indolore.

Sebbene con risposte spesso improprie, il problema della prova della volontà contraria all'atto sessuale da parte del titolare del bene giuridico e del dolo del soggetto agente è, infatti, reale e degno di massima considerazione alla stessa stregua delle ragioni di tutela "oggettiva" del soggetto passivo del reato.

Il coinvolgimento in profondo dell'intimità (non solo strettamente fisica) delle persone interessate alla pratica sessuale con le ben possibili soggettive

¹⁵ C. Ruga Riva, *Ordinamento penale e fonti non statali*, Giuffrè 2007, pag. 38; F. Viganò, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1, pag. 42.

¹⁶ V. Macrì, *La riforma dei reati sessuali in Germania*, in *Dir. pen. cont.*, 24 novembre 2016, pag. 27.

¹⁷ Su questa soluzione, M. Mattheudakis, *op. cit.*, pag. 288.

diversità psicologiche, emotive, culturali, costituisce una importante causa della complessità fenomenologica a cui legislatore e quindi l'interprete si trovano qui di fronte.

Peraltro, la dimensione sovente "progressiva" e comunque "plurale" degli atti che costituiscono la dinamica del rapporto di natura sessuale approfondisce la potenziale difficoltà di comprensione del reale "consenso" del soggetto coinvolto che deve accompagnare l'intero sviluppo dello stesso¹⁸.

Nel citato caso svedese¹⁹ il mancato consenso della donna rispetto ad atti penetrativi in un maturato contesto deciso da entrambi ed evocativo, invece, di una possibile volontà reciproca è paradigmatico in questo senso.

La peculiare complessità dei duplici profili di tutela che vengono qui in rilievo implica che il concetto del consenso dell'avente diritto vada primariamente inteso in senso "sostanzialistico". Secondo un duplice, fondamentale profilo. In primo luogo, la partecipazione *volontaria* all'atto sessuale non deve certo tradursi, pena una procedimentalizzazione formalistica del tutto incongrua e inveritiera rispetto all'ambito di riferimento, in un necessario atto formale, verbalmente esternato, magari come risposta ad una previa, espressa interrogazione dell'altra parte.

Ben più realisticamente rispetto ad azioni umane che implicano un naturale, fisiologico coinvolgimento attivo dei soggetti interessati, il consenso può ricavarsi, infatti, anche da comportamenti e azioni che esprimano un'inequivoca volontà positiva all'atto sessuale nella sua concreta, dinamica evoluzione.

La volontà deve essere però, e arriviamo al secondo profilo, *libera e consapevole*.

Nel fondare le fattispecie di reato sul mancato consenso del titolare del bene giuridico,

il *Sexual Offences Act* britannico del 2003 precisa ad esempio che "*a person consents if he agrees by choice, and has the freedom and capacity to make that choice*"²⁰. Nella attenta ricostruzione della singola vicenda concreta è, dunque, indispensabile accertare innanzitutto se vi siano stati elementi di significativa interferenza sulla libertà del consenso della persona coinvolta nel compimento degli atti sessuali. Già esaminati sotto la vigente disciplina che li prevede come elementi costitutivi della violenza sessuale, vengono di nuovo in potenziale rilievo i profili di violenza e minaccia da parte del soggetto agente, anche nel senso più esteso di violenza/minaccia implicita o ambientale. Non più elementi costitutivi del reato, la sussistenza della

¹⁸ In questo senso, Cass.pen., 24.02.2004 n. 25727, in *CEDCass* 228687; Cass. pen., 21.09.2007 n. 39248, in *CEDCass* 237930.

¹⁹ Si veda nota numero 7).

²⁰ J. Herring, *Criminal Law*, 10 ed., London, Palgrave, 2017, pag. 127.

violenza o minaccia a danno del soggetto passivo costituisce qui, però, un imprescindibile momento di “garanzia” per accertare l’effettiva libertà del consenso: l’effetto non è, infatti, di aggravare la posizione della potenziale vittima ponendo a carico della stessa un onere di resistenza, quanto di evitare che il consenso all’atto sessuale sia solo apparente.

Il consenso deve essere anche *consapevole*. In particolare, lo stesso non deve essere considerato tale quando è prestato da soggetto in condizioni psico/fisiche alterate (ad esempio per precedente assunzione di sostanze alcoliche e stupefacenti) o in stato di minorazione psichica o fisica che escluda le capacità necessarie per la libera determinazione al compimento di atti sessuali. Problematica, perché anche questa strettamente connessa con la questione della duplicità dei profili di tutela, risulta essere la questione del livello di incapacità da richiedere per negare la validità dell’eventuale consenso. In coerenza con altre esperienze ordinamentali (come visto) e con autorevoli posizioni dottrinali, è da preferire una soluzione che, nel richiedere una *grave* alterazione o comunque un *importante* handicap, tenga conto, da un lato, della libertà sessuale “positiva”²¹ del soggetto interessato, appunto, ad avere una propria vita sessuale anche a fronte di deficit intellettivi (provvisori o, a maggior ragione, cronici), e dall’altro, della necessità che gli stessi siano facilmente riconoscibili per l’altro soggetto coinvolto.

Tale conoscenza-consapevolezza costituisce, peraltro, condizione necessaria per una *strumentalizzazione* (ovvero, un doloso sfruttamento) dell’altrui inferiorità al fine di soddisfare i propri desideri sessuali.

Secondo queste fondamentali linee interpretative va, del resto, letta la fattispecie vigente dell’abuso delle condizioni d’inferiorità fisica o psichica della persona offesa *indotta* a compiere o subire atti sessuali²².

²¹ A. Cadoppi, *Il delitto di violenza sessuale (art. 609 bis c.p.)*, in A. Cadoppi, P. Veneziani, *Elementi di diritto penale. Parte speciale*. Vol. II. Tomo I, Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2017, pagg. 9 e 10. Nel senso che il previgente art. 519 comma 2 limitasse le opportunità del malato di mente di gestire la propria sessualità si veda G. Fiorentini, *Violenza carnale presunta e infermità di mente*, RIML 1982, pag. 337.

²² Su tale fattispecie di reato, anche in relazione al concetto di abuso come strumentalizzazione delle condizioni di menomazione finalizzata ad accedere la sfera intima del soggetto inferiore, in dottrina si vedano, fra gli altri, A. Cadoppi, *Commento art. 609- bis c.p.*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, IV ed., a cura di Cadoppi, Padova 2006, pag. 458 e ss.; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale I. Delitti contro la persona*, Padova, 2006, pag. 361 e ss.; F. Gingari, *Violenza sessuale nei confronti di persona malata di mente*, in *Dir. pen. e processo*, 2000, pag. 231 e ss; a commento della sentenza Cass. pen. sez. III, 22 ottobre 2010, n. 44978, F. Macrì, *Le relazioni sessuali con minorati psichici fra liceità e abuso*, in *Dir. pen. e processo*, 2011, pag. 736 e ss.; in giurisprudenza si vedano, per esempio, Cass. 12.01.2021 n. 16348 in *CEDCass* 281291; per un caso di

Una volta eliminati la violenza e minaccia come elementi costitutivi e incentrata la fattispecie sull'altrui consenso, inteso in senso sostanziale, libero e consapevole, il compimento di un atto sessuale senza tale requisito fondamentale integra il reato, a prescindere dalle modalità esecutive dell'azione.

Non solo la prova del mancato consenso, ma anche quella del carattere doloso del fatto tipico, dovranno prescindere, dunque, da una condotta necessariamente violenta o minacciosa.

D'altra parte, nella variegata fenomenologia in materia ben possono verificarsi (come più volte detto) episodi di atti sessuali maturati in un contesto ambiguo, chiaroscurale e posti in essere senza modalità che indichino la volontà di superare l'altrui dissenso. L'interprete si trova, quindi, di fronte al gravoso compito di ricostruire la complessa vicenda e comprendere, in primo luogo, se vi fosse un riconoscibile mancato consenso del soggetto coinvolto all'atto sessuale.

Se all'esito di un'attenta, rigorosa lettura della vicenda tale fondamentale elemento (il mancato consenso) non emerge o comunque non se ne raggiunge la prova oltre ogni ragionevole dubbio, l'esito non può che essere assolutorio sotto il profilo che "il fatto non sussiste".

Accertato che l'atto sessuale è stato compiuto, invece, senza il riconoscibile consenso della persona offesa, è necessario valutare se l'eventuale peculiarità della dinamica dei fatti, del contesto nel quale sono maturati, abbia comunque inciso sulla consapevolezza dell'agente in merito al mancato consenso dell'altra parte o comunque al suo eventuale vizio.

Questo secondo fondamentale passaggio ricostruttivo non deve essere confuso con il primo né produrre impropri effetti a ritroso. In altri termini, l'eventuale buona fede o comunque l'eventuale dubbio probatorio sul dolo del soggetto agente non significa certo *per questo* che la donna abbia acconsentito all'atto sessuale.

Esemplificando, è possibile che il signore svedese (nel caso più volte citato) abbia creduto che l'atto sessuale compiuto sulla donna con cui stava, per comune accordo, dormendo insieme fosse da lei voluto; è possibile che il ragazzo che si ubriachi con una coetanea in condizioni paritarie (ovvero senza dolosa preordinazione) e che si trovi anch'egli in una situazione di scarsa lucidità (fenomeni piuttosto frequenti specie fra i giovani) non si rappresenti che il consenso della ragazza all'atto sessuale non sia invero consapevole: ciò non toglie, però, che il consenso della donna svedese (nel primo caso) e un consenso consapevole della ragazza (nel secondo caso) oggettivamente difettassero; ciò non toglie che, secondo un'ordinata ricostruzione

grave alterazione da abuso di sostanza alcoliche provocato dal soggetto poi abusante, Cass. pen., 21.06.2016 n. 39800, in *CEDCass* 267757.

logico/assiologica dei vari elementi della fattispecie, la lesione al bene giuridico della libertà di autodeterminazione in ambito sessuale sussiste e a difettare è eventualmente l'elemento soggettivo del fatto di reato. Assiologica perché, ed è un punto di non secondaria importanza, il bene giuridico in parola viene tutelato e rispettato nel suo concretarsi nei diversi più vari accadimenti umani anche nell'affermare il principio secondo cui: "il fatto che tu abbia frainteso non significa che io volessi o volessi consapevolmente!".

Principio, quest'ultimo, che si inserisce in questo attento approccio metodologico volto a tenere ben distinti, reciprocamente, il profilo oggettivo da quello soggettivo: come dalla emersa assenza di dolo dell'agente non si può desumere per ciò solo il consenso della persona offesa, così dal mancato accertato consenso di quest'ultima non si può ricavare di per sé solo la mala fede dell'agente.

Ebbene, la tensione dialettica (che costituisce una sorta di basso continuo di queste tematiche) fra il profilo oggettivo di lesione al bene giuridico e quello soggettivo di rimprovero penale per l'autore della condotta materiale può trovare un nuovo punto di sintesi nella punibilità a titolo di colpa. In questi termini, l'accertata lesione all'altrui libertà di autodeterminazione sessuale viene a costituire la premessa per valutare se, dal lato del soggetto agente, la stessa fosse evitabile e in che misura²³.

Soluzione, quella di riconoscere rilievo penale ad un errore grave sulla sussistenza del consenso consapevole della persona offesa coinvolta nell'atto sessuale, funzionale, sotto molteplici, significativi profili, ad entrambe, appunto, le istanze di fondo.

Innanzitutto, in una materia così complessa e casisticamente diversificata sarebbe un risultato sicuramente positivo che l'interprete (fra cui, il giudice) disponga in futuro di uno strumento valutativo e sanzionatorio ulteriore e duttile in grado di rispondere meglio (anche sotto il profilo della proporzionalità della risposta punitiva) alla eventuale peculiarità della vicenda concreta.

²³ A. Cadoppi, *Commento art. 609bis c.p.*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, IV ed., a cura di Cadoppi, Padova 2006, cit., pag. 540, evidenzia correttamente come il profilo dell'errore sul consenso si manifesti, anche in altre esperienze ordinamentali, quando i requisiti della violenza e minaccia sono stati eliminati. In effetti, il *Sexual Offences Act* britannico del 2003 prevede la responsabilità penale dell'agente anche quando "*does not reasonably believe that B*" (ovvero la persona offesa) "*consents*", quindi allorché l'errore sul consenso altrui sia "irragionevole". Ancora, il codice penale svedese ha introdotto nel 2018 la colpa grave nei delitti di "stupro colposo" e di "abuso sessuale colposo": su questa soluzione, si veda M. Mattheudakis, *op. cit.*, pag. 294 e ss..

Va rilevato, inoltre, che la previsione *de iure condito* della violenza o minaccia come elementi necessari del reato ha contribuito a lasciare in ombra fino adesso la figura del dolo eventuale. Eppure, in questi ambiti, dove profili istintuali che si concretano in azioni animate da un dolo d'impeto (anche sopravvenuto) non sono certo psicologicamente irreali, la ricostruzione dell'elemento soggettivo dell'agente rispetto all'altrui consenso eventualmente mancante come l'accettazione di un "prezzo" da pagare pur di soddisfare il proprio primario volere ("costi quel che costi") può risultare concretamente valida²⁴.

Ebbene, l'auspicata eliminazione della violenza e minaccia come elementi costitutivi della fattispecie, da un lato, e l'introduzione di una responsabilità per lesione sessuale a titolo di colpa grave, dall'altro, possono contribuire a fondare un nuovo, fertile terreno perché, nel valutare e decidere i differenti casi, dottrina e giurisprudenza elaborino e sedimentino con il tempo linee interpretative che aiutino a distinguere le figure fra loro rispettivamente contigue del dolo intenzionale dalla forma eventuale, quest'ultima dalla

²⁴ L'importante sentenza della Cassazione a Sezioni Unite 24 aprile 2014 (dep. 18 settembre 2014) n. 38343 afferma, fra l'altro, che: "nel dolo eventuale, oltre all'accettazione del rischio o del pericolo vi è l'accettazione, sia pure in forma eventuale, del danno, della lesione, in quanto essa rappresenta il possibile prezzo di un risultato desiderato". La sentenza è reperibile fra l'altro in *Dir. Pen. cont.*, 19 settembre 2014, con nota di A. Aimi, *Il dolo eventuale alla luce del caso ThyssenKrupp*. Viene riportata anche (nella parte conclusiva) in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, pag. 1295 con note di G. Fiandaca; si veda inoltre la nota a sentenza di R. Bartoli, *Luci ed ombre della sentenza delle Sezioni Unite sul caso ThyssenKrupp*, in *Giur. it.*, 2014, II, 2565; ancora, il commento di M. Romano, *Dolo eventuale e Corte di Cassazione a Sezioni Unite: per una rivisitazione della c.d. accettazione del rischio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, pag. 559 e ss. nonché L. Eusebi, *La formula di Frank e dolo eventuale in Cass. S. U., 24 aprile 2014 (ThyssenKrupp)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, pag. 623 e ss.. Sul dolo eventuale amplissima è la bibliografia della dottrina italiana: fra la più recente si vedano, fra gli altri, G. De Francesco, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, pag. 113; L. Eusebi, *Il dolo come volontà*, Brescia 1993, pag. 52 e passim; S. Prosdocimi, *Dolo eventualis*, Milano 1993, passim; S. Canestrari, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, Milano, 1999, pag. 122 e passim; A. Manna, *Colpa cosciente e dolo eventuale: l'indistinto confine e la crisi del principio di stretta legalità*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino, 2011, pag. 201; S. Camaioni, *Evanescenza del dolo eventuale, incapienza della colpa cosciente e divergenza tra voluto e realizzato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, pag. 508; M. Pierdonati, *Dolo e accertamento nelle fattispecie penali c.d. "pregnanti"*, Napoli, 2012, pag. 40 e passim; D. Pulitanò, *I confini del dolo. Una riflessione sulla moralità del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, pag. 25; M. Donini, *Dolo eventuale: fatto illecito e colpevolezza*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.* 2014/1 pag. 70 e ss.; F. Viganò, *Il dolo eventuale nella giurisprudenza più recente*, in *Dir. pen. cont.*, 31 marzo 2014.

colpa grave e la stessa dalla colpa non di livello tale da giustificare il rimprovero penale.

Va infine rilevato che, nell'articolazione del giudizio per colpa, la valutazione sulla causalità della norma cautelare violata rispetto all'evento giuridico costituisce un momento che dischiude, rispetto al bene della libertà sessuale, alte potenzialità di tutela: anche preventiva e sotto profili etico/culturali che vanno oltre la dimensione, appunto, strettamente giuridica. Prendendo ancora ad esempio il caso paradigmatico già più volte citato, l'uomo svedese avrebbe dovuto, considerato il pregresso espresso dissenso della donna al compimento di atti sessuali e la reazione di freddezza della stessa quando questi compiva su di lei un atto penetrativo con le dita, interessarsi alla stessa e alle sue reali volontà, dialogando con la medesima, o comunque sincerandosi nelle forme più diverse (anche nella ricerca di gesti di naturale reciprocità: un bacio, un abbraccio) del fatto che la donna avesse davvero cambiato la sua iniziale volontà, come dallo stesso erroneamente ritenuto²⁵. Se avesse, infatti, problematicizzato responsabilmente quella situazione ambigua, avrebbe evitato l'errore sul consenso altrui e quindi (a differenza di chi agisse con dolo eventuale) non avrebbe posto in essere l'atto sessuale²⁶. Ecco che il profilo della rilevanza penale della colpa grave può avere un effetto di virtuoso potenziamento a tutto tondo degli interessi della vittima di questa tipologia di reati. La necessità di considerare l'*altro* non solo nella sua fisicità, come un semplice mezzo per realizzare le proprie volontà sessuali, ma come persona, come valore in sé, da rispettare, dunque, nella sua complessa umanità vale, infatti, per chiunque: anche per chi offenda l'altrui libertà sessuale per grossolana superficialità.

²⁵ In Canada, ad esempio, l'errore sul consenso può escludere la punibilità salvo che il soggetto non abbia adottato misure ragionevoli per verificare il consenso altrui: "*did not take reasonable steps (...) to ascertain that the complainant was consenting*" (section 273.2).

²⁶ Valorizzando l'indifferenza dell'agente sui profili di consenso della donna (quello che nel nostro ordinamento potrebbe trovare espressione nella figura del dolo eventuale), in primo e secondo grado l'uomo veniva condannato per "stupro doloso"; mentre la Corte Suprema, in forza della menzionata riforma codicistica, ha riqualificato il fatto collocandolo nell'ambito della colpa grave: sul caso e sul suo epilogo giudiziario, E. Hofverberg, *Sweden: Supreme Court Defines Negligent Rape*, in *Global Legal Monitor*, 17 luglio 2019. Che l'indifferenza grave verso l'ordinamento giuridico e i valori che esso tutela attraverso la norma penale costituisca l'elemento strutturale del dolo, misurabile per delimitare il dolo eventuale dalla colpa cosciente si veda, fra gli studiosi spagnoli, R. Raguès i Valles, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, Barcellona, 2007, pag. 21 e ss.. Con riguardo al criterio dell'indifferenza, si veda nella dottrina italiana R. Bartoli, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino 2005, pag. 225

4. Riflessioni conclusive

“In che consiste trattare le persone come persone, ossia umanamente?”

“Consiste”, risponde nel bellissimo libro “Etica per un figlio” il filosofo Fernando Savater, “nel tentare di metterti al loro posto. Riconoscere qualcuno come un nostro simile implica soprattutto la possibilità di comprenderlo dal di dentro, di adottare, per un momento, il suo punto di vista... in fin dei conti, ogni volta che parliamo con qualcuno quello che facciamo è cercare di stabilire un terreno su cui quello che ora è *io* sa che si convertirà in *tu* e viceversa. Se non ammettessimo che esiste qualcosa di fondamentalmente uguale tra di noi (la possibilità di essere per un altro quello che l’altro è per me) non potremmo scambiarci neppure una *parola*”²⁷. Ebbene, lo sforzo di comprendere con la parola o comunque con ogni altro segno comunicativo la reale volontà dell’altro nel compimento di un atto sessuale significa aprirsi al suo ascolto, relativizzare il proprio egocentrico interesse al fine di prendere in considerazione, in un ambito peraltro così delicato e importante della vita, anche l’interesse dell’altro. In una condotta masturbatoria in cui l’agente utilizza esclusivamente il suo corpo per soddisfare propri desideri sessuali questa dimensione intersoggettiva (a meno che il gesto non sia imposto alla vista di altri) non viene in rilievo. Ben diverso, invece, se il desiderio sessuale si realizza mediante il corpo e quindi la persona di un *altro*, con la sua sensibilità, la sua cultura, in una parola con la propria umanità: “mettersi al posto di un altro”, ancora Savater, “significa prenderlo sul serio, considerarlo reale come te” e non pensare di vivere da solo “in un mondo di fantasmi”²⁸. Prima di ogni complessa e opinabile valutazione e concezione sull’amore e sul rapporto fra lo stesso e il sesso, a dischiudersi qui è, dunque, un basilare dovere etico. Ma, come dire, di etica *laica*: in grado cioè di parlare potenzialmente a tutti, ovvero a prescindere dalle diverse, non unanimi, opzioni assiologiche, religiose, filosofiche, al di là delle diversità di età, di genere, di orientamento sessuale, di tradizione. Sebbene abbia ragione il filosofo spagnolo quando scrive che: “la vita è troppo complessa e sottile, le persone sono troppo differenti, le situazioni sono troppe varie, e spesso troppo *intime* perché tutto questo possa entrare nei libri di giurisprudenza”²⁹, la previsione di una responsabilità penale a titolo di colpa grave in una materia così complessa e intima costituisce una soluzione che va nel senso di responsabilizzare ancor di più la persona all’ascolto dell’altro. L’eventuale rimprovero penale a questo titolo avrebbe conseguentemente un fondamento di grande spessore etico, nel senso laico e inclusivo ora evidenziato.

²⁷ F. Savater, *Etica per un figlio*, Laterza, 2021, pagg. 77 e 78.

²⁸ F. Savater, *op.cit.*, pag. 79.

²⁹ F. Savater, *op. cit.*, pag. 81.