

# TRA PRINCIPI DEL DIRITTO PENALE E TEORIA DEL REATO

Per Giovannangelo De Francesco

Atti del convegno  
Pisa, 6 maggio 2022

A cura di Alberto Gargani, Domenico Notaro, Laura  
Notaro, Sara Riccardi, Laura Ricci, Alice Savarino,  
Antonio Vallini

**PISA**  
UNIVERSITY  
PRESS



# Il fatto tipico determinato e le forzature alla ricerca della giustizia: la nozione di atto sessuale

*Adriano Martini*

## **1. In forma chiara e precisa: la natura sessuale dell'atto costretto**

L'esigenza di attuare una politica penale repressiva efficiente nei confronti della violenza sessuale, atto di estrema prevaricazione, non implica che possa essere messa in ombra la garanzia della tassatività legittimando la punizione di modi di interazione soggettiva che, per quanto inappropriati o deplorabili, sono estranei al perimetro della norma incriminatrice.

Dopo che, con la riforma del 1996, si è preferito rinunciare a distinguere gli stupri in atti di congiunzione carnale e atti di libidine (diversi dai primi), si è perseguita l'attuazione di uno strumentario normativo penale volto a reprimere qualsiasi atto sessuale compiuto avvalendosi di violenza, abusando di un predominio o di un'altrui minorazione o traendo in inganno la vittima.

Le implicazioni della scelta sono state quelle di assimilare accadimenti maggiori, minori o minimi, fino a rendere l'art. 609-*bis* c.p. strumento per reprimere macro e microfisica della patologia dei rapporti umani, alterati nell'ottica dalla preminenza di genere.

Sono in fondo queste le ragioni che suggeriscono il bisogno peculiare, in questa materia, di rimanere sempre saldamente ancorati alla garanzia della legalità, non indulgendo alla tentazione di liberarsi dal "tipo" neppure per punire modi di agire assolutamente riprovevoli. Il rigore interpretativo deve riguardare sia il profilo della modalità di condotta, il suo essere "violenza", che quello della natura sessuale dell'atto.

Nel farlo si deve poi aver cura di evitare che questo complesso intreccio "offensivo" tra disvalore di condotta e di evento, induca soluzioni applicative nelle quali la percezione dell'uno sia invocata per compensare alle manchevolezze nella dimostrazione dell'altro, per cui la violenza renda meno gravoso il rigore



nell'accertamento della natura sessuale dell'atto<sup>1</sup> o l'evidente significatività sessuale di esso a supplire ai deficit della costrizione o dell'abuso<sup>2</sup>.

## 2. La tutela accentuata della libertà sessuale

Quale che sia il giudizio che si nutra in merito, la norma uscita dalla riforma del 1996 si regge, dunque, sull'equilibrio di due disvalori. Non di meno, nel delitto di cui all'art. 609-*bis* (e, conseguentemente, nella sua specifica forma plurisoggettiva necessaria aggravata di cui all'art. 609-*octies* c.p.<sup>3</sup>) la qualità sessuale dell'atto costretto o indotto sembra produrre una sorta di accelerazione improvvisa, sorreggendo scelte edittali di maggior rigore per atti comunque penalmente significativi o piuttosto attribuendo questo tipo di rilevanza a comportamenti deplorabili ma altrimenti non puniti<sup>4</sup>.

È evidente che laddove presuppone il ricorso alla violenza o minaccia, il delitto sia "complesso": la norma ingloba nella sua struttura la lesione della

1. Si è ritenuto integrare atto sessuale il bacio sulla guancia imposto con la forza: Cass., Sez. III, 2 dicembre 2020, n. 6158, nella cui massima si legge: «In tema di reati sessuali, il bacio sulla guancia, in quanto atto non direttamente indirizzato a zone chiaramente definibili come erogene, configura violenza sessuale, nella forma consumata e non tentata, allorquando, in base ad una valutazione complessiva della condotta che tenga conto del contesto ambientale e sociale in cui l'azione è stata realizzata, del rapporto intercorrente tra i soggetti coinvolti e di ogni altro dato fattuale qualificante, possa ritenersi che abbia inciso sulla libertà sessuale della vittima». Non mancano poi prese di posizione che suggeriscono di trascurare l'esigenza che gli atti coinvolgano il corpo della vittima mediante un contatto: cfr. M. Vizzardi, *Violenza sessuale senza coinvolgimento del corpo della vittima?*, in «Diritto Penale Contemporaneo», 20 febbraio 2017; M. Cappai, *La qualificazione delle violenze prive di un contatto corpore corpori alla prova della recente giurisprudenza in tema di atti sessuali*, in «Diritto Penale Contemporaneo», 10 febbraio 2017, a commento di Cass., Sez. III, 19 novembre 2015, n. 18679.

2. Si pensi alla giurisprudenza che considera frutto di violenza l'atto repentino, improvviso e subdolo, oggetto piuttosto di una sorta di "destrezza": Cass., Sez. III, 14 gennaio 2016, n. 5515.

3. Le scelte compiute dal legislatore nel punire la violenza sessuale di gruppo, aumentando i limiti edittali e non reiterando la superattenuante del caso di minore gravità, sono state poste al vaglio della Consulta che ha ritenuto ammissibili soluzioni di maggior rigore, considerando, anche «*sul terreno della politica criminale*», come essa concretizzi una aggressione più intensa «*a causa della possibile reiterazione degli atti di violenza*» e della ridotta possibilità per la vittima di ostacolarne la esecuzione, ciò che «*la espone a forme di degradazione e di reificazione che rendono più grave e profondo il trauma psichico che comunque consegue*»: così Corte cost., sent. n. 325 del 13 luglio 2005.

4. Difficile fornire indicazioni bibliografiche sulla tutela penale della libertà sessuale. Siano consentiti dei meri rinvii anche per rinvenire informazioni bibliografiche più complete: C. Piergallini, F. Viganò, M. Vizzardi, A. Verri, *I delitti contro la persona, Libertà personale, sessuale e morale. Domicilio e segreti*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, G. Marinucci, E. Dolcini (a cura di), X ed., Padova, CEDAM, 2015, *passim*.

libertà del volere, il disvalore di una violenza privata, ma anche l'eventuale ricorso a percosse<sup>5</sup> o ad una privazione della libertà di locomozione<sup>6</sup> per il tempo strettamente essenziale all'atto<sup>7</sup>. Rispetto all'art. 610 c.p., norma generale<sup>8</sup>, la natura sessuale dell'atto "costretto" giustifica una maggior minaccia edittale: dalla pena della reclusione sino a quattro anni a quella da sei a dodici, prevista dall'art. 609-bis, che diventa da otto a quattordici anni nella fattispecie necessariamente plurisoggettiva della violenza di gruppo (art. 609-octies) connotata dalla mera compresenza di almeno due persone di fronte alla vittima, al momento degli atti<sup>9</sup>.

Oltre a questa funzione specializzante, la natura sessuale dell'atto assume, in altri casi, un ruolo ancor più determinante di fondazione della scelta di criminalizzazione. L'art. 609-bis, invero, assimila a quella sommariamente

---

5. Il delitto concorre sempre con quello di lesioni personali: da ultimo Cass., Sez. III, 19 giugno 2019, n. 36486, che ipotizza un concorso formale tra violenza sessuale e lesioni personali lievissime.

6. Si considera assorbito nel delitto di violenza sessuale anche quello di maltrattamenti ma «soltanto quando vi è piena coincidenza tra le condotte, nel senso che gli atti lesivi siano finalizzati esclusivamente alla realizzazione della violenza sessuale e siano strumentali alla stessa»: Cass., Sez. III, 23 settembre 2022, n. 35700.

7. Che la condotta di privare la vittima della libertà di locomozione, come tale integrante il delitto di cui all'art. 610 c.p., sia connotato intrinseco all'agire costrittivo della violenza sessuale è effetto che consegue alla stretta relazione funzionale tra violenza e atto forzato. Si tratta di un indirizzo consolidato della giurisprudenza, di recente confermato in Cass., Sez. III, 18 giugno 2021, n. 36327, nella cui motivazione si ribadisce che «il delitto di sequestro di persona concorre con quelli di violenza sessuale...[solo] nel caso in cui la privazione della libertà persona si protrae...nel tempo anteriore o successivo alla costrizione necessaria a compiere gli atti sessuali».

8. Scrive T. Padovani, *Il confine conteso*, in «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale», 42, 4, 1999, p. 1311: «il rapporto tra violenza privata e violenza sessuale, espresso in termini di specializzazione della tutela, è tracciato da una prospettiva di progressione teleologica, perché l'interesse alla libertà morale si puntualizza sul nevralgico versante della libertà sessuale».

9. La sete di pena indotta dal confronto con il delitto sessuale non pare estinguibile: da più parti si sollecitano ulteriori rilanci sanzionatori. Tra questi, come scrive C.M. Xella, *La valutazione del rischio recidiva per gli autori di reati sessuali*, in «Rivista Italiana di Medicina Legale», 35, 4, 2013, p. 1885 il c.d. «suivi socio-judiciaire francese: al termine della pena, è previsto per chi ha compiuto un reato sessuale un periodo, anche molto lungo, di supervisione ed eventualmente di trattamento. La mancata adesione al programma stabilito costituisce un reato a sé stante e determina una nuova carcerazione». L'A. si lamenta della mancata adozione di strumenti di tal fatta nel nostro ordinamento e di come «mentre da un lato cresce l'allarme sociale rispetto alle violenze sessuali e agli abusi sui minori, la nostra legislazione non prevede alcun intervento sull'autore di reato sessuale che vada al di là della carcerazione». Altri sottolineano invece la scarsa utilità, in chiave di prevenzione generale, del ricorso ad una pur severissima pena detentiva: P. Giulini, A. Scotti, *Il campo del trattamento del reso sessuale tra ingiunzione terapeutica e controllo benevolo*, in «Rivista Italiana di Medicina Legale», 35, 4, 2013, p. 1863.



descritta fattispecie nelle quali viene colto il disvalore di un abuso di un'autorità privata<sup>10</sup>, altrimenti non penalmente significativo<sup>11</sup>, o, nelle ipotesi del co. 2, di una "induzione"<sup>12</sup> per sfruttamento di una minorazione fisica, condizione che ridetermina gli equilibri del delitto come ipotesi di violazione di una sorta di spazio di intangibilità sessuale, permanente o temporaneo, creando margini di somiglianza con l'ipotesi di cui all'art. 609-*quater*.

Se poi adottiamo come riferimento il c.d. diritto penale vivente, ovvero i concreti modi di applicazione della fattispecie da parte della giurisprudenza, la preminenza di quello che abbiamo chiamato disvalore di evento (l'invasione della sfera di autodeterminazione sessuale) appare ancor più evidente. Correndo palesemente il rischio di avallare un'applicazione analogica della norma, ben oltre i confini di sua interpretazione teleologica o evolutiva, si è diffusa l'idea che l'art. 609-*bis* non reprima soltanto il ricorso alla costrizione o alla induzione, ma piuttosto ogni modo di interazione sessuale che si sottragga alla preventiva formazione di un assenso di chi ne è coprotagonista<sup>13</sup>.

---

10. Come si legge in Cass., Sez. VI, 20 ottobre 2020, n. 5453, si tratta di verificare l'esistenza di una qualsiasi posizione di preminenza, di diritto o di fatto, pubblicistica o privatistica, strumentalizzata dal soggetto agente per piegare il volere della vittima.

11. Il tema è analizzato A. Abukar Hayo, *Abuso di autorità e abuso di poteri*, in «www.la-legislazionepenale.eu», 28 gennaio 2012, che trae spunto da Cass., Sez. un., 16 luglio 2020, n. 27326 per la quale «l'abuso d'autorità cui si riferisce 609-*bis*, co. 1 c.p. presuppone una posizione di preminenza, anche di fatto e di natura privata, che l'agente strumentalizza per costringere il soggetto passivo a compiere o subire atti sessuali», commentandola favorevolmente. Commentava il rinvio alle Sezioni Unite, S. Finocchiaro, *L'abuso di autorità dell'insegnante privato tra violenza sessuale e atti sessuali con minorenne: la parola alle Sezioni Unite*, in «www.sistemapenale.it», 7 novembre 2020. In tema A. Ferrato, *Il concetto di abuso: l'arbitraria utilizzazione della qualifica autoritativa nella violenza sessuale*, in «Archivio Penale», 73, 1, 2021.

12. Si afferma in giurisprudenza che «il compimento della violenza sessuale per costrizione costituisce, sotto il profilo del diritto penale, un fatto diverso dal compimento della violenza sessuale tramite induzione» per cui «le contestazioni di violenza sessuale per costrizione e per induzione posseggono un carattere alternativo ed inconciliabile»: Cass., Sez. III, 19 ottobre 2021, n. 43611.

13. Cass., Sez. III, 25 novembre 2021, n. 3326: «costituendo il dissenso della persona offesa un elemento costitutivo, sia pure implicito, della fattispecie, necessario perché sussista la condotta tipica».

Si tratta, sia chiaro, di un tentativo di porre rimedio alle manchevolezze della riforma del 1996<sup>14</sup>. Essa, si sostiene (invero non a torto)<sup>15</sup>, ha perpetuato un meccanismo anacronistico<sup>16</sup>: esigendo che l'atto sia reso possibile da una previa violenza costringitiva o dall'appropriarsi di uno *status* o di un errore, il legislatore sembra aver sposato l'idea che alla vittima competa un dovere oppositivo, una sorta di obbligo di tutela del proprio spazio corporeo sessuale. Si tratta di una scelta di retroguardia; essa, però non autorizza la giurisprudenza alla creazione, "pretoria", di un nuovo strumento che, rinunciando alla previa verifica del disvalore di condotta, valga a reprimere qualsiasi interferenza nella libertà corporea del soggetto passivo. Nel caso già evocato in cui si considerino "violenti" contatti repentini, improvvisi o subdoli (terminologia ricorrente nelle massime in questa materia) il parametro di assimilazione (analogica) è rappresentato dal fatto che alla "vittima" non sia dato di potersi opporre o resistere, non avendo la stessa avuto il tempo di percepirne l'avverarsi<sup>17</sup> (come nell'esempio paradigmatico dell'improvviso tocco dei glutei, al quale la vittima non può manifestare dissenso o apprestare opposizione, non avendolo potuto prevenire). In realtà, anche accettando l'idea che alla giurisprudenza competa un ruolo sempre maggiore nel perseguimento della certezza del diritto e della prevedibilità

---

14. Per una articolata esposizione delle presunte manchevolezze della riforma del 1996 si rinvia a M. Romano, *Proposte di riforma nei delitti contro la sfera sessuale della persona*, in «Diritto Penale Contemporaneo», 29 novembre 2018, ove sono rinvenibili corpose suggestioni per approfondire il tema.

15. Scriveva A. Colli, *op. cit.*, p. 1164, «Ancora oggi il complesso intreccio del profilo socio-psicologico e criminologico con quello più strettamente giuridico, impedisce di considerare pacificamente acquisito il concetto di libertà sessuale come diritto di libertà della donna di autodeterminarsi nei propri comportamenti sessuali, pur nella consapevolezza della sua identità, e nonostante si riscontri una maggior reattività collettiva ai fenomeni di abuso e violenza».

16. Scriveva G. Andreazza, *Commento art. 609-bis c.p.*, in *Codice penale*, T. Padovani (a cura di), V ed., Milano, Giuffrè, 2011, vol. II, p. 4269, come «nei delitti in esame, una prima nota dolente è rappresentata dal persistere del requisito costitutivo della violenza o della minaccia che evoca quell'onere di resistenza che costituiva il perno occulto di raccordo della libertà sessuale con la moralità pubblica». Nella edizione più recente (VII ed., Milano, Giuffrè, 2019, p. 3406), la considerazione non è ribadita dal medesimo A., evidentemente influenzato dalle ardite soluzioni giurisprudenziali che piegano la norma a strumento di tutela generalizzata della libertà di autodeterminazione sessuale.

17. Si considera assorbito nel delitto di violenza sessuale anche quello di maltrattamenti ma «soltanto quando vi è piena coincidenza tra le condotte, nel senso che gli atti lesivi siano finalizzati esclusivamente alla realizzazione della violenza sessuale e siano strumentali alla stessa»: Cass., Sez. III, 23 settembre 2020, n. 35700.



degli effetti del proprio agire (e quindi, in chiave politico criminale)<sup>18</sup>, in casi come quello esemplificato non solo difetta la violenza, ma perfino il mero dissenso, che potrà essere al più presunto secondo un giudizio *a posteriori* che si fa forte dell'avvenuta scelta di proporre querela. Si dovrebbe piuttosto prendere atto di come la natura improvvisa del gesto, avendo reso impossibile perfino una previa presa di posizione di chi subisce il contatto, sia incompatibile con l'esistenza di un assenso o dissenso<sup>19</sup>. In sostanza, all'autore del contatto si potrà addebitare soltanto di aver eluso la libertà di scelta del soggetto coinvolto, ciò che può accadere sia nel caso in cui si immagini di poter ottenere l'assenso, che in quello in cui si teme il dissenso<sup>20</sup>.

In sintesi, anche accettando, su basi ideologiche, l'estremo indirizzo interpretativo focalizzato sul bene giuridico, per il quale la norma punisca ogni atto sessuale al quale la vittima ha dissentito, non per questo si possono legittimare ulteriori balzi in avanti, estendendo la repressione ad ogni atto sessuale compiuto eludendo il diritto a dissentire: l'atto sessuale elusivo, in

---

18. In tal senso i sistemi di *civil law* differiscono tuttora da quelli di *common law*, nei quali il giudicante si confronta con il caso e non con la norma da applicare allo stesso. Su tali aspetti, di recente, M. Pollera, *Vincolo del precedente ed esigenze di certezza: i confini del principio di diritto nelle sentenze delle Sezioni Unite*, in «Cassazione Penale», 72, 6, 2022, pp. 360 ss., cui si rinvia. Non mancano voci che vorrebbero attribuire alla giurisprudenza di legittimità, sul piano della nomofilachia, un ruolo maggiore: cfr. G. Canzio, *Legalità penale, processi decisionali e nomofilachia*, in «www.sistemapenale.it», 29 giugno 2022. Sui delicati problemi impliciti a questi indirizzi R. Bartoli, *Le garanzie della nuova legalità*, in «www.sistemapenale.it», 5 marzo 2020.

19. È bene chiarire come la giurisprudenza, ai fini dell'integrazione del dolo di violenza sessuale, non richieda che il soggetto attivo conosca il dissenso ma piuttosto che sia consapevole che non è stato manifestato un assenso, lasciando intravedere uno schema del fatto tipico nel quale tutti gli atti sessuali che non siano stati preceduti da una previa manifestazione di volontà adesiva siano penalmente illeciti. Cfr. C. App. Lecce, 24 gennaio 2022, n. 1661, nella cui massima si legge: «Ai fini della sussistenza dell'elemento soggettivo del reato di violenza sessuale, è sufficiente che l'agente abbia la consapevolezza del fatto che non sia stato chiaramente manifestato il consenso da parte del soggetto passivo al compimento degli atti sessuali a suo carico; ne consegue che è irrilevante l'eventuale errore sull'espressione del dissenso, anche ove questo non sia stato esplicitato, potendo, semmai, fondarsi il dubbio sulla ricorrenza di un valido elemento soggettivo solamente nel caso in cui l'errore si fondi sul contenuto espressivo, in ipotesi equivoco, di precise e positive manifestazioni di volontà promananti dalla parte offesa».

20. Per inciso, vale la pena di precisare come non risulti neppure invocabile, in casi come quelli descritti, una condotta di approfittamento abusivo di uno stato di minorata difesa, dato che questo è dalla norma prescritto come una condizione naturalistica della vittima, un qualcosa che esiste a prescindere dall'atto sessuale, come tale non necessariamente implicito alla condizione di chi subisce l'improvviso contatto.

sostanza, non condivide con l'atto sessuale violento od abusivo<sup>21</sup> altro che non i contenuti obiettivi di un gesto che invade l'altrui spazio corporeo<sup>22</sup>.

---

21. Come anticipato nella nota che precede, da molte parti si era richiesto di abbandonare la stessa terminologia di violenza sessuale in favore di un concetto ancor più generico, lo stupro, considerato integrato a fronte di ogni atto sessuale che non sia stato oggetto di una esplicita presa di posizione adesiva da parte di tutti i protagonisti. Come scrive A. Colli, *op. cit.*, nota 13, «Retrospectivamente non è inopportuno notare che un maggiore spessore contenutistico sarebbe derivato dall'accoglimento di quel "filone ricostruttivo" che, in sede di progettazione normativa proponeva una chiave di lettura del bene giuridico più coerente con gli scopi perseguiti dalla riforma rubricando il novellato delitto come "stupro" (in questo senso, art. 71 schema di legge-delega per la riforma del c.p., cit. e relazione introduttiva della parte speciale, in Documenti Giustizia, p. 370; art. 609-bis Proposta di legge n. 1434 (Melandri-Amici), cit.). Il tenore letterale del testo proposto era conseguentemente rivolto ad eliminare ogni riferimento alle originarie esteriorizzazioni della condotta attiva, attraverso una formulazione che incriminava "chiunque si congiunge sessualmente o compie atti di identico significato offensivo contro la volontà della persona"; violenza e minaccia venivano dunque tipizzate in veste di circostanze aggravanti, al dichiarato scopo di "evitare la non punibilità di fatti non commessi con tali modalità", ma pur sempre nel mancato rispetto del dissenso opposto dalla vittima. Tale più incisiva scelta terminologica avrebbe fotografato la brutalità di un comportamento immediatamente lesivo della dignità individuale, calpestata nell'inviolabile diritto di esprimere un rifiuto che, al pari dell'omonimo archetipo già incriminato nelle codificazioni dell'ancien régime, non richiede violenza o minaccia come modalità lesive necessarie all'integrazione del fatto tipico. Più precisamente, in quelle codificazioni il sistema delle incriminazioni veniva concepito in termini gradualistici, per cui stupro "semplice" era il mero "concubito con persona libera e di onesta vita", in quanto, secondo la concezione del tempo, il disvalore del fatto s'incentrava già nella consumazione di un rapporto sessuale fuori dai contesti considerati legittimi. A prescindere dalla consensualità della donna, si reprimeva la lesione dell'integrità della futura "destinazione sessuale" di essa, mentre, lo stupro "violento" costituiva un'ipotesi criminosa autonoma, la cui maggior gravità si radicava nell'uso di violenza o minaccia (così T. Padovani, *La libertà*, cit., p. 1306). Ora che il rapporto sessuale in sé deve considerarsi lecito, il termine "stupro" avrebbe potuto recuperarsi ad un significato idoneo a focalizzare il baricentro dell'offesa nella dignità e libertà individuale, anziché nelle modalità della condotta».

22. Il concetto, da ultimo, è espresso con chiarezza da Cass., Sez. III, 19 novembre 2021, n. 1559, ove si legge che il connotato obiettivo della violenza è riconoscibile a fronte del «compimento di atti di libidine subdoli e repentini, compiuti senza accertarsi del consenso della persona destinataria, o comunque prevenendone la manifestazione di dissenso (Sez. III, 27 gennaio 2004, n. 6945, Rv. 228493; Sez. III, 18 luglio 2014, n. 46170, Rv. 260985)». Nello stesso senso Cass., Sez. III, 4 marzo 2021, n. 19611 nella cui motivazione si legge: «Deve, infatti, rammentarsi, che, in tema di violenza sessuale, l'elemento oggettivo consiste sia nella violenza fisica in senso stretto, sia nella intimidazione psicologica che sia in grado di provocare la coazione della vittima a subire gli atti sessuali, sia anche nel compimento di atti di libidine subdoli e repentini, compiuti senza accertarsi del consenso della persona destinataria, o comunque prevenendone la manifestazione di dissenso (Sez. III, 27 gennaio 2004, n. 6945, Rv. 228493; Sez. III, 18 luglio 2014, n. 46170, Rv. 260985)».



### 3. La inclusività del concetto di atto sessuale

Che il riformatore del 1996 fosse consapevole di aver lasciato aperta la porta a considerare sessuali atti ed interazioni eterogenee e diversamente offensive<sup>23</sup>, lo si ricava considerando la attenuante della minore gravità di cui al co. 3 dell'art. 609-*bis*. Con essa, si apre la norma alla multiforme realtà, affidandone la gestione alla discrezionalità giudiziale, chiamata a gestire i plurimi effetti di una superattenuante<sup>24</sup> indefinita speciale e ad effetto proporzionale speciale. Con essa, abbassando il minimo edittale a soli due anni, si consentono opportunità commisurative altrimenti impensabili<sup>25</sup>. L'idea, propagandistica, di una minaccia edittale parossistica (tanto più in caso di contestazione di una delle circostanze aggravanti speciali e ad effetto speciale di cui all'art. 609-*ter*) viene travolta dalla trasfigurazione della norma, anche attraverso le ponderazioni imposte dall'art. 69 c.p., con la possibilità di scelte commisurative che escludano la sua esecuzione secondo il modello

23. Come ricorda E. Silingardi, *La nozione di atti sessuali con riferimento alle norme contro la violenza sessuale*, in «Rivista Italiana di Medicina Legale», 20, 4-5, 1999, p. 1077, dubbi in merito alla determinatezza del concetto emersero già nel corso delle discussioni parlamentari. In tema V. Musacchio, *Le nuove norme contro la violenza sessuale: un'opinione sull'argomento*, in «La Giustizia Penale», 101, 2, 1996, p. 118; criticamente G. Mulliri, *La legge sulla violenza sessuale. Analisi del testo, primi raffronti e considerazioni critiche*, in «Cassazione Penale», 36, 2, 1996, p. 734.

24. I diritti d'autore della definizione appartengono ad Emilio Dolcini che pure aveva tratto la terminologia dalla dialettica parlamentare, impiegandola per la prima volta (salvo il vero) nel 2004: cfr. E. Dolcini, *Leggi penali ad personam, riserva di legge e principio costituzionale di eguaglianza*, in «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale», 47, 1, 2004, p. 51.

25. La superattenuante ha suscitato non pochi dubbi e perplessità, sia sotto il profilo degli effetti che essa produce sul piano politico criminale, sia per quanto riguarda la sua tecnica di formulazione. In tema S. Moccia, *Il sistema delle circostanze e le fattispecie qualificate del diritto penale sessuale (l. 15 febbraio 1996 n. 66): un esempio paradigmatico di sciatteria legislativa*, in «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale», 19, 2, 1997, p. 409, dove si legge: «Il regime circostanziale introdotto dall'art. 609-*bis* comma 3, potendo attenuare in misura non eccedente i due terzi la sanzione, finisce per stravolgere sul piano generalpreventivo lo stesso messaggio "culturale" della norma. Ugualmente da censurare è la previsione di una diminuzione così ampia solo per porre al riparo la legge da possibili censure di legittimità costituzionale (ex art. 27 Cost.) per eccessiva severità della pena base». Conclude l'A.: «La predisposizione di una fattispecie di molestie sessuali (secondo l'indirizzo prevalente in Europa e sul tipo di quella contemplata all'art. 71 comma 1 dello Schema di legge delega per la riforma del codice penale) – di cui si lamenta l'assoluta latitanza in questa legge – avrebbe meglio risolto i problemi di "perdita di identità" per quelle ipotesi residuali che risultano, ora, di difficile collocazione in un'attenuante che è comunque indefinita».

edittale (ed in particolare la sua sospensione condizionale<sup>26</sup>): si apre dunque la strada a quella ineffettività<sup>27</sup> che si spacciava per esorcizzata<sup>28</sup>.

L'attenuante, invero, è un medicamento necessario (come non ha mancato di cogliere la stessa Consulta: Corte cost., sent. n. 106/2014)<sup>29</sup>, ma sintomatico. Esso, alleggerendo il peso della condanna, consente di approdare a soluzioni giurisprudenziali interpretative come quelle che si sono sin qui ricordate, fino a rendere la sentenza una sorta di gioco letterario, fatto di

---

26. La sospensione della pena, come noto, si esprime effettivamente come una forma di specializzazione della minaccia: il soggetto ritenuto colpevole, anziché subire la esecuzione della pena come commisurata giudizialmente, subisce la sola minaccia della sua esecuzione, ritenuta, all'esito del giudizio prognostico dell'art. 164 c.p., sufficiente a prevenire una possibile recidiva. Su tali aspetti sia consentito rinviare a A. Martini, *La pena sospesa*, Torino, Giappichelli, 2001, pp. 145 ss.

27. A. Colli, *op. cit.*, p. 1171, osserva come i limiti edittali concepiti dal legislatore del 1996 fossero espressione di una «assorbente volontà legislativa di neutralizzare il meccanismo processuale di cui all'art. 444 c.p.p. (e la conseguente probabilità di ottenere la sospensione condizionale della pena patteggiata)».

28. F. Mantovani, *Criminalità sommersa e cecità politico criminale*, in «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale», 1999, 21, 4, p. 1219, ritiene «la nostra (inesistente) politica criminale contrassegnata, ormai da decenni, dalla sistematica disgregazione del sistema sanzionatorio e da contropiedi repressivi (contro il terrorismo, la mafia, la droga, i sequestri di persona, l'usura, il riciclaggio, la violenza sessuale). Ossia dalla sostituzione alla "razionalità" della politica criminale della "schizofrenia" delle ideologie clemenzialistiche, delle emotività repressive, delle espedienzialità, dannose sia ai fini di un'adeguata tutela del cittadino contro la criminalità, sia della conservazione delle fondamentali garanzie del cittadino contro i pericoli della politica criminale: alla potenziale vittima e al reo».

29. La Consulta ha mostrato più volte di ritenere incostituzionali le imposizioni del legislatore volte a limitare il giudizio di comparazione in concreto tra circostanze eterogenee. Oltre alla citata Corte cost., sent. 18 aprile 2014, n. 106 negli anni successivi si segnalano Corte cost., sent. 24 aprile 2020, n. 73 (quanto all'art. 89 c.p.), Corte cost., sent. 31 marzo 2021 n. 55 (sull'attenuante del 116 c.p., in caso di c.d. concorso anomalo) e Corte cost. sent. 8 luglio 2021, n. 143 (sull'attenuante del fatto di lieve entità per il delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione, come introdotta dalla stessa Consulta con Corte cost., sent. 23 marzo 2012, n. 68). La strada era stata tracciata in anni ormai risalenti: senza ulteriori riferimenti si ricordano Corte cost., sent. 15 novembre 2012, n. 251, Corte cost. sent. 18 aprile 2014, n. 105 e Corte cost. sent. 17 luglio 2017, n. 205. Si tratta di una soluzione fortemente caldeggiata dalla dottrina: per alcune utili indicazioni cfr. E. Dolcini, *La recidiva riformata (legge 5 dicembre 2005 n. 251)*, in *Legalità e crisi del diritto oggi. Un percorso interdisciplinare*, A. Bernardi, B. Pastore, A. Pugiotto (a cura di), Milano, Giuffrè, 2008, pp. 31 ss.; A. Tesaro, *Corte costituzionale, attenuante del fatto di lieve entità e divieto di prevalenza sulla recidiva reiterata: un precedente pilota?*, in «Foro italiano», 138, 9, part. I, 2013, pp. 2405 ss.; V. Perchinunno, *La graduale erosione del divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulla recidiva reiterata nei recenti approdi della Giurisprudenza Costituzionale*, in «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale», 64, 2, 2021, p. 1577; R. Bartoli, *Lettura funzionale e costituzionale della recidiva e problemi di razionalità del sistema*, in «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale», 56, 4, 2013, p. 1695.



traslitterazioni evocative: sessuale è l'atto che eccita la «brama»<sup>30</sup> o «la concupiscenza sessuale»<sup>31</sup>, il «piacere erotico»<sup>32</sup>, quello che esprime il «desiderio»<sup>33</sup>, gli «istinti sessuali»<sup>34</sup>, la «ebbrezza sensuale»<sup>35</sup>, le «voglie sessuali»<sup>36</sup>, la «libido sessuale»<sup>37</sup>, etc.

Possiamo convenire che non di rado la natura sessuale dell'atto appaia evidente, come accade nelle ipotesi prototipiche di congiungimento carnale o di atti di stimolazione meccanica degli organi genitali o di caratteri sessuali primari<sup>38</sup>. Oltre questi confini, però, si propongono sfide non sempre agevoli da affrontare, allorché l'atto che la vittima è costretta o indotta a subire o compiere sia suscettibile di letture alternative o ambigue, essendo per sua natura polisemico, suscettibile di assumere o meno valenza sessuale<sup>39</sup>.

A fronte dell'ambiguità, la giurisprudenza si affida a due talismani ritenuti di sicuro effetto: il criterio oggettivo, che valorizza il contatto e l'area

30. Il patrimonio terminologico della lingua italiana è assai esteso. Non stupisce, per questo, che si cerchi di contrabbandare il ricorso ad un sinonimo o ad una traslitterazione per una enunciazione esplicativa. Il termine brama sessuale è impiegato da Cass., Sez. III, 2 luglio 2003, n. 36758.

31. Cfr. Cass., Sez. III, 1 febbraio 2022, n. 13682.

32. Cass., Sez. III, 19 ottobre 2021, n. 43611.

33. Cass., Sez. III, 12 marzo 2021, n. 13278; la sentenza si iscrive alla classe di quelle, numerose, che affrontano il tema delle intenzioni del soggetto attivo del delitto non sul piano della tipicità degli atti sessuali, ma piuttosto al momento di verificarne il dolo. In tale contesto, invero, risulta agevole per il Supremo Collegio respingere ogni contestazione e ricorso sancendo come la disposizione sia caratterizzata da un dolo generico, per cui risultano irrilevanti i motivi del reo, i fini che ha perseguito. In particolare si è rigettata la *defence* di aver agito per scherzare o per ragioni che nulla avevano a che spartire con la sessualità, dato che il delitto risulta connotato da un dolo generico, che rende irrilevanti ai fini del giudizio di colpevolezza fini e motivi del reo.

34. Cass., Sez. III, 1 dicembre 2021, n. 3705.

35. Cass., Sez. II, 1 aprile 1953, s.n.

36. Cass., Sez. III, 8 luglio 2021, n. 37129.

37. Cass., Sez. III, 17 giugno 2021, n. 44609.

38. Una delle poche sentenze nella cui motivazione si affronta con spirito critico la interpretazione del concetto di atto sessuale, nel caso compiuto con abuso di potere, è stata Cass., Sez. III, 2 marzo 2017, n. 51582. Nella motivazione, cui si rinvia, si ribadisce il concetto fondante per cui si richiede un differente impegno in funzione dei modi concreti di estrinsecazione dell'agire: dice infatti la Corte come sia «ovviamente» atto sessuale ogni forma di congiungimento.

39. La prospettiva di questo lavoro privilegia, come anticipato, il punto di vista della giurisprudenza. Per indicazioni anche dottrinali sulla interpretazione del concetto di atto sessuale, si rinvia sinteticamente a G. Andreazza, *op. cit.*, VII ed., pp. 3407 ss.

di interferenza con il corpo della vittima, e quello soggettivo, che valorizza i punti di vista dei protagonisti degli atti. Essi non di rado si combinano: l'atto, per quanto fugace ed estemporaneo, deve risultare «finalizzato ed idoneo» a porre in pericolo «la libertà di autodeterminazione...nella sua sfera sessuale, indipendentemente dall'appagamento da parte dell'agente di istinto libidinoso»<sup>40</sup>.

Non occorre spiegare le ragioni per le quali i criteri oggettivi godano di un fideistico consenso: per essi, sessuale è il contatto che coinvolge, da una o dall'altra delle due ipotetiche parti, una zona del corpo definita erogena, ovvero tale da dar origine al desiderio sessuale. La soluzione, però, seducente per quanto semplice, è solo apparente, risolvendosi in una sorta di traslazione dell'oggetto di accertamento. Invero, sul piano scientifico è acquisito il dato che solo alcune parti del corpo siano per loro evidenza erogene: in linea di principio e strutturalmente, si tratta di porzioni anatomiche che, per innervazione ed irrorazione, sono "progettate" allo scopo, come il tegumento, la parte esteriore, dell'organo genitale. Lasciato questo solido approdo, erogene possono però essere considerate, per ragioni diverse da individuo a individuo, pressoché tutte le altre parti del corpo, tanto che, alla fine, non possiamo ritenere di disporre di una mappatura affidabile del corpo umano che distingua, con diversi colori, le parti erogene e quelle che tali non sono. Ne consegue, che chi affidi la determinazione della natura sessuale dell'atto al mero rilievo che esso attinga ad una di esse<sup>41</sup>, finirà per incorrere in un altrettanto evidente rischio di imprecisione<sup>42</sup>. Del resto, il contatto con una zona erogena è considerata condizione sufficiente ma non necessaria per la determinazione del carattere sessuale dell'atto, ben potendo considerarsi tale anche un contatto con parti del corpo dichiaratamente non erogene, «allorquando, in base ad una valutazione complessiva della condotta che

---

40. Così in motivazione Cass., Sez. III, 15 marzo 2022, n. 11624, cit., che richiama non pochi precedenti: cfr. Sez. III, 15 giugno 2006, n. 33464, *Beretta*, Rv. 234786; conf. Sez. III, 18 ottobre 2011, n. 41096, M., Rv. 251316 che richiama i precedenti costituiti da Sez. III, n. 15 aprile 2010, n. 21336; Sez. III, n. 17 giugno, 2009, n. 39718; Sez. III, 2 maggio 2000, n. 7772.

41. F. Mantovani, *Diritto penale*, cit., p. 429 ss., evidenzia cinque ragioni per le quali preferire il ricorso ad un criterio oggettivo, tra le quali la interpretazione della norma secondo il principio di offensività fondata sulla loro obiettiva attitudine offensiva, l'esigenza di tassatività e l'inadeguatezza del criterio soggettivo quanto agli atti di corruzione, tenuti in presenza della vittima minorenni, potenzialmente offesa solo a condizione di un connotato concreto dell'atto.

42. F. Mantovani, *Diritto penale*, cit., p. 430: sono univocamente sessuali gli atti «di contatto fisico, al nudo o meno, con le zone – considerate dalla scienza, costume e comune modo di sentire, e quindi nella normalità dei casi – erogene, dell'altrui corpo».



tenga conto del contesto ambientale e sociale in cui l'azione è stata realizzata, del rapporto intercorrente tra i soggetti coinvolti e di ogni altri dato fattuale qualificante, possa ritenersi che abbia inciso sulla libertà sessuale della vittima»<sup>43</sup>.

Affermare che «tutte le parti del corpo potrebbero in ipotesi essere considerate zone erogene a seconda delle modalità, dell'intenzione e della finalità con cui avviene l'invasione di esse», è come concludere che nessuna (con la sola eccezione del tegumento degli organi riproduttivi) è necessario che lo sia: «anche i semplici toccamenti di una mano, o di un piede, o di un braccio, o del collo e così via potrebbero dar luogo ad un atto sessuale ai sensi dell'art. 609-bis c.p.»<sup>44</sup>.

Alla fine, per superare le troppe aporie, in soccorso dell'oggettività inaffidabile si invoca che «siano prese in esame e valutate [...] le finalità»<sup>45</sup> dell'atto<sup>46</sup>, ovvero che la soggettività assuma un ruolo complementare portando in tal modo però l'attenzione su un terreno altrettanto pericoloso, quello delle fantasie, debolezze se non parafilie<sup>47</sup>.

43. Ancora dalla motivazione di Cass., Sez. III, 17 giugno 2021, n. 44609.

44. In questa incertezza oggettiva, e per converso, neppure gli organi genitali, per la stessa ragione, nella medesima prospettiva relativista, sono universalmente da considerare come zone erogene, la cui aggressione integra sempre violenza sessuale: appare infatti «di intuitiva percezione che non per questo qualsiasi tipo di contatto con quelle zone, come un pugno, un calcio, uno schiaffo e così via, potrebbe essere considerato di per sé atto sessuale» (Cass., Sez. III, 17 giugno 2021, n. 44609).

45. Cass., Sez. III, 2 marzo 2017, n. 51582.

46. Cass., Sez. III, 17 giugno 2021, n. 44609, chiamata a decidere su una “doppia conforme” di condanna in sede di merito (per la violazione dell'art. 609-bis) a seguito di querela proposta da una persona cui era stato toccato, di sorpresa, il fianco. La motivazione della sentenza (di annullamento) si articola in una premessa (ovvia e non chiarificatrice) per cui deve ritenersi sessuale ogni atto che comporti il «coinvolgimento della corporeità sessuale del soggetto passivo». Il contributo motivazionale, però, è stato ritenuto dal S.C. insufficiente.

47. Valga come esempio Cass., Sez. III, 17 febbraio 2015, n. 24683. Si legge nella motivazione come il giudice debba valutare se l'atto sia o meno destinato «a soddisfare la concupiscenza dell'aggressore, o a volontariamente invadere e compromettere la libertà sessuale della vittima» alla luce di un «approccio interpretativo di tipo sintetico» che valorizzi «l'intero contesto in cui il contatto si è realizzato anche in relazione alla dinamica intersoggettiva in cui esso è inserito». L'indagine rileva nelle due opposte direzioni: invero, «la idoneità a stimolare per contatto l'istinto sessuale, stante la complessità dei moventi che sottendono ad esso, non è certo esclusiva prerogativa solo di taluni specifici distretti corporei, quali sono quelli elettivamente deputati alla funzione riproduttiva», per cui «tutte le parti del corpo potrebbero in ipotesi essere considerate zone erogene a seconda delle modalità, dell'intenzione e della finalità con cui avviene l'invasione di esse [...] anche i semplici toccamenti di una mano, o di un piede, o di un braccio,

#### 4. Alla ricerca del confine tra ciò che deve essere punito e ciò che non deve essere punito

Provando a disegnare i confini della violenza sessuale punibile, dobbiamo dire subito che la speculazione sul punto di vista del soggetto attivo non rappresenta un tabù.

È pur vero che, fuori dalla limitata prospettiva giuridica, si deve ammettere come il gioco erotico si espliciti come un'interazione condizionata sia da elementi di fantasia che dalla concretezza degli atti. L'eccitazione sessuale è evento multifattoriale, frutto di condizioni e cause che tra di loro interferiscono in una infinità di combinazioni. Ne deriva che anche il diritto, chiamato ad analizzare l'elemento normativo praetergiuridico della fattispecie di violenza, non possa che considerare anche il punto di vista dei protagonisti del fatto. Anche se nella struttura della fattispecie non si attribuisce un ruolo ai fini o agli effetti del contatto, è al momento di interpretare l'elemento normativo che non può che darsi peso a quei criteri di indagine che caratterizzano gli ambiti disciplinari deputati a studiarne la natura<sup>48</sup>. Che il giurista debba vagliare, ai fini della identificazione del fatto tipico oggettivo, il significato sperato o conseguito del gesto è conseguenza (forse non auspicabile) del ricorso ad un elemento normativo extragiuridico da interpretare

---

o del collo». È però altrettanto certo che «non per questo qualsiasi tipo di contatto con quelle zone, come un pugno, un calcio, uno schiaffo e così via potrebbe essere considerato di per sé atto sessuale, senza che ne siano prese in esame e valutate appunto le modalità e le finalità (nel senso della rilevanza del fine della concupiscenza quale elemento del reato si veda anche: Corte di cassazione, Sezione 3 penale, 25 settembre 2003, n. 36758)».

48. Sono frequenti le decisioni nelle quali la Cassazione è stata chiamata a decidere sulla possibile incompatibilità tra il delitto di violenza sessuale e le ragioni non sessuali che avrebbero ispirato l'atto. A fronte di una *defence* di tal fatta risulta agevole invero contrapporre due argomenti: a) da un lato che il delitto non si pone in alcun modo il problema dell'effettiva soddisfazione sessuale di chi perpetra l'atto (Cass., Sez. III, 12 marzo 2021, n. 13278), risultando per questo irrilevante che costui abbia agito per ragioni come la vendetta, l'odio razziale o religioso, il dilleggio; b) dall'altro che si tratta di delitto a dolo generico, che prescinde da qualsiasi rilevanza dei motivi, che potranno al più giustificare la scelta commisurativa o la concessione di attenuanti o aggravanti (Cass., Sez. III, 13 maggio 2021, n. 24872, ove si legge: «L'imputato era perfettamente consapevole che il tocco dei glutei di una donna fosse una condotta con una oggettiva connotazione sessuale, il che integrava il dolo richiesto dalla fattispecie in esame, essendo del tutto irrilevante che l'imputato avesse posto in essere la condotta per dilleggio o per scherno».



facendo uso di conoscenze o scienze, contaminando il processo delle loro imprecisioni o vaghezze<sup>49</sup>.

Se di un metodo si manifesta l'esigenza, prima di delinearne il profilo si impongono alcune premesse.

In primo luogo, l'ordinamento persegue la tutela della libertà sessuale a fronte di aggressioni che provengano da qualsiasi altro individuo, risultando irrilevante l'identità o diversità di genere o le preferenze sessuali dei protagonisti.

In secondo luogo, è estraneo alla struttura del fatto tipico che l'atto sessuale violento procuri ad uno o all'altro dei suoi attori una qualche soddisfazione erotica o che esso sia effettiva espressione delle preferenze sessuali di chi lo perpetra<sup>50</sup>.

Non deve, infine, dimenticarsi come, nella complessità delle interazioni umane, gran parte dei gesti, dei comportamenti, degli atteggiamenti attraverso i quali si instaurano le relazioni siano espressione (quantomeno anche)

---

49. L'esigenza di perseguire un elevato grado di prevedibilità degli esiti del giudizio interpretativo rappresenta, in sostanza, l'altra faccia del principio di legalità e, come tale, è intimamente connesso con l'intera rete dei principi in materia penale. Invero, solo garantendo al cittadino la possibilità di prevenire le conseguenze delle proprie azioni sarà lecito attendersi un effetto preventivo ed un orientamento culturale alle scelte comportamentali che si appresta a compiere, potendolo rimproverare per non averle compiute. Si tratta di un profilo emerso con particolare evidenza allorché il giudizio penale è condizionato dagli esiti di una prova scientifica: cfr. C. Conti, *Il diritto delle prove scientifiche: percorsi metodologici della giurisprudenza nell'era post Franzese*, in «Cassazione Penale», 72, 6, 2022, p. 1644. Commentando Cass., Sez. IV, 9 aprile 2013, in «Giurisprudenza Penale», II, 2013, p. 695 l'autrice scrive: «la Cassazione afferma che le coordinate di riferimento dovranno essere quelle afferenti al principio del contraddittorio ed al controllo del giudice sul processo di formazione della prova, che deve essere rispettoso di preordinate garanzie, alla cui osservanza deve essere, rigorosamente, parametrato il giudizio di affidabilità dei relativi esiti: un risultato di prova scientifica può essere ritenuto attendibile solo ove sia controllato dall'organo giurisdizionale, quantomeno con riferimento all'attendibilità soggettiva di chi lo sostenga, alla scientificità del metodo adoperato, al margine di errore più o meno accettabile ed all'obiettiva valenza ed attendibilità del risultato conseguito».

50. Non sembra assumere alcun rilievo il fatto che lo stupratore abbia agito contro il proprio desiderio o le proprie inclinazioni al solo scopo di mortificare o punire la vittima, aggredendola nella sua intimità sessuale. La giurisprudenza di legittimità affronta il tema allorché si tratti di verificare sufficienza e congruenza della motivazione sul dolo, a fronte di doglianze che chiamano in causa lo scopo libidinoso dell'agire. Numerose le decisioni che ricorrono ad una formula consolidata per cui «l'elemento soggettivo del reato di violenza sessuale è integrato dal dolo generico, consistente nella coscienza e volontà di compiere un atto invasivo e lesivo della libertà sessuale della persona offesa non consenziente, sicché non è necessario che detto atto sia diretto al soddisfacimento dei desideri dell'agente né rilevano possibili fini ulteriori – di concupiscenza, di gioco, di mera violenza fisica o di umiliazione morale – dal medesimo perseguiti» (Cass., Sez. III, 19 giugno 2017, n. 38646).

delle preferenze di genere di chi ne è protagonista. Il sesso, in parole povere, contribuisce in modo determinante ad *an et modus* dei comportamenti quotidiani. La constatazione non implica, però, che sia altrettanto vero che ogni interazione umana, se frutto di costrizione o induzione, sia qualificabile come violenza sessuale.

### **5. Il tentativo di tratteggiare un metodo**

Possiamo convenire che nel *focus* della fattispecie incriminatrice entrino tre distinte tipologie di contatti: atti univocamente e intrinsecamente sessuali; atti il cui carattere è astrattamente sessuale, pur potendosi dimostrare che non lo sono in concreto; atti polisemici, che possono in concreto rivelarsi sessuali.

Come si è detto, sono del primo tipo tutte le ipotesi di coito, di congiungimento o penetrazione carnale, ma anche gli atti di stimolazione meccanica e di manipolazione stimolante dei caratteri o degli organi sessuali. Si tratta di comportamenti che prescindono dagli effetti che si producono su chi li pratica o su chi li subisce; esemplificativamente, infliggere una penetrazione, sia pure attraverso strumenti meccanici, senza che il carnefice ne tragga altra soddisfazione se non l'affermazione del suo predominio o la umiliante mortificazione della vittima (penso in particolare ad atti sostenuti da motivi – estranei al fatto tipico – d'altra natura, come l'odio razziale, religioso, di genere) non incide certo sulla rilevanza sessuale intrinseca dell'atto. La lingua parlata, per ottenere il risultato, è quella della sessualità.

Appartengono alla seconda classe gli atti che attingono parti del corpo che sono, secondo parametri antropologico-culturali dominanti, oggetto di stimolazione in una interazione funzionale all'eccitazione sessuale; notoriamente nella morfologia il genere incide determinando specifiche denominati caratteri sessuali, come per l'uomo e la donna i glutei e, per la seconda, il seno e le cosce. Il contatto con essi, nella generalità dei casi, è fenomeno espressione univoca di sessualità; ciò non esclude che si possano cogliere circostanze nelle quali il medesimo gesto risulti certamente estraneo allo scopo di determinare un eccitamento. Si pensi al contatto tra la mano e il seno determinato dal tentativo di sfilare una preziosa collana, rubandola, o piuttosto alla percossa odiosa che attinga un carattere sessuale primario o secondario.



Nella terza classe rientrano un maggior numero di contatti (o comportamenti) tipici del linguaggio corporeo quotidiano, per quanto sessuato. Se essi, fisiologicamente, non sono qualificabili come sessuali, tali possono rivelarsi se, in quanto espressione della preferenza di genere, si collochino in una dimensione funzionale, alla luce dei dimostrati loro effetti sperati. Si pensi a taluni contatti corporei con parti del corpo meno innervati, come la schiena, la spalla, i piedi o addirittura i capelli di una persona. Nella loro evidente polisemicità, può potersene dimostrare l'innesto in un programma d'azione sessuale.

È chiaro che si debba riservare particolare attenzione proprio agli atti di questa terza classe, trattandosi di gesti che appartengono alla comunicazione interpersonale quotidiana, suscettibili di interpretazioni opposte da parte di autore e soggetto passivo, il primo, per quanto condizionato inevitabilmente dalle preferenze di genere, al più ispirato al bisogno di sancire un tentativo di avvicinamento alla seconda, che si sente indebitamente violata. Attingendo con una parte del proprio corpo il corpo di un'altra persona, invero, si possono comunicare emozioni, sentimenti o inviare messaggi, avvertimenti, manifestare intenti: in sostanza si trasferiscono informazioni (come nel gesto minimo e irritante di trattenere per qualche secondo la mano nella propria al momento del saluto o di salutare baciando sulla guancia<sup>51</sup>, di appoggiare, camminando, la mano sulla spalla dell'accompagnatore/trice<sup>52, 53</sup>).

51. Il tema della rilevanza penale del bacio imposto o rubato è divenuto una sorta di classico. La giurisprudenza, estraendo il disvalore dai modi della condotta, non ha mai tentennato nel ritenerlo un atto sessuale. Sul punto cfr. A. di Martino, *Sul bacio involato a lei che dissente*, in «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale», 42, 4, 1999, p. 1596; M. Vizzardi, *Bacio sulle labbra e diritto penale: ancora sulla nozione di atto sessuale*, in «Cassazione Penale», 2008, 48, 2, p. 755. In particolare, sulla possibile rilevanza come atto sessuale violento del bacio sulla guancia A. Guidi, *Sulla configurabilità del delitto di violenza sessuale in caso di bacio sulla guancia*, in «Diritto Penale Contemporaneo», 21 gennaio 2013, a commento di Cass., Sez. III, 26 settembre 2012, n. 44480.

52. È a fronte di fenomeni come questi che Cass., Sez. III, 17 febbraio 2015, n. 24683 attribuisce rilevanza al «finalismo della condotta» ritenuto tale «da far escludere, ad onta della materialità di essa, che la stessa fosse diretta a violare la, pur attinta, zona erogena della persona offesa, di tal che sarebbe illogico, oltre che palesemente inaccettabile, qualificare la condotta dell'agente» come violenza sessuale.

53. La possibilità di considerare, in via di eccezione, il connotato non sessuale di atti che attingano le aree genitali o i caratteri sessuali primari e secondari della vittima è tutt'altro che teorica. Invero, si possono fornire, come meri esempi, non pochi casi nei quali ad una «obiettiva invasione» della corporeità sessuale che, secondo una sorta di convenzione non scritta, non

Al momento di dover decidere tra le sole due soluzioni in campo (con conseguenze drammatiche), può risultare importante la considerazione della “soddisfazione” attesa dall’autore del gesto<sup>54</sup>, sia chiaro non come criterio sufficiente, ma come strumento per un vaglio preliminare. Si tratta di prendere atto di un dato di fatto obiettivo: nelle interazioni quotidiane non tutte

---

consegue la integrazione e/o contestazione dell’art. 609-bis: a) la condotta di chi, nel cagionare contro il volere della vittima mutilazioni genitali rituali ne “manipola” l’apparato riproduttivo: esclusa dal quadro la rilevanza dell’età del soggetto passivo (l’atto è una sorta di rito in iniziazione alla vita adulta di fanciulla giovanissima), il fatto potrebbe considerarsi tipico oltre che alla stregua dell’art. 583-bis anche della norma sulla violenza sessuale, in quanto presuppone una invasione nella corporeità (sessuale, appunto) della vittima, per quanto strumentale ad eseguire la mutilazione, eseguita abusando di autorità o sfruttando una minorazione (su tali aspetti C. De Maglie, *Culture e diritto penale. Premesse metodologiche*, in «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale», 51, 3, 2008, p. 1088); b) il caso analogo della condotta di manipolare i caratteri sessuali della vittima per perpetrare illegittimamente un aborto meccanico su una persona in condizioni di minorazione; c) la percossa diretta agli organi riproduttivi della vittima, per conseguire un effetto particolarmente doloroso o neutralizzante, che integra un contatto invasivo e violento con zone erogene; d) il furto la cui esecuzione implica invadere zone intime del corpo, come nel caso in cui essa abbia nascosto i suoi averi tra i voluminosi seni; affronta il tema del possibile concorso tra delitto contro il patrimonio e delitto contro la libertà sessuale, risolvendolo sul piano della verifica dell’ambigua valenza finalistica dell’atto Cass. II, 41985/2021, nella cui motivazione si legge: «Ma nel rispetto del principio di specialità, quando la costruzione ha per oggetto la sfera sessuale e non attiene, neppure in via mediata, alla sfera patrimoniale deve applicarsi l’art. 609-bis c.p.». La conclusione, evidentemente, si fonda su una sorta di proiezione dell’atto nella sua funzionalità oggettiva, verso l’offesa/evento. In tutti gli esempi proposti, rispetto alla qualificazione giuridica dell’atto, assume un ruolo decisivo la ricostruzione del “contesto” nel quale esso si colloca, esteso ai ruoli delle parti coinvolte. Nel loro “essere” in primo luogo mutilazioni genitali (orientate dalla credenza culturale di rendere un servizio nella prospettiva della miglior vita futura della vittima), percosse (per quanto si avvalgano del coinvolgimento dei caratteri sessuali, sono funzionali ad arrecare un mortificante dolore) o atti caratteristici del c.d. “furto con destrezza” (guidati dall’esigenza prioritaria che la vittima non ne percepisca l’esecuzione) i gesti divengono testimoni della propria natura. Essi, del resto, non appartengono neppure al contesto degli atti sessuati non risultando condizionati dalle preferenze di genere. Altrettanto potrebbe dirsi nel caso dell’aborto meccanico, che pure presuppone come modalità di aggressione, un’invasione del corpo della vittima.

54. Non sembra assumere alcun rilievo il fatto che lo stupratore abbia agito contro il proprio desiderio o le proprie inclinazioni al solo scopo di mortificare o punire la vittima, aggredendola nella sua intimità sessuale. La giurisprudenza di legittimità affronta il tema allorché si tratti di verificare sufficienza e congruenza della motivazione sul dolo, a fronte di doglianze che chiamano in causa lo scopo libidinoso dell’agire. Numerose le decisioni che ricorrono ad una formula consolidata per cui «l’elemento soggettivo del reato di violenza sessuale è integrato dal dolo generico, consistente nella coscienza e volontà di compiere un atto invasivo e lesivo della libertà sessuale della persona offesa non consenziente, sicché non è necessario che detto atto sia diretto al soddisfacimento dei desideri dell’agente né rilevano possibili fini ulteriori – di concupiscenza, di gioco, di mera violenza fisica o di umiliazione morale – dal medesimo perseguiti» (Cass., Sez. III, 9 giugno 2017, n. 38646).



le carezze, non tutti i baci stampati sulla guancia, per quanto indesiderati, violano la corporeità sessuale, integrano uno stupro. Lo si può dedurre da elementi obiettivi tratti dal soggetto attivo e dalle circostanze concomitanti all'agire (si pensi all'esempio del bacio sgradito inflitto dall'anziana zia).

Il secondo criterio selettivo è quello che debba trattarsi di un contatto frutto di costrizione o induzione, di una effettiva ingerenza nella corporeità. Se la violenza impiegata è un dato determinante, essa, come anticipato, corre il rischio di rappresentare un elemento distogliente. Si pensi al caso, oggetto di una decisione che ne ha riconosciuto il carattere sessuale, della imposizione di un casto bacio alla moglie che ha deciso di separarsi. Il contatto imposto può assumere, in questa prospettiva, il significato di riaffermare una sorta di potestà sessuale, di un possesso sul corpo, nel momento in cui esso viene posto in discussione, così da rendere meno opinabile la conclusione che ne afferma il carattere<sup>55</sup>.

Il contatto violento e sessuale deve poi essere stato idoneo a produrre effetti su chi lo subisce. Non si tratta di considerare le intenzioni, ma piuttosto le interazioni. Se ogni stupro è invasione della corporeità sessuale della vittima attraverso il corpo del carnefice, si deve poter cogliere, nel fatto, la dimostrazione di questa violazione. Torniamo ad un esempio. Supponiamo che taluno, sia pure con violenza o induzione, superi le altrui resistenze per poterne toccare un piede o la calzatura (tecnicamente, si definisce questa anomalia sessuale come retifismo, una forma di feticismo). Il gesto, per chi lo compie, può risultare pregno di significati sessuali, mentre chi subisce la violenza costringitiva, avverte soltanto la limitazione della propria libertà e non la intrusione nella propria sessualità. Per usare le parole di Freud<sup>56</sup>, siamo di fronte ad una vittoria del pensiero sulla realtà, in quanto sussiste un'evidente divergenza tra la natura obiettiva del gesto ed il significato che ad esso almeno uno dei protagonisti attribuisce.

Se è certo che nessuno possa essere costretto a subire la strumentalizzazione di una qualsiasi parte del proprio corpo al servizio di un'altrui esigenza, non di meno, ove la significatività del gesto risulti preclusa allo sguardo,

---

55. Ha riconosciuto gli elementi costitutivi del delitto di violenza sessuale in un caso come quello ricostruito Cass., Sez. V, 22 settembre 2021, n. 37460.

56. Scriveva S. Freud, *Fetischismus*, in *Almanach der Psychoanalyse*, 1928 (Vienna 1927), pp. 17-24, ora *online*, con traduzione in italiano di R. Colorni: «il feticcio è il sostituto del fallo della donna (della madre) a cui il piccino ha creduto e a cui, per i motivi che sappiamo, non vuole rinunciare».

alla stessa percezione della vittima, emerge esclusivamente la lesione della libertà morale, ben potendosi punire il fatto secondo il più mite parametro della violenza privata. Ad opposte conclusioni sarebbe doveroso pervenire laddove il feticista esteriorizzi, rivelando il proprio coinvolgimento emotivo e corporeo, quella che per lui è la natura sessuale del gesto costretto, imponendo alla vittima di constatare di essere stata forzatamente strumento al servizio del desiderio altrui.

Gli esempi, invero, sono tutti egualmente bugiardi. Sembra però evidente che essendo la violenza sessuale un'interazione, la vittima debba poter percepire, per la specifica fenomenologia dell'accadimento, per quanto di esso rivela il suo autore, che il suo corpo, subendo il contatto, è impiegato contro o comunque in modo che prescinde dalla sua libertà, in una interazione sessuale, perché causa di effetti oggettivi nella corporeità di chi agisce.

## 6. Una sintesi

Costruendo la fattispecie delittuosa dell'art. 609-*bis* (e, per la stessa ragione, *octies*) si è deciso di non perseguire un tentativo di determinazione normativa dei modi possibili d'essere dell'atto che ne evidenziano il carattere sessuale. Neppure si sono astrattamente considerati gradienti di disvalore tra atti obiettivamente differenti sul piano della loro significatività sessuale come i congiungimenti carnali o le stimolazioni meccaniche degli organi genitali ed altri, polisemici e potenzialmente neutri, che possono assumere molteplici obiettivi significati comunicativi.

Anche per questa assimilazione, si può convenire che la contesa per definire i confini della tipicità del delitto di violenza sessuale si decida sul terreno dei secondi. Per affermare il carattere sessuale dell'atto ai fini del delitto di cui all'art. 609-*bis* si deve contrastare la tentazione di ricorrere a modelli presuntivi, invocando l'evidenza solo per gli atti per loro natura sessuali (quelli che abbiamo definito del primo tipo). Si deve inoltre evitare di attribuire un peso discriminante alle intenzioni di chi agisce o alla sensibilità peculiare di chi subisce. In una ricerca semeiotica si impone di apprezzare egualmente elementi tradizionalmente considerati oggettivi ed altri soggettivi, non disgiunti gli uni dagli altri, fermo restando il carattere di contatto come tale percepibile dai sensi di chi lo compie e di chi lo subisce<sup>57</sup>.

---

57. Sottolinea la dimensione relazione del concetto di atto sessuale E. Silingardi, *op. cit.*, p.



Gli atti neutrali possono considerarsi sessuali se, ricostruite le condizioni concrete del loro esplicarsi appaiano inseriti in un processo che è concepito per evolversi dal piano della polisemicità a quello dell'evidenza, caratteristica degli atti di coito o che coinvolgono la genitalità.

Posto che ogni verifica quanto alla loro rilevanza penale implica che non si sia verificata un'evoluzione del contatto sino ad assumere i connotati dell'atto in sé sessuale, ne deriva che di tali atti sia consentito apprezzare il significato in chiave prognostica, secondo un parametro di idoneità funzionale.

Benché se ne debba considerare la rilevanza come delitti consumati di violenza sessuale e non come tentativi (in quanto tali apprezzabili solo laddove non sussista il contatto tra i corpi), solo collocandoli nel complesso dei caratteri qualificanti la loro obiettività, come tempo, luogo, perone, contesto, essi si propongono come contatti preliminari ad una possibile evoluzione del discorso sessuale. In altri termini, atti polisemici possono considerarsi atti sessuali se essi siano concretamente impiegati in un processo funzionale a sollecitare l'istinto sessuale della vittima o piuttosto a sfruttarne il corpo per la ricerca di una soddisfazione del solo autore. Altrettanto può sostenersi allorché la sessualità, le preferenze di genere dei due protagonisti entrino in gioco come fattori distorti, come laddove l'atto assolva ad un'esigenza di mortificazione della sessualità altrui o di esorcizzazione di quella propria.

È evidente come quanto detto non valga a tracciare un chiaro confine.

Lo scopo, però, era meno ambizioso: evitare i rigori forse eccessivi della norma, allorché difettino elementi seri per cogliere la familiarità della intrusione polisemica con lo stupro, con il coito violento.

---

1086. Scrive l'A.: «Posto il problema in tale più ampio contesto, a mio avviso conformemente allo spirito ed ai fini della legge 66/96, ove gli interpreti si orientassero nella direzione sopra indicata, ovvero con riferimento ai contenuti propri della nozione di sessualità, che fanno riferimento non solo all'atto di per se stesso considerato, ma anche agli aspetti relazionali nei quali l'atto è venuto ad inserirsi, ciò renderebbe a mio avviso oltrepassato ogni residuo dubbio in ordine alla legittimità costituzionale della nuova disciplina».