

La necessità di una norma di equilibrio

Sabrina Viviani

Non è un bello spettacolo quello della politica che prima annuncia di aver improvvisamente trovato un accordo *bipartisan* per la nuova formulazione del reato di violenza sessuale e subito dopo verifica che l'intesa mostra la sua inadeguatezza, dunque la necessità di un ripensamento. La realtà è che i temi sono assai complessi, che le norme, per essere ragionevoli, debbono essere ponderate e discusse con i tempi del confronto nel quale debbono essere coinvolti anche gli operatori del diritto. Il legislatore non dovrebbe approvare norme simbolo, drammaticamente prive di determinatezza, destinate a rimettere alla giurisprudenza il compito non di interpretare ma di definire il contenuto del precetto. Avrebbe potuto essere questa l'occasione - forse lo potrebbe essere ancora - per un intervento legislativo che non solo superi l'attuale assetto descrittivo ma che, anche tenendo conto delle soluzioni adottate in altri Paesi, costruisca la fattispecie incriminatrice in termini di maggiore certezza. Ammoniva, anche recentemente, la Presidente Cassano che la proliferazione legislativa non giova certo alla chiarezza e alla coerenza del sistema e rischia di ampliare la discrezionalità del Giudice.

L'urgenza oggi è quella di un messaggio prima di tutto culturale che faccia comprendere che le donne sono libere, capaci di interpretare qualsiasi ruolo sociale e padrone della propria sessualità. Non è certo aumentando il catalogo dei reati o svuotando il processo delle garanzie difensive che si interviene nell'interesse delle donne. È invece necessario cambiare il paradigma sociale per sradicare stereotipi di genere. La strada non è quella di riforme "a costo zero", bisogna investire in termini di risorse umane ed economiche per formare alla cultura del rispetto dell'altro e alla educazione sentimentale che non contempla alcuna subaltermità.

Quanto al processo penale, esso non può che essere il luogo della verifica della commissione di un reato che il Giudice deve accertare eventualmente attribuendo responsabilità sulla base di regole e diritti, prima di tutto quello dell'imputato di difendersi. Secondo i principi del diritto penale liberale e del giusto processo, la ricostruzione del fatto deve essere sempre rigorosamente verificata attraverso le tecniche proprie del contraddittorio. Così anche la mancanza del consenso, in quanto elemento della fattispecie, deve essere oggetto di stringente accertamento probatorio e deve rimanere onere dell'accusa provarlo al pari degli altri elementi. Norme generiche e poco chiare si risolvono in un *vulnus* del principio di presunzione di innocenza. Ben venga la riscrittura della norma incriminatrice superando l'attuale modello ma mantenendo saldi tipicità e regole probatorie. Sarebbe invece inaccettabile una norma che contemplasse l'inversione dell'onere della prova del consenso in capo all'imputato.

Del resto, la Convenzione di Istanbul chiede ai Paesi firmatari di perseguire i responsabili di atti di violenza sessuale chiarendo nello stesso art. 36, al comma 2, che "il consenso deve essere dato volontariamente quale libera manifestazione della volontà della persona, e deve essere valutato tenendo conto della situazione e del contesto". Dunque, da un lato le modalità dell'accertamento del fatto debbono essere rispettose della persona offesa, dall'altro non è immaginabile un arretramento rispetto alle garanzie difensive.

In questo numero PQM dà spazio alle riflessioni degli studiosi e degli operatori per contribuire al disegno di questo complesso equilibrio e scongiurare la creazione di norme dal forte valore propagandistico, efficaci forse sul piano mediatico ma drammaticamente fallimentari sul piano pratico. Buona lettura!



VIOLENZA SESSUALE E DIRITTO DI DIFESA

Contributi per una seria riflessione sulla riforma

L'intervista

CORSA ALL'INCRIMINAZIONE PARLA MARTA BERTOLINO

Lorenzo Zilletti

«Non sarà certo una norma a indirizzare i comportamenti sessuali degli uomini italiani, perché è prima di tutto questione di cultura sessuale, di rispetto della persona. Quando si arriva alla repressione penale è troppo tardi. Non è che, dato inizio a un rapporto sessuale, a un certo punto uno si ferma e dice: "Allora vediamo com'è la fattispecie incriminatrice"». Marta Bertolino, professoressa di diritto penale all'Università Cattolica di Milano, non cade nella trappola della corsa all'incriminazione come panacea di tutti i mali, pur essendo favorevole all'introduzione della nozione di consenso nell'art. 609 bis c.p. «Già nel 1993, in un mio scritto, affermai la necessità di eliminare dalla descrizione della fattispecie base di violenza sessuale il riferimento alla violenza e alla minaccia. Il legislatore del '96, invece, non ebbe il coraggio di abbandonare questo requisito di tipicità della condotta, probabilmente per paura di rendere debole sul piano probatorio l'accertamento processuale.

Segue a pag. II

Il passo da compiere

NON BASTA LA "PAROLA" (DELL'UNO O DELL'ALTRO)

Roberto Crepaldi

Il progetto di legge di riforma del delitto di violenza sessuale recentemente approvato alla Camera dei deputati può essere certamente salutato come un progresso da un duplice punto di vista. Intanto costituisce il vertice della parabola di una fattispecie che, a partire dalla riforma del 1996, ha progressivamente abbandonato il terreno della morale pubblica per concentrarsi sulla libertà individuale della vittima e, oggi, sull'atto di volontà individuale, quale unico percorso di legittimazione dell'atto sessuale.

La riforma consente anche di sbarazzarsi delle ipocrisie del diritto vivente che, pur nel condivisibile intento di adattare la fattispecie al mutato contesto culturale, aveva finito per ignorare - con buona pace del principio di legalità - l'elemento tipico della violenza/minaccia, progressivamente ridotta a strumentalizzazione della mancanza di consenso della vittima e, infine, silenziosamente scomparsa dal *thema probandum*.

Segue a pag. III

L'ipocrisia

SE CI IMPORTASSE DAVVERO DELLA LIBERTÀ

Marianna Poletto

Diffidare dell'unanimità è quasi sempre buona regola. Di questi tempi, specie quando le ampie convergenze ricadono su delicate scelte di politica criminale, è appiccio di metodo obbligato. Questa volta gli entusiasmi bipartisan si sono concentrati nell'approvazione, per ora solo alla Camera, di una modifica dell'art. 609-bis c.p. che eliminerebbe dalla fattispecie di violenza sessuale il requisito della violenza o minaccia, per sostituirlo con quello dell'assenza di "consenso libero e attuale". Ciò in recepimento della Convenzione di Istanbul, da noi ratificata nel 2013. Che il consenso sia al centro del dibattito politico, e più in generale pubblico, è di per sé da salutare con favore, specie nel paese in cui fino al 1981 il matrimonio riparatore consentiva di estinguere il reato. Quell'istituto, come il delitto d'onore e l'inclusione della violenza sessuale tra i reati contro la morale pubblica, era frutto di una concezione proprietaria della donna, oggettificata e subalterna.

Segue a pag. III

L'INTERVISTA

CORSA ALL'INCRIMINAZIONE PARLA MARTA BERTOLINO

La professoressa di diritto penale alla Cattolica di Milano avverte
«Non sarà una norma a indirizzare i comportamenti sessuali degli uomini»

Lorenzo Zilletti*

SEGUE DALLA PRIMA

Oggi non posso che approvare lo spirito generale della riforma in fieri. La questione però si sposta sulla formulazione della fattispecie: per me sarebbe bastato inserire il concetto di costrizione (“chiunque costringe a”). La costrizione implica inevitabilmente assenza di volontà della vittima e quindi ogni atto imposto».

Una terza via, rispetto ai modelli in voga del “yes means yes” e “no means no”.

«Quasi tutti gli ordinamenti che, più o meno recentemente, hanno attuato una riforma (es. Spagna e Germania) utilizzano i due modelli contrapposti, cioè quello del consenso o del dissenso. In ogni caso, nessuno utilizza la descrizione della condotta semplicemente nei termini di costrizione».

A me pareva più lineare, nella difficoltà di prova che c'è quasi sempre in questo tipo di processi, il concetto di dissenso, e quindi la soluzione tedesca.

«La soluzione tedesca non parla di manifestazione di dissenso, ma di comportamento sessuale che va contro la volontà riconoscibile della vittima, con ciò implicando l'esistenza di una forma di manifestazione di dissenso. Restando sul valido consenso, io escluderei di concepirlo in prospettiva quasi notarile, tipo dichiarazione espressa “sì sono d'accordo”. Diversamente, sarebbe migliore il modello del dissenso, per cui si parte da una presunzione di consenso, autorizzando chi agisce a ritenere che senza manifestazione di dissenso esista il consenso. Se abbandoniamo la prospettiva notarile, per me risulta preferibile l'idea della necessità di un valido consenso: a escludere il reato basterà una manifestazione anche implicita dell'accettazione del rapporto sessuale, data dal contesto. Vero è, però, che parlando di “volontà riconoscibile”, si dà rilievo all'eventuale errore, che invece da noi non viene preso in considerazione».

Sarebbe un errore sul fatto e non sul diritto, che in assenza di previsione normativa di un'ipotesi colposa escluderebbe la punibilità.

«Applicando l'articolo 47 c.p. va considerato un errore sul fatto, ma la fattispecie colposa non c'è, per cui l'autore dovrebbe andare esente da pena. Lasciami dire che è quasi inaccettabile, sia dal punto di vista dell'opinione pubblica, che dal punto di vista della tutela. Si potrebbe pensare in caso di errore evitabile sul consenso ad una attenuazione della pena o alla previsione di una fattispecie meno grave colposa».

Fin qui la grammatica legislativa, che da noi non gode di fortuna in sede giudiziaria.

«La giurisprudenza domestica, per tagliare corto ed evitare rilievi all'errore, lo ascrive a requisito di fattispecie, e così quello sul dissenso si sostanzia in un errore inescusabile sulla legge penale».

Si ricade nella solita crisi del principio di legalità e nella “legge” scritta dai giudici. I problemi non si esauriscono, però, fermandosi al significato da attribuire al termine consenso.

«Certamente. Ad esempio dissenso dalla proposta di riforma quando compie un'assoluta equiparazione della pena per i fatti commessi in assenza di consenso e quelli compiuti con violenza e minaccia. Abbiamo una sanzione molto alta, da 6 a 12 anni, e non è contemplata dal Codice una fattispecie attenuata di molestie sessuali. La nozione di atti sessuali punibili con quella cornice edittale va dal bacio al palpeggiamento, fino alla vera e propria violenza, allo stupro. Abbiamo una fattispecie completamente unificata e appiattita, senza una gradualità nella carica offensiva della condotta. Sarebbe stato opportuno rimettere mano, nell'occasione, all'intera materia e non fermarsi a emendare l'art. 609 bis».

Insisto sui problemi: il consenso non sempre si materializza in un'affermazione esplicita e talora può variare a seconda della tipologia di atto sessuale. Non dobbiamo dimenticare che in Costituzione c'è la presunzione di non colpevolezza e, dall'altra parte, l'affermazione -tutta giurisprudenziale - che la dichiarazione della persona offesa basta da sola a costituire prova del fatto.

«Caratteristica fondamentale del nostro reato è che di solito non si realizza dinanzi a testimoni. La Cassazione ha affermato che nel valutare le dichiarazioni della vittima di una violenza sessuale si deve partire dall'idea

che siano attendibili, salvo che dal contesto probatorio emergano evidenze tali da smentirle. L'emendamento approvato dalla Camera da questo punto di vista non influisce sulla posizione della vittima. Vero è che il legislatore del '96 aveva mantenuto il concetto di violenza proprio per assicurare i requisiti di fisicità che aiutavano a dimostrarne l'esistenza, ma la giurisprudenza ha da tempo superato quell'impostazione ravvisando il reato quando c'è costrizione. Adottare la regola del consenso o quella del dissenso non sposta nulla».

Qui devo obiettarti che col “consenso” i problemi di accertamento crescono. Qualcuno già sproloquia di rovesciamento dell'onere della prova sull'imputato: sia esso a dimostrare l'esistenza del consenso, alla stregua di una scriminante.

«Attenzione, la mancanza di consenso è elemento di fattispecie ed è onere dell'accusa dimostrarne la sussistenza come per tutti gli elementi della fattispecie. A tal fine si valuta l'aggressione e l'atto sessuale tenendo conto del contesto in cui la vicenda concreta si è svolta. Bisogna però evitare che l'accertamento probatorio passi attraverso una squalificazione della persona offesa».

Contestare l'inattendibilità, in un reato senza testimoni e smaterializzato, è spesso l'unica forma di difesa possibile. Certo, non significa squalificare. Tutto dipende dal caso concreto: non mi sognerei mai di fare un certo tipo di considerazioni o domande a chi afferma la propria libertà sessuale. Le cose mutano se la persona offesa si presenta artatamente come una specie di Santa Maria Goretti o mente sulle conseguenze patite nella propria sfera sessuale in seguito al presunto illecito. Esiste uno stile anche nel porre la domanda più irritante.

«Sono d'accordo, nel senso che le dichiarazioni della vittima, anche in ambito sessuale, dovrebbero avere lo stesso grado di affidabilità riconosciuto a qualsiasi altra dichiarazione per qualsiasi reato resa da parte della vittima. Queste dichiarazioni non cadono in un vuoto probatorio, ma in un assetto che deve emergere nell'ambito del processo; se le dichiarazioni della vittima non sono suffragate da altre prove, non sono convincenti, vale il principio della presunzione di innocenza e della con-



Il Macaron

Consenso: tutti i nodi vengono al petting, se c'è il petting

L.Z.

Nella foto
Marta Bertolino



danna al di là di ogni ragionevole dubbio. Anche in ambito dei reati sessuali questa regola va rispettata assolutamente».

Qualcuno osserva che uno dei problemi nasca dall'attualità, perché questo consenso dovrebbe durare per tutto il tempo dell'atto.

«Il riferimento all'attualità per me è pleonastico e si poteva evitare. La giurisprudenza è già pacificamente orientata in questo senso, non c'era bisogno di inserirlo nella norma e sono d'accordo con chi dice che più appesantisci di descrizione la fattispecie e più sul piano probatorio si possono complicare le questioni, naturalmente nel rispetto del principio di precisione della descrizione normativa. La giurisprudenza non ha alcun dubbio che il consenso deve essere presente e deve accompagnare tutto l'atto sessuale».

Certo, una persona potrebbe anche cambiare idea rispetto a un rapporto diverso da quello che sta praticando. Può anche passare il desiderio, nel frattempo, ma la mutata intenzione dovrebbe essere oggettivata.

«Infatti, meglio toglierla dalla fattispecie questa precisazione, non serve, ed anzi potrebbe spingere ad una serie di domande fonte di vittimizzazione secondaria nei confronti della persona offesa».

*Avvocato penalista

Roberto Crepaldi*

SEGUE DALLA PRIMA

Già oggi la giurisprudenza ritiene illecito qualsiasi atto sessuale avvenuto senza il consenso della persona offesa e ha ripetutamente affermato la necessità che tale assenso permanga per l'intero rapporto e possa essere in qualsiasi momento revocato, con la conseguenza che anche il persistere dopo il ripensamento della vittima assumerebbe uguale natura illecita. Occorrerà confrontarsi, invece, con il rinnovato valore della revoca del consenso inizialmente prestato dalla vittima e interrogarsi circa la necessità che (e le condizioni in cui) il recesso si possa considerare conosciuto dal partner sessuale. Ma i problemi maggiori per l'interprete graviteranno attorno alla validità del consenso, principalmente nei casi in cui la capacità di esprimerlo della vittima possa essere messa in dubbio temporaneamente (a causa dell'assunzione di alcool o droghe) o permanentemente (per condizione di inferiorità psico-fisica). In questi casi, il punto di equilibrio è stato rintracciato dalla migliore giurisprudenza di legittimità nel richiedere la prova – tutt'altro che agevole – che il consenso non sarebbe stato prestato dalla vittima senza un'ulteriore condotta di abuso di tale condizione della vittima. Un equilibrio questo che mi pare destinato a rimanere invariato, non potendosi desumere alcunché dall'astratta invalidità del consenso. In

Non basta la “parola” (dell'uno o dell'altro)



caso contrario, si finirebbe per privare del diritto alla sessualità coloro che non sono permanentemente in condizioni di capacità naturale di assentire, a prescindere da un comportamento finalizzato a carpire un consenso che altrimenti non sarebbe stato prestato. Sotto questo profilo, il punto realmente problematico è costituito dal riferimento, accanto alle condizioni di “inferiorità” già oggi contemplate dall'art. 609-bis, comma 2, c.p., alla “particolare vulnerabili-

tà della persona offesa al momento del fatto”. Il legislatore rischia, in questo modo, di attribuire rilevanza a profili di debolezza che sono unicamente soggettivi e non sono in grado di incidere, sul piano causale, sull'esercizio della propria libertà sessuale. I primi commenti si sono concentrati, invece, sui riflessi probatori della rinnovata centralità del consenso e sull'eventualità che gravi sull'indagato/imputato fornire dimostrazione di un valido e perdurante consenso. Mi

sento di dissentire fermamente da una simile conclusione. Sempre ammesso che la presunzione costituzionale di non colpevolezza tolleri un ribaltamento della regola di giudizio, il consenso non è, oggi come ieri, elemento che giustifica una condotta altrimenti illecita, ma elemento negativo della fattispecie e, come tale, grava certamente su chi accusi l'onere di provarne la mancanza. La prova del dissenso potrà certamente essere fornita sulla base della testimonianza della persona offesa, purché sottoposta, com'è doveroso già oggi, ad uno scrutinio particolarmente approfondito. Sul piano probatorio non sembra, dunque, cambiare granché: la difficoltà di regolare il conflitto tra necessità di salvaguardare il testimone dalla cd. vittimizzazione secondaria – quella che deriva, cioè, dal ruolo processuale della vittima del reato – ed esigenza di dissipare qualsiasi dubbio sull'accaduto non può condurre ad una manipolazione delle regole di onere della prova. Anche senza scomodare i principi costituzionali, tale inversione eliminerebbe la necessità di un'indagine approfondita sulla credibilità della vittima-testimone. Forse in questo campo l'ulteriore passo da compiere è quello di liberare definitivamente accusatori e accusati dall'impressione, radicalmente infondata, di essere intrappolati in un processo deciso dalla semplice “parola” dell'uno o dell'altro.

*Giudice delle Indagini Preliminari
Tribunale di Milano

L'IPOCRISIA

Marianna Poletto*

SEGUE DALLA PRIMA

SE CI IMPORTASSE
DAVVERO
DELLA LIBERTÀNon fingeremmo di poterla raggiungere
con l'ennesimo ritocco al codice penale

Molto sta cambiando da allora, e la libertà di autodeterminazione, anche sessuale, è finalmente un obiettivo conquistabile. Tuttavia, l'esercizio di difidenza cui siamo ormai abituati trova, nella proposta di riforma, mille ragioni per esser praticato, con l'auspicio che il dibattito in corso al Senato ne tenga conto.

La prima è di metodo e implica più ampie riflessioni. Se ci importasse della libertà, non fingeremmo di poterla raggiungere con l'ennesimo ritocco al codice penale, buono per sembrare buoni, utile alla politica per garantirsi le prime pagine, senza spendere un euro. Se ci importasse della libertà, ci renderemmo conto che di consenso si deve parlare prima e fuori dalle norme penali, per riflettere sul suo significato extra-giuridico, così sfuggente perché sfuggenti sono le umane relazioni, e perché secoli di subordinazione non hanno solo privato le donne della possibilità di esprimerlo, ma hanno troppo a lungo intriso la cultura dominante dell'idea che persino un diniego possa essere trascurato e ridotto ad atteggiamento, vezzo, gioco delle parti. Se ci importasse della libertà, parleremmo di libertà, in ogni luogo possibile (sì, anche nelle scuole).

Come suggerisce Manon Garcia, dovremmo innanzitutto chiederci: "Che cos'è lo stupro? Cos'è un rapporto sessuale non consenziente? Cos'è un buon rapporto sessuale? Ancora prima di cercare di scoprire chi manderemo o non manderemo in prigione. L'urgenza non è mandare gli stupratori in carcere ma garantire che gli uomini [...] smettano di stuprare". E a propo-

sito di carcere. Se ci importasse della libertà, ci ricorderemmo che per ogni persona che denuncia una violenza sessuale, un'altra è sottoposta a procedimento penale per un reato punito con la reclusione da sei a dodici anni, aggravanti escluse.

Ci ricorderemmo che quella persona è presunta innocente dalla Costituzione e non gioiremmo, come leggiamo in questi giorni, per una norma che qualcuno vorrebbe invertisse l'onere della prova, perché non sia chi lo accusa a

dover dimostrare la responsabilità dell'imputato, ma lui a dover provare la propria innocenza, contro ogni civiltà giuridica.

Introdurre nel codice penale il principio dello *yes means yes* porta con sé tante criticità, che forse non sarebbero così dirompenti ove si optasse per l'alternativa del *no means no* (per cui c'è violenza quando gli atti sessuali vengano compiuti nonostante il dissenso riconoscibile dell'altra persona): come dev'essere espresso il consenso libero e attuale, perché

l'altro lo possa chiaramente percepire? Sacrosanto requisito di ogni rapporto sessuale, la sua trasposizione giuridica pone grosse difficoltà soprattutto probatorie, a meno di cadere in grottesche burocratizzazioni dei rapporti personali. E se un dissenso non è stato manifestato (con parole o comportamenti), basterà la successiva denuncia a integrare *ex post* il requisito della mancanza di consenso? La parola della persona offesa, cui da anni la Cassazione riconosce un peso specifico

notevole, ritenendola sufficiente a fondare il giudizio di responsabilità, riceverebbe una patente di credibilità difficile da scalfire, specie trattandosi di fatti che il più delle volte avvengono in assenza di testimoni.

Dall'*epistemic injustice*, meccanismo che ha lungamente afflitto le donne, per cui chi appartenga a un dato gruppo sociale viene ritenuto, sol per questo, meno attendibile, si rischia di cadere, nel processo, nel suo radicale opposto. Eppure, chiunque abbia esperienza in materia sa bene che le denunce strumentali purtroppo esistono e l'ordinamento deve consentire ai giudici di riconoscerle. Se ci importasse della libertà, affronteremmo la questione dell'errore sul consenso, spesso ingiustamente confinato dalla giurisprudenza a totale irrilevanza. Se ci importasse della libertà, ci domanderemmo se è corretto che nella stessa cornice editale vengano compresi, in quanto "atti sessuali", quelli cd. subdoli e repentini (il toccamento fugace, che per definizione non può essere previamente acconsentito), e se un bacio debba essere punito come una condotta ben più ripugnante, magari violenta o minacciosa.

Se ci importasse della libertà, non penseremmo che la tutela dalla vittimizzazione secondaria debba passare attraverso la limitazione del contraddittorio, imponendo all'accusato una difesa menomata. Se ci importasse della libertà, ci spaventerebbe consegnare questioni come queste alla totale discrezionalità interpretativa del giudicante. Se ci importasse davvero della libertà, ci importerebbe delle libertà: quella inviolabile delle donne e quella personale di chi è sottoposto a processo, da presunto innocente.

*Avvocata penalista

Giuseppe Sartori*

Il paradosso probatorio della riforma

Si discute molto in questi giorni sulla modifica alla norma sulla violenza sessuale che introduce il requisito del consenso "libero ed attuale", recependo un orientamento della giurisprudenza chiamato, per brevità, del "consenso affermativo". La violenza sessuale si realizza, secondo questo orientamento, non quando l'atto sessuale è compiuto con violenza o minaccia e quindi nonostante il dissenso, ma quando manca il consenso che in alcuni casi si pretende essere esplicito.

Secondo molti commentatori questa formulazione del reato di violenza sessuale, di fatto, va a determinare un ribaltamento dell'onere della prova. L'accusato non è più "presumed innocent" ma "presumed guilty". La giurisprudenza in tema di attendibilità del testimone assume che: 1) il testimone sia idoneo a rendere valida testimonianza fino a prova contraria e 2) la narrazione del testimone sia vera fino a prova contraria (assunzione di veridicità). Dal punto di vista giuridico, le dichiarazioni del testimone godono di autosufficienza e non richiedono, di regola, riscontri esterni, potendo il Giudice valutare l'attendibilità delle stesse sulla base dei principi della attendibilità intrinseca (coerenza interna, numero di dettagli, plausibilità del racconto). Il modello cognitivo sotteso sembra essere ben rappresentato dalla metafora del "testimone-notaio di sé stesso": se il testimone afferma di aver provato paura, questa emozione viene considerata una descrizione veritiera di quanto provato. È come se si desse per scontato che il testimone disponga di una sorta di GoPro in testa che registra ininterrottamente ciò che vede, consentendogli, al momento di testimoniare, di effettuare una precisa riproduzione verbale di quanto "filmato".

Il resoconto testimoniale può essere corroborato da riscontri esterni, nel qual caso la valutazione viene fatta con i criteri della attendibilità estrinseca, oppure analizzando le caratteristiche della narrazione, nel qual caso si parla di attendibilità intrinseca (es. coerenza interna, numero di dettagli, costanza nel tempo etc.). La giurisprudenza non fa distinzione sul piano probatorio fra attendibilità intrinseca ed estrinseca come se la

probabilità di una ricostruzione accurata del fatto fosse uguale in tutti e due i casi. Ad esempio, in una sentenza relativa a un caso di abuso sessuale si afferma: «Il ricordo della vittima, anche se espresso a distanza di anni, conserva intrinseca credibilità se coerente e privo di contraddizioni». Questo tipo di criterio decisionale assume che: 1) il passare del tempo non abbia effetto sulla accuratezza del ricordo e 2) si possa desumere l'accuratezza del ricordo dalla assenza di contraddizioni. Siamo quindi di fronte ad una giurisprudenza particolarmente ottimista circa le effettive capacità del testimone.

A fronte di questa visione "ottimista", gli ultimi 120 anni di ricerca scientifica sulla memoria umana hanno delineato una realtà molto più articolata. Da una parte si conferma che in condizioni "ideali" il ricordo autobiografico del testimone è molto accurato, ma dall'altra si segnala come esistano numerosissime condizioni che riducono l'accuratezza del ricordo. La conoscenza di queste condizioni dovrebbe, in teoria, facilitare la valutazione ponderata della effettiva accuratezza delle dichiarazioni del testimone. Dal punto di vista scientifico l'accuratezza desunta dalla struttura della narrazione del testimone (quella che viene chiamata l'attendibilità intrinseca) è una forma decisamente più debole di attendibilità rispetto ad un ricordo validato mediante riscontri oggettivi esterni (attendibilità estrinseca). I processi per violenza sessuale sono il territorio nel quale si confrontano queste due visioni del testimone, la visione convenzionalista del testimone-notaio che certifica la veridicità di quanto da lui percepito e la visione scientificamente fondata che vorrebbe sottoporre il narrato del teste ad un vaglio nel quale sono messi in evidenza i fattori di alta qualità e di bassa qualità delle dichiarazioni. La valutazione globale della attendibilità dovrebbe, secondo questo approccio scientifico, essere il risultato di un bilanciamento di tutti i fattori in gioco.

La particolarità dei processi per violenza sessuale rispetto al tema sopra introdotto deriva dal fatto che la gran parte di essi non riguarda violenze sessuali "hard" (come ad



esempio quello rappresentato nel titolo di una notizia di questi giorni: "stuprata davanti al fidanzato. Aggrediti nel buio, erano in cinque"), ma "soft" (es. un bacio rubato, un palpeggiamento, un particolare sguardo interpretato come interesse. etc.) senza violenza o minaccia. Gli abusi sessuali "soft", sotto il profilo scientifico, hanno una caratteristica molto importante in quanto sono terreno fertile per l'instaurarsi di ricordi distorti: essendo eventi confondibili. Gli eventi confondibili hanno un alto grado di sovrapposizione con eventi simili, ma privi di interesse penale. Gli abusi sessuali "soft" differiscono per minuzie rispetto al fatto simile penalmente irrilevante. Gli studi scientifici hanno messo in evidenza un elevato numero di potenziali fonti di distorsione del ricordo della violenza sessuale "soft". Oltre alla confondibilità del fatto (che di per sé stessa è fonte d'errore) vi è la dissonanza cognitiva, cioè la propensione del testimo-

ne a ricordare selettivamente le parti dell'evento che non confliggono con l'immagine di sé stesso. Ad esempio, una suora che ha bestemmiato nel ricordare il fatto tende ad omettere la bestemmia in quanto essa incrina l'immagine di sé stessa come suora.

In breve, i reati sessuali sono forse i reati nella valutazione dei quali c'è la maggiore distanza fra il modello giuridico convenzionalista e astratto del "testimone notaio" e il testimone reale studiato dalle scienze cognitive. Questi processi sono quindi i processi che più di altri potrebbero beneficiare dell'utilizzazione di questi dati scientifici al fine di ottenere un giudizio maggiormente ancorato alla realtà del funzionamento della memoria umana piuttosto che basato su convenzioni giuridiche astratte.

*Professore Emerito di Neuropsicologia Forense

LA SCHEDA

A cura di Maria Vittoria Ambrosone,
Marianna Caiazza e Laura Finiti*

L'irrelevanza dell'assenza di fini sessuali
CASSAZIONE PENALE, SEZ. III N. 24872/2021

“L’elemento soggettivo del reato di violenza sessuale, dunque, 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”. Nel caso di specie, la Corte di Cassazione ha rigettato il ricorso dell’imputato e confermato la sentenza di merito che aveva ritenuto integrato il reato di violenza sessuale (nella sua forma attenuata in ragione della minore gravità della condotta) per il tocco dei glutei di una donna e considerato irrilevante il fine di scherno legato al gesto nel caso concreto e l’assenza di intenti di natura sessuale.

La ritrattazione tacita del consenso
CASSAZIONE PENALE, SEZ. III, N. 26497/2023

“In tema di reati contro la libertà sessuale, nei rapporti tra maggiorenni, il consenso agli atti sessuali deve perdurare nel corso dell’intero rapporto senza soluzione di continuità, con la conseguenza che integra il reato di cui all’art. 609-bis c.p. la prosecuzione del rapporto nel caso in cui, successivamente a un consenso originariamente prestato, intervenga in itinere una manifestazione di dissenso, anche non esplicita, ma per fatti concludenti chiaramente indicativi della contraria volontà”.

L’abuso a distanza
CASSAZIONE PENALE, SEZ. III, N. 5688/2024

“Affinché possa ritenersi integrato il reato di violenza sessuale in assenza di contatto fisico tra l’imputato e la vittima, l’immedia-

VIOLENZA SESSUALE LA GIURISPRUDENZA DELLA TERZA SEZIONE



tezza dell’interazione tra costoro non deve necessariamente essere connotata dalla sua contestualità, ben potendo anche essere differita allorché l’atto involgente la propria corporeità sessuale posto in essere dalla persona offesa sia l’effetto della vis psichica ovvero della condotta induttiva esercitata su di lei dall’agente all’interno di un rapporto di causa-effetto, indipendentemente dalle finalità da quest’ultimo perseguite. In altri termini, il reato di violenza sessuale può configurarsi indipendentemente da un contatto fisico tra l’agente e la vittima allorché venga lesa la capacità di autodeterminazione di quest’ultima per

essere stata costretta, mediante violenza o minaccia (articolo 609-bis, comma 1, del Cp), ovvero indotta (articolo 609-bis, comma 2, del Cp) alla profanazione della sua sfera sessuale”.

Il bacio sulla guancia
CASSAZIONE PENALE, SEZ. III, N. 6158/2021

“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, allorché, 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”.

La chiarezza di intenti
CASSAZIONE PENALE, SEZ. III, N. 52399/2018

“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”.

CASSAZIONE PENALE, SEZ. III, N. 19599/2023

“Integra l’elemento oggettivo del reato di violenza sessuale non soltanto la condotta invasiva della sfera della libertà ed integrità sessuale altrui realizzata in presenza di una manifestazione di dissenso della vittima, ma anche quella posta in essere in assenza del consenso, non espresso neppure in forma tacita, della persona offesa, come nel caso in cui la stessa non abbia consapevolezza della materialità degli atti compiuti sulla sua persona”.

*Avvocati penalisti

Consenso e reati sessuali Sintesi comparata

Maria Vittoria Ambrosone*

A Spagna - “Solo sí es sí”

La Ley Orgánica 10/2022 “de garantía integral de la libertad sexual” ha superato la tradizionale distinzione tra “abuso sexual” (privo di violenza o intimidazione) e “agresión sexual” (con violenza o intimidazione): il nuovo modello unifica tutte le condotte non consensuali sotto la categoria della “agresión sexual”, rendendo il consenso il fulcro della tipicità. Al riformato art. 178 la legge stabilisce che: «Se considera agresión sexual cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Solo se entenderá que hay consentimiento cuando este se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona» (Traduzione: «Si considera aggressione sessuale qualsiasi atto che offenda la libertà sessuale di un’altra persona senza il suo consenso. Si intende che vi è consenso solo quando esso sia stato manifestato liberamente mediante atti che, tenuto conto delle circostanze del caso, esprimano chiaramente la volontà della persona»). Si adotta, dunque, una definizione positiva: il consenso deve essere manifestato “mediante atti che... esprimano chiaramente la volontà della persona”. È un modello vicino al paradigma statunitense dell’“affirmative consent”, che non richiede tuttavia formalismo: la giurisprudenza infatti sottolinea l’importanza del contesto e della comunicazione non verbale.

Germania - “Nein heißt Nein”

Con la riforma del 2016 (c.d. “Fünfzigstes Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches”) si è passati da un modello incentrato sulla coercizione fisica (Nötigungstatbestand) a uno basato sul dissenso. Il nuovo § 177 StGB, infatti, punisce qualsiasi atto sessuale com-

piuto contro la volontà riconoscibile della vittima, anche in assenza di violenza, resistenza fisica o minaccia. La nuova disciplina dei reati sessuali, dunque, ha ridefinito il § 177 StGB ponendo al centro la punibilità degli atti sessuali “dissensuali”: «Wer gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person sexuelle Handlungen an dieser vornimmt oder von ihr vornehmen lässt, wird [...] bestraft». (Traduzione: «Chi compie atti sessuali su un’altra persona o induce un’altra persona a compierli contro la sua volontà riconoscibile è punito [...]). Elemento centrale è che la contrarietà della vittima sia riconoscibile per l’agente. Questo include: un “no” verbale esplicito; segnali non verbali inequivoci; situazioni in cui la vittima non può opporsi efficacemente ma il dissenso è desumibile dal contesto.

Italia - Il consenso libero e attuale

La proposta A.C 1693-A - da poco approvata dalla Camera - prevede la seguente formulazione per l’art. 609-bis: “Chiunque compie o fa compiere o subire atti sessuali ad un’altra persona senza il consenso libero e attuale di quest’ultima è punito con la reclusione da sei a dodici anni. Alla stessa pena soggiace chi costringe taluno a compiere o a subire atti sessuali con violenza o minaccia o mediante abuso di autorità ovvero induce taluno a compiere o a subire atti sessuali abusando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica o di particolare vulnerabilità della persona offesa al momento del fatto o traendo in inganno la persona offesa per essersi il colpevole sostituito ad altra persona. Nei casi di minore gravità la pena è diminuita in misura non eccedente i due terzi”. La proposta, dunque, riscrive integralmente il citato articolo, facendo del “consenso libero e attuale” il criterio fondamentale per definire la violenza sessuale. In pratica, qualsiasi atto sessuale - compiuto,



fatto compiere o subito - in assenza di tale consenso configura reato. Mentre Spagna ed Italia adottano modelli esplicitamente centrati sul consenso positivo, la Germania fonda la tipicità sulla volontà contraria riconoscibile. Le tre soluzioni si iscrivono nella tendenza europea a superare i modelli basati sulla violenza o sulla resistenza, ma con un equilibrio diverso: in Spagna prevale l’affirmative consent (“solo sí es sí”); in

Germania il negative consent (“nein heißt nein”), interpretato in senso ampio; in Italia si propone un modello misto, che inserisce il consenso come requisito generale, pur mantenendo un elenco di condotte tipiche tradizionali come figure autonome o aggravate.

*Avvocato penalista