

LUCIO MONACO

ITINERARI E PROSPETTIVE DI RIFORMA
DEL DIRITTO PENALE SESSUALE

SOMMARIO: I. Profili generali dell'indagine. — II. Alle origini della riforma: uno sguardo ai lavori preparatori. — III. Orientamenti ideologici e fondamenti politico-criminali della riforma. 1. I riferimenti culturali europei. 1.1. Cenni alla normativa europea in tema di reati sessuali. 1.2. La Risoluzione del Parlamento europeo in data 11.6.1986. 2. Le direttrici politico-criminali della riforma. 2.1. L'aumento della criminalità sessuale. 2.2. L'inadeguatezza delle norme esistenti. 2.3. La necessità di un modello normativo orientato all'*Ab-schreckung*. — IV. La dimensione criminologica della riforma dei reati sessuali. 1. Gli aspetti empirici della criminalità sessuale. 1.1. La violenza sessuale tra "realtà" ed "apparenza": profili statistici e ricerche sulla cifra oscura. 1.2. Il delinquente sessuale come tipo criminologico d'autore: problemi della recidiva e del trattamento. 2. Il reato sessuale e la problematica dei *Beziehungsdelikte*. 3. I risultati della moderna criminologia empirica applicata alle sanzioni: le possibilità ed i limiti della deterrenza. Il *trend* verso la prevenzione generale positiva: cenni. — V. Il nuovo assetto normativo del diritto penale sessuale. 1. L'opportunità della nuova collocazione sistematica ed il problema del bene tutelato. 2. Il sistema delle incriminazioni. 2.1. La fattispecie unificata di "violenza sessuale". 2.2. La nuova figura di congiunzione carnale abusiva. 2.3. Le molestie sessuali. 2.4. La violenza sessuale di gruppo. 2.5. Il sequestro di persona a scopo di violenza sessuale. 2.6. L'omissione di soccorso in fatti di violenza sessuale. 3. Profili processuali. 3.1. La scelta per la procedibilità d'ufficio. 3.2. Divieti probatori e di confronto tra imputato e parte offesa. 3.3. La costituzione di parte civile delle associazioni per la tutela della libertà sessuale. — VI Valutazioni e rilievi critici sui nuovi assetti del diritto penale sessuale. 1. Le figure incriminatrici centrali del nuovo modello normativo. 1.1. La fattispecie unificata: carenze di struttura ed irragionevolezza delle conseguenze applicative. 1.2. Le molestie sessuali: figura autonoma o fattispecie residuale? 2. Le nuove fattispecie accessorie. 2.1. La *ratio* della violenza di gruppo ed i limiti della fattispecie. 2.2. Dai reati di ratto al nuovo sequestro di persona: luci ed ombre di una riforma necessaria. 2.3. L'omissione di soccorso "sessuale": ovvero, molto rumore per nulla. 3. Le nuove regole processuali. 3.1. La partecipazione delle associazioni: originalità e spregiudicatezza di una nuova parte civile. 3.2. Il problema dei divieti probatori tra tutela della vittima e garanzia dei diritti di difesa. 3.3. Le regole della procedibilità: in particolare, la "specialità" della normativa nel rapporto di coppia.

I — PROFILI GENERALI DELL'INDAGINE

Lo stupro è un'accusa facile da farsi, difficile da dimostrarsi e da cui ancora più difficile è difendersi (1).

Ricordata spesso e volentieri nelle lunghe, talvolta tortuose vicende che hanno segnato i lavori parlamentari sulla riforma dei reati sessuali, la calzante definizione di un giurista inglese del XVII secolo — *Matthew Hale* — si presta a riassumere efficacemente la conflittualità degli aspetti politico-criminali, giuridici, socio-culturali, empirici che nella disciplina penale dei rapporti sessuali il legislatore sobrio è tenuto a comporre.

Un dilemma tutt'altro che semplice: se un bilancio è possibile trarre dalla storia degli ultimi dieci anni di prospettate riforme — spesso osannate, talvolta esecrate, raramente discusse con la serenità dell'argomentazione scientifica ed il supporto delle scienze sociali — è un bilancio assai poco incoraggiante. Dalla "filosofia negativa" che ne ha costantemente ispirato i lavori, la riforma del diritto penale sessuale ha molto da apprendere se e quando dovesse decidere di rimettersi in moto.

Farà innanzitutto bene a riflettere, in tal caso, sulle nefaste conseguenze di una politica criminale troppo permeabile alle insidiose suggestioni "allarmistiche" di quanti — singoli o gruppi, a torto o a ragione — si sentono indifesi e assediati dal crimine; troppo sottomessa ai contingenti "bisogni sociali di pena", che — amplificati, talvolta sollecitati e sapientemente diretti — sono ormai veicolo privilegiato di strategie della "persuasione" di massa che da sempre aspirano — con obiettivi talvolta commendevoli e talvolta meno — ad "intervenire" nella legislazione penale per orientarne le scelte e la qualità delle risposte punitive (2).

(1) Cit. ad esempio dall'On. E.M. MARINUCCI, Relazione della II Comm. permanente (Giust.), Sen. IX Legisl., n. 996-A p. 3.

(2) Il rapporto dei mezzi di comunicazione di massa con il fenomeno "criminalità" è ormai da anni al centro dell'indagine criminologica: importa controllare come essi "riproducono" la criminalità, ma anche come la "producono" suscitando nel pubblico determinate rappresentazioni di essa, ed influenzandone così gli atteggiamenti al riguardo: v. per questi aspetti H. JUNG, in *Kaiser-Kerner-Sack-Schelboss* (Hrsg.), *Kleines kriminologisches Wörterbuch*, II Aufl. 1985, *Massenmedien und Kriminalität*, 294 ss. Una analisi molto dettagliata della "selezione" operata dalla stampa nel rappresentare la criminalità, e dei problemi che ne discendono, in H.J. SCHNEIDER, in H.S. Schneider (Hrsg.), *Kriminalität und Abweichendes*

Farà ancora bene a riflettere, il neo-riformatore, sulla improduttività — peggio: sulle distorsioni — di una recezione per taluni aspetti parziale, per altri sciatta o addirittura scorretta, di fermenti culturali ed acquisizioni criminologiche che alimentano nella scienza penalistica odierna l'interesse — peraltro mai esaurito — per la *vittima* del reato, ripristinandone finalmente la centralità, da tempo ormai sbiadita, nei programmi della politica criminale e nel delicato meccanismo dommatico cui il sistema penale affida il suo concreto funzionamento (3).

Verhalten, Bd. 2, 1983, *Massenmedien und Kriminalität*, (27 ss.) soprattutto 36 ss. e 47 ss. I più recenti risultati dell'analisi socio-criminologica sul rapporto tra *media* e criminalità, con particolare riguardo alle distorsioni che lo caratterizzano ed ai pericolosi effetti che ne discendono, è offerto da LAMNECK, *Kriminalitätsberichterstattung in den Massenmedien als Problem*, in *Mschkrim* 1990, 163 ss. Sul rapporto tra *media* e strategie politico-criminali orientate alla prevenzione, v. ancora ZIPF, *Kriminalpolitik, Ein Lehrbuch*, 1980, 181 ss.

(3) La "vittima" è ormai da alcuni anni al centro della discussione scientifica internazionale, e ciò ha prodotto, seppur in misura diversa alle diverse latitudini, un notevole effetto di richiamo sull'attenzione del legislatore: significativa al riguardo è la generale tendenza a riconoscere alle vittime del reato un pubblico risarcimento (cfr. CASAROLI, *La riparazione pubblica alle vittime del reato fra solidarietà sociale e politica criminale*, in *L'indice penale* 1990, 277 ss.). Ma ciò che va qui sottolineato è la centralità che la vittima ha ormai in gran parte riconquistato nel diritto e nel processo penale: per tutti, v. al riguardo l'acuta analisi di W. HASSEMER, *Rücksichten auf das Verbrechensoffer*, in *Fest. Klug*, 1983, (217 ss.) 220 ss. La mole della produzione scientifica su questo terreno può tranquillamente definirsi alluvionale, seppur — come viene argutamente sottolineato — di tanto in tanto non si manca di « riscoprire la ruota » (G. ARZT, *Viktimologie und Strafrecht*, in *Mschkrim*. 1984, 105). Bilanci vengono ormai tracciati con soddisfazione, e si registrano con diligenza gli enormi passi che la vittimologia ha compiuto nel giro di appena pochi anni (K. SESSAR, *Über das Opfer. Eine viktimologische Zwischenbilanz*, in *Fest. Jescheck*, II Hb., 1985, (1137 ss.) 1148 ss. Tralasciando qui ogni commento circa i nuovi e più ampi spazi riconosciuti alla vittima nella teoria del processo penale (v. per tutti T. WEIGEND, *Viktimologische und Kriminalpolitische Überlegungen zur Stellung des Verletzten im Strafverfahren*, in *ZStW* (96) 1984 (760 ss.) soprattutto (772 ss.)), interessa invece sottolineare che la "riscoperta" della vittima nel diritto penale sostanziale si svolge lungo una direttrice assolutamente costante: la "riscoperta" della sua *corresponsabilità* nella genesi del reato, e la conseguente attenuazione del rimprovero all'autore (v. per tutti, U. NEUMANN, *Die Stellung des Opfers im Strafrecht*, in W. HASSEMER (Hrsg.), *Strafrechtspolitik*, 1987, (225 ss.) 228 ss. Sul piano dommatico possono considerarsi ormai delineate due distinte posizioni: l'una, più radicale, intende risaltare il ruolo della vittima già sul piano della *tipicità* della fattispecie, negandone la configurazione in presenza di comportamenti che denotino un sostanziale « abbandono » del bene giuridico, (B. SCHÜNEMANN, *Die Zukunft der Viktimo-Dogmatik*, in *Fest. Faller*, 1984, (357

Dovrà prendere atto, quel riformatore, della scarsezza, per taluni aspetti: della inconsistenza del materiale empirico su cui il suo predecessore — con maggiore o minore consapevolezza — ha strutturato il lavoro e ne ha talvolta legittimato il risultato. Anche per la criminalità sessuale, se non soprattutto per essa, la divaricazione tra dati *reali* e *numero oscuro* non è in discussione: ragion di più perché il limitato nucleo di conoscenze che la criminologia empirica applicata all'analisi della violenza sessuale ha fin qui saputo elaborare, venga integralmente acquisito — *scilicet*: per quel che è, evitando, se possibile, forzature interpretative, talvolta al limite della mistificazione — funzionali ad opzioni politico-criminali rispettabili quanto ogni altra, ma palesemente *pre-costituite* rispetto ai “materiali” da cui vorrebbero invece esser tratte (4).

Infine, non sarà forse inopportuno che qualcuno rammenti a chi si riaccingesse alla riforma dei reati sessuali alcune “verità” che il penalista odierno ha ormai da un pezzo stipato negli armadi del “sapere consolidato”, se non nel ripostiglio delle banalità, ma che evidentemente stentano a farsi riconoscere dal riformatore frettoloso, o ancor poco propenso a lasciarsi “informare” (5).

Che la pena detentiva non è la panacea di tutti i “mali”, è difficile dire se sia più inutile ormai da ripetere o noioso da ascol-

ss.) 361 ss.); l'altra, attribuisce invece rilevanza al comportamento della vittima soltanto sul piano della commisurazione (T. HILLENKAMP, *Vorsatztat und Opferverhalten*, 1981, 211 ss.). Nella letteratura penalistica di lingua italiana v. di recente l'acuta indagine di V. DEL TUFO, *Profili critici della vittimo-domatica*, 1990, cui si rinvia per gli opportuni riferimenti bibliografici alla migliore dottrina straniera.

(4) Sulla pericolosa tentazione della politica criminale a “procurarsi” la criminologia empirica che meglio si adatta alle proprie strategie, v. W. NAUCKE, *Die Abhängigkeiten zwischen Kriminologie und Kriminalpolitik*, 1977, 2. Per una vigorosa riaffermazione dell'autonomia della ricerca criminologica e soprattutto delle crescenti difficoltà dei sistemi penale odierni a «neutralizzarne» i risultati, v. K. SESSAR *Neue Wege der Kriminologie aus dem Strafrecht*, in *Gedächt. H. Kaufmann*, 1986, (373 ss.) 378 ss. Alla critica di questi atteggiamenti del riformatore italiano è dedicato il par. IV di questo lavoro.

(5) Per una efficace denuncia dei rischi di una legislazione penale le cui “valutazioni” non siano costantemente fondate su materiali empirici scientificamente raccolti e sistematizzati, v. soprattutto K. AMELUNG, *Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung*, in *ZStW* (92) 1980, (19 ss.) 25 e P. NOLL, *Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung*, *ibidem*, (73 ss.) 77 ss. Per un'analisi più dettagliata di questi aspetti sia consentito il rinvio a L. MONACO, *Su teoria e prassi del rapporto tra diritto penale e criminologia*, in *Studi Urbinati* Anno XLIX, 1980-81/81-82, n. 33-34, (399 ss.) 425 ss.

tare (6). Quanto poi al cieco ottimismo di chi continua a giurare che ad incrementi di pena sono immancabilmente connessi effetti deflattivi sui tassi di criminalità (7), potrà essere opportuno segnalare che la più seria ed aggiornata ricerca applicata allo studio delle sanzioni non apporta davvero elementi di conforto ad una tesi che somiglia sempre più ad una professione di fede piuttosto che ad una ipotesi *empirica* bisognosa, come ogni altra, di supporti e verifica (8). Per quel che concerne poi — più da vicino — la “clientela” del diritto penale sessuale, tutto lascia credere che una politica criminale realisticamente interessata ad incrementare le sue capacità preventive meglio affiderebbe le sue *chances* di successo a strategie che poco o nulla hanno in comune con “intimidazione” e “deterrenza” (9). Attese ancor meno fondate appaiono poi quelle che nell’esecuzione della pena detentiva — ovviamente: di lunga durata — vedono la misura più idonea per contenere l’inquietante fenomeno della criminalità sessuale plurirecidiva (10).

(6) Anche a distanza di ormai 15 anni, non vi è da aggiungere una sola parola al monito che G. MARINUCCI con la consueta lucidità di pensiero e ricchezza di argomentazione scientifica rivolgeva al “riformatore” italiano dei primi anni '70: *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus* 1974, (463 ss.), 482 ss.

(7) La lunga stagione dell’“emergenza” è stata segnata, come si sa, da strategie politico-criminali massicciamente orientate in tal senso: per una analisi critica estremamente puntuale v. PALAZZO, *La recente legislazione penale*, III Ed. 1985, 135 ss. Per quanto concerne in particolare i reati sessuali, i lavori di riforma sono stati improntati ad una politica sanzionatoria fortemente caratterizzata verso la deterrenza: v. *postea* III, 2.3. Sulla necessità di abbandonare siffatti modelli ed articolare la riforma penale su scelte criminologicamente fondate e conformi ai principi dello stato di diritto, v. G. MARINUCCI, *Problemi della riforma del diritto penale in Italia*, in *Marinucci-Dolcini* (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, 1985, (349 ss.) 353 ss.

(8) Per un primo approccio ai risultati della più accreditata ricerca empirica sulla prevenzione generale intimidatrice, risultati estremamente negativi, v. H. SCHÖCH, *Empirische Grundlagen der Generalprävention*, in *Fest. Jescheck*, B. 2, 1985, (1081 ss.) 1098 ss.; H.D. SCHWIND, *Über Poenologie aus kriminalpolitischer Sicht*, in *Fest. Wassermann*, 1985, (1021 ss.) 1028 ss.

(9) V. per il momento H.J. SCHNEIDER, *Sexualkriminalität*, in H.J. SCHNEIDER, *Abweichendes Verhalten*, cit. n. 2, (334 ss.) 343 s.

(10) Sulle persistenti, finora insuperabili difficoltà dell’esecuzione penitenziaria a produrre risultati accettabili sul piano del trattamento, v. in generale G. KAISER, *Strafvollzug im internationalen Vergleich*, in *Gedächtn. H. Kaufmann*, 1986, (599 ss.) 616 ss.; sui perniciosi effetti della prolungata o ripetuta permanenza in istituto, v. KAISER-KERNER-SCHÖCH, *Strafvollzug*, III Auflage, 1982, 31 ss. In particolare per la delinquenza sessuale, v. invece H.J. SCHNEIDER, *Kriminologie*, 1987, 249 s.

Ripercorrere analiticamente le acquisizioni più significative della moderna criminologia empirica applicata alle sanzioni, non è oggetto di questo lavoro (11). Tanto meno è questa la sede per prospettare e discutere gli svolgimenti della riflessione penalistica odierna sulla teoria della politica criminale e le teorie della pena (12). Qui importa solo delineare, seppure per sommi capi, gli aspetti di questa riflessione ed i risultati della ricerca empirica necessari a tracciare un articolato bilancio degli itinerari che la riforma del diritto penale sessuale ha finora percorso nel nostro paese, e delle prospettive cui sembra orientarsi.

Dieci anni di intenso travaglio e di ininterrotto confronto hanno prodotto una messe cospicua di suggerimenti, proposte, progetti di riforma più o meno complessi, non di rado completi. Il tempo ha consentito — come spesso avviene — di sedimentare le idee, le commissioni parlamentari hanno poi provveduto a comporre in testi normativi organici, seppur non sempre tecnicamente perfetti, sui quali le Camere hanno lavorato in profondità, e con desueta passione. Il risultato è certamente apprezzabile, per quanto chiari siano talvolta i segni delle interpolazioni, delle censure impietosamente opposte. Alla fine, la riforma può dirsi attestata intorno ad un nucleo essenziale che ne delinea il profilo e conferisce all'insieme la necessaria coerenza.

Nel breve volgere di nove mesi — dalla fine di giugno del 1988 all'aprile del 1989 — il testo della riforma è sottoposto a ben tre controlli parlamentari, che confermano la stabilità delle scelte di fondo, seppur dando corpo a ripensamenti e incertezze

(11) Per un quadro aggiornato ed esauriente, v. G. KAISER, *Kriminologie, Ein Lehrbuch*, II Aufl., 1988, 891 ss.

(12) Su questi temi la riflessione penalistica moderna è stata suscitata dagli ormai classici studi di C. ROXIN su *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, ora in C. Roxin, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, 1 ss. e *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, II Aufl. 1973. Nell'impossibilità — ben nota al lettore più informato — di qualunque indicazione bibliografica con la pur minima pretesa di completezza, sarà sufficiente qui ricordare che soprattutto G. JAKOBS (*Schuld und Prävention*, 1976) G. STRATENWERTH (*Die Zukunft des Schuldprinzips*, 1977) e W. HASSEMER (*Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, 1974; di recente, *Strafziele im sozialwissenschaftlich orientierten Strafrecht*, in HASSEMER-LÜDERSSEN-NAUCKE, *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?* 1983, 39 ss.) hanno alimentato il dibattito con contributi di estremo interesse.

nella modifica di aspetti piuttosto marginali (13). Nell'ultima versione il testo è approvato al Senato — nelle forme del disegno di legge — il 12 aprile 1989.

Per comodità espositiva, è questa la “ riforma ” del diritto penale sessuale che in queste pagine viene presa in esame: è superfluo ribadire che in essa si esprimono strategie politico-criminali e scelte di tutela la cui lontana ascendenza autorizza a ritenere sufficientemente consolidate da condizionare l'ormai indifferibile ammodernamento del diritto vigente.

II — ALLE ORIGINI DELLA RIFORMA: UNO SGUARDO AI LAVORI PREPARATORI

Uno sguardo ai lavori parlamentari che hanno preceduto la stesura del testo poi approvato dal Senato il 12 aprile del 1989 è, come sempre, istruttivo. Appare tuttavia opportuno contenere la analisi alle discussioni che — tra il 1988 ed il 1989, dunque nel corso della X legislatura — scandiscono i passaggi parlamentari del disegno di legge unificato che, trasmesso infine alla Camera, vi resterà in attesa della definitiva approvazione (14).

Dalla verifica emergono con chiarezza le ragioni delle convergenze, degli scontri, dei compromessi tra opzioni ideologiche talvolta irrimediabilmente lontane. Ma soprattutto: emerge chiara la *qualità* delle argomentazioni sottese alle scelte di volta in volta a confronto, si possono cogliere con immediatezza le valutazioni politico-criminali “ precipitate ” nei disegni di riforma, si può constatare se e quali materiali empirici siano stati acquisiti ed elaborati per impostare i problemi e strutturarne le soluzioni normative.

(13) Si tratta del testo che, nel corso della X legislatura, è stato approvato al Senato il 30.6.1988, trasmesso ed approvato con modifiche alla Camera il 15.3.89, infine tornato al Senato ed ivi ancora modificato il 12.4.1989. I lavori di riforma hanno tuttavia inizio molti anni prima: per una analisi estremamente puntuale v. M. BERTOLINO, *I reati contro la libertà sessuale tra codice e riforma*, in *Riv. it. d. proc. pen.* 1983, 1464 ss. Per un primo approccio critico ai problemi della riforma del diritto penale sessuale v. il saggio di F. MANTOVANI, *I delitti sessuali: normativa vigente e prospettive di riforma*, in CANEPA-LAGAZZI, (a cura di), *I delitti sessuali*, 1988, (253 ss.) soprattutto 262 ss.

(14) Per i precedenti legislativi, vedi *X legislatura Senato della Repubblica, fascicolo documentazione*, 1988, pag. 15 ss.

Nella X legislatura, quella appunto in corso, il testo base sul quale le Camere lavorano è quello dapprima elaborato da un comitato ristretto della II Commissione permanente di giustizia del Senato, testo che viene poi fatto proprio dalla Commissione stessa: vengono in tal modo unificati quattro disegni di legge di diversa matrice politica (15). È questo il testo che subirà poi via via modifiche ad opera prima del Senato, nell'approvazione del 30.6.1988, poi della Camera, nella seduta del 15.3.1989, verrà ancora emendato al Senato nella seduta del 12.4.1989, e rinviato infine alla Camera per la definitiva approvazione.

a) La prima innovazione che la riforma intende introdurre — ed è l'innovazione più significativa sotto il profilo politico — è di natura *sistemica*: abbandonata ormai l'antiquata sede dei « delitti contro la morale pubblica ed il buon costume », i reati sessuali trasmigrano tra i « delitti contro la persona ». Tale modifica non registra alcun dissenso in campo parlamentare: è infatti considerata espressione di una evoluzione culturale che, riconducendo la libertà sessuale ai fondamentali diritti di libertà personale, la dichiara assistita dalla massima garanzia costituzionale e dunque meritevole di autonoma tutela, in modo del tutto indipendente dal riconoscimento giuridico e sociale che valori distinti e transeunti nei contenuti, quali la morale e il buon costume, possano volta a volta ricevere (16).

Chi lamenta che l'attuale classificazione dei reati sessuali tra i fatti offensivi dei « buoni costumi » sia lesiva della dignità e della libertà di autodeterminazione sessuale, rivendica altresì una identica garanzia di intangibilità per le diverse parti del corpo.

Il sillogismo è: il bene protetto, la libertà sessuale, è unico, parimenti unica quindi è la lesione, sia perpetrata con violenza carnale *ex art. 519 c.p.*, sia derivante dagli atti di libidine violenti *ex art. 521 c.p.*; pertanto è necessario configurare una fattispecie unica, comprensiva di entrambe le modalità di aggressione. Forte di tale convinzione, e anche in ossequio ad una Risoluzione del

(15) N. 730, 731, 924 e 939.

(16) On. CASOLI, X Leg., Senato della Repubblica, II Comm. perm. giust., Rel. maggior, p. 3; On. R. MASTRANTUONO (PSI), X Legislatura, Cam. Dep. sed. 24.1.1989, res. sten., p. 13; On. M. MELLINI, X Leg. Rel. minoranza, II Commissione giustizia Camera, p. 5.

Parlamento europeo che suggerisce agli stati membri l'abolizione della distinzione giuridica tra stupro e atti di libidine violenti (17), il Comitato ristretto prima, e la II Commissione giustizia del Senato poi, licenzia la nuova figura di « violenza sessuale » sottolineando che l'innovazione è dettata da ragioni di ordine pratico e di politica legislativa (18).

Soppressa la distinzione tra gli atti di libidine rilevanti *ex art. 521 c.p.* e congiunzione carnale *ex art. 519 c.p.*, tali condotte rifluiscono dunque nel nuovo, indistinto concetto di « atti sessuali » (19). Nelle intenzioni del riformatore, la congiunzione carnale cessa così dalla tradizionale funzione discretiva delle due ipotesi criminose, di modo che il compimento illecito di atti sessuali prescinde totalmente dall'eventuale congiunzione: con l'ulteriore vantaggio che, per tale via, risulterebbe definitivamente superato il disagio cui è sottoposta la vittima nel corso di interrogatori imbarazzanti, spesso avviliti, tuttavia necessari al fine di individuare la fattispecie concretamente realizzata (20).

Obiezioni non sono certo mancate. Si è fatto puntualmente notare, ad esempio, che quelle stesse domande "imbarazzanti" che si intendeva eludere con la fattispecie unificata, sarebbero state comunque indispensabili per la graduazione della pena ai sensi dell'art. 133 c.p. (21). D'altra parte, una reale equiparazione punitiva tra due delitti quali gli atti di libidine e la violenza carnale, ove il primo è innegabilmente un *minus* rispetto al secondo, e pertanto in quest'ultimo eventualmente compreso, contravviene al principio della « progressione criminosa »: l'identità del bene protetto — si è detto — non esclude affatto una differente gravità dell'offesa, e d'altra parte, argomentando altresì sul piano politico-criminale,

(17) On. A.A. CAPPIELLO (PSI), X Leg. Cam. Dep., sed. 20.1.89, res. sten. p. 14. In particolare su questi aspetti, v. *postea* III, 1.2.

(18) On. CASOLI, Relatore per la maggioranza, Senato della Repubblica, X Legislatura, Relazione della II Commissione permanente giustizia, pag. 3.

(19) Art. 2 Testo II Commissione giustizia-Senato.

(20) On. R. MASTRANTUONO (PSI), X Legislatura, Camera dei Deputati, seduta 24.1.1989, resoconto stenografico, pag. 13, CAROL JANE BEEBE TARANTELLI, (Sin. Ind.), X Legislatura, Camera dei Deputati, seduta del 24.1.1989, res. sten., pag. 26.

(21) On. M. MELLINI, relatore di minoranza, X Legislatura, Relazione della II Commissione giustizia — Camera dei Deputati, p. 6; On. A. BIONDI (PLI), X Legislatura, Camera dei Deputati, seduta del 20.1.1989, res. sten., p. 21.

si è fatto rilevare che l'appiattimento della sanzione produrrebbe un effetto incentivante a commettere il reato più grave (22).

Per altro verso, è stato ancora notato che sopprimere ogni discriminazione concettuale tra le diverse condotte di aggressione, per punire gli « atti sessuali », significa introdurre una fattispecie di reato che per la sua indeterminatezza renderebbe problematica la configurabilità del tentativo, e rischierebbe soprattutto l'incostituzionalità per contrasto con i principi di legalità e tassatività del precetto penale (23).

b) Da tale indeterminatezza, del resto, è apparsa affetta anche la nuova fattispecie contravvenzionale di « molestie » come prevista all'art. 12 Testo II Comm. Senato, figura — questa — che dovrebbe fungere da delimitazione qualitativa del più grave reato di violenza sessuale (24).

Sia la prima formulazione, in cui veniva incriminata « la molestia che reca disturbo all'altrui libertà sessuale » (25), che la seconda dove « la molestia per motivi di natura sessuale » è punita solo se commessa in luogo pubblico o aperto al pubblico ovvero col mezzo del telefono (26), denunciano chiaramente l'incertezza del riformatore circa il concetto di molestia in materia sessuale, incertezza soprattutto dovuto alla difficoltà di individuare la soglia di confine con un concetto a sua volta scarsamente determinato, quale cioè la violenza sessuale realizzata con la commissione di « atti sessuali ». In una situazione del genere non fa perciò meraviglia che la dubbia costituzionalità della fattispecie « minore » sia stata denunciata non solo per la palese evanescenza del concetto di « molestie », ma anche perché la molestia commessa *per motivi di natura sessuale* sarebbe qualcosa di diverso e di più della molestia sessuale (27).

(22) On. A. BIONDI, *loc. ult. cit.*, On. VAIRO (DC), X Leg., Cam. Dep., sed. 24.1.89, res. sten., p. 46.

(23) On. G. LAZINGER (verde), X Legislatura, Camera dei Deputati, seduta 24.1.1989, res. sten., pag. 56.

(24) On. CASOLI, relatore per la maggioranza, X Legislatura, II Comm. giustizia, p. 5.

(25) Testo II Comm. Senato.

(26) Testo approvato dal Senato 30.6.88. L'inciso è stato poi abrogato dalla Camera il 15.3.89, abrogazione confermata in Senato il 12.4.1989.

(27) On. M. MELLINI (FE), Relatore di minoranza X Legislatura, II Comm. giustizia, Camera dei Deputati, p. 11.

La verità è che la differente gravità delle condotte di violenza carnale e di atti di libidine è stata pienamente percepita dalla II Commissione di giustizia del Senato, tant'è che nella stesura del testo unificato è stata abbassata la pena minima edittale portandola da tre a due anni di reclusione, in vista appunto dell'applicazione ai fatti meno gravi. Ciò ha tuttavia provocato il risentimento di quanti intendevano escludere tale reato, in via di principio, dai benefici della sospensione condizionale della pena (28). Questa "lacuna" è stata poi prontamente emendata dalla Camera dei Deputati il 15.3.1989 quando ha riportato la cornice minima a tre anni di reclusione ed ha confermato la nuova struttura della fattispecie unificata, malgrado i molti dissensi. Come si è detto, anche il Senato ha poi confermato tale scelta con il Testo licenziato il 12.4.1989 (29).

c) Il delitto di violenza sessuale subisce poi un aumento di pena — reclusione da quattro a dodici anni — qualora commesso da più persone riunite: col dichiarato intento di punire più adeguatamente la criminalità collettiva in campo sessuale, la II Commissione giustizia del Senato configura la nuova fattispecie di « violenza sessuale di gruppo » non quale aggravante della violenza sessuale *ex art. 609 bis*, bensì come ipotesi autonoma di reato (30). Si tratta, all'evidenza, di un espediente volto ad evitare che l'inasprimento della pena corrispondente ad una ritenuta maggiore gravità del reato venga vanificato per effetto del principio di compensazione *ex art. 69 c.p.* con le eventuali attenuanti, qualora lo inasprimento di pena fosse appunto previsto quale circostanza del reato di violenza sessuale (31).

Nel generale consenso, rimangono completamente disattese le obiezioni, pur sollevate, su questioni tecnico-giuridiche di non

(28) On. FUMAGALLI CARULLI (DC), X Legislatura, Cam. Dep., sed. 20.1.89, res. sten., p. 15.

(29) Dis. Sen. art. 2.

(30) On. FUMAGALLI CARULLI (DC), X Leg., II Commissione permanente giustizia Camera dei Deputati, in Bollettino Commissioni, 16.11.1988, p. 26 (*contra* vedi On. M. MELLINI, X Leg., Relazione di minoranza, II Comm. perm. giust., Cam. Dep. p. 8; On. R. FILIPPINI (verde), X Leg. Cam. Dep., sed. 24.1.89, res. sten. p. 36.

(31) On. FUMAGALLI CARULLI (DC), X Leg. II Comm. perm. giust. Cam. Dep. in Bollettino Commissioni 16.11.1988, p. 26.

poco conto. Non si è mancato infatti di rilevare che, ferma la necessità di sanzionare adeguatamente reati così odiosi, tassatività della legge penale ed esigenze di certezza del diritto, oltre che ragioni di politica criminale, suggeriscono di mantenere diversificate le responsabilità dei concorrenti nel reato di violenza sessuale. Il trattamento paritetico di chi concorre attivamente alla violenza sessuale e chi invece semplicemente assiste, magari dissentendo, sarebbe la aberrante conseguenza applicativa — si è detto — di una norma che incrimina « chiunque partecipa ad un fatto di violenza sessuale... », aberrazione peraltro ulteriormente aggravata dalla latitudine del concetto di « atti sessuali » (32).

d) Infine, la riforma sostanziale del diritto penale sessuale viene completata dall'introduzione di una nuova figura di reato, rubricata « sequestro di persona a scopo di violenza sessuale », destinata a sostituire le ormai arcaiche fattispecie di ratto.

Nella prima formulazione tale reato prevedeva la pena della reclusione da due ad otto anni, diminuita qualora il colpevole avesse riconsegnato la persona sequestrata senza aver compiuto alcuna violenza (33).

Nel prosieguo dei lavori parlamentari è avvenuto poi che la Camera, per escludere il ricorso alla sospensione condizionale, nella seduta del 15.3.1989 ha aumentato la pena edittale sia nel minimo che nel massimo, portandola da tre a dieci anni di reclusione. Tale emendamento è stato poi confermato in Senato il 12.4.1989 (34).

e) Il dibattito parlamentare ha assunto toni particolarmente accesi nella trattazione della questione concernente la punibilità degli atti sessuali commessi con soggetti qualificati « inferiori » in ragione dell'età, di una condizione fisica o psichica patologica, o infine di uno stato limitativo della libertà personale.

Quanto a quest'ultimo, sul presupposto che principio-cardine della riforma è la punibilità della condotta sessuale ogni volta che manchi il consenso, non è mancato chi ha proposto di sopprimere

(32) On. A. BIONDI (PLI) X Leg. Cam. dep., sed. 20.1.89, res. sten. p. 22; On. R. FILIPPINI, (verde), X Leg., Cam. Dep., sed. 24.1.89, res. sten. p. 36; On. G. LASINGER (verde), X Leg. Cam. Dep. sed. 24.1.89, res. sten. p. 57.

(33) Testo II Comm. Senato, art. 6.

(34) On. A.A. CAPPIELLO (PSI), X Leg. Cam. Dep. sed. 20.1.89, res. sten. p. 17; On. M. MELLINI, X Leg., II Comm. perm. giust. Cam. Dep., Rel. min., p. 8.

il sistema vigente che, *ex art. 520 c.p.*, configura il reato a prescindere dal dissenso della persona arrestata, detenuta, in custodia o in affidamento: si proponeva cioè di incriminare il solo rapporto sessuale non assistito dal consenso (35). La proposta, tuttavia, non viene accolta (36).

f) Nel medesimo contesto, si è proposto di configurare come autonoma figura di reato il rapporto sessuale ottenuto con « abuso di autorità pubblica o privata », inserendo tale ipotesi dapprima nella fattispecie di violenza sessuale (testo II Comm. Senato), dipoi come forma aggravata di questa (testo Camera 15.3.1989); infine, l'ipotesi è stata soppressa perché ritenuta — già alla Camera — pericolosa per la sua indeterminatezza, oltreché sostanzialmente pleonastica rispetto all'aggravante della violenza sessuale commessa « su persona comunque sottoposta a limitazioni della libertà » (testo Senato 12.4.1989) (37).

g) La spinta innovatrice orientata al principio della libertà di autodeterminazione sessuale si è espressa, sul piano propositivo, anche nella soppressione della c.d. violenza presunta, relativa tra l'altro, secondo l'art. 519 c.p., agli atti sessuali compiuti con persone fisicamente o psichicamente menomate. Ritenendo meritevoli di tutela anche le pulsioni naturali provenienti da persone che, malgrado la propria menomazione, ne percepiscono il significato e le sollecitazioni, nel testo presentato dalla II Commissione giustizia del Senato si è proposto di incriminare non la condotta sessuale *tout court*, bensì la commissione di atti sessuali realizzata approfittando dello stato di incapacità occasionale o permanente (38).

L'innovazione viene condivisa da tutti i gruppi parlamentari, non altrettanto la formulazione della norma. Il testo proposto dalla Commissione giustizia del Senato: « chiunque... approfittando dell'incapacità di intendere e volere al momento del fatto, costringe o induce taluno a subire o a compiere atti sessuali,... », testo che aveva peraltro il merito di fare riferimento alla sola incapacità di

(35) Dis. Senato 12.4.1989 art. 7.

(36) On. G. LANSINGER (verde), X Leg., Cam. Dep., sed. 24.1.89, res. sten. p. 56.

(37) Dis. Sen. 12.4.89, art. 5.

(38) On. M. MELLINI, X Leg., II Comm. penn. giust. Cam. Dep., rel. min., p. 13 e ss.; On. B.V. NICOTRA, X Leg., Cam. Dep., sed. 20.1.89, res. sten., p. 19.

intendere e di volere e non anche a quella fisica, in sede di approvazione al Senato, il 30.6.1989, viene così emendato: « Alla stessa pena soggiace chi determina taluno a compiere o subire atti sessuali abusando delle sue condizioni di inferiorità fisica o psichica al momento del fatto ».

Anche questa formulazione, in verità, non va esente da critiche. Dal punto di vista strutturale, si contesta che l'illiceità della condotta sessuale è riferita alla condizione soggettiva dell'approfittamento (peraltro difficilmente dimostrabile) anziché alla condizione oggettiva della reale incapacità della vittima a reagire e resistere ad atti sessuali non voluti (39). Ciò malgrado, la disposizione giunge tuttavia immodificata sino all'approvazione del Senato il 12.4.1989.

b) Altra innovazione, estremamente caratterizzante, riguarda il regime della procedibilità. Argomentando dalla nuova collocazione dei reati sessuali fra i delitti contro la persona, si assume la rilevanza pubblicistica dei beni tutelati, e quindi la necessità di sottrarre la perseguibilità al potere dispositivo dei privati.

La II Commissione giustizia del Senato licenzia perciò un testo che prevede la perseguibilità d'ufficio di tutti i reati di violenza sessuale oggi punibili a querela irrevocabile della parte offesa (40).

È, questo, tema assai delicato, ed è significativo che le divergenze emerse nel corso dei lavori parlamentari si fondino non tanto su argomentazioni di stampo tecnico-giuridico, ma piuttosto su considerazioni connesse a convinzioni personali circa l'opportunità di modificare in tal modo il sistema vigente.

In sede di approvazione del testo elaborato dalla Commissione, il 30.6.1988 il Senato accoglie l'orientamento dominante, secondo il quale la procedibilità d'ufficio si rivelerebbe aberrante soprattutto rispetto ai fatti di violenza sessuale consumati all'interno della coppia-legale o di fatto: essa costituirebbe qui una indebita intromissione, foriera di danni anche irreparabili a carico dei coniugi e dei figli (41). In via emendataria si introduce perciò

(39) On. CASOLI, relatore per la maggioranza, X Leg., II Comm. giustizia-Senato, p. 9.

(40) On. G. LANZINGER (verde), X Leg. Camera Dep. seduta 24.1.89, res. sten. pag. 56; On. G. MACERATINI (MSI-DN), X Leg. Cam. Dep., sed. 24.1.89, res. sten., p. 6.

(41) On. CASINI, relatore per la maggioranza, II Comm. giustizia-Senato, p. 4.

un doppio regime: procedibilità d'ufficio per i reati sessuali, salvo querela irrevocabile della persona offesa per il reato di violenza sessuale quando tra l'autore e la vittima vi sia un rapporto di coniugio o di convivenza.

La soluzione compromissoria scelta dal Senato non incontra tuttavia alcun consenso tra i gruppi politici della Camera: si crea così una vera e propria spaccatura tra i sostenitori della procedibilità d'ufficio *tout court* e quelli della perseguibilità a querela.

L'opinione prevalente è che il sistema del doppio regime, creando inevitabilmente ed ingiustificatamente una zona franca — quella del rapporto tra coniugi — codificherebbe una disciplina differenziata di dubbia costituzionalità, senza considerare che il rapporto di coniugio e quello di convivenza non esauriscono le tipologie di coppia degne di tutela (42).

Non si manca peraltro di sottolineare che in tal modo verrebbe a crearsi come "zona franca" il rapporto legale o di fatto, proprio quello che più spesso di altri sarebbe caratterizzato da stati di soggezione psicologica della vittima — la moglie — al volere del marito, e pertanto risulterebbe grottesco affidare la procedibilità all'inoltro della querela da parte di persona offesa particolarmente debole. Per queste ragioni si ritiene necessaria la procedibilità d'ufficio estesa anche a tale rapporto (43).

Per converso, si sostiene che la procedibilità d'ufficio non è una diretta conseguenza della collocazione sistematica del reato, bensì il risultato di una valutazione dello Stato circa la rilevanza del fatto e l'opportunità di sottrarre la punibilità del medesimo alla sollecitazione della parte offesa. Inoltre, la rimessione della perseguibilità del reato sessuale al pubblico potere assurgerebbe ad inaccettabile contraddizione con i principi di libertà sessuale e, soprattutto di libertà di autodeterminazione in materia sessuale, che è il principio informatore dell'intero progetto (44).

(42) On. CASOLI, X Leg., II Comm. perm. giust. Senato, rel. maggior. p. 4.

(43) Rimarrebbe esclusa, ad esempio, la coppia che sceglie di non convivere mai né mai di sposarsi: On. R. FILIPPINI (verde), X Leg. Cam. Dep., sed. 24.1.89, res. sten. pag. 35.

(44) On. C.J. BEEBE TARANTELLI (Sin. Ind.), X Leg., Cam. Dep. sed. 24.1.89, res. sten., pag. 26; On. P. ARNABOLDI (DP), X Leg., Cam. Dep., sed. 24.1.89, res. sten. pag. 40; On. P. FOLENA (PCI), X Leg. Cam. Dep. sed. 24.1.89, res. sten. pag. 52; On. A.A. CAPPIELLO (PSI) X Leg. Cam. Dep. sed. 20.1.89 res. sten. pag. 15.

Il travagliato *iter* di questo articolo del testo di riforma rispecchia puntualmente la diversità degli orientamenti: la norma viene dapprima soppressa dalla Camera dei Deputati il 15.3.1989, con conseguente ritorno al regime della procedibilità d'ufficio *tout court*; poi è di nuovo introdotto al Senato il 12.4.1989, e risulta così ribadita la validità del doppio regime processuale.

i) Innovazione estremamente significativa nel disegno della II Commissione giustizia del Senato, confermato poi in Senato il 30.6.1988, è quella che riconosce la facoltà di intervento nel processo alle associazioni ed ai movimenti aventi tra i loro scopi la tutela degli interessi lesi dai delitti sessuali, subordinando tuttavia l'intervento al consenso della persona offesa o di chi legalmente la rappresenti.

Ha chiaro, il riformatore, che non si tratterebbe qui di una costituzione di parte civile secondo il modello del codice di rito, e tanto meno della necessità di garantire la tutela di interessi diffusi: scopo della partecipazione sarebbe solo il sostegno da prestare alla vittima (45).

Non si manca di obiettare, da più parti, che tale anomala costituzione di parte civile non si regge in realtà su nulla, incapace com'è di trovare il benché minimo sostegno nelle vecchie e nuove regole del codice di procedura con cui si fissano i presupposti indefettibili dell'azione civile nel processo penale. Tale riforma significherebbe perciò — si afferma — un netto arretramento culturale alla vendetta privata di lontana memoria (46).

Sulla scorta di considerazioni più o meno simili, il 15.3.1989, la Camera censura *in toto* la partecipazione delle associazioni, che viene invece reintrodotta al Senato nell'ultima approvazione del 12.4.1989.

(45) On. B.V. NICOTRA (DC), X Leg. Cam. Dep., sed. 20.1.89 res. sten. p. 19; On. A. BIONDI (PLI), X Leg. Cam. Dep., sed. 20.1.89, res. sten. p. 23; On. L. CIMA (verde), X Leg. Cam. Dep. sed. 20.1.89; res. sten. p. 36; On. G. MACE-RATINI (MSI-DN), X Leg. Cam. Dep., sed. 24.1.89, res. sten. p. 7; On. O. FUMAGALLI CARULLI (DC), X Leg. Cam. Dep. sed. 24.1.80, res. sten. p. 30; On. A. DIAZ (Sin. Ind.), X Leg. Cam. Dep. sed. 24.1.89, res. sten. p. 54.

(46) On. R. MASTRANTUONO (PSI), X Leg. Cam. Dep., sed. 24.1.89, res. sten. p. 14; On. GRAMAGLIA (Sin. Ind.), X Leg. Cam. Dep., sed. 24.1.89, res. sten. p. 59; On. B.G. SERRA (PCI) X Leg. Cam. Dep. sed. 20.1.89, res. sten. p. 39.

l) Ancora sul piano processuale, infine, viene introdotta la regola per cui nel corso degli interrogatori sono vietate « domande sulla vita privata o sulla sessualità della persona offesa », allo scopo di evitare ulteriori, inutili tormenti alla vittima: tali indagini sarebbero infatti irrilevanti ai fini dell'accertamento delle responsabilità penali (47). In verità, una inibizione probatoria di tale portata sembra gravemente limitativa per la difesa dell'imputato, giacché risulterebbero preclusi accertamenti spesso necessari sulla dinamica dei fatti, accertamenti altresì rilevanti per la configurazione di circostanze attenuanti, quali ad esempio la provocazione ex art. 62 n. 2 c.p. (48).

Preoccupata della legittimità di simili preclusioni probatorie, nell'approvazione del 15.3.1989 la Camera dei Deputati inserisce la formula compromissoria secondo cui « non sono ammesse domande sulla vita privata o sulla sessualità della persona offesa se non sono necessarie alla ricostruzione del fatto », formula, tuttavia, ritenuta capace di eludere il divieto e quindi censurata dal Senato il 12.4.1989.

III — ORIENTAMENTI IDEOLOGICI E FONDAMENTI POLITICO-CRIMINALI DELLA RIFORMA

1. — *I riferimenti culturali europei*

Per molti aspetti, il lavoro del riformatore italiano è stato apertamente ispirato ad idee, normative, progetti che nel corso degli ultimi dieci anni hanno stimolato la riflessione giuridica ed il dibattito politico in tutti i paesi dell'Europa continentale.

Molte delle scelte che il riformatore italiano ha posto a base del nuovo assetto normativo non verrebbero pienamente colte nei

(47) On. M. MELLINI (FE), X Leg. relatore di minoranza II Comm. Giust. Camera, p. 17, On. G. MACERATINI (MSI-DN), X Leg. Cam. Dep., sed. 24.1.89, res. sten. p. 7; On. A. DEL PENNINO (PRI), X Leg. Cam. Dep., sed. 24.1.89, res. sten. p. 23; On. A. PAZZAGLIA (MSI-DN), X Leg. Cam. Dep., sed. 24.1.89, res. sten. p. 43; On. C. CASINI (DC), X Leg. Cam. Dep. sed. 20.1.89, res. sten. p. 33.

(48) On. CASOLI, X Leg., II Comm. perm. giust. Senato rel. maggior. p. 5; On. R. MASTRANTUONO, X Leg., Cam. Dep. sed. 24.1.89, res. sten. p. 14.

fondamenti ideali o negli orientamenti politico-criminali che le sorreggono, se non venissero altresì ricondotte al clima ideologico, alle pulsioni politiche ed alle esperienze di riforma che hanno dominato la scena politica penalistica europea degli ultimi tempi.

1.1. — *Cenni alla normativa europea in tema di reati sessuali*

Senza alcuna pretesa di completezza, sarà utile gettare uno sguardo alle soluzioni adottate da taluni paesi sui problemi che hanno maggiormente animato i lavori di riforma del diritto penale sessuale.

a) Innanzitutto, la questione del bene giuridico che si intende tutelare: la collocazione sistematica dei reati di violenza sessuale costituisce, al riguardo, un parametro di indubbio valore.

Per quanto strano possa apparire, sono numerose le legislazioni penali europee — per vari aspetti più moderne di quella italiana — che continuano ad includere tali reati fra quelli che offendono la morale ed il buon costume: Svezia, Svizzera, Belgio, Francia, Canada (49). A dire il vero, in Svezia la Commissione Kjiellin, istituita nel 1972 per riformare le norme relative ai reati sessuali, aveva proposto la modifica del Titolo VI del codice penale: non più « Dei reati contro la morale », bensì « Dei reati di coercizione sessuale ». La riforma non venne tuttavia approvata (50).

Il sistema tedesco, invece, così come quello brasiliano (1940), inserisce tale norma tra i « reati contro la libertà sessuale ». In direzione opposta, il codice portoghese (1866) e quello spagnolo (1963) conoscono i « delitti contro l'onore sessuale ».

Una scelta più “ forte ” è stata fatta dalla Polonia (1970), che ha ritenuto di inserire le aggressioni sessuali tra i « reati contro la dignità umana ».

Sembrerebbe dunque giustificato affermare che le proposte avanzate in Italia sembrano più “ progressiste ” di quelle adottate in numerosi altri Paesi, soprattutto europei.

(49) Camera dei Deputati, *I reati sessuali in Italia e all'Estero: disciplina legislativa e dibattito per la riforma del sistema vigente*, in *Quaderni di documentazione del servizio studi*, Roma, 1981.

(50) MERZAGORA, *Orientamenti legislativi comparati in tema di delittuosità sessuale*, in *Rass. crim.*, 1986, p. 390.

b) Tra gli aspetti più controversi della riforma è certamente quello relativo alla opportunità di mantenere due fattispecie autonome che puniscano la violenza carnale e gli atti di libidine violenti.

Anche qui numerose legislazioni penali sono ancorate alla bipartizione tradizionale. Solitamente infatti vengono distinti dalla violenza carnale gli atti che tali ancora non sono, atti indicati ora come « attentati al pudore » (art. 332 cod. pen. francese; art. 373 cod. pen. belga), ora come « aggressione al pudore » (art. 149 cod. pen. canadese; in Inghilterra, art. -4 L. 2.8.1956).

Tra le ragioni che hanno sorretto nel nostro Paese la richiesta di una fattispecie unificata di violenza sessuale è — come si è detto, e come meglio si vedrà in seguito — l'esigenza di salvaguardare la vittima dal trauma di domande troppo dettagliate e insistenti. La soluzione adottata in Inghilterra, con la riforma del 1976, prevede limitazioni alla produzione di prove nei procedimenti penali per reati sessuali. « Nel corso di un procedimento per violenza carnale, qualora l'imputato si dichiari non colpevole, non possono, se non con l'autorizzazione del giudice, essere prodotte prove, né formulate domande nel contro-interrogatorio, da parte e per conto dell'imputato, relativamente ad esperienze sessuali della parte lesa con persone diverse dall'imputato » (art. 2).

Per quanto concerne la struttura della fattispecie di violenza sessuale, sarà interessante notare alcune particolarità. Va rilevato innanzitutto che solo in pochi codici penali, come nel nostro, è astrattamente configurabile la coazione sessuale realizzata su un uomo. Così ad esempio il codice danese (1981), che ha eliminato l'uso del maschile per indicare l'aggressore e del femminile per indicare la vittima (51). Più spesso, invece, viene previsto come soggetto attivo dei reati di carattere sessuale la persona di sesso maschile, seppure in alcuni casi viene escluso il minore di anni quattordici (art. 147 cod. pen. canadese). Accade anche, però, che quando la formulazione normativa sia sufficientemente elastica da consentire l'estensione a persone di entrambi i sessi (v. ad esempio il c.p. francese) la giurisprudenza restringe di fatto l'ambito applicativo alla violenza carnale realizzata dall'uomo sulla donna

(51) PETERSON S.K., *Sexual abuse of children, Washington's new hearsay exception*, in *Washington Law Review*, 53/3, 813, 1983.

(52). Per quel che riguarda il soggetto passivo, invece, è opportuno distinguere: soggetto passivo della violenza carnale è sempre e solo una donna, il discorso è invece più articolato per quegli atti che non configurano ancora tale fattispecie.

Alcuni ordinamenti, come quello belga, puniscono allo stesso modo « l'attentato al pudore » con violenza su persona dell'uno o dell'altro sesso (art. 373 c.p.), altri invece prevedono sanzioni penali diversificate. Il sistema canadese, ad esempio, statuisce la reclusione fino a 5 anni per l'ipotesi di aggressione al pudore contro una donna (art. 149 c.p.) e, curiosamente, la reclusione fino a 10 anni quando la vittima sia invece un uomo (art. 156 c.p.). Quanto alla legislazione francese, il vecchio art. 332 faceva riferimento al soggetto passivo dell'uno e dell'altro sesso, mentre la modifica introdotta con la L. n. 80-1041 del 23 dicembre 1980 non sembra fare alcun cenno a tale problematica.

c) Questione tra le più delicate e conflittuali per la riforma dei reati sessuali nel nostro Paese è certamente quella che attiene alle modalità ed ai limiti dell'intervento penale nel rapporto di coppia, sia tale rapporto formalizzato nel legame di coniugio, sia esso meramente di fatto.

Quasi tutte le legislazioni di cui si fa cenno sembrano escludere esplicitamente la possibilità che si possa configurare tra coniugi la fattispecie di congiunzione carnale violenta. Il codice tedesco (artt. 177 e 178) richiede espressamente che tra i soggetti non esista il vincolo coniugale, il codice svizzero esige un rapporto « fuori dal matrimonio » (art. 187), quello canadese descrive il fatto di violenza realizzato dall'autore su una donna « che non sia sua moglie » (art. 143). La moglie infatti non potrebbe dissentire dalla congiunzione, posto che il consenso sarebbe implicitamente prestato all'atto del matrimonio.

La configurazione della violenza sessuale tra coniugi sembra esclusa implicitamente anche nel sistema inglese, laddove si richiede che la congiunzione carnale sia « illecita »: illiceità esclusa dalla esistenza del vincolo matrimoniale (art. 1 L. 22.11.1976).

Nella legislazione svedese la questione è risolta dal c. II dell'art. 1, Capo VI c.p.: nei casi in cui, per il rapporto esistente tra la donna e l'uomo, il reato deve essere considerato meno grave,

(52) MERZAGORA, *op. cit.* n. 50, p. 390.

si applica l'ipotesi minore dell'aggressione sessuale. Da tale previsione si deduce che le manifestazioni di violenza nell'ambito delle relazioni coniugali, o comunque similari, possono essere punite solo a titolo di aggressione sessuale e non di violenza carnale.

La normativa francese è ancora una volta molto generica, è stata quindi la giurisprudenza ad individuare come elementi costitutivi del fatto l'illecita congiunzione carnale e la mancanza di consenso: esclusa l'illiceità della congiunzione tra coniugi, e ritenuto il consenso implicito nel rapporto matrimoniale, discende in tali casi l'impossibilità di configurare la fattispecie (53).

In alcuni stati degli USA, quali il New Jersey e il Michigan, sono state invece abrogate nel 1979 norme simili, che limitavano la violenza carnale alle aggressioni esterne al matrimonio (54).

d) Per quanto concerne la violenza di gruppo, il sistema belga prevede, per l'ipotesi in cui il colpevole sia stato aiutato da una o più persone, un aggravamento della pena edittale (art. 377); allo stesso modo il sistema francese (art. 333). È opportuno precisare tuttavia che in Francia, con una proposta presentata al Senato, si intendeva introdurre per lo stupro collettivo una fattispecie presidiata dalla pena della reclusione da dieci a venti anni. Tale proposta non venne però accolta, e si optò per l'ipotesi aggravata di violenza carnale. Anche in Polonia (art. 168 c. II) la violenza di gruppo è stata introdotta come forma qualificata di congiunzione carnale violenta: la fattispecie si realizza quando il fatto sia commesso da più di tre persone, ed è prevista una pena non inferiore a tre anni di reclusione (55).

A questo punto può essere forse interessante confrontare le cornici edittali che la fattispecie di violenza carnale violenta presenta nelle legislazioni penali di cui si è fatto fin qui cenno. Dalla pena edittale non inferiore ai 2 anni prevista dalla legislazione tedesca, a quella compresa tra 2 e 10 anni di reclusione nella legislazione svedese, fino alla pena dell'ergastolo nel sistema penale canadese. Va sottolineato che la riforma francese ha mirato in modo particolare al ridimensionamento delle pene previste per questi tipi di reato: la pena per la violenza carnale è stata contenuta tra

(53) Camera dei Deputati, *I reati sessuali*, cit. n. 49.

(54) MERZAGORA, *op. cit.* n. 50, p. 400.

(55) MERZAGORA, *cit.* n. 50, p. 395 ss.

i 5 ed i 10 anni di reclusione (precedentemente, da 10 a 20 anni), per l'attentato al pudore, l'arresto da 3 a 5 anni (precedentemente, la reclusione da 5 a 10 anni). Infine, va ricordato che la riforma dell'8 agosto 1985, in Belgio, ha abrogato l'ipotesi di « attentato al pudore » relativa al rapporto tra persone maggiori di anni 18 e persone minori dello stesso sesso consenzienti.

Un cenno a parte merita la riforma della legislazione penale greca in materia di tutela della libertà sessuale, riforma introdotta nel 1984, che ha affrontato e risolto in modo certo interessante le diverse problematiche che in questi ultimi anni hanno attirato la attenzione del riformatore italiano (56).

La prima scelta realizzata con la normativa sui « reati contro la libertà sessuale e reati di sfruttamento economico della vita sessuale » (57) riguarda la previsione in un'unica fattispecie di reato sia della violenza carnale che degli atti di libidine violenta, fattispecie rubricata come « violenza sessuale » (art. 336) comprendente alternativamente le due condotte (58).

Va subito detto che il riferimento testuale al rapporto extraconiugale lascia dedurre la volontà del legislatore greco di escludere la possibilità di punire la violenza carnale tra coniugi. Concordi sono tuttavia la dottrina e la giurisprudenza nel ritenere configurabili in tal caso gli atti di libidine violenti: in altri termini, solo atti « anormali » o contro natura potrebbero dar luogo a

(56) Cfr. SCLAFANI, *Profili di politica criminale e legislativa a proposito dei « reati contro la libertà sessuale e reati di sfruttamento economico della vita sessuale » nella recente legislazione penale greca*, in *Rass. crim.* 1985, p. 381 ss.

(57) Prima della riforma il Capo XIX si intitolava dei « reati contro i costumi ».

(58) Art. 336, comma 1, c.p.: « Violenza sessuale. 1. Chiunque, con violenza fisica o con minaccia di un pericolo grave o immediato, costringe un altro a coito extraconiugale o a tollerare o intraprendere un atto di libidine è punito con la reclusione ». Bisogna sottolineare che l'art. 13 c.p. stabilisce che « violenza fisica è anche il ridurre qualcuno in uno stato di letargia o di incapacità a resistere attraverso mezzi ipnotici, narcotici o altri della stessa natura ». Prima della riforma la violenza carnale era prevista dall'art. 336: « Chiunque, con violenza fisica o con minaccia di un pericolo grave ed immediato, costringe una persona di sesso femminile a coito extraconiugale, è punito con la reclusione », mentre l'art. 337 prevedeva il « Costringimento a libidine. Chiunque, con violenza o minaccia grave ed immediata, costringe una persona di sesso femminile o maschile a tollerare o ad intraprendere altro atto di libidine, è punito con la reclusione fino a dieci anni ».

responsabilità penale, giacché si ritiene realizzabile una diversa violazione della libertà sessuale dell'individuo (59).

A dire il vero, nel disegno di legge era prevista anche la fattispecie del « delitto di violenza sessuale tra coniugi » (par. 3 art. 8), in cui si stabiliva che ove « il fatto di cui al 1. paragrafo (violenza sessuale unificata) fosse commesso tra coniugi », la pena fosse la carcerazione fino a due anni. La fattispecie costituiva, dunque, un'ipotesi meno grave di violenza sessuale: sulla considerazione che nella violenza sessuale verrebbero calpestati il diritto alla scelta del *partner* e quello della scelta dell'approccio sessuale, si riteneva che nel rapporto di coniugio venisse violato solo il diritto alla scelta del " momento ", restando la scelta del *partner* ormai effettuata all'atto del matrimonio (60).

È prevista poi l'ipotesi che la condotta tipica venga commessa da « due o più autori che agiscano congiuntamente »: trova quindi posto nella legislazione penale greca una fattispecie *ad hoc* per la violenza di gruppo, escludendo così il ricorso alla fattispecie aggravata o alle norme sul concorso di persone nel reato.

È prevista come causa estintiva del reato il matrimonio tra l'autore e la persona offesa (art. 339, c. III).

Quanto alla perseguibilità della violenza sessuale, l'art. 344 prevede che l'azione penale venga promossa d'ufficio, il procuratore presso la Corte d'Appello può tuttavia eccezionalmente astenersi dall'esercizio dell'azione penale, con decreto motivato, in seguito alla richiesta della vittima, nel caso in cui ritenga che la pubblicità derivante dall'azione penale possa determinare un trauma psichico eccessivo alla parte offesa (art. 344): un'eccezione che mira dunque a tutelare l'interesse della vittima alla riservatezza, evitando che il processo penale possa turbare un equilibrio psichico eventualmente precario.

La *ratio* della perseguibilità d'ufficio della violenza sessuale viene invece indicata dalla Relazione ministeriale in una pluralità di motivi:

1) la necessità di generare un diverso atteggiamento del cittadino nei confronti della vittima di aggressioni sessuali e degli autori;

(59) SCLAFANI *op. cit.* n. 56, p. 397.

(60) SCLAFANI, *op. cit.* n. 56, p. 398.

- 2) l'esigenza di ridurre la cifra oscura;
- 3) la necessità di contrastare il fenomeno della rinuncia o della remissione della querela dettate da mero calcolo (61).

1.2. — *La Risoluzione del Parlamento europeo in data 11.6.1986*

Le molteplici e spesso convulse vicende dei recenti tentativi di riforma del diritto penale sessuale nel nostro paese verrebbero certamente lette in una prospettiva parziale, per certi aspetti monca di riferimenti culturali e politici di grande spessore, se non ne venissero altresì acquisite le importanti matrici di carattere internazionale: non è certo un caso — del resto — che gli sforzi di riforma si siano notevolmente intensificati, per arenarsi poi ad un solo passo dal traguardo, negli anni immediatamente successivi ad una presa di posizione puntuale e decisa con cui il *Parlamento europeo*, nel 1986, approvava un'articolata risoluzione in materia di reati sessuali (62). L'autorevole intervento si esprimeva in una *summa* di principi generali volti — da una parte — a sensibilizzare gli stati membri sull'esigenza di ammodernare le legislazioni nazionali in una materia fortemente esposta al rischio di condizionamenti culturali spesso eticizzati, molto spesso obsoleti, in taluni casi medievali se non addirittura arcaici. D'altra parte, obiettivo della Risoluzione era stimolare un processo di riforma per così dire "canalizzato", orientato cioè alla realizzazione di un codice "minimo", capace di armonizzare legislazioni nazionali estremamente diversificate, spesso apertamente confliggenti nei presupposti ideologici e nelle fondamentali scelte di politica della criminalità in ordine alla tutela della libertà sessuale.

Va premesso che il dibattito tenuto al Parlamento europeo nel mese di giugno 1986 — e che trova appunto sbocco nella Risoluzione suddetta — ha per oggetto non tanto la violenza sessuale *tuot court*, quanto invece la violenza contro la donna: era inevitabile perciò che la discussione assumesse dimensioni estremamen-

(61) Relazione ministeriale al disegno di legge, riportata da SCLAFANI, *op. cit.* n. 56, p. 401.

(62) Gazzetta ufficiale delle Comunità europee 14.7.1986, N.C. 176/73 ss.: *Risoluzione sulla violenza contro le donne.*

te ampie, comprensive non solo degli aspetti giuridici, ma anche di quelli economico-sociali afferenti alla c.d. condizione-donna (63).

Non fa perciò meraviglia che dal confronto tra idee ed impostazioni articolate, talvolta divergenti, circa le strategie più idonee a prevenire e reprimere un fenomeno comune agli stati membri — per quanto in forme e dimensioni piuttosto diverse — sia scaturito un complesso eterogeneo di raccomandazioni, a carattere politico-sociale-giuridico, confluyente poi nella Risoluzione dell'11 giugno 1986.

Sarà opportuno sorvolare in questa sede sulle interessanti iniziative di ordine culturale e didattico che il Parlamento suggerisce agli Stati membri per accelerare il superamento della condizione di subalternità femminile (64), né potrà farsi che un accenno alle raccomandazioni circa le modalità operative più idonee a realizzare una politica di effettiva parità sul lavoro (65); allo stesso modo, farà bene il legislatore italiano a non trascurare le considerazioni concernenti le possibilità di incentivare la qualificazione professionale degli organi di polizia, per renderne più proficua la attività investigativa nel settore della criminalità sessuale e meno traumatico l'approccio con le vittime di tali reati (66).

Ciò che importa qui evidenziare, sono invece le raccomandazioni di carattere tecnico-giuridico relative alla repressione della violenza sessuale: l'impulso — per certi aspetti: il condizionamento — che esse hanno esercitato sulle vicende della riforma penale nel nostro paese si è rivelato infatti significativo, in taluni casi addirittura determinante.

Innanzitutto, la Risoluzione del 1986 suggerisce agli Stati membri di innovare la collocazione sistematica dei reati sessuali: dalla tipologia dei fatti offensivi del *pudore* , alla sfera dei delitti contro la *persona* (67).

(63) Il dibattito è riportato sulla Gazzetta europea (Allegato), n. 2-340, *Discussioni del Parlamento europeo*, Sessione 1986-1987, Resoconto integrale delle sedute dal 9 al 13 giugno 1986, Seduta di martedì 10 giugno 1986, p. 32 ss.

(64) V. G.U. n. 2-340, *cit.*, n. 63, soprattutto gli interventi di d'Ancona, Van den Heuvel, Braun Moser, Pantazi, Garcia Arias. V. altresì la risoluzione, *cit.* n. 62, let. D, 1.

(65) V. *Risoluzione, cit.* n. 62, punto 37 e ss.

(66) V. *Risoluzione, cit.* n. 62, punto 13 e ss.

(67) V. *Risoluzione, cit.* n. 62, punto 8.

In secondo luogo, il Parlamento europeo chiede « un riesame della distinzione giuridica tra stupro e atti di libidine violenta », in base alla considerazione che, per la vittima, le conseguenze possono essere ugualmente penose in entrambi i casi (68).

Come appare evidente, il riformatore italiano ha recepito pienamente questa impostazione: non si è limitato, anzi, ad un « riesame » delle due fattispecie, bensì — sul presupposto di una equivalente gravità dell'offesa — ha progettato la riunificazione dei reati nella fattispecie di « violenza sessuale » (69).

Riconosciuta la rilevanza penale della costrizione sessuale interna al rapporto di coniugio, sul piano procedurale il Parlamento si esprime con fermezza a favore della procedibilità d'ufficio per ogni forma di violenza sessuale, singola o di gruppo (70).

Il riformatore italiano — come si è detto — è estremamente sensibile a tale impostazione e non manca di recepirla — con alterne fortune — nelle convulse fasi delle verifiche parlamentari (71).

Ancora sul piano processuale, ma certamente assai più significativi per la forte carica innovativa che li connota, vanno qui segnalati due ulteriori punti della Risoluzione: forse più e meglio che per ogni altro aspetto, sono infatti queste le scelte da cui limpidamente traspare la netta impronta propulsiva che il Parlamento ha impresso al suo lavoro, e la potente suggestione che essa ha esercitato sugli orientamenti più qualificanti — e controversi — della riforma italiana sul terreno delle violenze sessuali.

Punto primo: la Risoluzione si pronuncia affinché « si consenta alle associazioni ed ai movimenti femminili di costituirsi parte civile nei processi di violenza sessuale, ove la parte lesa lo richiede » (72). Con originale elaborazione, il riformatore italiano ha prontamente recepito — come si sa — tale indicazione, ritagliando per tali associazioni una figura inedita nella tradizione penal-processualistica del nostro paese: per così dire, il ruolo di una parte civile « dimezzata », munita cioè di ampi poteri di inter-

(68) V. *Risoluzione*, cit. n. 62, punto 4.

(69) Dis. Sen. art. 2.

(70) V. *Risoluzione*, punto 11, cit. n. 62.

(71) V. *supra*, II.

(72) V. *Risoluzione*, cit. n. 62, punto 11.

vento ma piuttosto fragile — come si avrà modo di osservare più innanzi (73) — sotto il profilo della legittimazione processuale (74).

Punto secondo: il Parlamento europeo chiede infine una « revisione » della « legislazione sulla violenza sessuale nel senso che la ammissibilità di testimonianze relative al passato sessuale della vittima venga sottoposta ai più rigidi controlli » (75). Presso il riformatore italiano, anche questa indicazione trova benevolo ascolto: addirittura troppo, forse, a giudicare dalla rigosità delle scelte che egli appunto compie a questo riguardo. Respingendo qualsiasi tentazione di compromesso, viene infatti deciso che non sono ammesse domande sulla vita privata o sulla sessualità della persona offesa (76): certo, una scelta che nessuno potrà accusare di ambiguità, una scelta che non si presta davvero alla ricorrente accusa — non di rado peraltro fondata — di insufficiente sensibilità alle ragioni di riservatezza della parte offesa. Il dubbio, come si dirà meglio più innanzi, è che scelte così radicali creino invece imbarazzo ai diritti di difesa dell'imputato — indubbiamente meno popolari — in relazione a tipologie criminali così odiose, come quelle a carattere sessuale, ma forse proprio perciò più bisognose di intransigente garanzia (77).

2. — *Le direttrici politico-criminali della riforma*

La riforma del diritto penale sessuale non può essere adeguatamente discussa soprattutto nelle scelte più significative — le scelte per così dire portanti del nuovo assetto normativo e della “ filosofia penale ” cui esso si ispira — senza verificare almeno i tratti essenziali della metodologia che, più o meno consapevolmente, ha orientato i lavori e ne ha collegato le alterne fasi ad alcune chiare direttive comuni. Se la riforma, pur così spezzettata in vicende parlamentari convulse e talvolta intricate, ha mantenuto una fisionomia sostanzialmente unitaria, è senza dubbio dovuto al saldo ancoraggio che a tali direttive essa ha voluto e saputo tenere: poche idee-guida, ma esenti da pericolose incertezze, hanno

(73) V. *postea*, VI, 3.1.

(74) Dis. Sen. art. 10.

(75) V. *Risoluzione*, cit. n. 62, punto 6.

(76) Dis. Sen. art. 15, c. II.

(77) V. *postea*, VI, 3.2.

garantito al progetto stabilità negli orientamenti politico-criminali ed intima coerenza nella definizione dei nuovi modelli normativi.

2.1. — *L'aumento della criminalità sessuale*

L'aumento della criminalità sessuale costituisce lo sfondo su cui il riformatore ha ritenuto di operare (78). L'"impennata" dei reati sessuali negli ultimi anni è stata di continuo e vigorosamente sottolineata anche con riguardo alla violenza sui minori (79) ed alle aggressioni sessuali di gruppo (80). Denunciando « processi di imbarbarimento » e « rischi di regressione antropologica » (81), si è manifestata la preoccupazione che, nonostante l'incremento delle denunce, la dimensione occulta del fenomeno celi tassi di crescita ancor più rilevanti (82): di qui l'esigenza di « inviare un messaggio » che serva da richiamo ad un maggior rispetto della libertà sessuale della donna (83).

2.2. — *L'inadeguatezza delle norme esistenti*

Sulla necessità di « fare presto », non aveva dubbi il riformatore (84), tanto meno sulla resistenza di taluni giudici ad applicare con rigore la normativa esistente (85). Ma soprattutto era sospinta, la riforma, dalla profonda convinzione circa l'incapacità di tale normativa a difendere in modo adeguato la donna ed i suoi elementari diritti di autodeterminazione sessuale dal dilagare di una criminalità sostanzialmente incontrollata (86). Anacronistico (87), indegno di una società civile (88): il mantenimento di un assetto

(78) V. ad esempio On. B. NICOTRA (DC), X Leg. Cam. Dep., sed. 20.1.89, res. sten. p. 18.

(79) On. A. CAPIELLO (PSI), X Leg., *loc. cit.* n. 78, p. 14.

(80) On. M. MELLINI, Relatore di minoranza, II Comm. perm. Giust., Cam. Dep. X Leg., res. sten. p. 8.

(81) On. P. FOLENA (PCI), X Leg., Cam. Dep. sed. 24.1.89, res. sten. p. 49.

(82) On. A. CAPIELLO (PSI), X Leg., *loc. cit.* n. 81, p. 13.

(83) On. NICOTRA, *cit.*, n. 78, p. 18.

(84) On. DEL PENNINO (PRI), X Leg., Cam. Dep., sed. 24.1.1989, res. sten. p. 21.

(85) V. ad esempio gli interventi degli On. P. FOLENA (PCI), *cit.* n. 81, p. 51 e A. CAPIELLO (PSI), X Leg., Cam. Dep. sed. 20.1.89, res. sten. p. 14.

(86) V. ad esempio l'intervento dell'On. A. PEDRAZZI CIPOLLA (PCI), *loc. cit.* n. 85, p. 8.

(87) Così On. A. SOMMA (PCI), *loc. cit.* n. 84, p. 18.

(88) Così On. L. CIMA (verdi), *loc. cit.* n. 85, p. 34.

normativo indissolubilmente legato ad un modello di società patriarcale, lontano « anni luce » dalla realtà odierna (89), si traduce — nella visione del riformatore — in una forma di connivenza oggettiva con chi fa della violenza sessuale strumento di lotta « contro la crescita delle donne » (90), o comunque in tale violenza esprime il più assoluto disprezzo, spesso il « desiderio di annientare la sua vittima, di ucciderla », a ciò sospinto da incontrollati sentimenti di « rabbia » e di « odio » (91).

2.3. — *La necessità di un modello normativo orientato all'Abschreckung*

Arginare una criminalità in paurosa ascesa e punire con la dovuta severità i responsabili di offese intollerabili alla dignità della persona: su questi obiettivi, la riforma non ha avuto davvero necessità di discutere (92). Su taluni altri aspetti della politica sanzionatoria cui il nuovo programma normativo risulta improntato, non sarebbe invece stata inutile una riflessione più approfondita, ed una più compiuta “ informazione ” empirica.

In breve, il riformatore del diritto penale sessuale sembra aver orientato le sue scelte ad una strategia politico-criminale sostanzialmente fondata su due nuclei centrali. Primo: non diminuire in alcun caso gli elevati livelli di pena previsti dal codice Rocco, bensì invece incrementarli ogni volta che sembri opportuno (93). Secondo: agire soprattutto sulle cornici edittali inferiori per attestarle su livelli difficilmente raggiungibili, o sostanzialmente preclusi, ai meccanismi special-preventivi di esclusione della pena in concreto, primo fra tutti la sospensione condizionale *ex art.* 163 c.p. (94).

Intimidazione e repressione, prevenzione generale orientata alla deterrenza e politiche special-preventive la cui dichiarata “ osti-

(89) Così On. DEL PENNINO (PRI), *loc. cit.* n. 84, p. 21.

(90) On. A. PEDRAZZI (PCI), *cit.* n. 86, p. 8; V. anche On. A. SOMMA (PCI), *cit.* n. 87.

(91) Così On. C. TARANTELLI (Sin. ind.), X Leg., *loc. cit.* n. 81 p. 25.

(92) V. ad esempio gli interventi delle On. O. FUMAGALLI CARULLI (DC), *loc. cit.* n. 81, p. 29 e C. TARANTELLI, *loc. cit.* n. 91, p. 25.

(93) V. ad esempio On. A. BIONDI (PLI), *loc. cit.* n. 78, p. 22.

(94) V. ad esempio gli interventi degli On. G. VAIZO (DC), *loc. cit.* n. 84, p. 45, FUMAGALLI CARULLI (DC), *loc. cit.* n. 92, p. 29 e A. CAPPIELLO (PSI), *loc. cit.* n. 79, p. 15.

lità" all'autore si esprime nel favore per l'effettività della pena.

Non è ben chiaro quali incrementi di tutela si aspettasse il riformatore da una strategia di tal genere: se soprattutto puntasse ad una flessione dei tassi di criminalità sessuale, o piuttosto ad un più efficace controllo degli indici di recidività degli autori, o forse addirittura ad entrambi. Probabilmente, una riforma più cauta nell'impostare il nuovo assetto normativo, e più "informata" nella scelta dei modelli politico-criminali su cui organizzarli, avrebbe coltivato attese certo più sobrie, ma anche più fondate.

IV — LA DIMENSIONE CRIMINOLOGICA DEI REATI SESSUALI

1. — *Gli aspetti empirici della criminalità sessuale*

La riforma del diritto penale sessuale è fondata su presupposti *empirici* ai quali in larga misura attinge le ragioni della sua legittimità, ed *empirica* è la metodologia che orienta la scelta del nuovo modello normativo: non certo da oggi, tutto questo è scontato, se non banale (95). Ciò che non cessa caso mai di stupire è la disinvoltura con cui il riformatore "maneggia" i materiali empirici di cui si serve, il sovrano distacco con cui sa all'occorrenza proporre letture bizzarre, piuttosto che ardite, soprattutto: la consumata dimestichezza — si direbbe: l'irresistibile tentazione — a trasformare in giudizi di valore affermazioni empiriche di esiguo spessore, o a suffragarne la scarsa consistenza con il sapiente ricorso a massime di comune esperienza opportunamente "truccate" (96).

(95) Seppur con diversi gradi di consapevolezza, qualunque riforma del diritto penale muove necessariamente dalla rilevazione di una situazione di fatto — c.d. *Ist-Zustand* — che aspira a modificare in un'altra ritenuta migliore, con i mezzi che a ciò ritiene adeguati: dopo le geniali ricerche di P. NOLL su questo terreno troppo a lungo trascurato dalla scienza penalistica, si registra ormai da alcuni anni un risveglio di interesse che ha prodotto risultati di sicuro spessore. Per alcuni riferimenti essenziali v. innanzitutto NOLL, *Gesetzgebungslehre*, 1973, 38 ss., 79 ss., 107 ss.; W. HASSEMER, *Konstanten kriminalpolitischer Theorie*, in *Fest. Lange*, 1976, (501 ss.) 508 ss.; K. AMELUNG, *Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung*, in *ZStw* 1980 (92), (19.) 25 ss.

(96) Particolarmente efficace, al riguardo, la denuncia di W. NAUCKE circa questo diffusissimo "vizio" del legislatore penale: *Über die juristische Relevanz der Sozialwissenschaften*, 1972, 31 s. Sulla necessità che soprattutto il legislatore

Come e più di ogni altra riforma, la riforma del diritto penale sessuale ha bisogno di un corretto rapporto con l'empiria di cui fa uso: *in primis*, deve imparare a distinguere quella di cui ha bisogno da quella che realmente ha. Quanto poi a questa, il dato empirico non reca mai implicito il significato che ad esso compete nell'elaborazione dei programmi politico-criminali: una riforma che non voglia o non riesca a discernere i fatti dalle valutazioni, lavora imbrogliando se stessa. Infine, la riforma del diritto penale sessuale deve prendere atto che non può corrompere le "leggi" della politica criminale in relazione ai suoi propri bisogni, né può pretendere di fondarne le strategie su materiali empirici selezionati in base ad opportunità o convenienza. Se vuole orientarsi a modelli normativi strutturati secondo tecniche di intimidazione e deterrenza, può farlo: con la consapevolezza, però, che il pendolo della storia, e la teoria scientifica della pena, battono da tutt'altra parte (97). Ma pure al di là di questo: ciò che non può essere comunque ignorato sono le esigenze empiriche da cui modelli siffatti sono strettamente condizionati circa possibilità e limiti di effettivo funzionamento (98).

Non un'empiria "di facciata", per legittimare scelte radicate — a torto o a ragione — su terreni di tutt'altra natura. Acquisire

penale non perda di vista i fatti sottesi alle valutazioni v. ancora P. NOLL, *Wert und Wirklichkeit*, in *Fest. Schelsky*, 1978, (353 ss.) 360 s. Una lucida analisi della struttura delle *Alltagstheorien* e del disinvolto uso che ne viene fatto nell'esperienza giuridica, in K.D. OPP, *Zur Anwendbarkeit der Soziologie im Strafprozess*, in H. JÄGER (Hrsg.), *Kriminologie im Strafprozess*, 1980, (21 ss.) 24 s. e 40 s.

(97) Per una sintesi efficace, v. U. NEUMANN, U. SCHROTH, *Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe*, 1980, 33 ss. e 101 ss. La discussione scientifica è dominata ormai da vari anni dalla c.d. prevenzione generale positiva, ovvero integratrice: contraendo gravi debiti con la teoria sociologica di N. LUHMANN, un giurista della levatura di G. JAKOBS vede nella prevenzione generale orientata alla « stabilizzazione normativa » l'unica fonte di legittimazione della pena statale (*Strafrecht*, A.T., 1983, 9 s.). Per una attenta analisi dei contenuti della *Integrationsprävention* e delle possibilità di effettiva realizzazione, v. di recente il lavoro di H. MÜLLER-DIETZ, *Integrationsprävention und Strafrecht*, in *Fest. Jescheck*, 1985, B. 2, (813 ss.) 820 ss.

(98) V. al riguardo l'ottima ricerca di BERLITZ-GUTH-KAULITZKI-SCHUMANN, *Grenzen der Generalprävention*, in *Krim. Journal* 1987, 13 ss. Cfr. altresì W. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 1981, 285 ss. e soprattutto M. ROMANO, *Prevenzione generale e riforma del diritto penale*, in ROMANO-STELLA (a cura di), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, 1980, (151 ss.) 157 ss.

l'empiria disponibile ed inserirla in programmi politico-criminali verificabili nei presupposti e negli obiettivi: la riforma dei reati sessuali deve "rasssegnarsi" alla metodologia dei "piccoli passi", la sola che possa consentirle scelte normative un po' meno emotive, certo un po' più fondate.

1.1. — *La violenza sessuale tra "realtà" ed "apparenza": profili statistici e ricerche sulla cifra oscura*

Da almeno due secoli, l'approccio *statistico* ai fenomeni della criminalità è tra gli strumenti di più largo consumo per il riformatore penale, e un po' per tutti gli "addetti ai lavori": strutture, interrelazioni, tendenze e forme di manifestazione del reato costituiscono acquisizioni di elementare importanza per chi abbia interesse, di qualsiasi natura esso sia, allo studio della "questione criminale", o di taluni suoi aspetti. Da almeno trent'anni, la scienza del diritto penale si interroga però ininterrottamente, seppur con risultati non sempre esaltanti, circa i dirimpenti effetti del progressivo incremento di conoscenze empiriche su un piano di indagine che è, rispetto a quello statistico, distinto ma per mille aspetti connesso: la c.d. cifra nera, le sue dimensioni, le "regole" che ne determina la formazione e gli svolgimenti (99).

Certo, la cifra oscura della criminalità è un fenomeno con cui il sistema penale ha da tempo imparato a convivere. Dal momento in cui lo ha "scoperto" (100), a quello in cui ne ha teorizzato la fecondità per la sopravvivenza stessa dei meccanismi giuridico-penali del controllo sociale formalizzato (101), molta acqua è passata sotto i ponti.

(99) Una analisi particolarmente accurata è offerta da G. KAISER, *Kriminologie*, cit. n. 11, 356 ss.; per uno sguardo sintetico v. invece F. SACK, *Dunkelfeld*, in KAISER E A., *K.K. Wörterbuch*, cit. n. 2, 76 ss.

(100) Come si sa, è soprattutto negli studi del matematico e sociologo belga L.A. QUETELET che si ritrovano, nella prima metà del secolo scorso, le radici della speculazione scientifica sui rapporti tra criminalità latente e registrata: *Sur l'homme et le développement de ses facultés*, o *Essai de physique sociale*, 1835, p. 95 ss. Una acuta disamina di questi primi svolgimenti è compiuta da A. GARCIA PABLOS DE MOLINA, *Manual de Criminologia*, 1988, 229 ss.

(101) Il riferimento è, ovviamente, a H. POPITZ, *Über die Präventivwirkung des Nichtwissens*, 1968, 17: «se sono troppi quelli che vengono messi alla gogna, non soltanto questa cessa di far paura, bensì anche la violazione della norma perde il suo carattere di eccezione», con l'inevitabile effetto che anche «la pena viene

Tanta acqua, quanta è servita innanzitutto a ridimensionare gli antichi entusiasmi, se non le aperte professioni di fede nell'indagine statistica applicata allo studio delle fenomenologie criminali (102): da tempo, sono ormai succedute valutazioni più sobrie, soprattutto più consapevoli dei molti "ma" e degli ancor più numerosi "distinguo" con cui si può recepire i risultati della analisi empirica in questo settore. D'altro canto, tanta acqua c'è voluta altresì per capire che la ricerca sulla cifra oscura non è affatto alternativa a quella di tipo statistico, né la rende inutile o obsoleta (103).

Verò è invece che è d'obbligo la più grande cautela nell'acquisirne i risultati, ed interpretarne il tipo di rilevanza: sia la *Dunkelfeldforschung* orientata alle vittime o agli autori, ovvero indifferenziata, i deficit metodologici ed empirici del prodotto che essa è oggi in grado di offrire alla scienza del diritto penale, ed al legislatore interessato a scelte di politica criminale adeguatamente « informate » (104), non sono pochi, e tutt'altro che irrilevanti (105). Infine, sotto i ponti altrettanta acqua è poi dovuta ancora passare perché fosse chiaro che non semplicemente sulla cifra oscura, bensì sulla corretta elaborazione dei dati afferenti alla sua composizione

spogliata del suo peso morale », p. 17. Per la critica, v. soprattutto B. SCHÜNEMANN, *Das strafrechtliche Dunkelfeld. Stabilisator der Rechtstreue?*, in IRLE-MAYSETZ ED A. (a cura di), *Die Durchsetzung des Rechts*, 1984, (38 ss.) 46 ss.

(102) Accreditata da QUETELET (*op. cit.* n. 100, 95 s.), confermata dal francese A. GUERRY (*Essai sur la Statistique morale de la France*, 1833), l'ipotesi è che il crimine rappresenti un'entità regolare e costante, prodotto da « leggi sociali » che sarebbe possibile scoprire e descrivere con precisione, attraverso l'analisi statistica. Il definitivo superamento della « legge delle relazioni costanti » tra criminalità reale ed apparente, è ormai il frutto della criminologia degli anni '50: con essa cade altresì la fiducia nella capacità rappresentativa delle statistiche criminali: v. KAISER, *Kriminologie*, *cit.* n. 11, 357 s.

(103) V. ad esempio H.J. KERNER, *Kriminalstatistiken*, in H.J. SCHNEIDER, *Abweichendes Verhalten*, *cit.* n. 2, Bd. 1, (252 ss.) 255 ss.

(104) L'espressione è di K. AMELUNG, *Strafrechtswissenschaft*, *cit.* n. 5, 25, con riferimento a « valutazioni che poggiano sull'esatta, penetrante conoscenza di un complesso fattuale ».

(105) Circa i limiti della ricerca empirica centrata sulla cifra oscura, v. soprattutto H. GÖPPINGER, *Kriminologie*, 1980, 159 ss. e H.D. SCHWIND, *Dunkelfeldforschung*, in H.J. SCHNEIDER, *Abweichendes Verhalten*, *cit.* n. 2, (213 ss.) 214 ss. Per un bilancio assai equilibrato v. tuttavia G. KAISER, *Kriminologie*, *cit.* n. 11, 359 s.

e alle sue dinamiche una politica criminale oculata può legittimamente impostare le sue scelte (106).

Di queste elementari "verità", non sempre la riforma del diritto penale sessuale ha tenuto il debito conto. Per quel che concerne i fatti di casa nostra, il materiale empirico peraltro molto non è: ragioni di più, ovviamente, per non perderne di vista i tratti salienti.

La criminologia dei reati sessuali ha decisamente orientato i suoi interessi allo studio della vittima, in particolar modo delle conseguenze psico-patologiche dell'aggressione subita; quale che sia la ragione della sporadica attenzione dedicata agli aspetti statistici, i dati realmente disponibili — leggi: raccolti ed elaborati con metodologie scientificamente affidabili — sono limitati sia quanto ai periodi di riferimento, che alla complessività dei parametri esplicativi.

Ciò posto, una indicazione appare inconfutabile: la riforma del diritto penale sessuale non può trovare alcun conforto nella indagine statistica, se ad essa chiede conferma circa le "proprie" valutazioni intorno ai tassi di criminalità. Nessuna statistica sugli andamenti dei delitti sessuali autorizza a gridare — come il riformatore ha spesso e volentieri fatto — che « Annibale è alle porte »: ciò che essa attesta è infatti un netto, costante *decremento* degli indici di criminalità (107). Ciò corrisponde del resto ad una tendenza che trova puntuale conferma nelle vicende di paesi euro-

(106) K. LÜDERSSEN, *Strafrecht und « Dunkelziffer »*, in LÜDERSSEN-SACK (Hrsg.) *Seminar: Abweichendes Verhalten, I, Die selektiven Normen der Gesellschaft*, 1975, (244 ss.) 255 ss. V. altresì nella letteratura italiana il pregevole studio di G. FORTI, *Tra criminologia e diritto penale. Brevi note su « cifre nere » e funzione general-preventiva della pena*, ora in MARINUCCI-DOLCINI (a cura di), *Diritto penale*, cit. n. 7, (53 ss.) 63 ss., dove si sottolinea bene la necessità di differenziare la ricerca sul significato della cifra oscura in relazione alle diverse tipologie di reato (63).

(107) Da 1835 denunce per violenza carnale del 1965 si è passati alle 948 del 1987, da 1615 denunce per atti di libidine del 1965 si è passati alle 783 del 1987: statistiche ISTAT. Con riferimento alla violenza carnale, le denunce presentate dal 1961 al 1981 sono passate da un tasso del 4.361 per centomila abitanti al 2.289 con un decremento pari al 47.5%: TRAVERSO-MANNA-MARUGO, *La violenza carnale in Italia*, 1989, p. 30. Analogo rilievo circa il decremento degli indici statistici della criminalità sessuale è puntualmente fatto, pochi anni fa, da M. BERTOLINO, *I reati contro la libertà sessuale*, cit. n. 13, 1472.

pei la cui tradizione culturale e giuridica è da sempre vicina alla nostra (108).

D'altra parte, è anche interessante notare che nell'arco di venti anni — 1961-1981 — le denunce di violenza carnale sono diminuite sensibilmente in *tutte* le regioni italiane, ed in modo piuttosto omogeneo: in altri termini, alla contrazione registrata nelle regioni meridionali non ha fatto riscontro alcun incremento in quelle centro-settentrionali: l'incidenza delle importanti migrazioni interne è dunque da escludersi (109).

Beninteso: le stime della cifra oscura sul terreno della criminalità sessuale sono elevatissime. Si ritiene, per esempio, che solo il 20% dei fatti di violenza carnale consumata o tentata vengano denunciati nella RFT (110), né vi è ragione di pensare che tali indici siano più elevati per altri tipi di aggressione sessuale (111). Detto questo, va subito aggiunto che nessun serio elemento autorizza l'ipotesi che il decremento della criminalità sessuale "apparente" — leggi: registrata nelle statistiche — venga compensato dal corrispondente aumento della criminalità "reale" — leggi: nella cifra oscura.

Innanzitutto: la ricerca scientifica sulla cifra oscura dei reati è certo in pieno sviluppo, ma i suoi campi d'elezione sono altri, assai meno complessi delle tipologie dei diritti sessuali. Per dirla in breve, le difficoltà della ricerca risiedono già nell'esatta determinazione del suo stesso oggetto: « come per nessun altro delitto, il

(108) In particolare: Repubblica federale tedesca, Austria, Svizzera, paesi nei quali — come nota G. KAISER — la criminalità sessuale ha fatto registrare, dal primo dopoguerra ad oggi, sviluppi sostanzialmente omogenei (*Kriminologie*, cit. n. 11, 669 ss.).

(109) V. TRAVERSO-MANNA-MARUGO, *La violenza carnale in Italia*, 1989, p. 33 ss.; TRAVERSO-CARRER, *Considerazioni criminologiche sull'andamento del reato di violenza carnale in Italia nel periodo 1961-1975*, in *Riv. it. med. leg.* 1979, (486 ss.) p. 494 s. Ad una notevole diminuzione dei reati sessuali denunciati, però, fa da contrappeso l'aumento dei delitti commessi da ignoti: si passa dagli 880 delitti del 1968 ai 1574 del 1977, con un incremento del 79% (C. SARZANA, *L'andamento della criminalità sessuale in Italia: rilievi statistici*, in *Rass. crim.* 1980, (121 ss.), p. 125.

(110) K. WEISS, *Vergewaltigung - unbekannt und missverstanden*, in J. KERSCHER (Hrsg.), *Konfliktfeld Sexualität*, 1979, (107 ss.) 108.

(111) A. KREUZER, *Über Giessener Delinquenzbefragungen*, in *Fest. Mallmann*, 1979 (129 ss.) 142 ss.

confine tra ciò che è ancora tollerato, in quanto solo moralmente riprovevole, e ciò che è già penalmente rilevante, dipende solo dalla prospettiva della vittima » (112). Secondo quali criteri questa distinzione venga effettuata, è tutt'altro che chiaro. Certo è che dal modo in cui la realtà viene "costruita" dal soggetto nel ripensare la sua esperienza, dipende la scelta sul *se* denunciare l'episodio oppure no (113): ciò è particolarmente evidente nelle ricerche empiriche fondate sull'analisi del rapporto tra autore e vittima, dove si dimostra che sono appunto le peculiarità di tale rapporto a decidere sul significato dell'episodio e sulla scelta dei successivi atteggiamenti (114).

D'altra parte, la definizione "legale" della violenza sessuale e la "definizione" della vittima non sempre coincidono: la forbice che per delitti quali l'omicidio, il furto, il danneggiamento, è estremamente ristretta, qui si allarga invece in modo preoccupante. Ovviare a questi inconvenienti è possibile, ma sarebbero necessarie ricerche ad amplissimo spettro la cui difficoltà di realizzazione è facile immaginare (115).

A fronte di ciò, è assodato che la sensibilità verso la violenza contro le donne è enormemente aumentata, la soglia di tolleranza verso le « tenerezze imposte con la forza » è fortemente diminuita (116).

Le rivelazioni empiriche circa la percezione sociale del grado di disvalore dei diversi reati, dimostra che nelle valutazioni "maschili" la violenza carnale occupa un posto non lontano dagli atti osceni commessi con bambini (117).

Le scienze criminali smentiscono pienamente il riformatore del diritto penale sessuale che voglia fare necessariamente appello ad una situazione di "emergenza" che in realtà non si rinvie-

(112) Così G. KAISER, *Kriminologie*, cit. n. 11, p. 679.

(113) V. ancora G. KAISER, *op. loc. ult. cit.*; H.J. SCHNEIDER, *Sexualkriminalität*, in H.J. SCHNEIDER, *Abweichendes*, cit. n. 2, (334 ss.) 338.

(114) K. WEIS, *Die Vergewaltigung und ihre Opfer*, 1982, 148 ss.; G. KAISER, *Kriminologie*, cit. n. 11, 679.

(115) V. G. KAISER, *op. loc. ult.*; cfr. altresì H. KÜHNE-A. AMMER, *Viktologie der Notzucht*, in *Jur. Schulung*, 1986, (388 ss.) 390 s.

(116) G. KAISER, *Kriminologie*, cit. n. 11, 678; A. ELLIS, *The Sex Offender*, in *Psychology of Crime and Criminal Justice*, 1979, (405 ss.) 420.

(117) B. VILLNOW, *Schwereinschätzung von Delikten*, 1977, 114.

ne: che a siffatte emergenze ritenga necessario attingere legittimità una riforma matura da più di trent'anni, è sconcertante. *Pericolosa* è altresì la riforma che a tali "emergenze" orienti le sue scelte sanzionatorie e l'assetto delle nuove figure.

1.2. — *Il delinquente sessuale come tipo criminologico d'autore: problemi della recidiva e del trattamento*

Nella letteratura criminologica italiana non mancano, negli ultimi venti anni, indagini statistiche circa le caratteristiche degli *autori* di reati sessuali e delle loro vittime. Si tratta però di indagini settoriali, circoscritte territorialmente e relative a spazi temporali mai sufficientemente ampi da consentire conclusioni suscettibili di essere con fondamento generalizzate. È significativo tuttavia che i risultati di tali ricerche siano comunque omogenei tra loro, denotino altresì significative concordanze con i dati di indagini, altrettanto circoscritte nel tempo, ma relative all'intero territorio nazionale (118).

Autori e vittime sono relativamente giovani, di età mai superiore ai 35-40 anni, i tassi di scolarità elementare sono elevatissimi, diffusa quella media, talvolta anche di livello superiore. Gli autori hanno nella grandissima parte dei casi un lavoro stabile, le vittime sono per lo più nubili e casalinghe, spesso studentesse (119). Tipologie non dissimili sono quelle che è possibile trarre dalla letteratura straniera (120), non si manca tuttavia di sottolineare che resta estremamente controversa l'ipotesi secondo cui i reati sessuali sarebbero commessi da specifici tipi d'autore, connotati da tratti personologici particolari (121).

(118) Il riferimento è alle indagini di MAGGIOLINO-D'INTRONO-ROSITO, *La violenza carnale nel circondario del Tribunale di Trani dal 1970 al 1979. Risultati preliminari*, in *Rass. crim.* 1986, p. 343 ss., e di CARDINALETTI-CARRER, *I reati sessuali giudicati a Vicenza tra il 1961 ed il 1976, Considerazioni preliminari*, in *Rass. crim.* 1984, p. 405 ss. A questi, adde le indagini cit. in n. 109.

(119) V.C. SARZANA, *L'andamento*, cit. n. 109, p. 134-5; TRAVERSO-PIATTI, *La violenza carnale a Genova. Aspetti statistici comparativi (1961-75 / 1976-82)*, in *Rass. crim.* 1984, (365 ss.) p. 370-1; MAGGIOLINO e a., cit. n. 118, p. 346 ss.; CARDINALETTI e a., cit. n. 118, 408 ss.; TRAVERSO-CARRER, cit. n. 109, p. 498 s.

(120) Per tutti H.J. SCHNEIDER, *Vergewaltigung in kriminologischer und viktimologischer Sicht*, in *Fest. Blau*, 1985, (341 ss.) p. 343 e G. KAISER, *Kriminologie*, cit. n. 11, p. 674 ss.

(121) Così G. KAISER, *op. ult. cit.*, p. 675.

Sono tuttavia altri gli aspetti della più accreditata ricerca empirica applicata, che è qui opportuno evidenziare. Innanzitutto, significato e ruolo dell'*aggressività* che si esprime nella violazione sessuale. Le situazioni in cui la violenza è semplicemente strumentale all'ottenimento dello scopo — appunto il rapporto sessuale — costituiscono di gran lunga l'eccezione nel variegato "universo" della criminalità contro la donna: sono soprattutto i casi delle violenze collettive — sulla cui incidenza statistica persistono tuttora, per molte ragioni, indicazioni estremamente contrastanti (122) — violenze che sottendono cioè dinamiche di gruppo in cui la figura femminile è deformata, "oggettivizzata" nel ruolo di "tramite" di appagamento sessuale (123).

Di regola, la violenza sessuale è invece una modalità espressiva dell'*aggressività* del soggetto: nella grande maggioranza dei casi, poi, essa riveste in realtà carattere *difensivo*. Problemi di virilità più o meno accentuati e delle più varie origini, ma soprattutto insicurezza nella propria identità maschile: la donna viene allora percepita quale antagonista più solido, pericoloso, sessualmente superiore. Nella sottomissione sessuale violenta l'aggressore cerca nevrotiche conferme alla sua conclamata incapacità relazionale (124).

Sulle *cause* della violenza sessuale non appare qui opportuno indugiare. Basterà ricordare che, scontata la difficoltà degli approcci di tipo biologico a trovare riscontri empirici seppur lontanamente soddisfacenti, il paradigma psicanalitico e le teorie socio-culturali dominano ormai da anni la discussione scientifica intorno all'eziologia dei comportamenti sessuali violenti (125).

Più articolati, e soprattutto più interessanti per gli obiettivi di questa ricerca, i risultati dell'indagine empirica circa le possi-

(122) H.J. SCHNEIDER, *op. cit.* n. 120, p. 344-5 riporta una percentuale del 5% sul totale delle violenze sessuali, ma v. in G. KAISER, *Kriminologie*, cit. n. 11, 682-3 le contrastanti indicazioni che si ricavano dalla letteratura internazionale.

(123) Così BEN-DAVID, *Die Interaktion zwischen Täter und Opfer während der Vergewaltigung*, in H.J. SCHNEIDER, *Das Verbrechensopfer in der Strafrechtspflege*, 1982, 242 ss.

(124) Così E. SCHORSCH, *Sexualkriminalität*, in KAISER E A., *Wörterbuch*, cit. n. 2, (395 ss.) p. 400.

(125) V. soprattutto M. AMELANG, *Sozial abweichendes Verhalten*, 1986, p. 315 ss., e H.J. SCHNEIDER, *Sexualkriminalität*, cit. n. 113, p. 338 ss.

bilità ed i limiti del *trattamento* dei delinquenti sessuali. Non importa qui esaminare e discutere le metodologie di tipo somatico, siano esse a carattere medico, ovvero chirurgico — inumane queste, non risolutive le prime (126). Allo stesso modo, può prescindere in questa sede dall'esame degli approcci psicoterapeutici — siano essi orientati alla terapia di gruppo, siano invece impostati sull'analisi del nucleo familiare, per cogliere appunto in esso le origini remote dei traumi nella prima infanzia, ai quali si alimentano i conflitti emozionali sottesi alle reazioni aggressive (127).

Ciò che è però indispensabile, è che *un* trattamento ci sia: una politica criminale realmente interessata alla tutela di beni primari quali la libertà di autodeterminazione sessuale, non può ignorare che nessun serio argine può essere apposto al recidivismo della criminalità sessuale, finché la pena detentiva resterà il solo "trattamento" su cui l'autore può fare affidamento (128). Che la recidiva sia collocata al 35% dei casi nei cinque anni successivi all'esecuzione della pena *non* accompagnata da specifico intervento di sostegno, è un'ipotesi empirica, come tale suscettibile di discussione e verifica (129). Bisogna essere però consapevoli che la criminologia della violenza sessuale non fa alcun mistero del suo accentuato scetticismo verso l'uso indiscriminato della pena detentiva per il controllo di fenomenologie delinquenziali caratterizzate, come forse poche, da turbe psico-emozionali profondamente radicate (130). Non a caso del resto si fa osservare che, con il crescere delle condanne, il recidivismo dei delinquenti sessuali tende ad aumentare, anche perciò si raccomanda che il ricorso alla sospensione condizionale della pena sia ampiamente utilizzato (131).

(126) V. ancora H.J. SCHNEIDER, *op. ult. cit.*, p. 343 ss. e E. SCHORSCH, *Sexualkriminalität*, cit. n. 124, p. 400 ss.

(127) V. gli autori cit. in n. 126, ed inoltre di E. SCHORSCH v. anche *Therapie mit Sexualstraftätern*, in JÄGER-SCHORSCH (Hrsg), *Sexualwissenschaft und Strafrecht*, 1987, (127 ss.) p. 129 ss.

(128) Così H.J. SCHNEIDER, *Sexualkriminalität*, cit. n. 113, p. 343.

(129) H.J. SCHNEIDER, *Vergewaltigung*, cit. n. 120, p. 352.

(130) Come sottolinea da ultimo E. SCHORSCH, *Therapie*, cit. n. 127, p. 127, soprattutto per i delinquenti sessuali « la pena detentiva non ha alcun senso », giacché durante la loro detenzione i loro gravi problemi psicologici si acutizzano di modo che « la recidiva diventa quasi programmata ».

(131) Così H.J. SCHNEIDER, *Sexualkriminalität*, cit. n. 113, p. 345.

In breve: nessun sistema penale può oggi seriamente pensare di fare a meno della pena detentiva, anche di lunga durata, per la repressione della criminalità sessuale. Soprattutto il riformatore interessato ad elevare gli *standards* di tutela del diritto penale sessuale non può però davvero permettersi il “lusso” di escludere dai suoi programmi tipologie di intervento forse poco “esemplari”, ma empiricamente assai più fondate.

2. — *Il reato sessuale e la problematica dei Beziehungsdelikte*

La riforma del diritto penale sessuale non può esaurire le sue strategie sanzionatorie nell'inasprimento delle minacce di pena, tanto meno può legittimamente sperare di far fronte agli angosciosi problemi di prevenzione del recidivismo attraverso la mera esecuzione della pena detentiva. Per quanto concerne più in particolare una specifica, vasta categoria di potenziali “clienti”, il diritto penale sessuale deve poi prendere atto che i suoi attuali — leggi: vecchi — modelli sanzionatori, ed ancor più i nuovi — leggi: quelli programmati — non solo sono privi del benché minimo supporto nei risultati della criminologia empirica, ma sono addirittura in conflitto con talune delle sue più interessanti “scoperte”.

Sia le magre statistiche di casa nostra, che quelle più consistenti redatte in paesi culturalmente vicini, concordano nel registrare un dato di enorme importanza: almeno nella metà dei casi di violenza sessuale, autore e vittima si conoscevano — più o meno approfonditamente, per ragioni le più diverse: lavoro, scuola, tempo libero, rapporti affettivi — prima che scoppiasse il conflitto (132). Per situazioni del genere, soprattutto frequenti nei reati sessuali, ma non certo solo per essi, la scienza penalistica di lingua tedesca ha “inventato” un'espressione che è difficile rendere in italiano, ma che — da più di trent'anni ad oggi — è diventata familiare al giurista ed al criminologo, conquistando un posto or-

(132) Per l'Italia, v. le statistiche stilate a questo riguardo da MAGGIOLINO e a., *La violenza carnale*, cit. n. 118, p. 347 e CARDINALETTI e a., *I reati sessuali*, cit. n. 118, p. 411. Per la letteratura straniera, v. soprattutto M. BAURMANN, *Sexualität, Gewalt und psychische Folgen*, 1983, p. 251, secondo cui il 54% dei delitti sessuali viene compiuto da conoscenti o parenti della vittima.

mai consolidato nella terminologia tecnico-scientifica: il riferimento è, ovviamente, al *Beziehungsdelikt* (133).

La "scoperta" che autore e vittima sono avvinti assai più di quanto l'osservatore superficiale possa immaginare da legami pur diversi per intensità e qualità, ma comunque tali da conferire all'episodio criminoso peculiarità inconfondibili, è, probabilmente, la prima vera e propria acquisizione della vittimologia (134).

Nei suoi aspetti generali, la degenerazione criminosa del rapporto autore-vittima viene analizzata in base ai "fattori di rischio" presenti nella vittima ed alla corrispondente "intensità di richiamo" che essi esercitano sull'autore, di guisa che viene favorito l'instaurarsi di una "relazione" tra i soggetti, ovvero viene conferito alla relazione stessa un particolare accento (135). Allo stesso modo, i fattori che, in presenza di determinate circostanze, trasformano un soggetto in "autore", necessitano spesso di una specifica vittima per divenire appunto attivi (136).

Per quanto concerne in particolare le violenze sessuali realizzate tra soggetti comunque legati da relazioni interpersonali socialmente accettate, viene rilevato che la corretta comunicazione dei contenuti e dei limiti delle reciproche attese è posta spesso a dura prova dal fatto che la violenza non si distingue sempre chiaramente dall'azione sessuale più o meno normale (137). Può accadere così che l'episodio venga percepito e "ricostruito" dai due soggetti in modo completamente diverso, al punto che talvolta la violazione è in realtà il frutto di un fraintendimento fortemente condizionato dalla natura sessuale del rapporto tra « autore » e « vittima » (138). In ogni caso, poi, la quantità di « energia delit-

(133) L'espressione venne coniata da H. SCHULTZ, *Kriminologische und strafrechtliche Bemerkungen zur Beziehung zwischen Täter und Opfer*, in *SchwZStr.* 1956, 171 ss. Sulla problematica criminologica dei Beziehungsdelikte v. soprattutto G. KAISER, *Kriminologie*, cit. n. 11, p. 686 ss. Per un primo approccio alla problematica processuale, v. invece M. FROMMEL, *Wie kann die Staatsgewalt die Frauen vor sexueller Gewalt schützen?*, in *ZRP* 198, (242 ss.) p. 243 s.

(134) Così K. SESSAR, *Über das Opfer*, cit. n. 3, p. 1143.

(135) Così ancora K. SESSAR, *op. loc. ult. cit.*

(136) K. SESSAR, *op. loc. ult. cit.*; H. JUNG, *Viktimologie*, in G. KAISER e a., *Wörterbuch*, cit. n. 2, (518 ss.) p. 521 s.

(137) Così G. KAISER, *Kriminologie*, cit. n. 11, p. 687.

(138) M. AMELUNG, *Sozial-abweichendes Verhalten*, cit. n. 125, p. 316 ss.; G. KAISER, *op. loc. ult. cit.*; H. KÜHNE, *Viktimologie*, cit. n. 115, p. 390.

tuosa » che è richiesta all'agente nel passaggio dall'azione " ancora " consentita a quella invece vietata, si ritiene essere sempre di gran lunga minore (139), al punto che — non di rado — il soggetto non avverte alcuna " colpa " per il fatto commesso (140).

Le peculiarità dell'aggressione sessuale caratterizzata dalla degenerazione di preesistenti rapporti trovano del resto puntualmente espressione nei meccanismi del sistema penale. Innanzitutto, sul piano della configurazione della fattispecie, in secondo luogo, sul terreno della commisurazione.

Quanto al primo: la forbice tra denunce e condanne è qui particolarmente evidente (141). Ciò che importa ora evidenziare è che essa si accentua con il crescere del grado di conoscenza tra autore e vittima: nel caso di un esperimento recentemente condotto, è emerso che i giudicanti — sia uomini che donne — non hanno alcuna esitazione ad inquadrare l'episodio nella fattispecie di violenza sessuale in presenza di una condotta palesemente aggressiva; invece, la tendenza a " definire " il fatto come violenza sessuale si inverte, riducendosi in progressione costante, quanto più stretta sia la relazione tra i due soggetti (142).

D'altro canto, l'analisi empirica condotta su 171 sentenze di condanna dimostra che uno stretto rapporto di conoscenza tra autore e vittima conduce assai spesso il giudice a ritenere integrate ipotesi delittuose meno gravi rispetto alla fattispecie-base (143): la « corresponsabilità » della vittima nell'eziologia del reato (144) — corresponsabilità che spesso assume le forme della « precipi-

(139) Così H. KÜHNE, *op. ult. cit.*, p. 391. Per la critica del concetto di « energia delittuosa » v. soprattutto M. WALTER, *Die Bestimmung der Tatschuld und Bemessung der Strafe nach der vom Täter entwickelten « kriminellen Energie »*, in *Fest. H. Kaufmann*, 1986, (493 ss.) p. 503 ss.

(140) G. KAISER, *Kriminologie*, cit. n. 11, p. 687.

(141) V. M. FROMMEL, *Wie kann die Staatsgewalt*, cit. n. 133, p. 243.

(142) GREUEL-SCHOLZ, *Deliktsspezifische Kenntniss und Einstellungen als psychologische Bedingungen des Urteilsverhaltens in Vergewaltigungsfällen*, in *Mschkrim.* 1990, (177 ss.) p. 182 s.

(143) R. GREGER, *Strafzumessung bei Vergewaltigung*, in *Mschkrim*, 1987, (261 ss) p. 274 ss.

(144) V. soprattutto l'analisi di G. ARTZ, *Viktimologie und Strafrecht*, in *Mschkrim.* 1984, (105 ss.) p. 109 s. circa le componenti di questa " nuova " categoria dommatica.

tazione del delitto » (145) — trova chiara espressione nel decremento dei livelli medi di pena e nella scelta delle fattispecie attenuate.

La minaccia di pene elevate può forse servire — è stato acutamente rilevato (146) — ad accentuare la “ validità ” delle norme a tutela della libertà sessuale, ma la prassi recepisce le peculiarità dei *Beziehungsdelikte* restringendo la “ validità ” delle sanzioni. Cornici di pena adeguate nei minimi e nei massimi ad esprimere il disvalore di episodi in cui molto spesso si intrecciano componenti psichiche e sfasature comunicative estremamente complesse, modelli sanzionatori sufficientemente flessibili per consentire il più ampio ricorso all'intera gamma delle “ risorse ” special-preventive di cui il sistema penale odierno fa uso: sarebbe miope una riforma del diritto penale sessuale che si precludesse — contro ogni indicazione della ricerca applicata — la via della più ampia articolazione delle sue risposte punitive.

3. — *I risultati della moderna criminologia empirica applicata alle sanzioni: le possibilità ed i limiti della deterrenza. Il trend verso la prevenzione generale positiva: cenni*

La tentazione legislativa di affidare a macroscopici incrementi di pena la realizzazione di più efficaci tutele a beni giuridici che sono — o vengono ritenuti — insufficientemente protetti, ha alle spalle, come ognuno ben sa, una lunga tradizione giuridica. Il legislatore italiano, poi, non ha mai mancato — sotto questo profilo — gli appuntamenti importanti: incurante delle vibrante proteste della scienza penalistica più sensibile ed aggiornata, ha regolarmente fronteggiato le “ emergenze ” degli ultimi venti anni mediante incrementi sanzionatori che hanno fatto rimpiangere anche la politica criminale della deterrenza alla maniera del codice Rocco (147).

(145) Altresì definita « victim precipitated », nella terminologia coniata dal sociologo americano WOLFGANG in una ormai datata ricerca sull'omicidio doloso: *Patterns in criminal Homicide*, 1958, p. 252.

(146) M. FROMMEL, *Wie kann die Staatsgewalt*, cit. n. 133, p. 244.

(147) V. ad esempio gli sferzanti giudizi di G. MARINUCCI, che non esitò a bollare come « terrorismo sanzionatorio » la politica delle pene tutta fatta « al rialzo » negli anni della c.d. emergenza: *Politica criminale*, cit. n. 6, p. 466.

La prassi — si sa bene anche questo — non manca poi di “correggere” le squilibrate scelte sanzionatorie che sarebbe chiamata ad applicare, riportandole — con una politica della commisurazione saldamente attestata sulle cornici inferiori, e col sapiente uso di un giudizio di bilanciamento sostanzialmente a senso unico (148) — a livelli sotto ogni aspetto più congrui. Sarebbe tuttavia auspicabile che la riforma del diritto penale sessuale evitasse, finché è in tempo, di perpetuare un “gioco delle parti” che è ormai anacronistico, più che ingiustificato.

Se invece riterrà — come sembra — di continuare sul vecchio binario, sarà bene che qualcuno rammenti al riformatore sessuale che la strategia politica della deterrenza lo conduce ormai per una strada dove ogni comunicazione con la scienza empirica delle sanzioni è irrimediabilmente preclusa (149).

In breve: la ricerca applicata all'analisi dell'efficacia general-preventiva delle minacce di pena, segnala ormai da anni la perdurante assenza della benché minima conferma empirica all'ipotesi secondo cui inasprimenti dei livelli edittali, ovvero specie di pene più afflittive, incrementerebbero le capacità preventive del sistema (150). Risulterebbe invece una “correlazione negativa” tra la probabilità, reale o presunta, di essere scoperti e la frequenza di comportamenti criminosi (151). D'altro canto, la criminologia empirica non fornisce alcun sostegno neanche al riflusso della politica dell'esecuzione penale su modelli depurati da qualsivoglia apertura in seno liberale: il ripensamento delle strategie interessate alla mitigazione del regime carcerario e ad un più esteso ricorso a misure sostitutive della detenzione, è senza dubbio espressione del crollo di un mito — quello del trattamento — costruito troppo in fretta e troppo in fretta bruciato, ma non ha certo alcun rapporto

(148) V. la lucida analisi di A.M. STILE, *Probleme und Besonderheiten der Strafzumessung in Italien*, in ZStW 1982 (94), p. 173 ss.

(149) V. da ultimo in H. SCHÖCH, *Empirische Grundlagen der Generalprävention*, in *Fest. Jescheck*, 1985, p. 1081 ss. una dettagliata analisi empirica dei complessi meccanismi dai quali è condizionato l'effetto dissuasivo delle minacce di pena: meccanismi del tutto inconciliabili con la mera politica della deterrenza.

(150) ALBRECHT-DÜNKEL-SPIESS, *Empirische Sanktionsforschung und die Begründbarkeit von Kriminalpolitik*, in *Mschkrim.* 1981, (310 ss.) p. 313 ss.

(151) ALBRECHT e a., *op. loc. ult. cit.*

con i prodotti della indagine empirica internazionalmente più accreditata (152).

Di recente, meritano infine di essere segnalati i risultati "in positivo" che la ricerca sugli effetti deterrenti delle sanzioni penali sta incominciando a produrre. Con l'ausilio di complesse metodologie analitiche, si sottopone a verifica se la scelta per la commissione di un reato dipenda dall'attesa del « vantaggio » che ne derivi all'autore: intendendo per « vantaggio » la risultante di un giudizio soggettivo circa il valore delle diverse conseguenze della azione e la ritenuta probabilità delle stesse (153). In particolare, oggetto dell'indagine è verificare se ed in che misura sulla "scelta" del reato influiscano la valutazione individuale circa la probabilità della condanna e l'entità della pena.

Lavorando con sofisticati modelli formalizzati, e su campioni meticolosamente selezionati tra soggetti sottoposti ad esecuzione della pena e soggetti liberi, si sono ottenuti risultati di estremo interesse: da parte dei soggetti in libertà, minacce di pena superiori a circa tre anni di reclusione *non* vengono più differenziate tra loro; da parte dei detenuti, tale appiattimento si verifica invece per minacce di pena superiori a cinque anni. Per converso, un

(152) La crisi della risocializzazione è scoppiata in Europa, come si sa, nei primi anni settanta, ed è stata registrata dalla dottrina penalistica con grande preoccupazione: v. ad esempio A. ESER, *Resozialisierung in der Krise?* in *Fest. Peters*, 1974, (505 ss.) p. 512 ss. Era infatti chiaro che essa rappresentava in realtà solo il punto di emergenza di un ripensamento più profondo, che investiva la stessa concezione di politica criminale che nell'idea del trattamento trovava qualificata espressione: v. H.H. JESCHECK, *Die Krise der Kriminalpolitik*, *ZStW* 1979 (91), p. 1037 ss. È noto altresì che, almeno sul piano scientifico, la reazione è stata pronta ed efficace: all'idea di risocializzazione non esiste, sul piano teorico, alcuna alternativa praticabile (G. KAISER, *Resozialisierung und Zeitgeist*, *Fest. (Württemberg)* 1977, (359 ss.) p. 363 ss., tanto meno poi in ordinamenti giuridici ove essa risulti costituzionalmente radicata (E. BENDA, *Resozialisierung als Verfassungsauftrag*, in *Fest. Faller*, 1984, (307 ss.) p. 310 s. Al di là di questo, i risultati della ricerca empirica non dimostrano affatto il fallimento della politica del trattamento: dimostrano invece che i successi, seppur esigui, ci sono e che la ricerca deve essere intensificata e differenziata molto di più di quanto oggi non sia (R. ORTMANN, *Resozialisierung durch Sozialtherapie*, in *ZStW* 1984 (96), (794 ss.) p. 801 ss.; SCHÜLER-SPRINGORUM, *Die sozialtherapeutischen Anstalten, ein kriminalpolitisches Lehrstück?*, in *Gedäch. H. Kaufmann*, 1986, p. 167 ss.).

(153) M. VILSMEIER, *Empirische Untersuchungen der Abschreckungswirkung strafrechtlicher Sanktionen*, in *Mschrrkrim*. 1990, p. 273 ss.

notevole effetto intimidativo viene rilevato già in presenza di valori relativamente modesti circa il giudizio soggettivo di probabilità della condanna (154).

La domanda che la scienza empirica della pena pone ormai con crescente insistenza è se minacce di pena superiori a tre-cinque anni abbiano un effetto preventivo corrispondentemente più elevato (155). Una riforma fondata su questa certezza sarebbe oggi un passo indietro, ancor più che un azzardo: tra l'altro, lì dove più di venti anni orsono le pene per la violenza carnale furono sensibilmente elevate, i tassi di criminalità non subirono alcun decremento (156).

La scienza del diritto penale ha preso atto ormai da anni delle serissime "obiezioni" empiriche che rendono strategie politico-criminali orientate alla prevenzione mediante deterrenza problematiche nell'applicazione, ancor più incerte nei risultati (157). Nell'odierna discussione scientifica, della prevenzione generale si accentuano componenti *positive*, interessate soprattutto a confermare la piena "validità" della norma, scossa dalla commissione del reato (158): quel che conta, è che la pena ribadisca il significato della norma quale schema orientativo per l'organizzazione dei rapporti sociali. Più che intimidire, l'obiettivo è rafforzare la coscienza giuridica della collettività, e quindi la sua conformità ai valori penalmente tutelati (159).

(154) M. VILSMEIER, *op. cit.* n. 153, p. 278 ss.

(155) M. VILSMEIER, *op. loc. ult. cit.*; cfr. H. SCHÖCH, *Empirische Grundlagen*, cit. n. 8, p. 1098 ss.

(156) In Pennsylvania, intorno alla metà degli anni '60: v. SCHWARTZ, *Journal of criminal law and criminology*, 1968, p. 509 ss.

(157) Con particolare chiarezza, W. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 1981, n. 287 ss.; v. altresì H.J. ALBRECHT, *Generalprävention*, in G. KAISER, K.K. *Wörterbuch*, cit. n. 2, p. 132 ss.

(158) V. soprattutto C. ROKIN, che ha introdotto la c.d. prevenzione generale integratrice nella moderna teoria della pena (*Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht*, in *Fest. Bockelmann*, 1979, (279 ss.) p. 304 ss.); di recente, ROKIN ha più dettagliatamente descritto il suo pensiero circa le componenti della prevenzione così intesa, nel suo lavoro *Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke*, in H. SCHÖCH (Hrsg), *Wiedergutmachung und Strafrecht*, 1987, (37 ss.) p. 47 ss.; al riguardo, v. anche G. JAKOBS, *Strafrecht A.T.*, 1983, p. 4 ss.

(159) V. H. MÜLLER-DIETZ, *Integrationsprävention*, cit. n. 97, n. 823 ss.

Strumenti di *questa* prevenzione — per quanto fluidi ne siano ancora i contorni ed incerti i contenuti (160) — *non* sono certo pene elevate, né forzature dei principi del sistema a scapito di talune categorie di autori. Al contrario, proporzionalità tra fatto e pena, rispetto della colpevolezza individuale, *in dubio pro reo* e garanzia dei diritti di difesa. Non vi è ragione alcuna perché la riforma del diritto penale sessuale si orienti a strategie general-preventive scientificamente screditate, e di legittimità costituzionale assai dubbia (161).

V — IL NUOVO ASSETTO NORMATIVO DEL DIRITTO PENALE SESSUALE

Intervenendo su questo delicato terreno, la riforma si articola intorno ad alcuni capisaldi fondamentali, inquadrabili sia sotto il profilo della tecnica di configurazione delle fattispecie, sia sotto il profilo più propriamente sistematico.

1. — *L'opportunità della nuova collocazione sistematica ed il problema del bene tutelato*

Muovendo proprio da quest'ultima visuale, si constata che in sede parlamentare un generale consenso ha sostenuto la scelta di una ricollocazione sistematica dell'intera categoria. L'art. 1 del Disegno di legge approvato dal Senato della Repubblica il 12 aprile 1989 inserisce i delitti contro la libertà sessuale dopo la Sezione II del Capo III del Titolo XII del II Libro del Codice Penale. Per intendersi, cioè, dopo i delitti contro la libertà personale e prima dei delitti contro la libertà morale.

(160) Sia consentito, a questo riguardo, il rinvio a L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello « scopo » nella teoria della pena*, 1984, p. 105 ss. Da ultimo, v. H. ZIPF, *Die Integrationsprävention (positive Generalprävention)*, in *Fest. Pallin*, 1989, (479 ss.) soprattutto p. 482 ss. per una efficace messa a punto in ordine alla terminologia ed ai contenuti.

(161) Per tali aspetti v. soprattutto le riflessioni di P. BADURA, *Generalprävention und die Würde des Menschen*, in *JZ* 1964, p. 337 ss. e più di recente W. NAUCKE, *Prevenzione generale e diritti fondamentali della persona*, in ROMANO-STELLA (a cura di), *Teoria e prassi*, cit. n. 98 (49 ss.) p. 63 ss.

Con specifico riguardo all'oggettività giuridica del novero di fattispecie poste a presidio della libertà sessuale, la sistematica adottata dal Codice Rocco non solo appariva troppo ideologicamente orientata, ma neppure teneva l'interprete al riparo da numerose aporie interpretative. L'inquadramento dei reati di violenza sessuale nel titolo dei delitti contro la moralità pubblica da un lato evidenziava infatti la nota tendenza del legislatore del '30 alla pubblicizzazione degli oggetti di tutela (162), dall'altro lato costringeva l'interprete a ricostruire l'oggettività giuridica delle singole figure sullo sfondo di un concetto — la moralità pubblica — per un verso intrinsecamente eterogeneo, per altro verso troppo idealizzato, se non inafferrabile (163). La praticabilità interpretativa di un siffatto concetto di bene giuridico, anche in una chiave angustamente metodologica, era pressoché nulla: sicché non stupisce che l'interpretazione giurisprudenziale abbia sostanzialmente ignorato tale concetto, sostituendolo mentalmente con il più definito bene giuridico della libertà sessuale.

L'esplicito cambiamento dell'oggetto di tutela, che concretizza — per così dire — lo spirito della riforma, non rappresenta pertanto che la doverosa razionalizzazione di una evoluzione interpretativa finalmente libera da condizionamenti ideologici che inevitabilmente oscuravano un dato incontestato: la pertinenza cioè della sessualità alla sfera personalissima dei diritti di libertà.

Con ciò non si vuole disconoscere l'importanza non solo programmatica che questa riqualificazione del bene assume negli intenti dei riformatori: è vero infatti che l'espreso ricollegamento delle fattispecie di violenza sessuale alla sfera dei diritti inviola-

(162) V. di recente M. ROMANO, *Legislazione penale e tutela della persona umana (contributo alla revisione del titolo XII del codice penale)*, in *Riv. it. d. proc. pen.* 1989, (53 ss.) p. 58 s. ed E. DOLCINI, *Codice penale*, in *Digesto IV (Disc. pen.)*, 1988, p. 26 s. (estr.).

(163) Sulla persistente presenza di fattispecie orientate alla tutela della morale piuttosto che della libertà sessuale nel riformato diritto penale tedesco, v. R. LAUTMANN, *Der Zwang zur Tugend*, 1984, p. 83 s. Per la dottrina italiana, v. G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume*, 1984, p. 84 ss., con acuti rilievi circa la determinatezza del concetto di « buon costume »; v. altresì M. BERTOLINO, *I reati contro la libertà*, cit. n. 13, p. 1474 ss., e F. LEMME, *Libertà sessuale*, in *Enc. dir.* XXIV, p. 555 ss.

bili del cittadino piuttosto che all'area di un pubblico interesse alla moralità (in cui cioè la tutela dell'individuo è garantita solo in via mediata), avrebbe un significativo impatto sulla qualità della tutela stessa. Si pensi ad esempio come in sede di accertamento processuale cambi, nei fatti, il ruolo della persona offesa, a seconda che sia concepita come l'unico titolare del bene leso, ovvero come lo strumento dell'offesa al bene istituzionale che la trascende, sì da esporla in questa seconda ipotesi ai noti rischi di "criminalizzazione" processuale, quasi fosse un partecipe necessario di un attentato ai *boni mores*.

Dal punto di vista sistematico, questa scelta che ricolloca l'autodeterminazione sessuale ai vertici della gerarchia dei beni costituzionali (164) per un punto soltanto può forse lasciare perplessi: laddove cioè le fattispecie di cosiddetta violenza sessuale « presunta » risultano accorpate alle altre figure in cui la coartazione fisica o morale è requisito espresso del fatto. Delle due l'una, infatti: o si ritiene che in tali casi il consenso prestato sia viziato e quindi insussistente (165), o si deve in realtà intravedere una coartazione implicita nel particolare stato di fatto o di diritto in cui il soggetto versa. Se si vuole rifuggire però da queste finzioni, occorre riconoscere che in tali casi il bene offeso non attiene alla libertà delle scelte sessuali, bensì si configura in termini di vera e propria intangibilità sessuale (166). Si tratta cioè di specifici *limiti* all'autodeterminazione sessuale, in cui si esprimono preoccupazioni legislative di diversa natura (167).

(164) Per la migliore dottrina penalistica del secolo scorso, la libertà sessuale costituisce un bene giuridico primario, dotato di piena autonomia: v. il recente studio di G. FIANDACA, *I reati sessuali nel pensiero di F. Carrara: un onorevole compromesso tra audacia illuministica e rispetto della tradizione*, in *Riv. it. d. proc. pen.*, 1988, (903 ss.) p. 909 ss.

(165) Per questa impostazione v. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, I, 1981, p. 427; per la critica v. invece E. CONTIERI, *La congiunzione carnale violenta*, 1967, p. 19 ss.

(166) Così, esattamente, E. CONTIERI, *op. ult. cit.*, p. 21.

(167) Nel testo della riforma approvata alla Camera il 18.10.1984 tutte le ipotesi di congiunzione carnale c.d. presunta risultavano estromesse dalla norma-base, centrata appunto sull'uso della violenza o minaccia, e venivano unificate in una autonoma fattispecie (art. 609 ter); v. al riguardo il commento di E. CONTIERI, *La riforma legislativa in tema di delitti sessuali*, in *Giust. pen.* 1985, I, (119 ss.) p. 122.

2. — Il sistema delle incriminazioni

Intorno a questo nucleo di tutela, il riformatore del 1989 ha predisposto un meccanismo di incriminazioni fortemente innovativo rispetto alla disciplina del '30. È opportuno percorrere le articolazioni principali del nuovo sistema di incriminazioni, per metterle a fuoco i tratti essenziali — almeno con riferimento alla criminalità sessuale fra adulti (168) — così da poterle in un secondo momento valutare in senso critico gli aspetti più rilevanti.

2.1. — La fattispecie unificata di « violenza sessuale »

La novità principale è senz'altro rappresentata dall'unificazione legislativa in un unico tipo criminoso delle due sinora distinte figure della congiunzione carnale (art. 519 c.p.) e degli atti di libidine violenti (art. 521 c.p.). Subentrerebbe ora l'unitaria fattispecie di « violenza sessuale ». Le modalità tipizzanti della condotta restano le stesse: violenza o minaccia. Cambia invece la descrizione del tipo di condotta penalmente rilevante: alla « congiunzione carnale » o rispettivamente agli « atti di libidine diversi dalla congiunzione », subentra, per un verso più generica, per altro verso più comprensiva, la categoria dell'« atto sessuale ». Se vogliamo, appunto un concetto di genere entro cui facilmente rientrano, in qualità di *species*, le distinte condotte di cui agli artt. 519 e 521 c.p. Entro cui, verosimilmente, possono rientrare in linea teorico-concettuale anche altri ulteriori atti che abbiano una connotazione sessuale, seppur non immediatamente espressivi di impulsi « libidinosi ». Cambia inoltre la cornice edittale della pena: alle due comminatorie da tre a dieci anni e, rispettivamente, da due anni a sei anni e otto mesi, si sostituisce una cornice edittale da tre ad otto anni (come si vede, una sorta di media ponderale fra le due comminatorie vigenti). In questa risistemazione viene dal canto suo soppressa *tout court* l'autonoma figura della congiunzione carnale fraudolenta (realizzata mediante sostituzione di persona): la sua

(168) I problemi della riforma del diritto penale sessuale « minorile » sono stati acutamente discussi da G. SPAGNOLO, *La problematica dei rapporti sessuali con minori e tra minori*, in *Riv. it. d. proc. pen.*, 1990, p. 72 ss.

pressoché totale latitanza nella prassi giurisprudenziale ne ha verosimilmente decretato l'abbandono (169).

2.2. — *La nuova figura di congiunzione carnale abusiva*

Finalizzata ad una già avvertita esigenza di razionalizzazione del sistema, appare poi l'enucleazione dell'ipotesi di rapporti sessuali con persona affetta da malattia fisica o psichica al momento del fatto. La novità consiste anzitutto nell'aver richiesto come ulteriore requisito di fattispecie l'abuso delle condizioni di inferiorità del *partner* incapacitato: laddove precedentemente l'assolutezza del divieto (incriminato era il rapporto *per sé*) inibiva di fatto a soggetti in condizioni di infermità fisica o psichica il primordiale diritto alla sessualità. Importante è inoltre la chiara delimitazione legislativa delle condotte rispettivamente riconducibili all'ipotesi-base di violenza sessuale ovvero all'ipotesi specifica di rapporti abusivi. In questo modo, si superano i vecchi contrasti dottrinali e giurisprudenziali circa l'applicabilità del primo ovvero del secondo comma dell'art. 519 c.p., ovvero di entrambi, nel caso in cui si verifici una congiunzione carnale violenta ai danni di una persona inferma. In proposito si è sottolineato infatti che « alcuni autori sostengono il concorso formale di reati, altri il concorso apparente di norme, con prevalenza o della norma sulla congiunzione carnale abusiva o della norma sulla congiunzione carnale violenta » (170).

2.3. — *Le molestie sessuali*

Corollario quasi indispensabile della riunificazione in un'unica figura — con un livellamento verso l'alto del modello sanzionatorio — delle due attuali fattispecie di violenza sessuale, sembrerebbe, almeno a prima vista, l'enucleazione della nuova fattispecie di « molestie sessuali » ricavata ritagliando verso il basso dalla figura-base quelle condotte pur genericamente espressive di una pulsione a sfondo sessuale, e ancor tuttavia inidonee ad assumere i connotati dell'aggressione sessuale vera e propria. Ecco allora spe-

(169) V. M. BERTOLINO, *Commento all'art. 519 c.p.* in CRESPI-STELLA-ZUCCALÀ, *Commentario breve al Codice penale*, 1986, p. 864.

(170) E. CONTIERI, *La congiunzione carnale*, cit. n. 165, p. 26.

cificata nell'ambito della figura di cui all'art. 660 c.p. il sottotipo bagatellare della « molestia recata per motivi di natura sessuale ».

2.4. — *La violenza sessuale di gruppo*

La configurazione di una fattispecie *ad hoc* di « violenza sessuale di gruppo » appare senza dubbio orientata alla valorizzazione in chiave sanzionatoria della fenomenologia di comportamento sessuale a sfondo violento che più aveva contribuito a fomentare nell'opinione pubblica l'allarme sociale, e la conseguente istanza di (maggior) criminalizzazione cui la riforma ha in così ampia parte attinto. Secondo la diffusa valutazione del riformatore, il nuovo modello dovrebbe contribuire in modo determinante a fronteggiare forme nuove e più insidiose di aggressione al bene della libertà sessuale.

La principale caratteristica strutturale di questa nuova figura è rappresentata dalla configurazione di un reato a concorso necessario, nel quale incriminata è già la sola partecipazione ad un fatto di violenza sessuale perpetrato nell'ambito di un gruppo.

Va subito osservato che sembra apprezzabile lo sforzo del riformatore di definire *ex lege* il concetto — più criminologico che penalistico — di « gruppo » mediante il riferimento ad una terminologia (le « più persone riunite ») ampiamente presente nel codice vigente (v. artt. 112, 304, 305, 416, 625 n. 5 c.p.). A questo proposito, va anche aggiunto che il raffronto testuale di questa nozione di « gruppo » proprio con gli artt. 416, 416 *bis* e 625 n. 5 c.p. — ad esempio — porta indiscutibilmente a concludere che per integrare la fattispecie di cui al progettato art. 609 *sexies* c.p. è sufficiente il concorso di *due sole persone* (alla formula « più persone riunite » corrisponde infatti in tutte le norme sopra citate la locuzione « tre o più persone »). Questa distinzione di requisiti fra fattispecie, d'altra parte, è già riprodotta nel codice vigente laddove la cospirazione politica *mediante accordo* si perfeziona con il concorso di « più persone » (art. 304) mentre la cospirazione politica *mediante associazione* esige la partecipazione di almeno « tre o più persone » (art. 305 c.p.).

L'aspetto più caratterizzante della nuova struttura è certo rappresentato dalla sufficienza, ad integrare questo tipo qualificato di violenza sessuale, della mera partecipazione (evidentemente anche morale) senza che sia necessaria l'esecuzione materiale di atti

propriamente sessuali da parte di ciascuno degli appartenenti al gruppo: la realizzazione della violenza anche da parte di uno solo di essi è infatti sufficiente ad integrare la fattispecie. Nella prospettiva del riformatore, non può infine far meraviglia che i livelli sanzionatori di questa speciale figura criminosa siano considerevolmente incrementati rispetto alla corrispondente ipotesi di realizzazione monosoggettiva. Se si considera poi che la sanzione è ulteriormente aggravata in presenza di taluna delle circostanze previste dall'art. 609 *ter*, ne discende che la cornice edittale raggiunge dimensioni a dir poco considerevoli: da 5 anni e 4 mesi fino ad un massimo di 16 anni di reclusione.

2.5. — *Il sequestro di persona a scopo di violenza sessuale*

Ancora un'istanza di razionalizzazione della materia — in questo caso, anche di semplificazione — è alla base della norma (art. 609 *septies* introdotto dall'art. 7 del Disegno di legge) che configura la fattispecie autonoma di « sequestro di persona a scopo di violenza sessuale ». La *ratio* di questa modifica è la sacrosanta soppressione del complesso di figure di « ratto » (artt. 522, 523, 524 c.p.), complesso che forse più e meglio di ogni altra fattispecie del diritto penale sessuale portava ad espressione l'impronta arcaica e patriarcale sottesa alle scelte legislative del '30. La nuova figura valorizza direttamente la lesione del bene tutelato, arricchendo la tipicità del fatto con il solo riferimento al dolo specifico di « violenza sessuale »; ne sortisce un reato plurioffensivo in cui è solo e soltanto la libertà individuale del soggetto passivo, nelle sue diverse espressioni, a costituire il fulcro della tutela.

Opportunamente riformulata, è stata mantenuta anche nella nuova fattispecie la circostanza attenuante speciale fondata sulla spontanea liberazione della vittima, prima della condanna e senza che alcuna violenza sessuale sia stata realizzata: liberato dal patetico onere di ricondurre la parte offesa « alla casa donde la tolse, o a quella della famiglia di lei », o comunque di « collocarla » in « altro luogo sicuro » (art. 525 c.p.), il sequestratore dovrà soltanto « restituire spontaneamente in libertà » il soggetto passivo — ormai capace, nella valutazione del riformatore, di provvedere da sé al ritorno nella casa paterna o perlomeno a conquistare un idoneo rifugio. Degno di nota, infine, il meccanismo delineato allo ultimo comma dell'art. 609 *septies*: per irrigidire la risposta san-

zionatoria nelle ipotesi di concorso del sequestro di persona con la violenza sessuale, il riformatore sterilizza di fatto il meccanismo discrezionale che presiede agli aumenti di pena in caso di continuazione, fissando la soglia minima ad anni quattro di reclusione (laddove la disciplina dell'art. 81 c.p. avrebbe consentito *quantum* di pena anche di un solo giorno superiori ai tre anni).

2.6. — *L'omissione di soccorso in fatti di violenza sessuale*

Una scelta travagliata è apparsa invece quella di estendere la tutela della sfera sessuale al terreno degli obblighi di solidarietà sociale penalmente sanzionati. Emblematica espressione di questa valenza propulsiva del diritto penale contemporaneo è, come si insegna, la fattispecie dell'omissione di soccorso (171). Proprio ad una sottospecie di questa figura ha pensato il riformatore, a un certo punto dell'*iter* parlamentare quando — anche sulla scorta dell'emotività suscitata da episodi di cronaca particolarmente effe-rati — ha voluto didascalicamente stigmatizzare con la pena l'indifferenza collettiva di fronte alle aggressioni alla libertà sessuale (172).

Nel testo licenziato dalla Camera il 15.3.1989 era prevista un'autonoma figura di « omissione di soccorso in fatti di violenza sessuale » (173). Forse a sua volta tradito dall'emotività, il legi-

(171) Sulla c.d. valenza propulsiva del diritto penale — che in esso vede cioè uno strumento per la « realizzazione del modello e degli scopi di promozione sociale prefigurati dalla Costituzione »: così G. NEPPI MODONA, *Tecnicismo e scelte politiche nella riforma del diritto penale*, in *Dem. e dir.*, 1977, p. 682 s. — v. le riflessioni critiche di F. BRICOLA, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in *Diritto premiale e sistema penale*, 1983, p. 121 ss., e M. ROMANO, *Legislazione penale e consenso sociale*, in *JUS* 1985, p. 413 ss. Per quanto concerne in particolare le radici solidaristiche dell'art. 593 c.p., v. R. PANNAIN, *Omissione di soccorso*, in *Nov. dig. it.*, XI, (899 ss.), p. 900.

(172) L'eco di taluni fatti di cronaca particolarmente allarmanti è continuamente emerso nei lavori parlamentari — v. le citazioni in n. 15 ss.

(173) Art. 21: Omissione di soccorso in fatti di violenza sessuale (art. 593 bis c.p.): chiunque trovando una persona che subisce o che sia in pericolo di subire atti di violenza sessuale, omette di prestare l'assistenza occorrente o di darne immediato avviso all'autorità, è punito con la reclusione da tre mesi ad un anno.

La pena è della reclusione da sei mesi a due anni se da siffatta condotta colpevole deriva una lesione personale, ed è da due a cinque anni se ne deriva la morte.

Le pene sono aumentate se il fatto è commesso dal genitore, dal tutore, dallo adottante o dal coniuge, ovvero da un pubblico ufficiale.

slatore proponente aveva tuttavia costruito una fattispecie sbilanciata per eccesso rispetto agli obiettivi di tutela ragionevolmente perseguibili. Il modello era certamente rappresentato dall'omissione di soccorso in senso stretto (2 comma dell'art. 593 c.p.) (174), modello che all'evidenza poco si prestava ad essere puramente tralato alla ipotesi di pericolo derivante da violenza sessuale. Alla stregua della comune interpretazione della figura-base, la concretizzazione dell'obbligo alternativo gravante sull'autore (prestare assistenza/dare avviso all'autorità) non è liberamente rimessa alla discrezione dell'autore stesso: sono le impellenze del caso che decidono della condotta dovuta nel caso di specie. Rispetto all'ipotesi *de qua* sarebbe dunque conseguita una tutt'altro che sporadica imposizione al *quavis de populo* di doveri di intervento in una aggressione in atto: precipitando così l'individuo nell'assurda scelta fra il compimento di un reato e l'esposizione a rischio della propria incolumità personale. E l'esito sembrava spingersi fino al paradosso se si considera che la minaccia di pena attingeva i due anni nell'ipotesi in cui la vittima subisse una lesione personale e addirittura cinque anni ove dalla violenza fosse derivata la morte.

Dando prova di maggior realismo e senso della misura, il riformatore del Senato ha opportunamente optato per una soluzione più modesta, rinunciando ad autonomizzare l'ipotesi delittuosa e accontentandosi invece di estendere il modello dell'omesso avviso all'autorità (previsto dal comma 1 dell'art. 593 c.p.) ai casi in cui esso concerna episodi di violenza sessuale in atto.

3. — *Profili processuali*

Un ultimo tratto caratterizzante della nuova disciplina proposta, riguarda alcune rilevanti modifiche alle regole processuali concernenti la perseguibilità e l'accertamento dei reati di violenza sessuale.

3.1. — *La scelta per la procedibilità d'ufficio*

Viene anzitutto in considerazione, a questo proposito, uno dei punti di discussione più accesi dell'intera riforma, sintetizzabile

(174) Art. 593 c.p., II c.: Alla stessa pena soggiace chi, trovando un corpo umano che sia o sembri inanimato, ovvero una persona ferita o altresì in pericolo, omette di prestare l'assistenza occorrente o di darne immediato avviso all'autorità.

nel quesito: perseguibilità d'ufficio o a querela di parte, per i reati di violenza sessuale? La prima risposta, fornita dal Senato il 30.6.1988, sanciva la regola della procedibilità *d'ufficio*, temperata tuttavia dalla previsione della querela per i soli casi in cui fra autore e vittima intercorresse al momento del fatto un rapporto di coniugio o una convivenza di tipo coniugale (175). Nel successivo passaggio alla Camera il 15.3.1989 tale scelta veniva ribaltata a vantaggio della più drastica soluzione che negava qualsiasi spazio al regime della *querela* (176). Nuova inversione di rotta al Senato, che nel testo approvato il 12.4.1989 ripristinava il regime della procedibilità *d'ufficio* temperata, riservando la necessità della querela alla persecuzione delle violenze sessuali fra coniugi. Restava in ogni caso ferma l'irrevocabilità della querela proposta, nonché il meccanismo di conversione della procedibilità a querela in procedibilità d'ufficio se l'atto sessuale violento risultasse connesso ad un reato procedibile *ex officio*.

3.2. — *Divieti probatori e di confronto tra imputato e parte offesa*

La preoccupazione legislativa di evitare la criminalizzazione della persona offesa, come talvolta emersa nella prassi giudiziale a causa di tattiche difensive sprezzanti dei più elementari canoni deontologici, ha sovrinteso alla fissazione del rigoroso *divieto probatorio* contenuto nell'art. 15 del Progetto. Nella sua precedente versione il *divieto di domande* circa la vita privata o la sessualità (177) della vittima faceva tuttavia salva l'ipotesi in cui i quesiti posti a tal riguardo fossero « necessari alla ricostruzione del fatto » (178). Nel passaggio al Senato tale riserva significativamente scompare. Seppur non è dubbio che talvolta domande del genere possano essere utili o addirittura indispensabili per accertare l'esatta dinamica delle relazioni interpersonali in cui l'episodio violento si è ambientato — ovviamente per i soli casi in cui la violenza ses-

(175) Art. 12.

(176) Art. 17, con cui viene abrogato, tra l'altro, l'art. 543 c.p.

(177) Nel testo approvato alla Camera il 18.10.1984 si prevedeva il divieto di domande circa le « relazioni sessuali » della persona offesa: art. 11.

(178) Art. 15 c. III del Disegno di legge approvato alla Camera il 15.3.1989: « Nei procedimenti relativi ai reati indicati nel comma precedente non sono ammesse domande sulla vita privata o sulla sessualità della persona offesa, se non sono necessarie alla ricostruzione del fatto ».

suale assuma la forma di *Beziehungsdelikt* in senso proprio (179) — il riformatore ha evidentemente ritenuto di sacrificare tali esigenze di fronte al rischio che questa clausola di salvezza divenisse la breccia attraverso cui, interpretativamente, ridare spazio a tattiche difensive spregiudicatamente improntate al dileggio morale della parte offesa, e quindi alla sua delegittimazione come vittima.

Ispirata alla stessa logica di massima tutela della vittima anche nell'ambito del processo — con particolare riguardo ai rischi che un equilibrio psicologico spesso faticosamente riconquistato venga turbato dal contatto con gli aggressori e soprattutto dalle insidie delle strategie difensive — appare l'ulteriore *divieto di confronto* tra imputato e parte offesa a meno che — qui la clausola di salvezza è rimasta — esso sia « necessario per la prova del reato o delle sue circostanze ».

Va tuttavia precisato, a quest'ultimo proposito, che la sopravvenuta riforma del codice di rito, con particolare riferimento alle regole processuali di formazione della prova, renderebbe estremamente ardua la scrupolosa osservanza di tale divieto (180).

3.3. — *La costituzione di parte civile delle associazioni per la tutela della libertà sessuale*

L'art. 609 *decies* prevede infine che possano intervenire nel processo le associazioni che abbiano tra i loro scopi « la tutela degli interessi lesi dai delitti contro la libertà sessuale ». L'intervento è subordinato al consenso della persona offesa e, realizzandosi nelle forme previste per la costituzione della parte civile, conferisce all'associazione l'esercizio di numerosi diritti e facoltà processuali nel dibattimento e fuori di esso (si pensi emblematicamente alla facoltà di partecipare all'interrogatorio dell'imputato e di richiedere al pubblico ministero di proporre impugnazione contro la sentenza di proscioglimento).

Per sottolineare da un lato l'enorme significato, dall'altro lato l'opinabilità di questa innovazione che renderebbe il processo per stupro una sorta di “procedimento speciale”, è opportuno ricordare che nelle più recenti vicende legislative la disposizione in esame — assente nel testo unificato approvato dalla Camera il 18

(179) V. *antea sub* IV, 2.

(180) V. *postea sub* VI.3.2.

ottobre 1984 — è stata dapprima confermata in tutta la sua completezza (181), subito dopo radicalmente soppressa (182) e successivamente ancora interamente ripristinata nel definitivo testo approvato dal Senato.

VI — VALUTAZIONI E RILIEVI CRITICI SUI NUOVI ASSETTI DEL DIRITTO PENALE SESSUALE

L'impianto — testè tratteggiato — sistematico e di specifica disciplina della progettata novella sulla violenza sessuale, merita ora una considerazione più ravvicinata, che ne metta in evidenza sia le aporie tecniche e, conseguentemente interpretative, sia il significato politico-criminale delle sottese scelte da affidarsi ad un attento vaglio critico.

In proposito è opportuno anzitutto distinguere il piano delle valutazioni riferite agli aspetti della riforma di carattere propriamente *sostanziale* da quelli, pure assai caratterizzanti, di natura processuale. Fra i primi, d'altra parte, si può distinguere fra scelte complementari a talune fondamentali opzioni sul modello di tutela della libertà sessuale, e scelte caratterizzanti la nuova ossatura della reazione penale alle diverse fenomenologie di esercizio violento della sessualità.

1. — *Le figure incriminatrici centrali del nuovo modello normativo*

Iniziando l'analisi critica dal nucleo centrale della disciplina, è indispensabile soffermarsi sulla *nuova fattispecie unificata* di « violenza sessuale ».

1.1. — *La fattispecie unificata: carenze di struttura ed irragionevolezza delle conseguenze applicative*

La progettata fusione in un'unica fattispecie delle condotte attualmente ripartite tra congiunzione carnale ed atti di libidine violenti, porta anzitutto ad espressione sul piano della tecnica legislativa un'esigenza di carattere ideologico che al legisla-

(181) Art. 10 Dis. legge approvato al Senato il 30.6.1988.

(182) Nel testo del Disegno di legge approvato alla Camera il 15.3.1989.

tore stava ancor più a cuore che non gli stessi aspetti concreti di una più effettiva tutela del bene giuridico. Si allude cioè a quella logica di impiego dello strumento penale in chiave di affermazione di un determinato bene come valore, piuttosto che nella sua prammatica dimensione dell'efficace tutela degli interessi cui la tutela stessa è rivolta (183). Di passaggio: non è certo questa la sede per dibattere problematiche di tanto spessore, ma è almeno opportuno ricordare che la moderna scienza penalistica ha da tempo avanzato le più ampie riserve su questo modo di concepire la funzione della norma penale, se non del sistema nel suo complesso (184).

In questa prospettiva si possono collocare i due principali intenti che hanno orientato il riformatore verso questa scelta. La fattispecie unificata, da una parte, dovrebbe restaurare anche nello ambito penale la sessualità come diritto, in tutte le sue espressioni e senza discriminazioni o arcaiche gerarchie fra diverse forme di esercizio violento (gerarchie alla cui base risiedeva, in ultima analisi, il tabù della verginità); dall'altro lato, dovrebbe ribadire che oggetto dell'aggressione sessuale è soltanto la persona, la cui dignità è unitaria e inscindibile, qualunque sia la parte del corpo materialmente aggredita.

È appena il caso di rilevare che l'affermazione di tali principi non può che trovare il più ampio consenso, ma proprio in quanto *affermazione di principio*. Altro discorso è invece scorgere

(183) Le matrici culturali meno remote si ritrovano soprattutto nel pensiero penalistico di H. WELZEL: la funzione primaria del diritto penale è di natura « etico-sociale », e consiste nel riaffermare l'incorruttibilità dei « valori elementari di azione »; in tal modo il diritto penale assicura altresì la tutela dei beni giuridici (*Das deutsche Strafrecht*, 11 Aufl., 1969, p. 3 ss.); cfr. altresì, più di recente, l'impostazione di D. ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, 1973, p. 143 s. Per una fine analisi critica di tali complessi svolgimenti che la teoria del bene giuridico ha vissuto nell'esperienza penalistica moderna, v. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, 1983, *passim* e soprattutto p. 42 ss.

(184) È di C. PALIERO uno studio che segna una tappa importante per la scienza del diritto penale: con rigore di metodo e non comune ricchezza di referenti culturali, sono indagate le premesse teoriche, le componenti concettuali ed i problemi politico-criminali di un diritto penale interessato al paradigma di « effettività » (*Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. dir. p. pen.*, 1990, 430 ss. ed in particolare p. 505 ss.). A tale studio si fa qui integralmente rinvio, anche per la vasta indicazione bibliografica cui si fa riferimento.

nella norma penale la sede più idonea per sancirne la validità, e soprattutto se a questo fine davvero decisiva sia l'operazione tecnica di ricondurre sotto un unico tipo ed un'unica comminatoria condotte aggressive che restano comunque ontologicamente diverse.

Sostenere che la libertà sessuale è unica, ed è quindi irrilevante a graduare la gravità della lesione la parte del corpo concretamente aggredita (185), è una battuta piuttosto che un artificio dialettico meritevole di appropriata confutazione. Quasi poi che anche il patrimonio e la stessa integrità personale — ad esempio — non siano beni "unitari", suscettibili però di essere intaccati secondo una vasta scala di gravità di volta in volta connessa alle modalità ed agli oggetti concreti dell'aggressione (186).

A queste *rationes* assiologicamente orientate si affiancano — negli intenti del riformatore — esigenze di carattere eminentemente pratico.

Si tratta, in particolare, per un verso di sottrarre la vittima ad interrogatori minuziosi ed umilianti circa il tipo di rapporto sessuale subito, per l'altro verso di eliminare in radice ogni possibile controversia circa l'inquadramento giuridico-penale del fatto nell'una piuttosto che nell'altra fattispecie di violenza. La *reductio ad unum* delle figure consentirebbe di superare questi inconvenienti di cui si lamenta l'incidenza sul piano dell'accertamento giudiziale.

Ma proprio queste preoccupazioni che sembrano presupporre un substrato di natura pratico-empirica, si dimostrano in realtà prive di ogni fondamento. Invero, se c'è un'esigenza che non può oggi essere invocata a sostegno di una riforma del diritto penale sessuale, è quella che riguarda i bisogni di certezza nella prassi. Quarant'anni di giurisprudenza sui reati sessuali hanno ormai condotto ad un'elaborazione assolutamente costante circa i contenuti ed i confini delle due figure principali di delitto: si può dunque affermare che casi di dubbia interpretazione hanno cessato d'esistere. Si può continuare a discutere sulla validità delle singole scelte interpretative — si pensi ad esempio alla configurabilità della

(185) V. n. 17.

(186) A mero titolo esemplificativo, v. nella fine analisi di S. MOCCIA come la ricostruzione del patrimonio quale oggetto di tutela penale venga effettuata proprio in una prospettiva metodologica che valorizza le differenti modalità di aggressione: *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, 1988, soprattutto p. 111 ss.

coniunzione carnale violenta nell'ambito del rapporto di coniugio (187), all'integrazione o meno di questa stessa fattispecie nei casi di rapporti c.d. abnormi (188) — ma non risulta che in nessun momento la riforma sia stata sospinta da esigenze indotte dal desiderio di correggere una prassi ritenuta insoddisfacente nei risultati. Di fatto, si è piuttosto verificata — come fra un attimo meglio si dirà — una sorta di “unificazione prasseologica” delle più comuni condotte di violenza sessuale nella fattispecie *maior* di cui all'art. 519 c.p., con un sostanziale svuotamento del delitto di atti di libidine.

Quanto poi all'istanza di una maggior tutela della *privacy* della vittima, la struttura della/delle fattispecie incriminatrici è irrilevante rispetto al doveroso compito giudiziale di accertare la esatta dinamica del fatto aggressivo. L'ontologica differenza e la naturalistica gerarchia fra le condotte sussumibili sotto qualsiasi modello — unitario o articolato che sia — di violenza sessuale, impone comunque ad un giudice vincolato al principio di colpevolezza (art. 27 comma 1 Cost.) e orientato, nell'esercizio della sua discrezionalità, dalla criteriologia di cui all'art. 133 c.p., di svolgere ogni indagine possibile e consentita per la corretta ricostruzione dell'episodio.

Che sia o no consapevole la finalizzazione verso questo risultato, è certo che con l'unificazione si attrae nella sfera applicativa della nuova fattispecie non soltanto — come ovvio — tutta la gamma di atti di congiunzione carnale violenta in senso stretto e in senso ampio, così come elaborati dalla giurisprudenza (189), ma anche tutte le altre attività di carattere sessuale che per costante prassi applicativa rientrano nella sfera concettuale e di tipicità degli atti di libidine violenta.

Si pensi ai toccamenti lascivi anche se *non* sulle carni nude,

(187) La dottrina più risalente propendeva, come si sa, per la soluzione negativa (G. MAGGIORE, *Diritto penale*, II, 1, p. 549). L'opinione dominante, condivisa anche dalla giurisprudenza, è nettamente favorevole alla configurabilità del reato: E. CONTIERI, *La congiunzione carnale*, cit. n. 165, p. 52 s.; per la giurisprudenza, v. da ultimo C 88/179754.

(188) L'orientamento prevalente è per la soluzione affermativa: C 86/174647; C 85/167988.

(189) V. ancora il commento di M. BERTOLINO all'art. 519 c.p., in CRESPI-STELLA-ZUCCALÀ, *Commentario*, cit. n. 169.

ovvero *non* sulle parti intime — è questo il caso di un medico che aveva abbracciato la paziente; si pensi ancora al fatto di introdurre una mano sotto le vesti per toccare una gamba, o per accarezzare il seno (189 bis).

Come appare evidente, le condotte ricollegate dalla prassi allo art. 521 c.p. sono quelle con cui anche solo *si limita* la libertà di disposizione del proprio corpo nella sfera sessuale. In definitiva, quindi, ciò che rientra *oggi* nella figura di cui all'art. 521 c.p. sono *soltanto* i cosiddetti « toccamenti lascivi »: tutto ciò che vi esorbita nel segno di una maggiore caratterizzazione in senso propriamente sessuale realizza il più grave delitto di violenza carnale.

Detto per inciso: la prassi interpretativa della violenza e della minaccia, soprattutto nei reati sessuali, ha da tempo proceduto a “spiritualizzare” i concetti con cui lavora, riducendone i contenuti ad un nucleo di elementi oggettivi ogni volta più smilzo, fino ad attestarsi su un simulacro di “costrizione” ormai spoglio dei contenuti pur minimali che una qualsivoglia idea di “violenza” dovrebbe pur presentare. Si va cioè da un concetto di violenza *implicita* nelle « particolari circostanze di tempo e di luogo che inducano la vittima a non opporre alcuna resistenza » (190), ad uno di violenza meramente *potenziale*, che si configura nei casi in cui al di fuori di ogni coazione fisica il soggetto abbia agito « insidiosamente o rapidamente », superando così la contraria volontà della vittima (191). Appare quindi suggestiva ma scarsamente coerente con il quadro vigente della legislazione, e soprattutto della prassi in materia, la tesi di chi prospetta l'opportunità di espellere dal diritto penale sessuale i tradizionali requisiti di fattispecie della violenza o minaccia (192), incentrando queste figure — non diversamente dalla violazione di domicilio — sul dissenso del soggetto passivo. Questa espulsione in realtà c'è già stata da tempo a livello prasseologico e, per le ragioni che si è già avuto l'opportunità di esporre (193), non sembra davvero meritevole di essere razionalizzata *ex lege*.

(189 bis) C. 86/174652; C 86/174423; C 71/118647; C 67/105780.

(190) C 86/172715; C 82/155286; C 80/146278.

(191) C 86/172715; C 24.3.1976, in *C. pen.* 1978, p. 1287, m. 1293.

(192) È questa la proposta, finemente argomentata, di T. PADOVANI, *Violenza carnale e tutela della libertà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1989, p. 1301 ss.

(193) V. la giurisprudenza cit. in n. 190 e 191.

E comunque: se la *soglia minima* degli atti di libidine già ora comprende condotte che con l'esercizio della sessualità in senso stretto hanno un legame ancora molto labile, c'è da chiedersi se una fattispecie centrata sul concetto di « atti sessuali » — certamente più ampio del concetto di « atti di libidine » — non abbia come immediata conseguenza un'ulteriore abbassamento di tale soglia.

Se tutto questo è vero, non può che guardarsi con apprensione al trattamento sanzionatorio previsto per la nuova fattispecie unificata. Le perplessità concernono ovviamente la *pena minima*, da cui dipende nella gran parte dei casi la possibilità di accedere alla multiforme tipologia dei benefici specialpreventivi (*in primis*, la sospensione condizionale). E' agevole immaginare infatti che le condotte meno gravi e meno caratterizzate sotto il profilo della idoneità lesiva potrebbero usufruire di tali benefici tutte le volte in cui una commisurazione attestata sui livelli più bassi (il minimo edittale, non si dimentichi, è di tre anni) conducesse altresì al riconoscimento delle attenuanti generiche. Paradossalmente, tuttavia, il meccanismo regolativo dell'accesso alla sospensione condizionale sarebbe frustrato nelle ipotesi in cui il concorso di altre fattispecie portasse la pena minima per la continuazione, seppur di un solo giorno, oltre la soglia della suspendibilità. Molto spesso accadrà, in concreto, che il concorso con il reato di atti osceni condurrà all'esecuzione della pena detentiva, sempreché la progettata nuova figura di sequestro di persona a scopo di violenza sessuale non finisca per realizzare un'ipotesi di concorso formale *in re ipsa* con il reato di violenza sessuale (194). A questo punto, è legittimo il sospetto che obiettivo non dichiarato della riforma in questo suo punto sia quello di escludere normativamente il "tipo d'autore" del delinquente sessuale dall'istituto della sospensione condizionale (una sorta di preclusione soggettiva ulteriore).

Quanto ciò sia compatibile con la logica di benefici centrati sulla persona assai più che sul fatto, è difficile dirlo. Certo è che in relazione alla fenomenologia in esame la preclusione finirebbe per colpire *soltanto* gli autori dei casi *più lievi*, se non addirittura bagatellari (beninteso all'interno di una categoria *per sé* non bagatel-

(194) V. *postea* sub VI, 2.2.

lare): essendo scontato che gli episodi di media ed alta gravità sono in partenza estranei al campo applicativo della sospensione.

1.2. — *Le molestie sessuali: figura autonoma o fattispecie residuale?*

Anche alla luce di queste considerazioni, tanto più opportuna apparirebbe perciò la previsione di una figura "minore" di violenza sessuale che raccolga, ritagliandole verso il basso, per lo meno tutte quelle condotte comunque orientate dall'impulso sessuale, ma sicuramente lontane dalla soglia dell'atto di libidine in senso stretto (195). È assai dubbio però che a questa esigenza possa far fronte l'ipotesi speciale di « molestie sessuali ». Va anzitutto premesso che la giurisprudenza già aveva enucleato nella "comune" figura di « molestie » (art. 660 c.p.) le condotte sorrette da un impulso *lato sensu* sessuale, concretizzando il « biasimevole motivo » richiesto dalla fattispecie contravvenzionale anche in quell'insieme di comportamenti provocatori e petulanti comunemente noti sotto il nome di "gallismo". Dal momento che qualunque tocco *fisico* a carattere lascivo ancorché non libidinoso confluirà fatalmente, come si è visto, nella fattispecie di « violenza sessuale », nella nuova figura di « molestia sessuale » rifluiranno inevitabilmente solo le molestie *verbali*, cioè quelle stesse condotte che la costante giurisprudenza da sempre riporta alla sfera applicativa del vigente art. 660 c.p.: e dunque, il « corteggiamento insistente per strada », il « pedinamento non gradito », gli « apprezzamenti estetici grossolani », e così via » (196). Il fatto è che, mentre appare coerente con l'oggettività giuridica tutelata dall'art. 660 c.p. — l'ordine e la tranquillità pubblica — che la punibilità sia circoscritta ai fatti commessi in luogo pubblico o aperto al pubblico, sembra strano che queste stesse limitazioni si pensi di far valere per la molestia a sfondo sessuale, che aggredisce un bene sicuramente diverso, attinente alla sfera della

(195) Per giurisprudenza costante, anche condotte quali il bacio, o l'abbraccio, o qualunque altro atto che implichi un contatto corporeo sono sufficienti a realizzare la fattispecie di cui all'art. 521 c.p.; v. ancora il commento di M. BERTOLINO, in CRESPI-STELLA-ZUCCALA, *Commentario*, cit. n. 169, art. 521.

(196) C 9.5.1958, in *Riv. it. d. proc. pen.* 1959, 986; C 5.2.1962, in *Giust. Pen.* 1962, II, 961; C 31.1.1966, *C. pen. mass. ann.* 1962, 139.

persona piuttosto che alla collettività, e la cui fenomenologia più insidiosa, anche nelle manifestazioni soltanto *verbali*, si verifica notoriamente in ambienti *privati* (*in primis*, il posto di lavoro).

L'unica innovazione, pertanto, rispetto all'esistente, riguarda soltanto la cornice di pena: per la molestia a sfondo sessuale si passa da un arresto fino a sei mesi *alternativo* ad un'ammenda fino ad un milione, ad un arresto da tre mesi ad un anno. Sfugge però francamente la ragione di un trattamento così radicalmente diverso per fenomenologie sostanzialmente affini: con buona pace del tanto evocato principio di proporzionalità, se non anche del principio di sussidiarietà (197).

In conclusione: la progettata fattispecie di molestie non servirà a convogliare le aggressioni di scarsa rilevanza alla libertà sessuale altrui, e servirà invece ad inasprire il trattamento sanzionatorio del corteggiamento più incivile. Una riforma forse opportuna (198), certo non la più urgente. C'è da chiedersi invece se sia accettabile una fattispecie unificata di « violenza sessuale » destinata a raccogliere l'eredità per certi aspetti « pesante » dell'odierna prassi degli atti di libidine: una prassi che poteva almeno giovare, finora, di una cornice edittale minima di anni due per condotte — come si è detto — sicuramente lontanissime dalla violenza sessuale in senso proprio. Elevare tale soglia, come avviene appunto con il nuovo modello, appare assurdo più che ingiustificato. Se non si ritengono maturi i tempi per *abbassare* tale livello minimo entro confini adeguati alla fenomenologia meno lesiva — e che comunque formerà parte non insignificante della prassi applicativa — sembra doveroso almeno *confermare* le scelte notoriamente assai poco lassiste del codice Rocco, lasciando la cornice inferiore ai livelli attuali.

(197) Sui principi di proporzionalità e sussidiarietà, quali criteri ineludibili della politica criminale moderna, ancorata ai valori dello stato di diritto, v. rispettivamente H. ZIPF, *Kriminalpolitik*, 1980, p. 101 ss. e A. KAUFMANN, *Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht*, in *Fest. Henkel*, 1974, p. 89 ss.

(198) È appena il caso di sottolineare che riforme di tal genere non contribuiscono davvero ad avviare il recupero in chiave special-preventiva di strumenti, quali la sospensione condizionale della pena, che la prassi ha da tempo trasformato in un *bonus* di automatica applicazione. Al riguardo, v. di recente T. PADOVANI, *La sospensione condizionale oltre l'orizzonte delle « modifiche al sistema penale »*, in *Riv. it. d. proc. pen.* 1983, p. 1249 ss.

2. — *Le nuove fattispecie accessorie*

Se è certo che la fattispecie unificata di violenza sessuale è l'innovazione che meglio di ogni altra reca ad espressione la svolta ideologica ed il programma politico criminale cui la riforma ha così vistosamente tratto alimento, è evidente tuttavia che le istanze di razionalizzazione del diritto penale sessuale, e soprattutto l'aspirazione ad incrementarne l'idoneità di tutela, sono in larga parte affidate alla ristrutturazione delle fattispecie "satellite", di quelle fattispecie cioè destinate a fronteggiare talune specifiche forme di manifestazione — fra le più odiose ed allarmanti — dell'odierna criminalità di tipo sessuale.

Il massiccio inasprimento della risposta penale è il denominatore comune che riconduce le singole proposte ad un modello sanzionatorio decisamente caratterizzato in senso general-preventivo. Ad un più attento esame è tuttavia lecito il dubbio che, inadvertitamente o meno, un'idea distinta — seppur per certi versi affine — abbia progressivamente modificato la strategia della riforma: non tanto minacce di pena esemplari, protese ad opporre più robuste barriere alla diffusione di fenomenologie criminali particolarmente insidiose per la libertà individuale, quanto piuttosto la trasmissione di un "messaggio", quasi la formalizzazione per atto solenne della stigmatizzazione sociale di taluni comportamenti, soprattutto della "cultura" che li nutre (199).

Violenza sessuale di gruppo, sequestro di persona a scopo di violenza sessuale, omissione di soccorso in fatti di violenza sessuale: questi appaiono i capitoli, non originali ma per certi versi bizzarri, che forse arricchiranno gli ormai cospicui annuali della legislazione penale *simbolica* nel nostro paese (200).

2.1. — *La ratio della violenza di gruppo ed i limiti della fattispecie*

Che la nuova fattispecie di violenza sessuale di gruppo (art. 7) serva a colmare vuoti di tutela legale del codice vigente, sarebbe affermazione palesemente errata; che tale tutela denotasse

(199) V. quanto esposto *sub* III.2.

(200) Sui caratteri della legislazione simbolica, e sui suoi perniciosi effetti, v. soprattutto C. PALIERO, *Il principio di effettività*, cit. n. 184, p. 537 ss.; P. NOLL, *Symbolische Gesetzgebung*, in *Zeitsch. schweiz. Recht.* 1981, p. 348 ss., ed infine W. HASSEMER, *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz*, in *Neue Zeitsch. f. Strafrecht*, 1989, p. 553 ss.

reali bisogni di essere incrementata, sarebbe perlomeno difficile da argomentare. I partecipi dell'episodio di violenza risponderebbero, secondo le regole del concorso di reati, per il delitto di violenza carnale continuata, delitto per cui è prevista — di regola — una pena massima di anni 30 di reclusione. Tale pena viene poi pluriaggravata, se ne ricorrono i presupposti, ai sensi dell'art. 112 n. 1, 2, 3 e 4 c.p., raggiungendo dimensioni non più controllabili.

Non sulla pena *legale* intendeva intervenire il riformatore, bensì su quella *giudiziale* per evitare che modesti aumenti a titolo di continuazione ed un giudizio di bilanciamento favorevole alle eventuali circostanze attenuanti contenessero la commisurazione intorno o al di sotto del minimo edittale di 3 anni.

Che questa fosse l'unica preoccupazione del riformatore, era già emerso con evidenza — per non andare più indietro nel tempo — nel testo approvato alla Camera nel 1984 (201): la pena massima di anni 12 di reclusione segnava infatti un incremento soltanto apparente rispetto ai livelli consentiti dal diritto positivo, giacché la struttura della fattispecie escludeva la configurabilità della continuazione e gli aumenti connessi alle aggravanti di cui all'art. 112 c.p. (202). La pena minima veniva invece fissata a 5 anni, costringendo così la commisurazione ad attestarsi su valori medi notevolmente elevati, evidentemente ritenuti *ex lege* più congrui al disvalore del fatto e — soprattutto — alle esigenze preventive del sistema.

Il riformatore del 1989 ha apportato poche ma significative variazioni all'assetto della nuova figura. I livelli sanzionatori restano sostanzialmente immutati, ad eccezione di una modesta flessione della pena minima che scende da 5 a 4 anni di reclusione; d'altra parte, la pena edittale — come si rilevò — è aggravata in presenza di talune delle circostanze previste dall'art. 3 del disegno, cosicché la cornice inferiore raggiunge i 5 anni e 4 mesi di reclusione se anche solo una persona del gruppo sia per esempio armata o, più semplicemente, mascherata. Ma al di là di questo: la novità più rilevante consiste nell'aver espressamente previsto che la fattispecie è realizzata quando anche *una soltanto* delle più per-

(201) Art. 5 Dis. legge 18.10.1984.

(202) Veniva infatti delineato un reato plurisoggettivo necessario, in cui peraltro la pluralità dei reati — presupposto della continuazione — si configurava come elemento essenziale di fattispecie.

sone riunite abbia commesso atti di violenza sessuale. La pluralità delle violazioni non è più elemento del reato, con la conseguenza che risulterà configurabile la continuazione tutte le volte in cui gli atti di violenza siano più di uno, reiterati da parte della stessa persona ovvero da altro componente del gruppo: mettendo così in moto quel meccanismo sanzionatorio previsto dall'art. 81 c.p., che risulterà ovviamente ancor più gravoso per coloro che — non avendo partecipato attivamente all'episodio — rispondessero a titolo di mero concorso morale.

Beninteso: che fatti di selvaggia aggressione sessuale quali la cronaca talvolta registra meritino, sotto ogni aspetto, risposte adeguate, nessuno seriamente discute. È lecito invece dubitare che il riformatore abbia compiutamente valutato la congruità di siffatte scelte sanzionatorie anche in relazione alle fasce "inferiori" di violenza sessuale cui dovranno essere applicate. I contenuti tipici della violenza di gruppo restano infatti comunque definiti alla stregua della fattispecie unificata: il meccanismo sanzionatorio "sbloccato" verso il basso rischierà di produrre effetti iniqui per quella vasta gamma di condotte sicuramente comprese nell'amplessima sfera concettuale degli « atti sessuali » tipici ai sensi dell'art. 2, ma tuttavia incapaci — sotto il profilo materiale e soprattutto per il disvalore sociale che, li connota — di attingere il nucleo più intimo della libertà sessuale, sulla cui violazione è stata in realtà "irrigidita" la risposta penale. Se si considera infine che con grande frequenza tale reato concorrerà con il sequestro di persona, è facile immaginare quale ulteriore impennata dovrà subire il livello delle sanzioni: su questi aspetti, tuttavia, si avrà modo di tornare tra breve.

2.2. — *Dai reati di ratto al nuovo sequestro di persona: luci ed ombre di una riforma necessaria.*

È stato già rilevato che l'introduzione della nuova fattispecie di « sequestro di persona a scopo di violenza sessuale » può giovare di un giudizio positivo per taluni aspetti scontato: basterebbe, a giustificcarlo, l'abolizione delle figure di ratto, e delle loro grottesche formulazioni. L'iter della riforma, ed il risultato che ne è scaturito nel Disegno di legge in esame, reca tuttavia chiari i segni — talvolta addirittura esaltati — delle molteplicità degli impulsi politico-criminali, spesso eterogenei se non confliggenti, e delle istan-

ze ideologiche che hanno fortemente condizionato il riassetto di una zona del diritto vigente come poche bisognosa di essere radicalmente ripensata.

Il riformatore del 1984 aveva dato prova di intelligente moderazione ritagliando una fattispecie essenziale nella struttura e ben calibrata negli aspetti sanzionatori. Cominciando da questi ultimi, aveva innanzitutto ritenuto sostanzialmente congrue le entità di pena previste dal codice Rocco: si era limitato infatti ad elevare la cornice massima fino ad 8 anni di reclusione — dando giustamente spazio, in tal modo, all'incrementata dignità di tutela che la libertà sessuale assume nel nostro tempo — ma si era altrettanto opportunamente preoccupato di contenere la cornice minima entro i 2 anni di reclusione, scontando così la diversa gravità che le condotte di sequestro possono in concreto assumere in relazione agli aspetti oggettivi del fatto — modalità, durata, etc. — e soprattutto soggettivi — qualità del movente, fini ulteriori dell'azione, etc. (203). Tale impianto sanzionatorio, dapprima confermato al Senato (204), non ha tuttavia resistito a lungo nel più recente clima della riforma, tutt'altro che interessato — quel clima — ad una politica criminale orientata a moderazione e realismo. Le pene edittali sono prontamente lievitate attestandosi su una cornice compresa tra i 3 ed i 10 anni di reclusione, suscettibile di incrementi ulteriori in presenza — tra l'altro — delle aggravanti di cui all'art. 339 c.p. (ad esempio, il travisamento o la pluralità degli agenti).

Che simili minacce di pena siano utili — se non necessarie — sotto il profilo preventivo, è possibile; che siano altresì *proporzionate* a fatti la cui tipicità espressamente prescinde dall'effettiva realizzazione di violenze sessuali, è assai più improbabile.

Del resto, non c'è davvero alcun dubbio che il riformatore dei reati di ratto abbia orientato le sue scelte sanzionatorie a criteri di ben diverso tenore: più che alla deterrenza, la clausola limitativa della commisurazione prevista all'ultimo comma dell'art. 7 Dis. Sen. sembra espressione di una filosofia special-preventiva,

(203) Art. 6 del testo approvato il 18.10.1984: « Chiunque sequestra taluno al fine di commettere atti di violenza sessuale, è punito con la reclusione da due a otto anni ». Per una positiva valutazione al riguardo v. L. SARACENI, *Difficoltà e ambiguità della riforma dei reati sessuali*, in *Quest. Giust.* 1985, (23 ss.) p. 28 s.

(204) Art. 7 del Dis. legge del 30.6.1988.

per così dire, negativa. Precludendo al giudizio di commisurazione le quantità di pena inferiori ad anni 4 di reclusione, il riformatore ha dato prova più di temerarietà che di ardimento: la sterilizzazione delle regole del concorso di reati al di sotto di quel limite di pena, costituisce infatti una "spregiudicatezza" sistematica che si traduce — sul piano della politica delle sanzioni — nella emarginazione di una categoria di autori del variegato arsenale di "sostitutivi" penali che la moderna penologia ha saputo fin qui organizzare. Scelte di tal genere non sono mai semplici da giustificare: questa, non può di sicuro giovare del supporto di informazioni e di analisi che le scienze empiriche applicate allo studio della criminalità sessuale sono oggi in grado di offrire (205).

Accentuazione delle risposte di pena — per inciso: si può davvero immaginare di dilatare ulteriormente le cornici prendendo a modello la sciagurata figura del sequestro a scopo di estorsione? (206) — massima estensione della sfera applicativa della fattispecie: queste le ombre che hanno gravato la riforma dei delitti di ratto, condizionandone sfavorevolmente gli sbocchi.

Dell'incremento sanzionatorio si è detto. Quanto alla dilatazione della fattispecie: non è irrilevante notare che nel testo del 1984 era stata opportunamente definita la condotta punibile con il termine « sequestrare ». L'abbandono della terminologia ottocentesca del codice Rocco — « sottrae » o « ritiene » — costitutiva certo atto dovuto, posto che quanto da quella terminologia viene evocato non è di certo la lesione della libertà di autodeterminazione nella sfera sessuale, quanto piuttosto la violazione di posizioni di supremazia o di controllo che altri abbiano sulla sessualità della donna. Appare ovvio perciò che la scelta della nuova formula si orientasse verso l'espressione — appunto: sequestrare — più idonea a definire le modalità della condotta in relazione alla offesa che tipicamente ne discende. Le degenerazioni interpretative che l'equivocità di termini quali « sottrarre » o « ritenere » hanno sicuramente favorito, sono troppo note per meritare qui anche solo un richiamo: ormai *ad pompam*, non si manca — in giurisprudenza

(205) V. da ultimo E. SCHORSCH, *Therapie mit Sexualstraftätern*, cit. n. 127, p. 127, il quale sottolinea come l'autore di reati sessuali costituisce il « prototipo di una delinquenza nevrotica », di solito affetta da patologie che la pena detentiva può solo aggravare.

(206) Cfr. M. BERTOLINO, *I reati contro la libertà sessuale*, cit. n. 13, p. 1484 s.

za — di sottolineare puntualmente che ratto e violazione sessuale presentano diverse strutture, ed offendono beni diversi; per concludere poi inevitabilmente che « la ritenzione deve ritenersi concretata anche se momentanea e limitata al tempo necessario a dare sfogo alla propria libidine », cosicché il concorso tra i due reati è configurabile « anche se le due condotte si esauriscono nel contesto di una sola azione » (207), ed a nulla rileva la distanza del luogo in cui la persona offesa viene condotta o la durata della sua ritenzione (208). In sostanza, un'ipotesi di concorso "necessario" di reati.

Il termine « sequestrare » non è certo sconosciuto al moderno legislatore (art. 289 bis), è dotato di una espressività semantica capace di fissare con tutt'altra potenza il nucleo dell'offesa e il disvalore che la connota. Aver abbandonato questa terminologia a favore di quella ben più sbiadita di cui fa uso l'art. 605 c.p. — « chiunque priva taluno della libertà personale... » — è un guadagno solo per chi avesse interesse a trasferire nella nuova figura delittuosa le originali elaborazioni giurisprudenziali che hanno dilatato a dismisura le possibilità operative dell'archetipo del sequestro di persona (209).

Così, è opinione assolutamente consolidata che la *durata* del sequestro sia irrilevante: un lasso di tempo breve, brevissimo, anche *minimo* basta ad integrare la fattispecie (210). Quanto al *grado* della privazione di libertà, basta che sia pur solo *limitata*, e circa i *modi* per realizzarla, la minaccia implicita negli « atteggiamenti » dell'agente è idonea ad annullare nel soggetto passivo la libertà di autodeterminazione (211). La forza espansiva di elaborazioni di tal genere non poteva che essere, fin qui, limitata: per buona sorte, il sistema penale del sequestro conosce fattispecie strutturate su tipologie di dolo specifico — finalità di terrorismo o di eversione (art. 289 bis c.p.), scopo di estorsione (art. 630) — che le pone per ciò stesso al riparo, o almeno rende estremamente improbabili

(207) C 88/178433.

(208) C 67/105855.

(209) Sia consentito il rinvio a quanto esposto da L. MONACO in sede di commento all'art. 605 c.p.: CRESPI-STELLA-ZUCCALÀ, *Commentario*, cit. n. 169, II ed. (in corso di stampa).

(210) C. 24.10.1980, in *C. pen.* 1982, 499; C. 22.3.1976, in *C. pen. mass.* 1977, 1155; C 85/169982.

(211) C 84/167163; C 85/170482; C 89/182005.

interpretazioni stiracchiate come quelle che la prassi dell'art. 605 c.p. quotidianamente incrementa. C'è da chiedersi se il dolo specifico di compiere « atti sessuali » sarà in grado di opporre la stessa resistenza: il rischio che la fattispecie possa ritenersi integrata per limitazioni della libertà personale di « minima » durata, realizzate con « atteggiamento minaccioso implicito nelle stesse circostanze del fatto », atteggiamento sorretto dal dolo specifico di realizzare « toccamenti » o simili, è un rischio estremamente concreto. Per queste tipologie, la clausola di sbarramento che fissa la pena a 4 anni di reclusione rende manifesto come deviazioni non sufficientemente meditate da principi generali esponano il sistema al pericolo di distorsioni così macroscopiche, da compromettere il raggiungimento di un qualsiasi ragionevole effetto, compreso quello di « cieca » deterrenza (212).

Ad una prassi interessata ad evitare deviazioni del genere, non mancherebbero ovviamente gli strumenti per farlo: il più a portata di mano è probabilmente « interno » alla stessa fattispecie di sequestro a scopo sessuale. Ritornando sui suoi improvvidi passi, il riformatore ha infatti reintrodotta la circostanza attenuante speciale — abolita nel testo del 1984 (213) — riconosciuta all'agente che liberi la persona *sequestrata* senza aver compiuto alcun atto sessuale. Che in tempi di così spinta « premialità » si eliminassero clausole del genere — per giunta configurante come « semplici » cause di attenuazione della pena — era certo bizzarro più che originale. Ma al di là di questo: la restituzione in libertà di una persona « sequestrata » per un tempo brevissimo o addirittura minimo, senza che alcun atto sessuale sia stato imposto con violenza o minaccia, non sembra davvero riconducibile alla sfera di tipicità della norma, che sembra invece configurarsi solo quando la « restituzione in libertà » segua ad un lasso di tempo almeno tanto consistente da rendere effettiva la restituzione della libertà quale conseguenza del *sequestro* della persona, e rendere pertanto significativa la rinuncia al compimento di atti sessuali violenti nel tempo in cui l'agente ha avuto la vittima nel suo esclusivo potere.

Infine, un accenno alla « spontaneità » della liberazione del sequestrato: ovvero, l'occasione mancata per eliminare un'espres-

(212) Con particolare lucidità, M. ROMANO, *Prevenzione generale*, cit. n. 98, p. 157 ss.

(213) Art. 6 Dis. legge del 18.10.1984.

sione dal tono inutilmente eticizzante. I tempi in cui il sistema penale esigeva « pentimenti » o « motivi interiori particolarmente apprezzabili » nei suoi clienti per riconoscere effetti favorevoli a condotte obiettivamente riparatorie, sono irrimediabilmente lontani. Tramontate da un pezzo le sottili disquisizioni dommatiche circa la diversità di contenuti tra « spontaneità » e « volontarietà » dell'azione, il riferimento a quest'ultima è da tempo sufficiente ad escludere dall'ormai variegata tipologia dei « benefici penali » le condotte immeritevoli di premio.

2.3. — *L'omissione di soccorso « sessuale »: ovvero, molto rumore per nulla*

Per completare questa breve rassegna critica sui profili sostanziali di maggior rilievo, qualche considerazione sulla progettata estensione del dovere di soccorso *ex art. 593 c.p.* a favore di coloro che « subiscono » atti di violenza sessuale (art. 21).

La proposta — come si è detto — è recente, e soprattutto nella sua prima formulazione tradisce chiaramente lo spirito « propulsivo » che la animava: da una parte, l'obbligo di azione veniva problematicamente anticipato alle situazioni *prodromiche* alla coazione, situazioni peraltro sbrigativamente descritte mediante il solo riferimento al « pericolo » che taluno subisse atti di violenza sessuale; dall'altra, la cornice edittale massima saliva a due o addirittura a cinque anni di reclusione ove si fosse verificata — rispettivamente — una lesione personale o la morte della vittima. Infine, le pene venivano ancora aumentate per l'autore che fosse legato alla persona offesa da relazioni di parentela, ovvero rivestisse la qualifica di pubblico ufficiale.

Sull'aggravamento di pena fondato nella particolare natura dei rapporti tra ommittente il soccorso e vittima della violenza, non è ormai il caso di indugiare. Va rilevato però che l'improvvisazione — si sa — è sconsigliata al legislatore penale, se si accompagna ad intenti pedagogici ne discende poi una miscela che di rado produce effetti commendevoli: può finanche sfuggire, ad esempio, che rapporti di coniugio o di tutorato, in particolar modo poi relazioni parentelari, generano obblighi di *garanzia* più che di mera solidarietà (214). Ma ancor più estemporanea appariva l'indiscriminata

(214) V. al riguardo G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, 1983, p. 295 ss.

previsione dell'aggravante a carico del pubblico ufficiale che avesse ommesso il soccorso: *qualsiasi* pubblico ufficiale, quali che ne fossero le funzioni, a prescindere da ogni collegamento tra l'esercizio di queste ed il mancato intervento. E dunque: il fattorino postale che omettesse il soccorso durante l'espletamento delle mansioni di consegna della corrispondenza e dei plichi (215), il professionista incaricato dall'Isveimer di svolgere accertamenti relativamente alle pratiche di finanziamento (216), il privato investito delle notifiche degli atti del comune (217), e così via dicendo.

Dando prova di sobria oculatezza il Senato provvidenzialmente operò una intensa potatura, che lasciò in piedi, alla fine, la sottofattispecie dell'omissione di soccorso nei termini di cui si è detto (218). L'incriminazione appare ora circoscritta, a giudicare dalla collocazione, all'ipotesi di cui al 1 c. dell'art. 593 c.p. — il mancato avviso all'autorità — nei soli casi di violenza sessuale in atto. Certo, le circostanze aggravanti di cui all'ultimo comma dell'art. 593 c.p. si applicheranno anche a questo tipo di omissione; il dubbio è tuttavia un altro: e cioè che, sancito espressamente il dovere di soccorso mediante allertamento dell'autorità, anche il soccorso mediante « prestazione dell'assistenza occorrente » diventi obbligato *ex art. 593 c.p., II c.*, in tutti i casi in cui l'intervento diretto di chi si imbatte in una aggressione a carattere sessuale sia il modo più idoneo di aiutare « una persona... altrimenti in pericolo ».

Ma al di là di questo, la scelta di sanzionare penalmente la violazione di un elementare dovere di solidarietà sociale che impone di attivarsi — come pur sia — per soccorrere chi sta subendo una aggressione sessuale, è sicuramente compatibile con i canoni della politica criminale di un paese civile e moderno: sussidiarietà, frammentarietà, proporzionalità tra fatto e pena, nessuno di questi principi soffrirebbe onta da un'incriminazione come quella in parola (219). Tanto meno farebbe poi storcere il naso l'idea che l' " in-

(215) C 85/169145.

(216) C 86/173764.

(217) C 80/145601.

(218) V. *antea sub V, 2.6.*

(219) Per una efficace sintesi della insostituibile valenza politico-criminale di tali principi, e per una efficace precisazione dei rispettivi contenuti, v. FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale*, p. g., II Ed. 1989, p. 40 ss.

dolente", non avendo trovato il tempo o la voglia per dare avviso all'autorità che una persona patisce un'aggressione sessuale, sia poi costretto — *ex art. 185 c.p.* — a trovare almeno il modo di risarcire, alla vittima che glielo chieda, il danno provocato dalla sua dolosa omissione (220).

C'è tuttavia un principio, e non di poco conto, che uscirebbe piuttosto malconco da una siffatta scelta di penalizzazione: si tratta, come è ovvio, di quell'art. 3 Cost. che, pur nella sua portata minima, ben difficilmente potrebbe accettare discriminazioni tra obblighi di solidarietà sociale sostanzialmente simili, soprattutto quando essi siano funzionali alla salvaguardia del medesimo bene di categoria — ad esempio, la libertà della persona — ovvero di beni dotati di una dignità di tutela pari o superiore alla libertà sessuale — ad esempio, l'integrità fisica o addirittura la vita.

La scelta non può consistere dunque nel sanzionare l'indolenza verso le sole aggressioni sessuali: si tratta di decidere se i doveri *minimi* di solidarietà verso il prossimo debbano o no essere penalmente presidiati, quando il pericolo è determinato dall'altrui condotta aggressiva dei beni primari. Probabilmente, i tempi sono favorevoli ad una riforma di tal genere (221).

3. — *Le nuove regole processuali*

3.1. — *La partecipazione delle associazioni: originalità e spregiudicatezza di una nuova parte civile*

Innanzitutto, qualche breve considerazione sulla norma che consente di intervenire nel processo alle *associazioni* che abbiano quale scopo la tutela, in senso lato, dei diritti della donna.

Nel complesso *iter* di riforma del diritto penale sessuale, il *record* della conflittualità è stato certamente conseguito da questa

(220) Cfr. R. PANNAIN, *Omissione di soccorso*, in *Nov. dig. it.*, XI, (899 ss.) p. 900.

(221) È forse opportuno segnalare che in altri paesi, come ad esempio nella R.F.T., tale soluzione viene acquisita per via interpretativa: è infatti opinione diffusa che il § 323c dello StGB incriminando l'omesso soccorso in occasione di « disgrazia », faccia riferimento anche a fatti delittuosi provocati dolosamente, quale ad esempio un tentativo di violenza carnale (v. CRAMER, in: *Schönke - Schröder, StGB-Kommentar*, 23 Aufl. 1988, § 323c, RN. 7).

norma, che non solo risulta — nei passaggi tra Camera e Senato — inserita e disinserita nel breve volgere di pochi giorni, ma ha scatenato una messe di discussioni forse anche eccessive rispetto al suo obiettivo significato nell'intero contesto cui va ricondotta.

Sembrava certo strano, per un verso, che la facoltà di intervento delle associazioni venisse riconosciuta proprio in una riforma centrata sulla "riconduzione" sistematica dei reati di violenza sessuale dalla sfera pubblicistica a quella della libertà di autodeterminazione individuale. D'altro canto, a superare perplessità e riserve non serviva certo il vecchio argomento secondo cui la violenza sessuale « è un fatto collettivo che offende, oltre la vittima, tutte le donne che sentono aggredita la propria dignità di donne e persone » (222); restavano, insuperabili almeno con affermazioni del genere, tutte le difficoltà che avevano tradizionalmente impedito l'ingresso di tali associazioni nei processi per stupro, sotto le spoglie della parte civile (223).

In breve: rispetto alle regole del vecchio codice di procedura, la partecipazione dei movimenti di difesa della donna non poteva in alcun caso assumere le forme di cui agli artt. 91 ss., per evidenti carenze di legittimazione. Nessuna titolarità di interessi diffusi, non certo parte lesa dal reato: la partecipazione prevista dalla riforma rappresentava un *mixtum compositum* di difficile inquadramento.

Con il nuovo codice di rito, il problema dovrebbe ormai avere, tuttavia, ben altre prospettive. L'art. 212 delle norme di attuazione (224) fissa infatti definitivamente il principio che, all'infuori delle ipotesi di esercizio dell'azione civile nel processo penale (225), l'intervento in giudizio è consentito solo nelle forme e nei limiti di cui agli artt. 91 ss. Una disciplina dunque articolata e ben definita che consente ormai un'efficace garanzia per gli interessi collettivi o di gruppo, secondo uno schema che non presta il fianco

(222) Così G. LUCCIOLI, *Sulla costituzione di parte civile delle associazioni in difesa dei diritti della donna nei processi per violenza carnale*, in *Cass. pen. mass. ann.* 1979, (1015 ss.), p. 1026.

(223) V. al riguardo F. MANTOVANI, *I delitti sessuali: normativa vigente e prospettive di riforma*, in CANEPA - LAGAZZI (a cura di), *I delitti sessuali*, 1988, p. 276 s.

(224) D. Lgs. 8 luglio 1989, n. 71: Norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale.

(225) Artt. 74 ss. c.p.p.

ad obiezioni, almeno non a quelle tradizionali. L'intervento non è più infatti impropriamente assimilato a quello della parte civile, bensì al ruolo della persona offesa dal reato, con le opportune garanzie per quest'ultima e con le necessarie precauzioni circa la serietà e la rappresentatività dell'associazione stessa (226).

3.2. — *Il problema dei divieti probatori tra tutela della vittima e garanzia dei diritti di difesa*

a) Sconosciuta nel testo unificato che la Camera approvò nel 1984 ed il Senato modificò poi nel 1988, la regola secondo cui il *confronto* tra imputato e parte lesa è ammesso solo se necessario all'accertamento del reato e delle sue circostanze, compare nel testo licenziato dalla Camera il 15.3.1989, e viene confermata circa un mese dopo al Senato (art. 15 c. 4). L'obiettivo di risparmiare alla vittima un trauma molto serio, o anche solo il dolore di ripercorrere più intensamente la sua triste esperienza di violenza nel rinnovato contatto con l'aggressore, è ovviamente palese, e nessuno ne disconoscerebbe la legittimità. È lecito tuttavia domandare quanto sia realistico, per il riformatore, fissare una barriera processuale di tal fatta.

L'eccezione è infatti inevitabile: il confronto è un mezzo essenziale di prova (227), non è neanche pensabile che se ne possa prescindere quando serva appunto a far luce su un qualsiasi elemento del fatto.

Se anche il riformatore non l'avesse scritta, la deroga al divieto di confronto sarebbe stata imposta dalla logica stessa del processo penale, quale ne sia la struttura, purché appunto di *processo* si tratti, e non di giustizia di parte. Il nuovo codice di rito, d'altronde, definisce con rigore gli spazi di ammissibilità del con-

(226) V. G. BARONE, *Enti collettivi e processo penale. Dalla costituzione di parte civile all'accusa privata*, 1989, p. 205 ss. Seppur con specifico riferimento alla posizione del fisco nei reati tributari, v. ora P. CASULA, *Considerazioni sulla posizione del fisco quale persona offesa dai reati tributari nel nuovo processo penale*, in *Il Fisco*, 1991 (in corso di stampa), per una acuta messa a punto dei distinti ruoli processuali della parte civile, della persona offesa dal reato, e dell'ente esponenziale di interessi diffusi.

(227) V. al riguardo gli artt. 211 e 212 c.p.p., nel commento di V. GREVI al titolo II, libro III del nuovo codice: in CONSO - GREVI, *Profili del nuovo codice di procedura penale*, 1990.

fronto, riservandone l'effettuazione alle sole ipotesi in cui vi sia disaccordo « su fatti e circostanze importanti » (art. 211 c.p.p.) in relazione all'oggetto della prova (art. 187 c.p.p.). Correttamente utilizzato, è questo uno schermo idoneo a garantire che venga risparmiata alla vittima ogni partecipazione non indispensabile allo accertamento giudiziale della responsabilità: di più, significherebbe privare il processo penale di strumenti di controllo indispensabili anche alla salvaguardia di coefficienti di garanzia faticosamente ottenuti. Iniziare a smantellarli, sarebbe miope oltre che improduttivo.

b) La seconda "barriera" processuale a tutela della vittima, è di gran lunga più collaudata nei progetti di riforma: per impedire « morbose curiosità » ed « inutili interferenze » nella sfera privatissima di chi ha subito un'aggressione sessuale, si stabilisce il fermo *divieto di domande* che comunque a quella sfera possano attentare (228). Nella sua assolutezza, il divieto è tutt'altro che convincente (229): è certo tuttavia che la clausola di riserva prudentemente inserita alla Camera — « ... se non sono necessarie alla ricostruzione del fatto » (art. 15, c. 3) — viene prontamente eliminata al Senato.

Ancora una volta: sulle finalità del divieto, condivisibili e commendevoli oltre ogni dire, non è neanche il caso di soffermarsi. D'altra parte, sarebbe ben strano il contrario: se una ragione hanno i c.d. *divieti probatori* nei sistemi processuali europei, è senza dubbio la tutela dei diritti di personalità e di riservatezza di soggetti che — nell'un ruolo o nell'altro — tali diritti corrono appunto il rischio di vedere lesi nel processo penale (230). Che tale lesione di una qualche utilità possa pur essere, è fuori discussione: quanto meno

(228) Così si esprime la Relazione della 2ª Commissione permanente giustizia (Rel. CASOLI), in *Atti parlamentari*, X Legislatura, Disegni di legge nn. 730, 731, 924, 939-A, p. 5.

(229) V. la Relazione di minoranza (Rel. MELLINI) presentata nell'ambito della medesima 2ª Commissione permanente giustizia, in relazione ai medesimi disegni di legge: in *Atti parlamentari*, cit. n. 228, p. 20. V. altresì. SARACENI, *Difficoltà e ambiguità*, cit. n. 203, p. 29 s. e M. VIRGLIO, *Riforme penali, processi e violenza sessuale*, in *Pol. dir.* 1983, (481 ss.) p. 501 ss.

(230) Una recente analisi circa fondamento e struttura dei divieti probatori nei sistemi processuali europei e di stampo nord-americano è compiuta da J. HERRMANN, *Aufgaben und Grenzen der Beweisverwertungsverbote*, in *Fest. Jescheck*, 1985, B. 2, (1291 ss.) p. 1292 ss.

gli ostacoli sulla via dell'accertamento dei fatti, tanto maggiori le *chances* di ottenere i risultati appunto auspicati (231).

Il problema è dunque un altro: la funzione dei divieti probatori è proprio quella di evitare che la realizzazione del diritto materiale — e dell'idea di giustizia che in esso si esprime — avvenga a scapito di valori ideologici e principi politico-criminali che per il « giusto processo » dello stato di diritto moderno sono altrettanto essenziali (232).

Processo penale e tutela della personalità individuale: una vecchia questione, che reca implicita nella natura stessa dei termini che la compongono l'impossibilità di procedere per scelte globali, come se si potesse decretare la prevalenza definitiva dell'un "contendente" (l'accertamento del fatto) sull'altro (i diritti di personalità individuale), o viceversa (233). Su questo terreno, la logica del bilanciamento non ha alcuna alternativa: se è certo che la ricerca della verità non è affatto un "valore assoluto" nel processo penale (234), è inevitabile verificare di volta in volta quale delle contrapposte esigenze debba prevalere, ed in che limiti (235). Un divieto probatorio che sacrifichi alla tutela della riservatezza della vittima le esigenze processuali di accertamento del reato o della responsabilità dell'imputato, sarebbe dunque inconcepibile: quale che sia il criterio di proporzionalità posto a base di un tale raffronto, il rango degli interessi esclude di per sé che la scelta possa realizzarsi in termini così drastici (236).

Si tratta allora di verificare *quali* esigenze probatorie possano essere comprese a garanzia della *privacy* della vittima, senza che ciò comporti restrizioni intollerabili per la funzionalità del meccanismo processuale o — peggio ancora — per i diritti di difesa, che in quel

(231) V. al riguardo le osservazioni di C. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 20 Aufl. 1987, p. 140 ss.

(232) V. K. H. GÖSSEL, *Die Beweisverbote im Strafverfahren*, in *Fest. Bockelmann*, 1979, (801 ss.) p. 808 ss.

(233) D. KRAUSS, *Der Schutz der Intimsphäre im Strafprozess*, in *Fest. Gallas*, 1973, p. 365 ss e, più di recente, T. KLEINKNECHT, *Schutz der Persönlichkeit des Angeklagten durch Ausschluss der Öffentlichkeit in der Hauptverhandlung*, in *Fest. Schmidt Lechner*, 1977, (111 ss.) p. 116 ss.

(234) Così C. ROXIN, *op. cit.* n. 231, p. 142.

(235) Così J. HERRMANN, *op. cit.* n. 30, p. 193.

(236) V. ancora C. ROXIN, *op. loc. ult. cit.*, e GÖSSEL, *op. cit.* n. 232, p. 809.

meccanismo sono l'ingranaggio forse più delicato, certo il più " indisponibile ".

Su un punto non vi dovrebbero essere dubbi: nessuno degli aspetti concernenti il rapporto tra autore e vittima può essere escluso dall'accertamento processuale nei reati a carattere sessuale (237). Se nella vita privata, addirittura nella vita sessuale della parte offesa l'imputato era già presente *prima* del fatto, schermare tali zone precludendole all'indagine probatoria, significa amputare il processo penale di elementi essenziali alla ricostruzione dell'episodio (238). Almeno per quella cospicua parte di reati sessuali nei quali la violenza è stemperata nelle sfaccettature di un rapporto già per altri aspetti degenerato, per quella fascia di reati sessuali nei quali la percezione del reale dissenso del *partner* è ostacolato dalle peculiarità dei piani di comunicazione in cui si svolge il rapporto: in breve, per quella vasta casistica in cui il fatto oggetto di imputazione non è il solo legame intercorrente tra autore e vittima, ma costituisce invece solo un episodio di una relazione più estesa, spesso assai più intricata di quanto la dommatica penale della " coartazione " riesca a comprendere (239), per tutte queste situazioni non è pensabile alcun divieto che escluda dal processo la vita privata della parte lesa (240).

Il processo penale può invece, e deve arrestarsi, dinanzi ad ogni altro aspetto della vita privata della vittima quando manchi un collegamento diretto con l'imputato: qui il divieto probatorio deve avere la massima espansione, per evitare che nelle pieghe dell'esistenza di un soggetto — soprattutto quelle più intime, e perciò gelosamente nascoste — si scavi non per cercare le tracce dell'inno-

(237) Così da ultimo U. NEUMANN, *Die Stellung des Opfers im Strafrecht*, in W. HASSEMER (Hrsg.), *Strafrechtspolitik*, 1987, p. 242. Anche P. RIESS, *Die Stellung des Verletzten im Strafverfahren*, 1984, Rdnr. 161, esprime forti perplessità circa l'opportunità di divieti probatori nel processo penale.

(238) Cfr. L. SARACENI, *Difficoltà ed ambiguità*, cit. n. 203, p. 29. Perplessità esprime anche M. VIRGILIO, *Riforme penali*, cit. n. 229, p. 502.

(239) Sulla necessità di ritagliare il concetto di violenza secondo profili di volta in volta adeguati alla specificità delle fattispecie in cui risulta inserito v. J. WOLTER, *Verfassungskonforme Restriktionen und Reform des Nötigungstatbestandes*, in *NZSt* 1986, p. 241 ss.; M. FROMMEL, *Opferschutz durch höhere Strafdrohungen. Der vergiftete Apfel vom Baume des Positivismus*, *Mschkrim.* 1985, p. 350 ss.

(240) Cfr. F. MANTOVANI, *I delitti sessuali*, cit. n. 223, p. 269.

cenza di un imputato, bensì le occasioni per screditare moralmente un testimone (241).

Vi è da chiedersi se per ottenere un tale risultato il diritto penale sessuale abbia davvero bisogno di ricorrere a “ divieti ” processuali con l'inevitabile corollario di “ eccezioni ” più o meno controverse. Invero, le norme del nuovo codice di rito che definiscono l'oggetto della prova e ne disciplinano l'assunzione, sembrano più che sufficienti a garantire che la sfera di riservatezza della vittima di reati sessuali sia violata solo nei limiti strettamente imposti dalla corretta dinamica processuale.

In breve: premesso che la testimonianza « su fatti che servono a definire la personalità della persona offesa dal reato è ammessa solo quando il fatto dell'imputato deve essere valutato in relazione al comportamento di quella persona » (art. 194 c.p.p.), l'esame testimoniale è saldamente ancorato al principio della *pertinenza*, ed è doveroso per il giudice assicurarne il rispetto (art. 499 c.p.p.) (242). Domande sulla vita privata della vittima di reati sessuali non potranno essere ammesse se non ne sia chiara la pertinenza ai fatti relativi all'imputazione: solo quando la domanda concerna i rapporti sociali — quali che ne sia la natura ed il grado di intimità — tra i due soggetti processualmente contrapposti, risulta necessaria alla ricostruzione dei profili psichici dell'azione, e dunque pertinente all'imputazione. Al di fuori dei segmenti di vita privata cui l'imputato è partecipe, le strutture del nuovo rito non consentono alcuno spazio ad “ incursioni ” sostanzialmente estranee al tema del giudizio.

3.3. — *Le regole della procedibilità: in particolare, la « specialità » della normativa nel rapporto di coppia*

a) Nel sistema vigente, i reati sessuali sono perseguibili, come si sa, a querela di parte; tuttavia, è altresì previsto che si proceda d'ufficio quando il fatto sia commesso — tra l'altro — dal genitore o dal tutore, o risulti comunque connesso ad altro reato procedibile d'ufficio (art. 542 c.p.).

In un ordinamento che espressamente attribuisce allo Stato il potere-dovere di esercitare la pretesa punitiva, sottraendola così alla

(241) V. M. VIRGILIO, *Riforme penali*, cit. n. 229, p. 501.

(242) V. al riguardo il commento di G. ILLUMINATI, in CONSO-GREVI, *Profili del nuovo codice*, cit. n. 227.

libera disponibilità dei privati, la perseguibilità a querela rischia di apparire di per sé un corpo estraneo: secondo la migliore dottrina, la sua ragione d'essere ha tuttavia un fondamento più solido soprattutto quando è espressione di un accentuato riconoscimento dei diritti della vittima, nelle cui mani viene rimessa la persecuzione pubblica di talune tipologie criminose per evitare che danni ulteriori derivino proprio a chi dal reato ne ha già subiti molti e gravi (243).

Non è dubbio, del resto, che tale fu l'intento del legislatore del '30, il quale si preoccupò peraltro di dichiarare irrevocabile la querela per evitare « turpi accomodamenti e ripugnanti estorsioni » (244), creando così un meccanismo la cui costituzionalità è stata anche più volte confermata (245).

Il regime della procedibilità dei reati sessuali è stato, come si è detto, tra i temi più conflittivi della riforma. L'importanza del bene tutelato — la " rivalutata " libertà di autodeterminazione sessuale — e la necessità di alleviare la vittima di un onere che spesso non riesce ad adempiere — la querela — sono gli argomenti di cui si nutre la proposta di adottare il sistema della procedibilità d'ufficio, con l'eccezione, tutt'altro che pacifica, per i fatti commessi allo interno di un rapporto stabile di coppia (246). Dall'altra parte, si fa osservare l'evidente disagio di procedere, nei reati sessuali, anche contro la volontà di chi non può o non vuole affrontare gli ulteriori, inevitabili traumi connessi al processo penale.

Ripercorrere analiticamente i *pro* ed i *contra* delle scelte per l'una o l'altra soluzione, sarebbe ormai inutile: troppe volte, ed anche troppo a lungo, se ne è dibattuto, fino ad identificare la *ratio* della riforma con l'urgenza di scardinare un meccanismo processuale che impedirebbe, di fatto, un'efficace repressione della criminalità sessuale (247).

Un punto dovrebbe essere fuori discussione: gran parte dei reati sessuali non sono affatto procedibili a querela, secondo le regole del diritto positivo. Risultano invece attratti nella sfera della pro-

(243) Così M. ROMANO in ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, II, 1990, pre-art. 120, p. 224.

(244) *Relazione al Re sul codice penale*, n. 175.

(245) C.C. 9.7.1974 n. 216, in *R. pen.* 1974, p. 982; Ordinanza del 12.4.1978, n. 42, in *G. Cost.* 1978, I, 524.

(246) V. ad esempio i rilievi di M. VIRGILIO, *Riforme penali*, cit. n. 229, p. 493 ss.

(247) V. ancora M. VIRGILIO, *op. ult. cit.*, p. 496.

cedibilità d'ufficio dalla connessione con reati quali gli atti osceni in luogo pubblico, la detenzione di armi, e così via. La risposta penale è paralizzata non dalla mancanza di querela, bensì dalla mancata *denuncia*, da parte della vittima o di terzi. In altri termini: quale che sia il meccanismo della procedibilità, senza o addirittura contro la volontà della parte lesa non è pensabile alcuna seria repressione della criminalità sessuale. Rinunciando a sporgere denuncia, o negando il proprio indispensabile contributo all'accertamento processuale dei fatti: alla parte lesa non mancheranno gli strumenti per mantenere comunque la scelta sull'*an* della reazione pubblica all'aggressione subita (248).

Detto questo, è probabile che i tempi siano ormai maturi perché il processo dei reati sessuali prenda atto di trasformazioni da tempo avvenute nel costume sociale, e si assuma dunque anche il rischio di agire senza il conforto della parte privata (249).

b) Un capitolo a parte, è quello che concerne il regime processuale dei reati commessi nell'ambito del *rapporto di coppia*, sia esso formalizzato nel matrimonio oppure no.

Tra Camera e Senato, lo scontro è stato vivace: nel generale consenso sulla scelta-base circa la procedibilità d'ufficio, è risaltata ancor più la contrapposizione tra i fautori della linea "morbida": procedibilità a querela solo per i reati sessuali all'interno della coppia, ed i sostenitori della linea "dura": soprattutto per essi è invece necessario fare a meno della volontà della parte lesa. Gli argomenti a sostegno delle distinte posizioni sono di varia natura e spessore. Non è tuttavia arbitrario ricondurli a due strategie politico-criminali orientate, rispettivamente, ad una visione "minimalistica" del diritto penale sessuale, preoccupata di evitare intrusioni automatiche e comunque distruttive in ambiti così privati; dall'altra parte, una visione decisamente "interventista", che identifica nella violenza sessuale il sintomo di una rottura ormai insanabile dei legami familiari, e attribuisce alla mano pubblica il ruolo "autoritativo" di tutela nei confronti di soggetti psicologicamente soggiogati nel rapporto di coppia, ed incapaci perciò di reagire (250).

(248) Cfr. G. KAISER, *Kriminologie*, cit. n. 11, p. 686 s.

(249) *Contra* v. M. ROMANO, *Legislazione penale*, cit. n. 162, p. 65 s.

(250) Così la *Relazione della 2ª Commissione permanente*, Relatore CONSOLI, cit. n. 28, p. 4.

Non è obiettivo di questa indagine enucleare e discutere in dettaglio le molteplici componenti che caratterizzano in modo del tutto autonomo le tipologie della violenza sessuale nel rapporto di coppia. Del resto, non è certo un caso se la stragrande maggioranza delle legislazioni penali europee conosce limitazioni fortissime alla configurabilità e/o alla perseguibilità dei reati sessuali all'interno del matrimonio (251). Nella foga del confronto parlamentare, è accaduto che le due distinte opzioni processuali circa la perseguibilità dei reati sessuali nella coppia siano state imprudentemente irrigidite su punti di vista sempre fondati, ma decisamente marginali rispetto al substrato empirico della fenomenologia in discussione.

Nel rapporto tra coniugi, la violenza sessuale assume caratteri del tutto autonomi rispetto alla coartazione tra estranei: il significato dell'atto sessuale imposto al proprio *partner* di vita non può che essere ricercato tra le pieghe più intime di una relazione che spesso si serve di strumenti comunicativi difficilmente comprensibili all'osservatore esterno (252). In un sondaggio commissionato da milioni e mezzo di donne della RFT ritenevano di essere state "violentate" dal marito almeno una volta: nessuna aveva tuttavia mai neanche pensato di sporgere denuncia, non certo perché soggiocata dal *partner* più forte (253).

La volontà di "conservare" il rapporto gioca un ruolo senza dubbio importante, assai meno la paura di reazioni violente (254). Il dato essenziale è tuttavia un altro, ed è elaborato dalla criminologia empirica delle *Täter-Opfer-Beziehungen*: alla stessa dinamica del rapporto che "produce" il fatto criminoso appartiene anche la successiva "assimilazione", il superamento del fatto stesso, cosicché ciò che alla fine prevale è la risoluzione del conflitto *interna* al rapporto interpersonale che lo alimenta (255). Soprattutto per convivenze onuste di anni, i canali della comunicazione

(251) Per un quadro aggiornato ed esauriente v. da ultimo A. GODENZI, *Die eheliche Intimität wird antastbar: Vergewaltigung in der Ehe im europäischen Vergleich*, in *MschKrim.* 1988, (255 ss.) p. 256 ss.

(252) Cfr. D. KRAUSS, *Vergewaltigung in der Ehe*, in W. HASSEMER (Hrsg.), *Sozialwissenschaften im Strafrecht*, 1983, (65 ss.) p. 74 s.

(253) V. D. KRAUSS, *op. ult. cit.*, p. 83.

(254) V. K. SESSAR, *Über das Opfer*, cit. n. 3, p. 1145.

(255) V. ancora K. SESSAR, *op. loc. ult. cit.*

emotiva si servono spesso di fasce impenetrabili alla comprensione esterna, così come le soglie di inibizione subiscono — con l'evolvere dell'intimità di vita — spostamenti del tutto impensabili al di fuori dello specifico contesto di coppia: se la coartazione sessuale sia il segno di una rottura ormai irreversibile delle relazioni affettive, o sia invece una modalità di espressione di una crisi che nel rapporto può ancora essere risolta, è una scelta che solo "dallo interno" può essere fatta (256). Il diritto penale sessuale deve poi prenderne atto: di più non può essergli chiesto.

* * *

La riforma del diritto penale sessuale ha molte ragioni di venir realizzata: l'ostacolo più serio da superare è che la tentazione di legiferare per "simboli" prevalga sul sobrio lavoro di "riapposizione dei confini" tra il penalmente illecito e ciò che è socialmente "ancora" tollerato. Non sempre a questa tentazione ha saputo sottrarsi il riformatore del 12 aprile 1989.

(256) V. D. KRAUSS, *Vergewaltigung*, cit. n. 252, p. 74 s.