

GRUPPO DI LAVORO IN MATERIA DI REATI SESSUALI COMPOSTO DAI PROF. GIULIANO BALBI E MARTA BERTOLINO, DALLE DOTT. MALAIKA BIANCHI, SOFIA BRASCHI, LARA FERLA

RELAZIONE

Collocazione sistematica.

Se, come appare corretto, la libertà sessuale costituisce una *species* della libertà di autodeterminazione – e questo avrebbe giustificato la collocazione dei fatti di violenza sessuale nell’ambito dei delitti contro la libertà morale -, è anche vero che sul piano valoriale la prima possiede una specificità, una pregnanza tale da giustificare, all’interno del titolo dedicato ai delitti contro la persona, un capo autonomo intitolato ai “*Delitti contro la personalità sessuale*”, sì da ricomprendere anche i fatti posti in essere in danno di soggetti, come i minori, cui l’ordinamento non riconosce “libertà”, o piena “autodeterminazione”, in materia sessuale.

Alla luce di queste considerazioni, suffragate dalla comparazione con altri ordinamenti, si propone quindi una collocazione autonoma delle fattispecie sessuali in un capo che andrebbe collocato dopo la sezione dedicata alla *libertà morale*, così da preservare coerenza strutturale all’attuale disciplina codicistica.

Il Capo è stato suddiviso, facendo nostra una soluzione differenziata per le ipotesi di vittime minori, nelle seguenti quattro Sezioni:

I Sezione: **Delitti contro l’autodeterminazione sessuale;**

II Sezione: **Delitti contro l’integrità sessuale dei minori;**

III Sezione: **Delitti di prostituzione, pornografia e sfruttamento sessuale di minori;**

IV Sezione: **Disposizioni comuni.**

Tale sistematizzazione avrebbe non solo il pregio metodologico di offrire una disciplina omogenea quanto a materia trattata, incorporando anche i reati *lato sensu* sessuali, ma anche, sotto il profilo assiologico, di richiamare l’attenzione

sull'importanza dei beni da tutelare, soprattutto se relativi a soggetti minori di età, per i quali si propone un autonomo sotto-sistema in ragione della loro peculiare vulnerabilità e del più accentuato danno esistenziale che connota le fattispecie sessuali che li vede coinvolti come vittime. In proposito, il limite di età viene individuato nei diciotto anni. Questo, per esigenze di coordinamento sia con le Convenzioni internazionali ed europee dedicate alla tutela del minore, sia con le incriminazioni dei fatti di prostituzione e pornografia minorile.

Sulla fattispecie unificata di violenza sessuale

La polarizzazione della condotta tipica sul concetto di *atti sessuali* è una peculiarità del codice penale italiano, che trova solo parziale riscontro in taluni altri ordinamenti. Si tratta di una soluzione totalmente eccentrica rispetto al principio costituzionale di proporzionalità, che ha determinato l'irragionevole perequazione – in termini di afflittività – di fatti muniti di indici di offesa tra loro non comparabili.

Anche attraverso la comparazione, si è giunti quindi alla conclusione di diversificare la tutela, predisponendo differenti tipologie di reati sessuali, di varia forma e gravità, sia con riferimento ai mezzi posti in opera (es. abuso, sorpresa vs. violenza o minaccia, ecc.), sia con riferimento al grado dell'offesa (es. molestie vs. atti sessuali, penetrativi o meno, ecc.).

Da qui la proposta di una disciplina articolata su di una pluralità di incriminazioni, dove le più gravi (l'una con vittima maggiorenne, Sez. I, art. 1, *Violenza sessuale*; l'altra con vittima minore di anni diciotto, Sez. II, art. 4, *Violenza sessuale in danno di minore*) risultano caratterizzate dal compimento di *atti sessuali penetrativi* che – inevitabilmente traumatici, psichicamente patogeni, intollerabilmente invasivi, apicalmente offensivi - non possono essere equiparati, pur in presenza di una comune natura sessuale, ad atti quali baci o carezze non gradite, o al *toccamento fugace e repentino* di zone del corpo di interesse sessuale. Per queste ultime ipotesi, decisamente meno gravi, si propongono due fattispecie di *Aggressione sessuale* (Sez

I, art. 2, in caso di vittima maggiorenne; Sez II, art. 5, nel caso di vittima di età inferiore agli anni diciotto). Si tratta di ipotesi strutturate sul compimento di atti oggettivamente sessuali, non penetrativi ma comunque caratterizzati da contatto fisico, che l'agente compie su taluno in assenza di un suo valido consenso.

Modalità della condotta tipica

Per quanto attiene alle modalità di realizzazione della condotta tipica, la riforma del '96 ha lasciato sostanzialmente inalterata l'originaria scelta codicistica di richiedere la presenza di indici di costrizione, su tutti la violenza e la minaccia. La soluzione da noi prospettata si colloca su coordinate profondamente diverse. Più equilibrata e rispondente a complessive istanze di razionalità sistematiche e di tutela ci appare infatti la scelta proposta, peraltro in linea con gli orientamenti oggi riscontrabili a livello internazionale, di ritenere il fatto integrato dalla sola *assenza di un valido consenso*: non necessariamente esplicito, evidentemente, ma comunque attuale e riconoscibile.

Da qui la necessità di definire in un autonomo articolo (v. art. 6) cosa si debba intendere per valido consenso quando si tratta delle ipotesi, di cui alla Sezione II, in cui la vittima sia un minore di età.

Al di fuori di queste ipotesi, il riferimento al "*valido consenso*" impone al soggetto che si accinge al compimento di atti sessuali, penetrativi e non, di appurare non solo che un consenso del partner vi sia, ma anche che questi fosse in grado di esprimerlo in modo libero e consapevole. Così, per quanto attiene in particolare alla fattispecie di atti penetrativi non consensuali realizzati con maggiore di anni diciotto, non andrà ritenuto valido il consenso prestato da soggetto in condizioni psico-fisiche fortemente alterate (ad esempio per precedente assunzione di sostanze alcoliche o stupefacenti) o in condizioni di minorazione psichica o fisica che escludano le capacità necessarie per la libera determinazione al compimento di atti sessuali. Il riferimento alla validità del consenso – da intendersi, come da acquisizioni

consolidate, in termini di capacità naturale - si presta, nel contempo, a fornire alla prassi strumenti efficaci per escludere la tipicità nei casi in cui una persona, sebbene affetta da minorazione psico-fisica, abbia liberamente e consapevolmente acconsentito al rapporto sessuale.

Va evidenziato che una conseguenza di tale soluzione sarà la rilevanza penale del fatto di chi abbia rapporti sessuali con una prostituta tossicodipendente in stato di riconoscibile alterazione psichica, nonché dell'ipotesi in cui si tratti di persona da altri costretta a "vendere il proprio corpo".

Un'ulteriore ricaduta della soluzione adottata sarà il venir meno di un irragionevole squilibrio della tutela oggi prestata alla libertà di autodeterminazione in materia sessuale. Si pensi ad esempio all'ipotesi, connotata da una certa frequenza prammatica, del ginecologo che inganni la paziente facendole falsamente credere che determinati atti, sessualmente connotati *in obiecto*, siano strumentali alla visita. A tali ipotesi, allo stato atipiche in ragione dell'assenza di *violenza, minaccia o abuso di autorità*, verrà invece riconosciuta quella rilevanza penale che, in termini di disvalore, non può esser loro ragionevolmente negata. È pur vero che la prassi ritiene già oggi tali fattispecie tipiche tramite il ricorso ai concetti di *violenza impropria* e *violenza potenziale*, ma è anche vero che si tratta di *escamotage* dialettici dietro cui si nasconde un'evidente violazione del principio di tassatività. La riconduzione a legittimità dell'operato della giurisprudenza – non per pedissequo adeguamento alla prassi, ma per una precisa scelta di razionalizzazione del sistema - costituirà un ulteriore effetto virtuoso della prospettata modifica della disciplina.

Attribuito carattere tipizzante all'assenza di un valido consenso al compimento di atti sessuali - penetrativi e non -, abbiamo dovuto interrogarci circa la rilevanza da attribuire al caso in cui l'agente sia caduto in errore circa la presenza dello stesso. Il problema non attiene, evidentemente, all'ipotesi di errore scusabile, in cui la responsabilità andrà esclusa ai sensi della prima parte del primo comma dell'art. 47 c.p., ma a quella dell'errore che sarebbe stato evitato con la doverosa diligenza. In

assenza di un'esplicita tipizzazione dell'ipotesi, colposa, dovremmo anche qui escludere la rilevanza penale del fatto, ma si tratterebbe di una soluzione decisamente poco equilibrata. All'introduzione di un'autonoma fattispecie – più rassicurante sul piano dommatico - abbiamo tuttavia preferito la previsione di una peculiare circostanza attenuante, di cui non sfugge la forte atipicità sistemica ma che a nostro avviso costituisce una scelta comunque preferibile in ragione del carattere decisamente meno complicativo sul piano prammatico.

Vengono previste anche specifiche circostanze aggravanti sia per la violenza sessuale sia per l'aggressione sessuale. In particolare, per i delitti di cui agli artt. 1 e 2 tali circostanze attengono alle ipotesi in cui il fatto sia stato posto in essere *con violenza* o con *minaccia*; l'atto sessuale sia stato realizzato, dall'agente, *con abuso di un potere giuridicamente fondato*; quando vi sia stata la *determinazione nella persona offesa di uno stato di incapacità*. Il riferimento ai poteri giuridicamente fondati è strumentale a risolvere quelle incertezze e oscillazioni che caratterizzano oggi la prassi in tema di violenza sessuale realizzata con *abuso di autorità*. Da un lato, infatti, con la soluzione da noi prospettata resta fuori dall'ambito di tipicità dell'aggravante il *potere di fatto*, con quelle incertezze che non di rado ne accompagnano la ricostruzione; dall'altro – non risultando l'ipotesi limitata al solo contesto della subordinazione gerarchica di diritto pubblico - vengono invece inclusi gli abusi perpetrati nell'ambito dei rapporti di lavoro di diritto privato.

Per i delitti di cui agli artt. 4 e 5, che hanno come vittima un minore, viene prevista accanto alla circostanza aggravante della violenza o minaccia e a quella dell'abuso di un potere giuridicamente fondato, anche l'ipotesi dell'abuso di un potere di fatto - in ragione dei rischi connessi alla naturale soggezione del minore a figure di adulti che, a diverso titolo, possono rivestire ruoli significativi in ambiti importanti della sua esistenza - e quella relativa all'essere la vittima un minore di anni dodici.

Dal delitto di corruzione di minorenni alla nuova fattispecie di esibizioni sessuali

La Sezione II, relativa alla integrità sessuale dei minori, oltre alle ipotesi già richiamate, prevede la nuova fattispecie di *Esibizioni sessuali* (art. 7). Secondo un modello di gravità discendente, questa disposizione, che sostituisce la tradizionale figura della corruzione di minorenni, al co. 1 incrimina il fatto di colui che, senza un valido consenso, faccia intenzionalmente assistere un minore di anni sedici al compimento di atti oggettivamente sessuali, e al co. 2 quello di chi compia *atti di esibizionismo*, dunque anche qui in assenza di qualsiasi contatto fisico, *nei confronti di un soggetto di età inferiore agli anni sedici* in assenza di un suo valido consenso. Al co. 3 si incrimina la condotta di colui che mostri materiale pornografico a un minore, in questo caso *di anni quattordici* in considerazione del portato di offesa meno accentuato che connota questa ipotesi. Da rilevare che la disposizione non prevede quel dolo specifico *di indurre il minore a compiere o subire atti sessuali* oggi invece richiesto dall'art. 609 *quinquies*. Si tratta di una soluzione che, colmando un vuoto di tutela, ancora una volta riconduce a legalità l'operato di una prassi che tende oggi a elidere il dolo specifico dalla struttura della fattispecie: soluzione cui appaiono sottese esigenze di tutela condivisibili, ma allo stato evidentemente incompatibili con il principio di tassatività.

In relazione all'ipotesi di cui al co. 3, viene prevista la non punibilità del minore che mostri materiale pornografico ad altro minore consenziente che abbia comunque compiuto gli anni tredici. Si tratta di un'eccezione alla regola generale di cui all'art. 6, relativa all'invalidità del consenso prestato dal minore di anni 14, che trova fondamento nella minore offensività che connota, in generale, tale illecito, ma anche nella sostanziale irragionevolezza che sarebbe conseguita al sanzionare, nello specifico, momenti di vita tendenzialmente privi di un coefficiente adeguato di disvalore.

Adescamento

Completa le fattispecie a tutela del minore quella di *Adescamento di minorenni* (art. 8), già presente nel codice all'art. 609 *undecies*. Rispetto a quest'ultima, quella proposta integra la definizione dell'adescamento per superare talune aporie logiche che la caratterizzano e meglio connotare la condotta tipizzata in termini di offensività. Trattandosi, infatti, di un reato c.d. preparatorio, per evitare la rilevanza penale di forme di adescamento prive di una reale portata offensiva, si è ravvisata la necessità di modulare l'illecito in termini di pericolo concreto. In tal senso, d'altra parte, indirizza già l'art. 23 della Convenzione di Lanzarote, là dove definisce l'adescamento come una proposta intenzionale di un incontro che si estrinsechi materialmente in comportamenti indirizzati e oggettivamente idonei alla realizzazione dell'incontro medesimo. Al fine dunque di conferire portata offensiva alla condotta tipica, requisito certo non assolto dallo scopo, allo stato richiesto, di commettere talune determinate ipotesi di illecito, è sembrato necessario non solo il contatto con un minore e la formulazione di una proposta di incontro, ma che tutto ciò si sostanziasse in un comportamento concretamente idoneo a mettere in pericolo il bene protetto: in breve, una condotta adeguata alla realizzazione dell'incontro.

E' stata inoltre prevista una clausola di sussidiarietà espressa, onde risolvere eventuali questioni di concorso di reati a favore della fattispecie più grave.

Sul fronte del soggetto attivo, si è ritenuto anche per questa figura di reato di prevedere la clausola di non punibilità a favore del minore che commette il fatto nei confronti di un minore che abbia compiuto gli anni tredici.

Errore sull'età

L'art. 9 dà rilevanza scusante all'errore o all'ignoranza inevitabili sull'età del minore. Si tratta della soluzione, a nostro avviso, maggiormente rispondente a complessive istanze di razionalità sistematica, e che si risolve, quanto a disciplina, nella

sostanziale assimilazione di tale ipotesi a quella che strutturalmente le è più affine, ovvero all'errore sulle circostanze aggravanti. La minore età della vittima costituisce infatti, nelle fattispecie della Sezione II, un dato ulteriore rispetto alla tipicità di esse, la cui presenza determina la sottoposizione a un quadro sanzionatorio più elevato. Conseguentemente, l'agente risponderà dell'illecito anche nell'ipotesi di errore sull'età determinato da colpa. Non è qui peraltro possibile predisporre una circostanza attenuante in relazione a tale ipotesi. In caso di errore scusabile, l'agente non andrà infatti esente da pena, ma risponderà, ai sensi del secondo comma dell'art. 47, di *violenza sessuale*, ovvero del diverso reato comunque integrato pur non potendo porsi a suo carico quell'errore sull'età che non può essergli rimproverato. Con la conseguenza che la predisposizione di un'attenuante per il caso di errore evitabile, determinerebbe conseguenze totalmente irragionevoli, finendosi per punire in modo più grave l'ipotesi meno grave (errore scusabile → *violenza sessuale*; errore non scusabile → *violenza sessuale su minore* con pena attenuata).

Comunicazione al Tribunale per i minorenni

La Sezione dei Delitti contro l'integrità sessuale dei minori si chiude con l'art. 10, *Comunicazione al tribunale per i minorenni*, che sostanzialmente riproduce la disposizione di cui all'attuale art. 609 *decies*.

Nuova fattispecie di Lesione della riservatezza sessuale

Nella Sezione dedicata ai *Delitti contro l'autodeterminazione sessuale* è stata introdotta la fattispecie di *Lesione della riservatezza sessuale*. Essa non rappresenta un'assoluta novità, essendo stata recentemente introdotta una figura criminosa analoga (art. 612-ter c.p.) ad opera della l. 19 luglio 2019, n. 69 (c.d. Codice Rosso). Con questa nuova fattispecie si incrimina la diffusione di immagini o di video di contenuto sessualmente esplicito *senza il valido consenso* della persona rappresentata, anche qualora le immagini divulgate siano state prodotte e

inizialmente diffuse dalla stessa vittima. Il secondo comma incrimina l'ipotesi in cui la medesima condotta abbia ad oggetto immagini carpite fraudolentemente. Si prevedono peculiari circostanze aggravanti relative alla specificità della vittima, se si tratti cioè di persona minore di età, o in condizione di inferiorità fisica o psichica, ovvero legata da rapporti personali qualificati, intercorsi o intercorrenti con l'agente, nonché un'attenuante per il caso di errore evitabile sul consenso alla divulgazione. Non si ripropone come necessario il *fine di recare nocumento* alla vittima, richiesto invece dal vigente art. 612-ter c.p., per conferire rilevanza a ipotesi munite di eguale disvalore rispetto a quelle oggi tipizzate: si pensi, ad esempio, alla divulgazione di immagini per scommessa o per vanteria nei confronti di amici, e così via.

Peraltro, al fine di evitare una possibile sovrapposizione di questa nuova fattispecie con gli attuali delitti di pedo-pornografia diventa necessario un coordinamento con i questi delitti. Essi sono già stati oggetto di una prima revisione da parte del nostro Gruppo di lavoro, revisione che ha portato alla stesura di una bozza di articolato ancora in fase di definizione.

Sezione delle disposizioni comuni

La Sezione III è dedicata alle *Disposizioni comuni*, con l'obiettivo di organizzare in modo più sistematico e razionale la materia.

L'art. 11 disciplina le circostanze aggravanti comuni a tutti gli illeciti presenti nel capo codicistico. In particolare, al primo comma si prevede un aggravamento nel caso di partecipazione alla commissione del fatto da parte di due o più persone riunite. Così operando, si bilancia la scelta di non prevedere una autonoma fattispecie di violenza sessuale di gruppo, scelta che nasce dalle seguenti considerazioni. Innanzitutto, se l'introduzione nel 1996 di una fattispecie di violenza sessuale di gruppo era stata motivata dalla esigenza di una risposta sanzionatoria particolarmente rigorosa nei confronti di condotte fortemente pregiudizievoli per la

vittima in termini sia fisici sia, soprattutto, psichici, un severo trattamento sanzionatorio può essere assicurato anche in assenza di una specifica tipizzazione grazie alla possibilità del concorso, accanto a quella speciale di cui all'articolato, di circostanze aggravanti già presenti nel nostro codice penale come quelle di cui agli artt. 61, n. 5 (minorata difesa); 112, nn. 1, 2, 3 e 4, c.p. Se poi gli agenti – come frequentemente accade – dovessero abusare “a turno” della vittima, ciascuno di essi sarà assoggettabile a una pena che a questo punto può già arrivare a 30 anni di reclusione.

Se poi la ragion d'essere dell'autonomia della violenza sessuale di gruppo riposa nella sua specificità criminologica, riferibile al fenomeno del branco, all'assoluta reificazione – e fungibilità - della vittima, all'amplificazione delle capacità criminali dei singoli caratterizzata da un reciproco indebolimento dei freni inibitori, tale peculiarità tipologica non sembrerebbe, di per sé sola, giustificare il mantenimento di un'autonoma incriminazione. Tanto più in ragione del fatto che la prassi ha finito per applicarla a ipotesi totalmente estranee a tale specificità. La violenza sessuale di gruppo è stata infatti ritenuta integrata, con buona pace del branco, anche se posta in essere da due sole persone. Nel contempo, “l'intrinseca maggiore gravità” che ne dovrebbe giustificare l'esistenza è ormai dispersa in decisioni che la ravvisano anche nella realizzazione di atti sessuali di modestissima portata offensiva.

Al co. 2 si disciplina, con riferimento ai delitti di cui alla Sezione II, il *bilanciamento fra circostanze eterogenee* a favore di quelle aggravanti, che non possono risultare soccombenti rispetto alle attenuanti, ad eccezione, così come già attualmente previsto, di quelle di cui agli artt. 98 e 114 c.p. Pur trattandosi di una scelta che, limitando il bilanciamento e quindi la discrezionalità del giudice, favorisce un certo automatismo sanzionatorio, essa risponde all'interesse preminente del minore di una tutela rafforzata. In ragione di ciò si è preferita questa soluzione a quella del computo degli aumenti e delle diminuzioni per ciascuna di esse, o a quella

opposta del bilanciamento libero da vincoli di cui all'art. 69 c.p.

Al co. 3, come già oggi previsto, si mantiene l'aggravante dell'aver commesso i fatti con l'utilizzo di mezzi atti ad impedire l'identificazione dei dati di accesso alle reti telematiche.

L'art. 12 attiene alle *condizioni di procedibilità*: a querela o d'ufficio. Quanto ai termini per la presentazione della querela, si prevede il termine di dodici mesi per i reati di cui agli artt. 1 e 2, di sei mesi per quello meno grave di *Lesioni alla riservatezza sessuale* (art. 3). Rispetto alla attuale disciplina, si è nel contempo preferito evitare un generico, farraginoso e non del tutto pertinente rinvio all'art. 597 co. 3, elencando, restringendoli, i soggetti a cui compete la presentazione della querela in caso di morte della persona offesa.

Il capo si chiude con l'art. 13, relativo a *Pene accessorie ed altri effetti penali*. L'articolo riproduce quanto già previsto dall'attuale art. 609 *novies*, ma con una significativa novità quanto a pene accessorie. L'applicazione di quelle previste al co. 1, nn. 1, 2, 3, 4, 5, da obbligatoria diventa facoltativa, lasciata cioè alla discrezionalità giudiziale, in sintonia con gli ormai consolidati orientamenti della Corte costituzionale in tema di automatismi sanzionatori. Al contrario, si mantiene l'automatismo per la pena accessoria di cui al co. 2 in considerazione della tipologia di illecito per la quale è comminata.

L'altra novità riguarda le *misure di sicurezza* applicabili. Al n. 3 del co. 2 si prevede una nuova figura, dettata dalla natura dei reati e da quello che riteniamo essere l'approccio più corretto, tipologicamente, nei confronti dei suoi autori. Il condannato può infatti chiedere, in via alternativa a quella attualmente già prevista dell'obbligo di informare la polizia dei propri spostamenti, la *sottoposizione a un trattamento psicologico con finalità di recupero e sostegno*. Con questa previsione il trattamento terapeutico non solo rinforza il profilo della prevenzione speciale positiva, ma assume, anche ideologicamente, autonoma rilevanza, non essendo più relegato, come invece accade attualmente, a mera

modalità di esecuzione della pena ai sensi del comma 1-bis dell'art. 13-bis l. 26 luglio 1975, n. 354.