



MARTINA MILLEFIORINI*

L'AUTODETERMINAZIONE DELLA LIBERTÀ SESSUALE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO. PROSPETTIVE SUL CONSENSO**

Abstract [It]: L'autodeterminazione della libertà sessuale e il consenso in ambito sessuale sono concetti giuridici che hanno avuto interpretazioni molto diverse nell'ultimo secolo. Da una relativa assenza di considerazione per entrambi i principi all'interno dell'ordinamento, si è passati ad un fecondo dibattito politico, culturale e giuridico che continua a caratterizzare tali tematiche in Italia, in Europa e in Nordamerica. Il consenso nella sessualità è ora descritto all'interno di diversi ordinamenti giuridici e all'interno di convenzioni internazionali, ma diverse riflessioni e orientamenti continuano a innovare il dibattito sia a livello pubblico che nella teoria filosofica e giuridica.

Abstract [En]: The self-determination of sexual freedom and sexual consent are legal concepts that have had very different interpretations in the last century. From a relative lack of consideration for both principles within the legal system, we have moved on to a fruitful political, cultural and legal debate that continues to characterize these issues in Italy, Europe and North America. Consent in sexuality is now described within different legal systems and within international conventions, but different reflections and orientations continue to innovate the debate both at the public level and in philosophical and legal theory.

Parole chiave: Consenso, Autodeterminazione, Libertà sessuale, Diritto penale, Studi critici del diritto.

Keywords: Consent, Self-determination, Sexual freedom, Criminal law, Critical legal studies.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Antefatti necessari: la disciplina della sessualità nel Codice Zanardelli del 1889. – 3. La sessualità sottoposta alla pubblica morale: la disciplina del Codice Rocco del 1931. – 4. Gli interventi della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione sulla disciplina del Codice Rocco dopo l'instaurazione della Repubblica. – 5. L'impatto dei movimenti femministi dalla fine degli anni 60'. – 6. La Riforma del 1996 dei reati contro la violenza sessuale. – 7. Gli approdi recenti della giurisprudenza italiana e internazionale. L'adesione al modello di *affirmative consent*. – 8. Le problematiche del modello di *affirmative consent*. – 9. Il tema del consenso: tensioni contemporanee. – 10. Conclusioni.

* Assegnista di ricerca in Filosofia del diritto - Università di Roma Tre.

** Contributo sottoposto a *peer review*.

1. Premessa

La sessualità e il desiderio sessuale sono argomenti che hanno generato ampi dibattiti in tutte le discipline. I discorsi sul sesso, come indica Foucault, non fanno altro che disciplinarlo continuamente, nei diversi contesti, periodi storici e con diverse modalità. Questo saggio mira a ricostruire il dibattito giuridico sulla sessualità, in particolare quella femminile, concentrandosi soprattutto sull'evoluzione del diritto e della giurisprudenza intorno alla storica riforma sui reati sessuali compiuta dalla legge n. 66 del 15 febbraio 1996. L'obiettivo è delineare alcune prospettive sul significato del "consenso" e l'autodeterminazione della libertà sessuale all'interno dell'ordinamento giuridico italiano.

2. Antefatti necessari: la disciplina della sessualità nel Codice Zanardelli del 1889

Il primo Codice penale dell'Italia unificata detto 'Zanardelli' promulgato nel 1889¹ regolava i reati sessuali all'interno del Libro II, Titolo VIII rubricato 'Dei delitti contro il buon costume e l'ordine delle famiglie', al Capo I, dall'articolo 331 al 339. Il codice viene considerato la prima legge dell'Italia unificata che tratta questi reati con spirito «liberale»² in quanto aveva ridotto l'ampia punibilità prevista dalla codicistica precedente e voleva, almeno negli intenti, ridurre l'intromissione statale nella morale sessuale dei cittadini. Il codice ricalcava la disciplina dei reati sessuali introdotta da alcuni codici preunitari come quello toscano o napoletano³ e si poneva in contrasto con quella che può essere definita la disciplina sessuale di *ancien regime*. Benché non sia in questa sede possibile approfondire l'intera codificazione preunitaria, è utile tuttavia rintracciare alcune direttive comuni della disciplina in vigore prima del Codice Zanardelli. In linea generale, qualsiasi attività sessuale al di fuori del matrimonio e a fini procreativi era vietata (eccezion fatta per la prostituzione).

Nel corso dell'800⁴ la canonistica e le leggi laiche punivano lo 'stupro semplice', ovvero la sola congiunzione carnale con donna nubile 'di onesti costumi' o con donna coniugata⁴.

Era prevista un'aggravante qualora la donna fosse consacrata alla vita religiosa, mentre non si configurava reato in tutti i casi in cui la congiunzione carnale fosse condotta con una donna dedita alla prostituzione. Una tale configurazione di 'stupro semplice' trova giustificazione nella tutela che lo Stato accordava all'ordine delle famiglie e alla potestà maritale; inoltre, presumeva la mancanza di qualsivoglia 'volontà' sessuale delle donne, le quali potevano essere solamente (e presuntivamente) oneste oppure entrare nel circuito della prostituzione⁵. La sessualità femminile era strettamente legata alla funzione riproduttiva e al rapporto tra coniugi, in cui il marito vantava poteri sulla moglie e sulla

¹ La promulgazione del Codice avvenne con il R.D. 30 giugno 1889, n. 6133.

² C. DANUSSO, *Le leggi sullo stupro in Italia dal '700 al codice Rocco*, in V. JACOMETTI (a cura di), *Prevenzione e contrasto alla violenza contro le donne tra diritto e cultura*, Torino, Giappichelli, 2023, 106.

³ *Ibid.*, 106

⁴ G. CAZZETTA, *Paesumitur seducta. Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna*, Milano, Giuffrè editore, 1999, 112 ss.

⁵ *Ibid.*, 112 ss.

prole. Altre figure di reato erano lo ‘stupro qualificato’ ovvero quello ove vi fosse la ‘seduzione’ o *persuasio* della donna attraverso una finta promessa di matrimonio allo scopo di ottenere l’approccio sessuale e lo ‘stupro violento’ ove elementi qualificanti il reato erano la presenza di violenza o costrizione fisica o minaccia. Le donne erano, pertanto, considerate prive di autonoma volontà sessuale e sempre presuntivamente sedotte dall’uomo. Conseguentemente le pene prevedevano il ‘ripristino’ della presunta onestà e quello che era considerato l’ordine naturale delle famiglie attraverso l’obbligo a contrarre il matrimonio ‘riparatore’. Diversi codici preunitari, infatti, statuivano che l’uomo fosse condannato a sposare la donna in tutti i casi menzionati o, in alcuni specifici casi, di fornirla della ‘dote’ in quanto, verosimilmente, non avrebbe più potuto contrarre matrimonio a causa della ‘virtù perduta’. A seguito della Rivoluzione francese, la dottrina e i giudici di *civil law* hanno iniziato ad interrogarsi su questi reati, sia per i nuovi principi illuministici circolanti in tutta Europa circa l’eguaglianza tra uomini e donne, sia perché questo orientamento sanzionatorio risultava troppo indulgente rispetto a casi di aperta (o meno) malafede finalizzata ad ottenere la dote o il matrimonio e che generavano ulteriore scompiglio, di natura economico–sociale, alle famiglie⁶. In Italia, Gaetano Filangeri sottolineava, commentando il Codice penale napoletano, come queste misure fossero diventate odiose per la popolazione in quanto non di rado «le fanciulle», spesso in accordo con le famiglie, organizzavano veri e propri complotti e frodi al fine di ottenere il rapporto sessuale che avrebbe condotto al matrimonio o a ricche doti⁷. Filangeri proponeva l’eliminazione dello ‘stupro semplice’ e di quello ‘qualificato’ (tramite la ‘persuasione’) e di mantenere solamente quello ‘violento’, in modo da garantire il risarcimento alle donne che avessero subito un’ingiusta lesione della loro onestà⁸. Il giurista napoletano indicava come lo stupro violento fosse da ritenersi lesivo non solo dell’onestà ma anche della libertà della persona e, pertanto, doveva essere punito anche lo stupro della prostituta, benché le pene dovessero essere diverse in quanto lo stupro della ‘donna onesta’ rappresentava una lesione all’ordine delle famiglie⁹. Nel 1779 re Ferdinando IV del Regno di Napoli aboliva i due reati di stupro (semplice e qualificato) e manteneva solamente lo stupro violento imitato, nel corso dell’800’, da altri regni d’Italia¹⁰. La dottrina italiana era divisa tra chi riteneva che l’ordinamento non dovesse occuparsi delle questioni morali dei cittadini e chi invece riteneva fosse necessario perseguire l’onestà femminile e l’ordine economico-sociale delle famiglie¹¹.

Nel contesto di queste discussioni è stato promulgato il Codice Zanardelli del 1889 il quale, benché negli intenti ispirasse a non invadere la sfera sessuale dei cittadini, manteneva lo stupro violento e altri atti sessuali violenti quali baluardi della tutela dell’ordine familiare

⁶ C. DANUSSO, *Le leggi sullo stupro in Italia dal ‘700 al codice Rocco*, cit., 111.

⁷ *Ibid.*, 112.

⁸ C. DANUSSO, *Le leggi sullo stupro in Italia dal ‘700 al codice Rocco*, cit., 112.

⁹ *Ibid.*, 112.

¹⁰ Sul punto si rimanda all’ampia argomentazione in G. CAZZETTA, *Paesumitur seducta. Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna*, cit., 100 ss.

¹¹ C. DANUSSO, *Le leggi sullo stupro in Italia dal ‘700 al codice Rocco*, cit., 113.

e della morale sessuale¹². Il Codice, infatti, distingueva due fattispecie: quella dell'art. 331 c.p. 'violenza carnale' e quella dell'art. 333 c.p. 'atti di libidine violenti', con cui erano punite le condotte agite con violenza e minaccia ai fini della congiunzione carnale e di altri atti di 'libidine' al di fuori della congiunzione. Il Codice prevedeva, inoltre, all'art. 332 c.p. la violenza carnale mediante abuso d'autorità, di fiducia o di relazioni domestiche e prevedeva due specifiche discipline per le violenze agite su persone minorenni e per l'adulterio. Per quanto il Codice fosse ispirato da ideali illuministici e liberali e perseguisse, almeno negli intenti, la fine dell'intrusione statale nei comportamenti sessuali degli individui, i reati erano rubricati 'Dei delitti contro il buon costume e l'ordine delle famiglie'. Ancora una volta non veniva dato rilievo alla volontà e al consenso delle persone (ed in particolare delle donne) nella sessualità e la codificazione tutelava beni di natura pubblica ovvero i buoni costumi sessuali e l'ordine delle famiglie. Come ha sottolineato il giuspenalista Tullio Padovani: «l'interesse collettivo alla continenza sessuale conduceva a rinserrare l'attività sessuale entro due incriminazioni fondamentali, l'una consistente nell'adulterio, l'altra nello stupro: la prima (...) a reprimere le deviazioni sessuali delle donne coniugate, la seconda quelle delle donne nubili»¹³. Nella nuova disciplina dello stupro e degli atti di libidine violenti non bastava il semplice dissenso della donna per configurare la fattispecie criminosa, ma la presenza di violenza o minaccia. In tutti gli altri casi, la responsabilità ricadeva sulla donna in quanto l'eventuale insistenza non violenta al dissenso veniva considerata *vis grata puellae* che l'uomo poteva legittimamente utilizzare per ottenere il rapporto sessuale. Non solo, quindi, la volontà sessuale della donna non aveva alcun rilievo, ma le veniva addebitata la complicità con l'uomo in tutti i casi in cui non vi fosse una chiara minaccia o violenza fisica; in questo modo veniva disciplinato il comportamento femminile in quanto evitare ogni situazione di rischio era da considerarsi vera 'prova di onestà'. Le discipline precedenti al Codice Zanardelli presumevano l'assenza di qualsiasi volontà sessuale delle donne ad esclusione della sessualità a fini procreativi e/o all'interno del matrimonio rendendole, pertanto, prive e private di qualsiasi responsabilità nella seduzione; la nuova codificazione, invece, soprattutto grazie all'ispirazione dei nuovi ideali illuministici e liberali riconosceva il desiderio sessuale delle donne le quali, tuttavia, dovevano controllarlo e incanalarlo nel matrimonio, rischiando altrimenti di perdere l'onestà al di fuori dei casi previsti dalla legge.

Se le concezioni sulla presunta naturalità dell'inferiorità femminile sembravano superate¹⁴ e non riprodotte nella nuova legislazione, la stessa statuiva, tuttavia, la subordinazione delle donne alle famiglie e alla volontà maritale all'interno dell'ordinamento, disciplinandole a orientare la sessualità verso il matrimonio. Un'analoga regolazione è stata riproposta nel Codice Rocco del 1931 e sancirà il disciplinamento giuridico della sessualità fin quasi all'età contemporanea.

¹² *Ibid.*, 113.

¹³ T. PADOVANI, *Violenza carnale e tutela della libertà*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 4/1989, 1304.

¹⁴ G. DUBY, M. PERROT, *Storia delle donne in Occidente. Vol. 3. Dal Rinascimento all'età moderna*, in N. Z. DAVIS - A. FARGE, *Storia delle donne in Occidente*, Bari, Laterza, 2006, 53 ss. (v.o. 1996).

3. La sessualità sottoposta alla pubblica morale: la disciplina del Codice Rocco del 1931

Il Codice Rocco del 1931, promulgato¹⁵ in pieno ventennio fascista, riprendeva i contenuti del precedente Codice penale. La sistematica dei reati sessuali somigliava a quella del testo abrogato, ovvero all'interno del Libro II, Titolo IX, rubricato 'Della moralità pubblica e del buon costume'. L'unica rivelante novità era che invece dell'ordine delle famiglie, i reati dovevano tutelare la 'moralità pubblica'. Durante la dittatura fascista, l'etica o morale statale veniva fatta coincidere con l'etica del popolo e nel codice è possibile rintracciare in più parti la sovrapposizione tra interesse pubblico e interesse individuale sotto spinta politica e anche dottrina¹⁶. Un'altra importante novità del codice era la rubricazione del Capo I dove erano collocati i reati sessuali, che era intitolata 'Dei delitti contro la libertà sessuale' e da cui si evinceva l'influenza delle elaborazioni dottrinali liberali iniziate in precedenza e continuate nel commento al Codice Zanardelli. Il bene giuridico tutelato dai reati diventava, pertanto, la libertà sessuale, come puntualizzava la Relazione Ministeriale al progetto di codice: «la libertà sessuale è tutelata come libera disposizione del proprio corpo ai fini sessuali, entro i limiti del diritto e del costume sociale»¹⁷. Nella Relazione è riportato il parere contrario della Commissione parlamentare al principio di diritto, in quanto i componenti non ritenevano vi fosse una vera libertà sessuale e che, piuttosto, i bene giuridici tutelati fossero l'integrità fisica o beni spirituali come il pudore¹⁸.

Ma infine la Commissione accettò la dicitura in quanto non poteva essere negata la libertà di ognuno di disporre del proprio corpo a fini sessuali, anche se veniva riconosciuto il limite della 'moralità pubblica' che rubricava l'intero titolo. I giuspenalisti Fiandaca e Musco hanno sottolineato come l'elaborazione del principio della libertà sessuale fosse eredità della dottrina giuridica liberale che si era sviluppata in Italia ed in Europa e che era stata poi frenata dalla nuova dottrina pubblicistica sviluppatasi durante le dittature fascista e nazista¹⁹.

Invero la nuova disciplina era frutto del compromesso, certamente contraddittorio, tra la tutela del bene individuale - eredità della dottrina liberale - e tutela dei valori dello Stato fascista ove l'interesse individuale doveva comunque entrare nella cornice del più importante interesse pubblico²⁰. Le libertà degli individui erano, dunque, vincolate dallo status o dalla funzione ad ognuno assegnata dallo Stato e le donne erano chiamate ad alcuni specifici compiti pubblici. La sessualità doveva avere come scopo la procreazione nella famiglia legittima e l'interesse della nazione; inoltre, alle donne era affidato il compito 'pubblico' di rispettare e tutelare la potestà del padre e del marito nella casa, attraverso il

¹⁵ Promulgazione con il R. D. 19 ottobre 1930, n. 1398.

¹⁶ S. DI PINTO, "Amore per forza" e diritto penale: dalla violenza carnale alla violenza sessuale, in R. BONSIGNORI (a cura di), *Il Tuo Nome è Donna. Percorsi del femminile tra violenza e rinascita*, Roma, Gruppo Editoriale L'Espresso, 2014, 14 ss.

¹⁷ Relazione Ministeriale del Ministro Guardasigilli Rocco al Regio Decreto 19 ottobre 1930 – Anno VIII, n. 1398 (consultazione online).

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto Penale, parte speciale, Volume II, Tomo I, I delitti contro la persona*, Bologna, Zanichelli, 2011, 40 ss.

²⁰ S. DI PINTO, "Amore per forza" e diritto penale: dalla violenza carnale alla violenza sessuale, cit., 16.

lavoro domestico per la cura loro e della prole²¹. Il nuovo Codice prevedeva la distinzione, ricalcando il testo abrogato, tra il reato di violenza carnale (art. 519 c.p.) e atti di libidine violenti (art. 521 c.p.) diversi dallo stupro. In entrambi i casi non aveva valore il mero dissenso della persona offesa, ma era necessario provare la violenza o la minaccia. Era prevista la possibilità di estinzione dei reati attraverso il matrimonio ‘riparatore’ (art. 544 c.p.) ricalcando la precedente disciplina, seppure la finalità fosse diversa: non più la tutela dell’ordine delle famiglie nella società aristocratica e della nuova borghesia ottocentesca, bensì la tutela della pubblica morale (statale) per la quale la società era ordinata in famiglie ove, all’interno, ognuno assolveva un determinato compito per la nazione. Un tale disegno è evidenziato dall’introduzione dei nuovi reati di ‘ratto’ (rapimento) a fine di matrimonio, a fine di libidine o di persona minore degli anni 14 o inferma (artt. 522-524 c.p.). In questi casi le pene previste erano inferiori rispetto al ‘normale’ reato di sequestro di persona e, inoltre, era stabilita la circostanza attenuante (art. 525 c.p.) della restituzione spontanea della persona alla famiglia. Ma la più palese dimostrazione della costruzione dell’identità e della sessualità femminile come asservita all’interesse pubblico, piuttosto che all’interesse individuale, era la fissazione della circostanza aggravante di ratto di persona coniugata (art. 523 c.p.) e la non applicazione dei reati di violenza carnale e atti di libidine violenti all’interno dei rapporti di coniugio²². La libertà sessuale delle donne era, di fatto, confinata all’interno del matrimonio e legata alla riproduzione. Ancora una volta la disciplina giuridica era orientata non tanto a proteggere la sessualità delle donne e l’autonoma volontà sessuale quale bene individuale ma le lesioni delle funzioni pubbliche della sessualità, che potevano essere infrante solamente con un atto minaccioso e violento lesivo dell’ordine familiare/statale. In tutti gli altri casi la responsabilità ricadeva sulle donne, costringendole così a disciplinare il loro comportamento al fine di evitare rischi e di ledere gli interessi pubblici sulla sessualità.

4. Gli interventi della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione sulla disciplina del Codice Rocco dopo l’instaurazione della Repubblica

Il Codice Rocco del 1931 è rimasto in vigore anche a seguito dell’avvento della Costituzione repubblicana benché numerose modifiche siano state fatte in più parti per aderire ai nuovi precetti della carta costituzionale. In materia di reati sessuali una radicale riforma è stata effettuata dalla citata legge n. 66 del 15 febbraio 1996, di cui tratterà il prossimo paragrafo. Fino a quel momento diversi cambiamenti sono occorsi nella disciplina sulla sessualità con l’impegno della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione, seguendo i mutamenti storico-politici e sociali della società italiana che spingevano verso l’eguaglianza giuridica e materiale delle donne. Sotto questo profilo, i movimenti femministi che hanno preso avvio soprattutto dalla fine degli anni 60’ sono stati fondamentali per il

²¹ *Ibid.*, 16

²² S. DI PINTO, “*Amore per forza*” e diritto penale: dalla violenza carnale alla violenza sessuale, cit., 16.

cambiamento culturale, giurisprudenziale e politico che ha condotto alla riforma del 1996 e i successivi avanzamenti. Non è possibile fare una disamina puntuale dei cambiamenti dell'ordinamento in queste direzioni ma verranno presi in considerazione solamente i traguardi più importanti verso il riconoscimento della libertà sessuale quale bene giuridico meritevole di tutela. La costituzionalista Barbara Pezzini ha indicato come la giurisprudenza costituzionale si sia impegnata a più riprese per regolare i rapporti uomo-donna e che la nostra Costituzione, specialmente gli artt. 2 e 3 Cost. debbano essere letti come principi «anti-subordinazione di genere»²³. Ovvero non solamente principi che promuovono un'eguaglianza formale, ma che prevedono un 'affrancamento' o liberazione dalla storica subordinazione delle donne, cinte dal potere familiare ed escluse dalla vita pubblica²⁴. È utile quindi citare alcune sentenze importanti che possono essere considerate pietre miliari dell'interpretazione degli artt. 2 e 3 Cost. orientate verso l'eguaglianza tra uomini e donne.

La prima storica sentenza in questo senso è stata la pronuncia della Corte costituzionale del 19 dicembre 1968, n. 126, che ha sancito l'incostituzionalità del reato di adulterio femminile, previsto all'art. 559 c.p. del Codice Rocco, che comminava la reclusione fino ad un anno alle donne adultere, mentre il marito adultero era punito solamente nel caso del 'concubinato' ex art. 560 c.p., ovvero nel solo caso in cui avesse condotto l'altra donna alla casa coniugale o in altro luogo riconoscibile come abitazione dei soli due amanti. La pronuncia è stata seguita da altre sentenze sulla stessa tematica come la pronuncia della Corte costituzionale del 19 dicembre 1968, n. 127, che ha riconosciuto la pari dignità dei coniugi quale fattore necessario per il mantenimento dell'unità familiare²⁵. Ed ancora, le sentenze della Corte costituzionale del 23 maggio 1966, n. 46, e quella del 15 dicembre 1967, n. 144, hanno previsto l'obbligo di mantenimento della moglie quale correlativo ai privilegi della potestà maritale, fino ad approdare alla solidarietà economica all'interno del rapporto paritario tra coniugi con la pronuncia del 13 luglio 1970, n. 133. Le novità interpretative della giurisprudenza costituzionale e di legittimità hanno funto da 'apripista' alla riforma del diritto di famiglia (legge n. 151 del 19 maggio 1975) che ha riformulato il principio di unità familiare basandolo non su di un ordine gerarchico ma sulla pari dignità dei coniugi²⁶. La Corte si è pronunciata numerose volte contro le discriminazioni delle donne nel mondo del lavoro, ad esempio nella sentenza del 13 maggio 1960, n. 33 ove la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 7 della legge n. 1176 del 17 luglio 1919, che «assumeva il sesso femminile a fondamento di incapacità o di minore capacità per una categoria amplissima di pubblici uffici»²⁷; come anche nella sentenza dell'8 febbraio 1991, n. 61, pronunciandosi contro il licenziamento della lavoratrice madre. Altre importanti riforme degne di menzione sono l'introduzione del divorzio ovvero lo

²³ B. PEZZINI, *Tra eguaglianza e differenza: il ruolo della Corte costituzionale nella costruzione del genere*, in *Per i sessanta anni della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2017, 36.

²⁴ *Ibid.*, 37. Sul punto vedi anche M. D'AMICO, *Una parità ambigua. Costituzione e diritti delle donne*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2020, 33 ss.

²⁵ B. PEZZINI, *Tra eguaglianza e differenza: il ruolo della Corte costituzionale nella costruzione del genere*, cit., 47.

²⁶ *Ibid.*, 60.

²⁷ S. CECCHINI, *Un inciampo nel cammino dell'eguaglianza: la sentenza n. 1/2022 della Corte costituzionale sul reclutamento del personale educativo*, in *Federalismi.it*, n. 18/2022, 101.

scioglimento per mutuo consenso condizionato da un periodo di separazione dei coniugi (legge n. 898 del 1 dicembre 1970), l'abolizione del citato 'matrimonio riparatore' in caso di violenza sessuale ex art. 544 c.p. e del 'delitto d'onore' previsto dall'art. 587 c.p., che comminava una pena inferiore rispetto a quella prevista per l'omicidio nel caso in cui il marito avesse colto in flagrante la moglie nel commettere adulterio; entrambi gli articoli sono stati abrogati dalla legge n. 442 del 5 settembre 1981. L'abolizione del 'matrimonio riparatore' è avvenuta dopo il famoso caso di cronaca e la seguente mobilitazione delle donne a sostegno di Franca Viola, una donna siciliana che nel 1965 aveva rifiutato il matrimonio con il suo rapitore iniziando un'importante battaglia legale culminata, a livello politico, con la legge del 1981²⁸. Una ulteriore importante conquista di diritto è stata la legge che regola l'interruzione volontaria della gravidanza (aborto) con la legge n. 194 del 22 maggio 1978.

Dopo questa assai stringata disamina di riforme e pronunce della Corte costituzionale in direzione dell'eguaglianza tra uomini e donne nell'ordinamento giuridico è rilevante constatare l'assenza di modifiche volte alla tutela della libertà sessuale. La disciplina della sessualità del Codice Rocco, con i reati di violenza carnale e atti di libidine violenti, era ancora in vigore. La Corte costituzionale si è espressa solamente *a latere* sulla questione, senza mai pronunciarsi direttamente sulla libertà sessuale né sulla sua tutela. La stessa Corte ha, tuttavia, sancito nella pronuncia del 18 dicembre 1987, n. 561 che la libertà sessuale doveva essere considerata all'interno dell'art. 2 Cost. quale «uno degli essenziali modi di espressione della persona umana»²⁹. Nel caso di specie i giudici avevano riconosciuto la risarcibilità del danno morale in capo a persone offese da violenza sessuale in tempo di guerra. Una parte della dottrina penalistica ha sottolineato come la Corte costituzionale abbia evitato di pronunciarsi sui reati di violenza sessuale per non ricadere in una palese violazione della riserva di legge penale in quanto ne sarebbe scaturita una sentenza manipolativa in *malam partem* della disciplina in vigore³⁰. Invero la Corte costituzionale si è pronunciata in modo rilevante sul consenso in ambiti diversi da quelli della sessualità, andando però a influire in modo significativo sulla libertà sessuale e l'autodeterminazione sessuale. La Corte ha infatti affermato il principio del consenso e dell'autodeterminazione nell'ambito della salute combinando gli artt. 2,13 e 32 Cost. a tutela della pratica del consenso informato e per evitare ingerenze sgradite nell'ambito della salute dei cittadini.

Nella sentenza 22 ottobre 1990, n. 471, la Corte ha affermato che il rispetto della persona umana significa il rispetto di tutte le «convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche globali» che definiscono la sua identità³¹. Nella stessa pronuncia la Corte ha chiarito un orientamento perseguito frammentariamente fino a quel momento, ovvero il rilievo pubblicistico del diritto alla salute declinato come diritto al benessere sia fisico ma anche,

²⁸ B. POZZO, *I diritti delle donne tra diritto privato e diritto pubblico*, in V. JACOMETTI (a cura di), *Prevenzione e contrasto alla violenza contro le donne tra diritto e cultura*, Torino, Giappichelli, 2023, 91.

²⁹ Corte cost., sent. n. 561/1987, Considerazioni di diritto n. 2.

³⁰ N. ZANON, *Corte costituzionale e norme penali di favore: verso un sindacato sulle scelte politico-criminali?*, in L. ZILLETTI - F. OLIVA (a cura di), *Verso un sindacato di legittimità sulle scelte politico-criminali?*, Pisa, ETS, 2007, 53 ss.

³¹ Corte Cost., sent. 471/1990

in aggiunta, psichico. Così inteso il diritto alla salute significa non solo la non ingerenza dei poteri pubblici nella sfera privata, ma anche il diritto e la libertà di autodeterminarsi quale principio seguito dall'ordinamento per il pieno sviluppo della persona³². Come sottolineato da Giovanni Marini, questa elaborazione giurisprudenziale stabilisce il principio del consenso e dell'autodeterminazione oltre il solo ambito della salute, facendone un baluardo di tutela della persona valido in tutto l'ordinamento³³. L'autodeterminazione non è quindi solamente intesa come 'libertà da', ma anche 'libertà di', libertà che deve essere perseguita dall'ordinamento a tutela dell'art. 2 Cost. Nel parziale silenzio della giurisprudenza costituzionale in materia di libertà sessuale, la dottrina soprattutto penalistica, invece, aveva già dato rilievo alla libertà sessuale depurandola dai riferimenti anacronistici della moralità e del buon costume e considerandola un diritto fondamentale della persona ex art. 2 Cost.³⁴.

Ma è stata soprattutto la giurisprudenza di legittimità a plasmare i contenuti del Codice Rocco in direzione di una maggiore attenzione alla tutela della libertà sessuale e al consenso all'attività sessuale. È infatti necessario citare alcune rilevanti sentenze della Corte di Cassazione che hanno pian piano affievolito il concetto di *vis atrox* o forza irresistibile per la configurazione dei reati di violenza carnale e di atti di libidine violenti. La sentenza della Corte di Cassazione del 19 novembre 1965, n. 464³⁵, ha stabilito che per la consumazione del reato di violenza carnale, la violenza poteva essere di qualunque entità purché contrapposta e vincente alla resistenza della persona offesa; se non era più necessario che la violenza fosse 'invincibile', era comunque necessario che ci fosse una 'prova fisica di resistenza' opposta, senza dare (ancora) rilievo al mero dissenso della persona. Il limite minimo dell'oscillazione interpretativa era ancora costituito dalla *vis grata puellae*, di cui alcune pronunce continuavano ad escludere la rilevanza penale in quanto forma di violenza 'minore'³⁶. Per citare un esempio, ancora la Suprema Corte stabiliva che per la sussistenza del reato di violenza carnale occorreva «la piena prova di una congiunzione carnale avvenuta non soltanto nel dissenso, ma anche nel vano tentativo di una resistenza effettiva e concreta, sopraffatta dalla violenza dell'agente»³⁷. Questo tipo di interpretazione, come si vedrà, è stata mantenuta dai giudici di legittimità fin quasi ai nostri giorni. Un'altra rilevante pronuncia della Corte di Cassazione è stata quella che ha previsto l'illiceità della violenza sessuale nei rapporti di coniugio³⁸. Altra importante pronuncia è quella che ha allargato la fattispecie anche alla violenza 'impropria', ovvero quella violenza a danno di persona ingannata, incapace o resa coscientemente non in grado di opporre resistenza³⁹. I giudici

³² S. ROSSI, *Corpo (atti di disposizione sul)*, in R. SACCO (a cura di) *Digesto delle discipline privatistiche*, Roma, Utet Giuridica, 2012, 232.

³³ G. MARINI, *Il consenso*, in S. RODOTÀ – M. C. TALLACHINI (a cura di), *Trattato di biodiritto. Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, Giuffrè, 2010, 361.

³⁴ G. FIANDACA, *Buon costume: III) Moralità pubblica e buon costume*, in *Enciclopedia Giuridica*, Roma, Treccani, 1988, 2 ss.

³⁵ Cass. pen. 19 novembre 1965, n. 464.

³⁶ G. CALETTI, *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali. Profili storici, comparati e di diritto vivente*, Bologna, Bologna University Press, 2023, 156.

³⁷ Cass. pen. 19 dicembre 1967, n. 752.

³⁸ Cass. pen., Sez. III, 16 febbraio 1976, n. 12855.

³⁹ Cass. pen., Sez. III, 20 gennaio 1986, n. 753.

hanno similmente disposto sul caso di alcuni medici che avevano abusato di una paziente non in grado di resistere alla violenza in quanto incosciente⁴⁰. Inoltre, gli ermellini hanno stabilito che gli atti “repentini” ovvero tali da non mettere in condizione la persona di resistere erano da considerarsi parimenti atti di libidine violenti anche senza la presenza di immediata resistenza contrapposta⁴¹. E ancora, la giurisprudenza di legittimità è giunta a riconoscere che alcune situazioni ‘ambientali’ particolarmente coartanti erano sufficienti a configurare il reato di violenza carnale anche senza alcun atto di resistenza evidente da parte della persona offesa⁴². In quest’ultimo caso preso in esame dai giudici, la violenza era stata riconosciuta nei confronti di una donna che si trovava da sola all’interno di una casa sita in una via isolata ove aveva subito l’aggressione. Gli esempi citati dimostrano come la giurisprudenza avesse già compiuto avanzamenti interpretativi rilevanti in materia di consenso prima delle modifiche introdotte della legge del 1996. Tuttavia, il solo dissenso ancora non veniva valutato ai fini dell’applicazione del reato né tantomeno veniva dato rilievo all’autodeterminazione della libertà sessuale della persona. Cionondimeno, la prova della violenza e della resistenza fisica perdevano centralità, diventando sempre meno rilevanti per la configurazione del reato.

5. L’impatto dei movimenti femministi dalla fine degli anni 60’

I movimenti femministi degli anni 70’ e 80’ hanno fornito un contributo fondamentale ai mutamenti giurisprudenziali e legislativi citati. Dal 1968 irrompevano in Italia e in gran parte dei paesi europei e nordamericani movimenti di donne che hanno portato alla luce la portata strutturale della violenza di genere⁴³. I movimenti femministi non solo denunciavano la disuguaglianza tra donne e uomini nella sfera pubblica ovvero nella rappresentanza politica e nel mondo del lavoro, ma soprattutto la riproduzione costante di stereotipi e pregiudizi che le riportavano alla subordinazione agli uomini in ogni ambito della vita. Il grande portato di questi movimenti femministi detti della ‘seconda ondata’, per differenziarsi da quelli della ‘prima ondata’ sviluppatasi all’inizio del secolo e che lottavano per l’eguaglianza formale di diritto⁴⁴, è stato lo sviluppo di pratiche di ‘autocoscienza’ e del ‘partire da sé’, ovvero ricostruire l’esperienza individuale rispetto alle narrazioni imposte dall’esterno ovvero dalla narrazione maschile. Ed è soprattutto per quanto riguarda la libertà sessuale e, di contrasto, la violenza sessuale, che i movimenti femministi hanno svelato il disconoscimento della libertà sessuale delle donne a livello privato e, conseguentemente, anche nelle leggi sulla violenza. Carla Lonzi nel noto testo ‘Sputiamo su Hegel’, ha messo in luce come il desiderio sessuale femminile sia stato definito e/o inquinato da quello

⁴⁰ Cass. pen., 9 aprile 1976, n. 353.

⁴¹ Cass. pen., Sez. III, 3 aprile 1951, n. 1468.

⁴² In Cass. pen., Sez. III, 20 gennaio 1986, n. 753.

⁴³ Libreria delle donne di Milano, *Non credere di avere diritti. La generazione della libertà femminile nell’idea e nelle vicende di un gruppo di donne*, Torino, Rosenberg & Sellier, 2018, 12 ss.

⁴⁴ L. RE, *Femminismi e diritto: un rapporto controverso*, in O. GIOLO, M. BERNARDINI (a cura di), *Le Teorie critiche del diritto*, Pisa, Pacini Giuridica, 2015, 177 ss.

maschile⁴⁵. Non solo la sessualità femminile, secondo la filosofa, è appiattita alle sue implicazioni riproduttive ma è, inoltre, plasmata dal desiderio erotico maschile⁴⁶. Di conseguenza, la legge penale sulla violenza sessuale può essere letta come l'adeguamento giuridico alla sessualità maschile, che considera normale la soddisfazione dell'uomo senza che abbia valore la volontà sessuale delle donne. La libertà sessuale delle donne non aveva alcun rilievo per il diritto e anche il dissenso non conduceva all'applicazione dei reati di violenza in mancanza di un atto di resistenza. Conseguentemente, per le teoriche femministe la violenza sessuale non era tanto un fatto eccezionale, bensì fenomeno strutturale che si unisce alla violenza e alla subordinazione di genere sistemica. Questo comportava che lo stupro non è da attribuirsi ad un unico individuo 'deviato', secondo spiegazioni psicopatologiche e antropologiche, ma un fenomeno diffuso e fondante il sistema sociale⁴⁷. Tali considerazioni hanno condotto una parte del movimento femminista a ritenere il diritto come qualcosa di intrinsecamente maschile e da cui bisogna diffidare rispetto alla possibilità che possa offrire una reale tutela⁴⁸. Un'altra parte del movimento femminista italiano considerava invece la modifica della legge penale vigente un risultato dal significato quanto meno simbolico, se avesse riconosciuto propriamente la libertà sessuale delle donne quale bene giuridico meritevole di tutela. Inoltre, grazie al lavoro di giuriste come la statunitense Catharine MacKinnon si era diffusa l'opinione per cui il processo fosse invece un luogo fondamentale per combattere la violenza di genere⁴⁹. La forza del movimento femminista e la sua influenza nella società italiana è stata particolarmente visibile a seguito di terribili fatti di cronaca come il massacro del Circeo del 1975 e il successivo famoso documentario 'Processo per stupro' del 1979 che ha avuto un'ampia risonanza in Italia. All'interno del documentario sono state riprodotte registrazioni video di numerose udienze di processi per violenza sessuale per rendere noto al pubblico l'atteggiamento dei difensori degli imputati che utilizzavano molti pregiudizi e stereotipi di genere nei confronti delle persone offese al fine di minare la credibilità della denuncia e dimostrare il consenso all'atto. Come sottolineato dalla filosofa e sociologa del diritto italiana Tamar Pitch, nel processo per violenza sessuale la donna si trasforma «da vittima a imputata», in quanto l'atteggiamento processuale tende a minare la credibilità della denuncia attraverso la ricerca di prove sempre più invasive e minuziose per provare il dissenso e la resistenza all'atto⁵⁰. La stessa autrice riteneva che il processo e l'intero sistema penale non potessero essere considerati luoghi di tutela per le donne e che, pertanto, la maggior parte delle violenze sessuali rimaneva senza denuncia e senza giustizia⁵¹. In quegli stessi anni all'interno del movimento femminista sono nati i primi centri antiviolenza, luoghi in cui le donne potevano trovare rifugio e supporto in caso di violenze sessuali, domestiche e, in generale, di tutte le violenze di genere. Nel 1979, inoltre, è stata presentata da varie

⁴⁵ C. LONZI, *Sputiamo su Hegel e altri scritti*, Milano, La Tartaruga, 2023, 24 ss.

⁴⁶ *Ibid.*, 24 ss.

⁴⁷ T. PITCH, *Un diritto per due. La costruzione giuridica di sesso, genere e sessualità*, Milano, Il Saggiatore, 1998, 112 ss.

⁴⁸ L. CIGARINI, *La politica del desiderio e altri scritti*, Nocera inferiore, Orthotes, 2022, 11 ss.

⁴⁹ C. MACKINNON, *Feminism Unmodified. Discourses on life and law*, Boston, Harvard University Press, 1987, 11 ss.

⁵⁰ T. PITCH, *Un diritto per due. La costruzione giuridica di sesso, genere e sessualità*, cit., 120.

⁵¹ *Ibid.*, 120.

associazioni femministe come l'Unione delle donne italiane (UDI) e il Movimento di liberazione delle donne (MLD) la prima proposta popolare di modifica della legge penale sui reati sessuali.

6. La Riforma del 1996 dei reati contro la violenza sessuale

La proposta popolare di modifica della disciplina dei reati sessuali ha dato avvio ad un lungo processo parlamentare che si concluse quasi vent'anni dopo con la legge n. 66 del 15 febbraio 1996 intitolata 'Legge di riforma dei reati contro la violenza sessuale'. È interessante notare come la spinta della società civile al cambiamento della disciplina era accolta anche da larga parte della dottrina penalistica che auspicava una modifica più ampia del Codice Rocco⁵² come dimostrato, ad esempio, dalla formazione della 'Commissione Pagliaro', dal nome di Antonio Pagliaro, professore di diritto penale, a cui il Ministro della Giustizia Giuliano Vassalli (Partito socialista italiano) aveva commissionato un nuovo progetto di Codice penale più aderente ai principi della carta costituzionale⁵³. La Commissione iniziò i lavori nel 1988 e propose una bozza di codice nel 1991. All'interno della proposta di codice i reati 'contro la libertà sessuale' (così denominati) prendevano posto all'interno del titolo sui reati 'contro la libertà personale'⁵⁴. Nella relazione introduttiva al progetto era esplicitato che nei: «reati contro la libertà sessuale, essendo opinione maturata che il vero bene offeso non è, come nel codice del 1930, la "moralità pubblica", ma la libertà della persona in ordine alla propria sessualità, la quale libertà deve considerarsi offesa - e perciò la nuova denominazione di stupro - in presenza di un "dissenso", non essendo necessaria la violenza o la minaccia (previste come aggravanti) e, quindi, una previa opposizione attiva (ben potendo essere dissenziente la persona non reagente, es.: perché terrorizzata o per evitare mali più gravi). Ciò al fine di evitare la non punibilità di fatti posti in essere senza violenza o minaccia ma pur sempre contro la volontà della vittima, o gli sforzi giurisprudenziali per ravvisare violenze in realtà non esistenti e così mimetizzare una analogia in *malam partem*»⁵⁵. Il progetto di codice naufragò e la riforma del 1996 non seguì gli orientamenti indicati dalla Commissione. I penalisti Fiandaca e Musco, sin dai loro primi commenti alla riforma hanno sottolineato come questa fosse stata spinta da «(...)un profondo mutamento dei costumi sessuali, frutto del rapido mutamento del modo di vivere e del fenomeno della emancipazione femminile, (che) ha contribuito all'elaborazione di una concezione della sessualità come imprescindibile estrinsecazione della libertà della persona e dei valori ad essa connessi ed ha evidenziato in maniera oltremodo significativa gli effetti dirompenti della violenza sessuale sulla intera personalità

⁵² S. DI PINTO, "Amore per forza" e diritto penale: dalla violenza carnale alla violenza sessuale, cit., 20.

⁵³ *Ibid.*, 20.

⁵⁴ Relazione Commissione Pagliaro, Relazione alla bozza di articolato. Testo del disegno di legge sulla delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione di un nuovo Codice penale parte generale e parte speciale, 25 ottobre 1991.

⁵⁵ *Ibid.*

della vittima»⁵⁶. Gli autori hanno sottolineato come le innovazioni della riforma, invece, siano state perlopiù simboliche⁵⁷. I delitti contro la libertà sessuale venivano spostati dal titolo ‘sui delitti contro la moralità pubblica e il buon costume’ (IX) al titolo ‘dei delitti contro la libertà personale’ (XII). Questo spostamento ha sancito la libertà sessuale come oggetto di tutela specifica in quanto bene giuridico personale ed inviolabile, rompendo la contraddittorietà della formulazione precedente che, seppure avesse già inserito gli articoli all’interno di un apposito capo rubricato ‘delitti contro la libertà sessuale’, li manteneva nel titolo dei delitti contro la moralità pubblica e il buon costume, creando problemi interpretativi nello stabilire quale fosse effettivamente l’oggettività giuridica dei reati sessuali⁵⁸.

Il nuovo articolato è composto da nove articoli (609 *bis* – 609 *decies* c.p.). La disciplina della violenza sessuale è ora contenuta interamente all’interno dell’articolo 609 *bis* rubricato ‘violenza sessuale’, con l’abrogazione della violenza carnale (ex art. 519 c.p.) e atti di libidine violenti (ex art. 521 c.p.). L’art. 609 *bis* prevede al I comma:

«Chiunque, con violenza o minaccia o mediante abuso di autorità costringe taluno a compiere o subire atti sessuali è punito con la reclusione da sei a dodici anni»⁵⁹.

All’interno della dicitura ‘atti sessuali’ sono ricompresi non solo gli atti di congiunzione (stupro) ma tutti gli altri atti che possano dirsi ‘sessuali’. L’unificazione del reato è stata fortemente voluta dai movimenti femministi che avevano denunciato come le donne venissero sottoposte ad indagini molto invasive, e che creavano «assurde distinzioni tra le diverse parti del corpo della donna⁶⁰», al fine di comprendere se la violenza ricadesse all’interno della precedente congiunzione carnale o negli atti di libidine violenti in quanto prevedevano pene diverse⁶¹. Fiandaca e Musco hanno sostenuto che la legge possa essere considerata la tipica «legge manifesto»⁶² in quanto ha mantenuto l’assetto precedente, fissando la violenza e la minaccia quali elementi tipici della condotta «daddove invece avrebbe dovuto elevare ad oggetto della tutela la libertà in sé, indipendentemente da coartazioni che si traducano nell’uso di violenza o di minacce»⁶³. Gli autori hanno aggiunto che: «la riforma non può che considerarsi fallimentare, a dispetto dei tanti trionfalismi che ne hanno accompagnato la nascita. Se si pensa che altri interessi individuali, quale ad esempio l’invulnerabilità del domicilio, sono protetti sulla sola base del dissenso, si capisce immediatamente quanto arretrata sia la tutela di libertà di autodeterminazione sessuale realizzata dalla legge simbolo n. 66 del 1996»⁶⁴.

⁵⁶ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto Penale, parte speciale*, cit., 230.

⁵⁷ *Ibid.*, 230.

⁵⁸ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto Penale, parte speciale*, cit., 230.

⁵⁹ La pena è stata aumentata da quella originariamente prevista dall’ art. 13 comma 1 della L. 19 luglio 2019 n. 69.

⁶⁰ M. VIRGILIO, *Corpo di donna e legge penale. Ancora sulla legge contro la violenza sessuale*, in *Democrazia e diritto: rivista critica di diritto e giurisprudenza*, n.1/1996, 11.

⁶¹ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto Penale, parte speciale*, cit., 230.

⁶² *Ibid.*, 233.

⁶³ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto Penale, parte speciale*, cit., 234.

⁶⁴ *Ibid.*, 234.

Il resto dell'articolo prevede, al II comma, la violenza sessuale per «induzione»⁶⁵ ovvero la violenza agita approfittando di condizioni di inferiorità fisica o psichica o inganno sulla persona (sostituzione di persona). Al III comma è prevista una riduzione di pena per casi 'di minore gravità'. Novità che possono considerarsi positive sono la genericità delle persone che possono commettere il reato, compreso il coniuge, eliminando ogni dubbio interpretativo che sorgeva con la vecchia formulazione; inoltre, chiunque può essere vittima di reato, comprese le donne che esercitano la prostituzione⁶⁶. Inoltre, la genericità della definizione 'atti sessuali' permette la punibilità non solamente degli atti di congiunzione carnale (stupro), ma tutti quelli che, per rilevanze extragiuridiche, possano ledere la libertà sessuale della persona⁶⁷. Come sottolineato nel corso del paragrafo, la riforma non ha introdotto i contenuti desiderati dalla società civile e dalla stessa dottrina penalistica. La libertà sessuale delle donne, intesa come autodeterminazione della sfera sessuale e diritto intrinseco ed inviolabile della persona non trova ancora pacifica collocazione all'interno del diritto penale. Tamar Pitch ha, tuttavia, affermato che le iniziative intorno alla riforma, compresa la riforma stessa, hanno avuto il grande merito in Italia di porre all'attenzione del femminismo e della società civile il tema del consenso⁶⁸. Se infatti la disposizione è rimasta immutata, la giurisprudenza successiva ha di fatto ampliato, se non addirittura modificato, il significato letterale della disposizione. Inoltre, il tema del consenso ha cominciato ad essere oggetto di fecondi dibattiti che ne aumentano la complessità teorica nonché giuridica se lo si inserisce all'interno del sistema penale e ai diritti garantiti all'imputato. Alcuni studiosi di diritto penale hanno iniziato a problematizzare la complessità della comunicazione sugli stati d'animo e sulla stessa sessualità che possono intercorrere, ad esempio, tra *partners*, soprattutto in quei casi in cui non vi sia una evidente cattiva fede da parte dell'agente e nessun particolare segno di 'dissenso reale'⁶⁹. In questi casi la dottrina penalistica quasi all'unanimità sottolinea come nel processo penale debba valere solido il principio dell'*in dubio pro reo* dell'art. 59, IV comma, c.p. che escluderebbe la punibilità⁷⁰. E sul punto sembrano calzanti le parole di Pitch quando afferma che «la violenza sessuale, così come viene percepita e vissuta dalle donne, è irriducibile “al” e intraducibile “nel” diritto penale»⁷¹.

⁶⁵ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto Penale, parte speciale*, cit., 236.

⁶⁶ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto Penale, parte speciale*, cit., 237.

⁶⁷ *Ibid.*, 239.

⁶⁸ T. PITCH, *Un diritto per due. La costruzione giuridica di sesso, genere e sessualità*, cit., 200.

⁶⁹ F. MANTOVANI, *Diritto penale. I delitti contro la libertà e l'intangibilità sessuale. Appendice ai delitti contro la persona*, Padova, Cedam, 1998, 136 ss.

⁷⁰ *Ibid.*, 136 ss.

⁷¹ T. PITCH, *Un diritto per due. La costruzione giuridica di sesso, genere e sessualità*, cit., 176.

7. Gli approdi recenti della giurisprudenza italiana e internazionale. L'adesione al modello di *affirmative consent*

A seguito della riforma la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha stravolto la portata dell'articolo accompagnata, inoltre, dalle indicazioni che provengono dalla giurisprudenza internazionale e da alcune convenzioni internazionali recenti. Senza poter compiere una disamina accurata della giurisprudenza di legittimità, è necessario menzionare almeno le pronunce più rilevanti occorse dopo la riforma del 1996. Nella sentenza della Cassazione penale del 21 gennaio 2000, n. 2512⁷² la Corte ha previsto che il dissenso (espresso sia in forma esplicita che tacita) non deve necessariamente essere ripetuto in modo continuativo nel tempo, ma basta che sia espresso una sola volta per configurare il reato. I giudici hanno, inoltre, stabilito nella stessa pronuncia che la persona deve ritenersi non consenziente quando non sia stata messa nelle condizioni di poter esercitare una valida difesa. Ed ancora, la pronuncia ha previsto che è configurabile la violenza anche nei casi in cui non vi sia stato un annullamento della libertà della persona ma anche nei casi in cui sia stata «minata la libera determinazione all'atto sessuale», ovvero in tutti quei casi in cui le modalità dell'atto non siano state consensuali⁷³. La sentenza della Cassazione penale 24 febbraio 2004, n. 25727⁷⁴ ha previsto che il consenso deve perdurare per l'intera durata del rapporto e qualora il consenso inizialmente prestato venga poi revocato, si ricade nella fattispecie della violenza. Nella nota sentenza sempre della Cassazione penale 19 marzo 2019, n. 20780⁷⁵ gli ermellini hanno stabilito che per la configurazione del reato non è necessario vi sia dissenso espresso, bastando il mancato consenso espresso anche in forma tacita; ovvero quando la persona non abbia attivamente espresso, anche tacitamente, di consentire all'atto. Nella sentenza la Corte ha chiarito che «l'esimente putativa del consenso dell'avente diritto non è configurabile nel delitto di violenza sessuale, in quanto la mancanza del consenso costituisce requisito esplicito della fattispecie e l'errore sul dissenso si sostanzia in un errore inescusabile sulla legge penale»⁷⁶. Quest'ultima interpretazione è stata mantenuta dalla Suprema Corte e ripetuta anche nella recentissima sentenza di Cassazione penale del 10 maggio 2023, n. 19599⁷⁷. Secondo questo importantissimo orientamento, è applicabile il reato di violenza sessuale non solamente quando sia stato opposto dissenso quale 'forma di resistenza' verbale e fattuale ma anche quando non vi sia espresso o tacito consenso fornito dalla persona all'atto sessuale. Questa interpretazione non solo rovescia il significato letterale dell'art. 609 *bis*, I comma, ma riconosce il consenso all'atto sessuale quale unico bene tutelato nella fattispecie di reato. Con questa pronuncia i giudici dimostrano di non dare rilievo al solo 'dissenso' ma di andare oltre, ponendo come bene giuridico tutelato il consenso e l'autodeterminazione della libertà sessuale, come esplicitato nella stessa sentenza. Sembra, pertanto, che secondo l'interpretazione dei giudici della Suprema Corte,

⁷² Cass. pen., Sez. III, 21 gennaio 2000, n. 2512.

⁷³ *Ibid.*, motivazione in diritto.

⁷⁴ Cass. pen., Sez. III, 24 febbraio 2004, n. 25727.

⁷⁵ Cass. pen., Sez. III, 19 marzo 2019, n. 20780.

⁷⁶ *Ibid.*, motivazione in diritto.

⁷⁷ Cass. pen., Sez. III, 10 maggio 2023, n. 19599.

la sessualità non sia semplicemente un'attività che le donne possono consentire o meno, ma un'attività volontaria per la quale è necessario esprimere un consenso in forma espressa o tacita. Una tale interpretazione sembra influenzata dalla definizione di consenso inteso come autodeterminazione della persona affermato dalla Corte costituzionale e descritta nei paragrafi precedenti⁷⁸.

Utilizzando termini del femminismo e della dottrina penalistica statunitense sulla violenza sessuale, anche in Italia la giurisprudenza è passata dal riconoscimento del modello 'no significa no' (*No means no*) alla fissazione del principio del 'sì significa sì' (*Yes means yes*)⁷⁹. Questo modello è definito '*affirmative consent*' (o *Yes Model*)⁸⁰ ed è ormai stato assunto dalla giurisprudenza di legittimità, anche se esistono ancora pronunce discordanti in seno alla stessa Cassazione, mentre la giurisprudenza di merito ancora non segue in modo uniforme le novità interpretative della Suprema corte⁸¹. Il modello di *affirmative consent* è stato di recente acquisito anche dalla giurisprudenza internazionale europea. Storica in questo senso è la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 4 dicembre 2003, causa 39272/98, *M. C. c. Bulgaria* ove la Corte ha imposto, ai sensi degli artt. 3 e 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) di adottare tutte le misure penali necessarie affinché venga tutelata la libertà di autodeterminazione della libertà sessuale e il consenso alle attività sessuali. In particolare, la Corte ha affermato che devono essere puniti tutti gli atti sessuali con persona dissenziente senza imporre determinate modalità di condotta violenta. Un caposaldo della tutela del consenso è la Convenzione di Istanbul del 2011 'Sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica'⁸² ove all'art. 36 viene specificato al I comma che la Convenzione obbliga le parti ad adottare «misure legislative o di altro tipo necessarie per perseguire penalmente i responsabili dei seguenti comportamenti intenzionali: a) atto sessuale non consensuale con penetrazione vaginale, anale o orale compiuto su un'altra persona con qualsiasi parte del corpo o con un oggetto; b) altri atti sessuali compiuti su una persona senza il suo consenso; c) il fatto di costringere un'altra persona a compiere atti sessuali non consensuali con un terzo». Il II comma invece, specifica che «il consenso deve essere dato volontariamente, quale libera manifestazione della volontà della persona, e deve essere valutato tenendo conto della situazione e del contesto». Il medesimo orientamento è inserito all'interno della recentissima proposta di Direttiva dell'Unione Europea 'sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica'⁸³ del 2022, in cui all'art. 5, comma n. 2, viene specificato che: «Gli Stati membri provvedono affinché per "atto non consensuale" sia inteso l'atto compiuto senza il consenso volontario della donna o senza che la donna sia in grado di esprimere una libera

⁷⁸ Vedi *infra* par. 2.

⁷⁹ G. CALETTI, *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali. Profili storici, comparati e di diritto vivente*, cit., 158.

⁸⁰ *Ibid.*, 158.

⁸¹ Sul punto vedi G. CALETTI, *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali. Profili storici, comparati e di diritto vivente*, cit., 223- 229.

⁸² Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, Istanbul, 11 maggio 2011, Serie dei Trattati del Consiglio d'Europa – N° 210.

⁸³ Proposta di DIRETTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica {SEC (2022) 150 final} - {SWD (2022) 60 final} - {SWD (2022) 61 final} - {SWD (2022) 62 final} - {SWD (2022) 63 final}, Strasburgo, 8.3.2022, COM (2022) 105 final, 2022/0066 (COD).

volontà a causa delle sue condizioni fisiche o mentali (...)»⁸⁴. E al seguente comma n. 3 viene esplicitato «Il consenso deve poter essere revocato in qualsiasi momento nel corso dell'atto. L'assenza di consenso non può essere contestata sulla sola base del silenzio della donna, dell'assenza di resistenza verbale o fisica o del suo comportamento sessuale passato».

Il modello di *affirmative consent* è stato adottato anche da diverse legislazioni europee e internazionali di *common law* e di *civil law*: il codice penale canadese ha fatto proprio il *Yes Model* definendo il consenso come l'accordo volontario prestato mediante parole o azioni in modo da escludere il silenzio o la mera passività come comportamenti sufficienti a dimostrare la volontà di compiere atti sessuali; una formulazione giuridica simile è adottata dalle legislazioni in materia di reati sessuali di Svezia e Regno Unito. In Germania, a seguito della riforma del 2016 sono puniti gli atti sessuali senza consenso, cioè commessi 'contro la volontà riconoscibile' della persona. E parimenti la *Ley Orgánica 10/2022 de garantía integral de la libertad sexual* entrata in vigore in Spagna nel 2022, stabilisce che vi è consenso quando sia manifestato liberamente tramite atti verbali o fatti espliciti. In Italia è ancora in vigore la disciplina dell'art. 609 *bis* e non sono previste modifiche o proposte di legge con l'obiettivo di cambiare il contenuto dell'articolo. La giurisprudenza, tuttavia, come ampiamente argomentato, ha di fatto assunto l'*affirmative model* anche se sarebbe senz'altro ben gradita una ulteriore modifica della legge, sia per evitare che formalmente i giudici operino *in malam partem*, come ritiene una parte della dottrina penalistica⁸⁵, sia per aderire ai principi espressi da trattati internazionali vincolanti come la CEDU e la Convenzione di Istanbul (ratificata dall'Italia con la legge n. 77 del 27 giugno 2013).

8. Le problematiche del modello di *affirmative consent*

Il modello dell'*affirmative consent* nasce negli Stati Uniti nel 1991 all'Antioch College in Ohio grazie alla spinta dei movimenti studenteschi che lo hanno introdotto all'interno dei regolamenti universitari seguito, successivamente, da altri atenei statunitensi. Il modello è stato oggetto di rinnovato interesse grazie al movimento 'Me Too' che ha segnato gli ultimi dieci anni di dibattito negli Stati Uniti e ha condotto, come osservato, a modifiche legislative e giurisprudenziali in diversi paesi. Ma il tema del consenso, sin dagli anni 80' ha attivato numerosi dibattiti sia in Italia che negli Stati Uniti mai del tutto sopiti. Le posizioni più rilevanti in nordamerica erano quelle del femminismo definito 'radicale', di cui una delle massime esponenti nella dottrina giuridica è stata la già citata Catharine MacKinnon. L'autrice, nel suo celebre testo *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law* del 1987 ha descritto la sessualità maschile come fondata sul dominio e la sopraffazione e che, pertanto non sia possibile distinguere chiaramente tra sessualità e violenza⁸⁶. La violenza sessuale è

⁸⁴ Il 6 febbraio 2024 è stato approvato il testo finale della Direttiva ove è stato eliminato il riferimento al consenso della persona come base per la configurazione del reato.

⁸⁵ Sul punto vedi G. CALETTI, *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali. Profili storici, comparati e di diritto vivente*, cit., 242-253.

⁸⁶ C. MACKINNON, *Feminism Unmodified. Discourses on life and law*, cit., 11 ss.

quindi uno degli strumenti con cui le donne vengono controllate e soggiogate dal dominio maschile; tale violenza è stata normalizzata dal diritto determinando la costruzione della sessualità femminile come necessariamente aderente a quella maschile ed ha plasmato la concezione del corpo femminile come sempre accessibile al suo piacere. Questo ha dato vita a tutti gli orientamenti legislativi e giurisprudenziali che non considerano l'autodeterminazione sessuale come un principio inviolabile e che normalizzano l'attività sessuale come un qualcosa agita dagli uomini e, al massimo, dissentito dalle donne con la configurazione del reato in caso di resistenza o dissenso. Sempre MacKinnon ritiene che il femminismo abbia avuto la capacità di svelare il dominio maschile pervasivo nella vita delle donne e che sia possibile, quindi, ricostruire il proprio desiderio e determinare il proprio consenso⁸⁷. L'autrice, inoltre, è convinta che il processo sia uno dei luoghi ove il dominio maschile può essere svelato e combattuto⁸⁸. MacKinnon riprende dal pensiero marxiano, in particolare la rielaborazione femminista che è stata proposta da Carole Pateman⁸⁹ dalla metà degli anni 70' in critica alle teorie del contratto sociale liberale. Secondo Pateman lo sfruttamento operato sulle donne, nonché il dominio sulle loro vite da parte degli uomini, è il fondamento dello stesso contratto sociale liberale in quanto assicura all'individuo (uomo) la cura fisica e psichica, compresa la sessualità, che le donne forniscono all'interno di un rapporto di subordinazione. MacKinnon sosteneva che non ci potesse essere libero consenso in una condizione di totale dominio e benché abbia supportato il modello di *affirmative consent*, ne ha sottolineato anche i punti oscuri in quanto non è sempre possibile esprimere liberamente il proprio consenso quando le condizioni materiali di vita non lo permettano.

Ad oggi, tuttavia, il fuoco della discussione sembra essersi spostato dall'utilità o meno del modello giuridico di *affirmative consent* - poiché l'introduzione della categoria di consenso negli ordinamenti giuridici è generalmente ritenuto positivo - quanto piuttosto sul suo contenuto e le implicazioni del suo utilizzo. Le critiche possono essere riassunte in tre fondamentali. Il primo rischio è quello di ricreare un processo in cui le donne diventino da «vittime a imputate»⁹⁰ ovvero siano costrette a dover argomentare e provare le ragioni del dissenso, con il rischio di comportamenti processuali che tendono a metterlo in dubbio sulla base di specificità personali o contestuali. In questo senso i trattati e la giurisprudenza internazionale, in particolare della Corte europea dei diritti dell'uomo, sanzionano il fenomeno della così detta 'vittimizzazione secondaria' nei processi per violenza sessuale. In questa direzione è importante citare la Convenzione di Istanbul del 2011, che agli artt. 15 e 18 impone agli stati di evitare forme di vittimizzazione secondaria. Similmente statuisce la Direttiva europea 2012/29/UE⁹¹ agli artt. 8, 12 e 18. E ancora, la proposta di direttiva europea citata del 2022 impone agli stati di evitare ogni forma di vittimizzazione secondaria

⁸⁷ *Ibid.*, 11 ss.

⁸⁸ C. MACKINNON, *Feminism Unmodified. Discourses on life and law*, cit., 11 ss.

⁸⁹ Autrice del noto testo *Sexual Contract* del 1988.

⁹⁰ T. PITCH, *Un diritto per due. La costruzione giuridica di sesso, genere e sessualità*, cit., 120.

⁹¹ DIRETTIVA 2012/29/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 25 ottobre 2012 che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI.

agli artt. 2 e 23. Tra le più note pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo sul punto occorre citare la sentenza del 27 maggio 2021, causa 5671/16, *J.L. c. Italia* che ha condannato l'Italia per le prassi giurisdizionali che ripropongono stereotipi sessisti ed espongono le persone offese a vittimizzazione secondaria. Sul punto si è espressa anche la Corte costituzionale nella pronuncia del 21 febbraio 2018, n. 92, dove i giudici hanno indicato che la vittimizzazione secondaria consiste in ogni modalità del procedimento che costringe a rivivere i sentimenti di paura, dolore, ansia o vergogna provati al momento della commissione del fatto. Inoltre, ulteriore argomento contro l'*affirmative consent* è quello per cui aumenterebbe il rischio di interpretazioni definite 'punitiviste' da parte dei giudici, che potrebbero avvantaggiare politiche carcerarie che ripropongano le distinzioni di classe e di colore su cui è costruita la pericolosità di determinati gruppi sociali⁹². Infine, questo tipo di modello rischia di diventare fortemente disciplinante la sessualità, imponendo un criterio di valutazione del rischio in capo alle donne alla base della loro condotta sessuale⁹³. La stessa MacKinnon si è pronunciata nuovamente in tempi recenti sull'espandersi del modello di *affirmative consent*. L'autrice ha sottolineato come debba considerarsi positiva l'adozione nei codici e nella giurisprudenza del principio, ma dovrebbe aggiungersi una valutazione complessiva della situazione in cui il consenso è stato prestato o meno; inoltre, per MacKinnon non è alla legge penale che va demandata l'eguaglianza tra i generi, piuttosto dovrebbe essere posta a fondamento di tutto il sistema giuridico⁹⁴. MacKinnon, in maniera coerente alle sue posizioni più risalenti, afferma che non è la mancanza di consenso a determinare la violenza sessuale, ma questa discende dalle condizioni di strutturale ineguaglianza tra i generi⁹⁵. In conclusione, secondo l'autrice statunitense, nel processo per stupro la diseguaglianza dovrebbe essere valutata complessivamente per arrivare alla corretta interpretazione del caso concreto. Tutto il sistema giuridico dovrebbe uniformemente provvedere all'eliminazione delle diseguaglianze materiali di genere in modo da riequilibrare l'assetto di potere tra uomini e donne e permettere la piena esplicazione del consenso.

In Italia le posizioni delle teoriche femministe si sono parzialmente discostate dalle elaborazioni statunitensi. La già citata Carla Lonzi ha sottolineato come la sessualità femminile sia stata forgiata dal dominio maschile⁹⁶. La filosofa, tuttavia, è contraria alla sovrapposizione della sessualità eterosessuale con la violenza. Anche per l'autrice la fine del dominio maschile, che va di pari passo con la fine del sistema economico capitalistico fondato sullo sfruttamento delle soggettività, è la frontiera del possibile in cui finalmente la sessualità sarà vissuta in modo gioioso, tra soggetti senza relazioni gerarchiche che esprimono e praticano i loro desideri⁹⁷. Ma l'analisi forse più lucida e comprensiva del problematico rapporto tra consenso e diritto è quello della citata filosofa e sociologa del

⁹² J. HALLEY, *The Move to Affirmative Consent*, in *Journal of Women in Culture and Society*, n. 42, 1, 2016, 123.

⁹³ *Ibid.*, 123.

⁹⁴ C. MACKINNON, *Rape Redefined*, in *Harvard Law & Policy Review*, 10, 2016, 135.

⁹⁵ *Ibid.*, 135.

⁹⁶ C. LONZI, *Sputiamo su Hegel e altri scritti*, cit., 43.

⁹⁷ *Ibid.*, 50.

diritto Tamar Pitch, nel suo celebre testo ‘Un diritto per due’ pubblicato in Italia nel 1998. L’autrice, che scrive poco dopo l’entrata in vigore della riforma del 1996, dopo averne sottolineato i limiti ivi già espressi, esprime il proprio dissenso circa un’eventuale nuova modifica della legge penale verso il modello di *affirmative consent*. Pitch riconosce subito il rischio del modello di peggiorare il fenomeno della ‘vittimizzazione secondaria’ e di trasformare, ancora di più, «la vittima in imputata»⁹⁸. D’altro canto, è necessario ripetere l’affermazione dell’autrice quando indica che «la violenza sessuale, così come viene percepita e vissuta dalle donne, è irriducibile “al” e intraducibile “nel” diritto penale»⁹⁹ in quanto il diritto penale non può che fondarsi «sulla base di dicotomie come lecito/illecito, colpevole/vittima e in linea di principio non sopporta ambiguità»¹⁰⁰. Pitch riconosce la strutturalità della violenza nei rapporti uomo-donna così come riconosciuti da MacKinnon, ma si rifiuta di concepire l’intero assetto dei rapporti eterosessuali come violenti¹⁰¹. Infine, l’autrice rifiuta ogni tipo di dogmatismo sulla sessualità, indicando che la valutazione circa cosa sia o meno violenza debba essere valutato da ogni singola donna e che possa variare a seconda di molteplici fattori contestuali e personali¹⁰². Inoltre, Pitch mette in guardia dall’idea che esista l’individuo razionale in grado di esprimere sempre e liberamente il proprio consenso, secondo l’autrice «i rapporti tra le persone, e quello tra i sessi in particolare, non sono caratterizzabili come immediatamente trasparenti, come leggibili interamente secondo il paradigma della razionalità rispetto allo scopo, ma viceversa sono intrisi di emozioni, di sentimenti contraddittori, di ambivalenza e di conflitto»¹⁰³. E ancora, l’utilizzo di teorie contrattualistiche classiche e moderne ripropone l’assunto per cui «la libertà appartiene a un individuo privo di vincoli (...), e questa libertà si mostra nel momento della scelta (...) la quale, a sua volta è presupposta come razionale, connotando reciprocamente l’individuo che la compie come consapevole, trasparente a sé stesso. Anche qui, la soggettività si suppone senza corpo, e si manifesta precisamente nella capacità astratta di scelta razionale»¹⁰⁴. E ancora: «in un contesto discorsivo siffatto, “autodeterminazione” assume il senso di una capacità astratta, che si manifesta in maniera volontaristica, attributo di un autore privo di vincoli, dotato di soggettività senza corpo»¹⁰⁵. Infine, l’autrice pone importanti interrogativi: «Chi deve o può essere considerato adulto e responsabile? Come si può essere sicuri che il consenso sia dato liberamente, fuori da costrizioni sociali, economiche, culturali, psicologiche?»¹⁰⁶ e suggerisce anche una risposta: «Se assunto a paradigma, questo criterio (il consenso) finisce per produrre una visione razionalistica e contrattuale dei rapporti, o per essere vanificato dalla “scoperta” che consenso libero non può mai essere dato»¹⁰⁷. Inoltre, allo scopo di mostrare quale può

⁹⁸ T. PITCH, *Un diritto per due. La costruzione giuridica di sesso, genere e sessualità*, cit., 176.

⁹⁹ *Ibid.*, 176.

¹⁰⁰ T. PITCH, *Un diritto per due. La costruzione giuridica di sesso, genere e sessualità*, cit., 175.

¹⁰¹ *Ibid.*, 170.

¹⁰² T. PITCH, *Un diritto per due. La costruzione giuridica di sesso, genere e sessualità*, cit., 169.

¹⁰³ *Ibid.*, 172.

¹⁰⁴ T. PITCH, *Un diritto per due. La costruzione giuridica di sesso, genere e sessualità*, cit., 174.

¹⁰⁵ *Ibid.*, 174.

¹⁰⁶ T. PITCH, *Un diritto per due. La costruzione giuridica di sesso, genere e sessualità*, cit., 171.

¹⁰⁷ *Ibid.*, 173.

essere una delle derive dell'applicazione rigida dell'*affirmative model*, ovvero la ricaduta sulle donne della valutazione del rischio della loro condotta sessuale, è necessario menzionare un esempio che proviene dalla recente giurisprudenza della Corte di Cassazione. Nel 2021 la Suprema Corte¹⁰⁸ ha rigettato il ricorso proposto da una donna che aveva denunciato il suo partner a diversi anni di distanza dalle violenze sessuali e fisiche subite. La donna aveva delle fragilità psichiche certificate al momento della denuncia e aveva intrattenuto per diversi anni la relazione con l'uomo che era diventato anche il suo 'mentore' in atti sessuali sadomasochistici. I due compivano assieme abitualmente atti sessuali 'estremi' con il consenso apparente della donna. Dopo una sessione particolarmente violenta la donna aveva deciso di lasciare l'uomo e aveva iniziato un percorso terapeutico; diversi anni dopo ha deciso di sporgere denuncia nei confronti del partner per abuso psicologico, fisico e sessuale. In primo grado il Tribunale di Forlì aveva condannato l'uomo per diversi episodi di violenza sessuale e fisica, anche se la donna aveva prestato all'epoca il suo consenso a quel tipo di pratiche e non aveva mostrato particolari segni di dissenso. Il Tribunale, tuttavia, aveva argomentato che la particolare fragilità della donna assieme al coinvolgimento emotivo di quest'ultima con l'uomo non le avevano permesso di esprimere un valido consenso e che, inoltre, egli aveva tutti gli elementi per comprendere il dolore fisico e psicologico che le infliggeva. Dopo l'assoluzione dell'uomo nel secondo grado di giudizio, il caso è arrivato sino alla Corte di Cassazione ove i giudici, rigettando il ricorso proposto dalla parte offesa hanno argomentato: «In tema di reati contro la libertà sessuale, gli atti sessuali “non convenzionali” possono essere ritenuti leciti nella misura in cui si svolgano in base ad un consenso dei partecipanti che deve protrarsi per tutta la durata degli stessi»¹⁰⁹. Dalla sentenza emerge con evidenza come la rigida applicazione dell'*affirmative model*, senza valutare adeguatamente il contesto in cui il consenso viene prestato e senza valutare gli argomenti riportati nel paragrafo, ovvero le circostanze in cui le donne possono trovarsi ad esprimere o meno il loro consenso, in cui vanno considerate anche condizioni di dipendenza e subordinazione, rischiano di condurre a pronunce che possono dirsi 'ingiuste'. Per evitare che siano le donne a dover procedere ad una valutazione del rischio, disciplinandone così la sessualità e il comportamento, occorrerebbe una corretta lettura del caso concreto che ricostruisca il contesto in cui il consenso viene prestato.

9. Il tema del consenso: tensioni contemporanee

In quest'ultimo paragrafo sono descritti brevemente i dibattiti contemporanei sul consenso delle teoriche e delle attiviste femministe, in particolare negli Stati Uniti. Le posizioni delle studiosse 'femministe radicali' come MacKinnon per la quale, come indicato, vi è coincidenza tra sessualità eterosessuale e violenza all'interno di una società in cui i rapporti tra uomini e donne sono connotati in maniera gerarchica, erano contrastate da altri

¹⁰⁸ In Cass. pen., Sez. III, 19 ottobre 2021, n. 43611.

¹⁰⁹ *Ibid.*, motivazione in diritto.

gruppi femministi sin dagli anni 80' e questo conflitto è stato definito negli Stati Uniti 'sex war'. Uno dei momenti più noti della *sex war* è stata la conferenza femminista tenutasi al Barnard College di New York nel 1982, ove le posizioni delle femministe radicali si sono scontrate con le posizioni di coloro che sono state definite attiviste *sex radicals*, tra cui è possibile annoverare l'antropologa Carole Vance che ha curato un volume che raccoglie i contributi della conferenza¹¹⁰. Le posizioni delle teoriche *sex radicals* possono essere riassunte con il rifiuto di considerare le donne soggiogate al dominio maschile e, pertanto, di considerarle come 'vittime' o prive di qualsiasi *agency* e desiderio sessuato autonomo pur nella cornice, riconosciuta, di una sistemica oppressione di genere. All'interno di questa parte di movimento venivano considerate come vittimizzanti e tese a riproporre una versione del femminile come debole e vulnerabile tutte quelle considerazioni tese a criminalizzare ogni forma di sessualità, come anche la prostituzione e la pornografia¹¹¹. Inoltre, le *sex radicals* lamentavano che le teorie del femminismo radicale non tenevano in considerazione la sessualità delle minoranze *queer* e, soprattutto, che l'atteggiamento definito 'punitivista' dei giudici in adesione all'*affirmative model* rischiava, come già indicato, di avvalorare le linee di colore e di classe in base alle quali è costruita la pericolosità di determinati gruppi sociali come le persone nere¹¹². Le discussioni sorte alla conferenza di Barnard non si sono mai sopite del tutto nei movimenti femministi statunitensi ed europei, tornando in auge anche in tempi recentissimi con il citato movimento 'Me Too'. Nel gruppo delle teoriche *sex radicals* vi era un'ampia fetta di attiviste *queer* e teoriche dei *queer studies*. Lungi dal voler esaminare una letteratura vastissima, basti dire che un testo che ebbe un impatto fondamentale negli Stati Uniti in piena *sex war* è stato *Thinking Sex. Notes for a Radical Theory of the Politics of Sexuality*, pubblicato dall'antropologa Gayle Rubin nel 1984¹¹³, che è anche uno dei testi considerati fondatori dei *queer studies* negli Stati Uniti. L'autrice rifiutava la posizione del femminismo radicale che considerava tutta la sessualità come il frutto dell'oppressione e del dominio maschile¹¹⁴. Questa visione, lungi dal non essere condivisibile dalle stesse persone eterosessuali, non considerava o sembrava criminalizzare la sessualità delle minoranze formata dalle persone *queer* o da coloro che praticano BDSM¹¹⁵ e le *sex workers*. Rubin sostiene che il genere e la sessualità non siano la stessa cosa e che non sia possibile tracciarne una sovrapponibile genealogia di teorie e di pratiche¹¹⁶. Questa distinzione è uno dei pilastri della teoria *queer* che sviluppa così una distinta o distinte teorie della sessualità. Concezione che può dirsi comune dei *queer studies* è la sessualità intesa, in senso foucaultiano, come un dispositivo di potere formato da un insieme di saperi, convenzioni e norme da cui discende il governo dei corpi come identità sessuali ben

¹¹⁰ Il noto testo *Pleasure and Danger: Exploring Female Sexuality* edito nel 1984, ove sono proposti i dibattiti e le posizioni più importanti sulla sessualità dell'accademia statunitense di quegli anni.

¹¹¹ C. VANCE, *Pleasure and Danger: towards a Politics of Sexuality*, in C. VANCE (a cura di), *Pleasure and Danger: Exploring Female Sexuality*, Boston, Routledge, 1984, 12.

¹¹² *Ibid.*, 12.

¹¹³ Il testo si trova nel citato testo curato da Carole Vance (vedi nota n. 111)

¹¹⁴ G. RUBIN, *Thinking sex. Notes for a Radical Theory of the Politics of Sexuality*, in C. VANCE (a cura di), *Pleasure and Danger: Exploring Female Sexuality*, Boston, Routledge, 1984, 268.

¹¹⁵ Acronimo che sta per: Bondage, Dominazione, Sadismo e Masochismo.

¹¹⁶ G. RUBIN, *Thinking sex. Notes for a Radical Theory of the Politics of Sexuality*, cit., 270.

determinate¹¹⁷. Come indica Judith Butler gli uomini e le donne sono identità costruite attraverso l'attribuzione arbitraria del genere alla nascita, che comporta anche l'attribuzione di determinati comportamenti, pratiche, sensazioni¹¹⁸. Questa costruzione prova a semplificare le identità, riducendo i fattori di complessità della stessa formazione dell'identità¹¹⁹. Butler indica come le persone *queer* (e non solo) possano scoprire e scombinare fattori formanti l'identità attraverso la pratica della sessualità, ma anche attraverso altre pratiche quotidiane che mettono in crisi la costruzione identitaria binaria uomo/donna¹²⁰. Le teorie *queer* danno un rilievo fondamentale alla pratica sessuale come elemento fondante l'identità *queer* stessa¹²¹. Tali teoriche, pertanto, non potevano e non possono che opporsi a tutte quelle teorie che considerano la sessualità come governata dal dominio maschile e che escludono la possibilità di esprimere consenso, benché riconoscano la cornice della sistemica discriminazione e violenza di genere nella società. All'interno dei *queer studies* sono approfondite pratiche sessuali considerate minoritarie, come quelle delle comunità BDSM, la cui storia è fortemente intrecciata con quella dei movimenti *queer*. Federica Pedace, nella sua tesi di dottorato che prende in analisi alcune comunità che praticano BDSM sottolinea come queste attività siano in grado di disorientare le identità proprio attraverso il 'fare', la pratica, che fa scoprire nuovi terreni inesplorati di desiderio sessuale ed erotismo¹²². Le comunità prese in esame dall'autrice si accordano formalmente sulle pratiche da compiere durante le sessioni, indicando anche quelle vietate per i singoli partecipanti e altri tipi di accordi che ricordano il contratto. Vengono stabilite anche determinate parole d'ordine per modificare le pratiche nel corso della seduta e bloccarle, se necessario. Questo perché è dato per scontato che la singola esperienza contestuale e relazionale possa essere più o meno gradita, anche se inizialmente è stato prestato il consenso o il dissenso ad un determinato tipo di attività. Come indica Pedace, «il consenso (è) l'esito di una pratica relazionale e necessaria in quanto legata alla conoscenza del corpo»¹²³. Per l'autrice le comunità BDSM compiono una 'parodia' del contratto¹²⁴, in quanto è dalla pratica relazionale della sessione che emerge il 'reale' consenso quale insieme di razionalità, emozioni, sensazioni corporee che non possono essere slegate tra di loro e comprendono conflitti, errori, cambiamenti, come verosimilmente avviene in tutte le interazioni umane. Il consenso deve essere, pertanto, considerato all'interno di rapporti relazionali, con tutto quello che le caratterizzano, compreso soprattutto il corpo, tradizionalmente escluso da quello che viene considerato 'l'individuo razionale' che consente o meno (presuntivamente) senza ambiguità. Un tale principio permette di andare oltre le derive dell'*affirmative consent* in quanto il consenso può cambiare in ogni istante ed è

¹¹⁷ L. BERNINI, *Le Teorie Queer. Un'introduzione*, Milano, Mimesis, 2017, 136.

¹¹⁸ J. BUTLER, *Questioni di genere. Il femminismo e la sovversione dell'identità*, Bari, Laterza, 2013 (v.o. 1990), 44.

¹¹⁹ *Ibid.*, 44.

¹²⁰ J. BUTLER, *Questioni di genere. Il femminismo e la sovversione dell'identità*, cit., 45.

¹²¹ T. DE LAURETIS, *Queer Theory: Lesbian and Gay Sexualities, An Introduction, in differences. A Journal of Feminist Cultural Studies*, n. 3, 2, 1991, 12.

¹²² F. PEDACE, *Il genere del consenso. Dalla critica del contratto alla pratica BDSM*, Tesi di dottorato, Roma, Università degli studi Roma Tre, 2021, 224.

¹²³ *Ibid.*, 225.

¹²⁴ F. PEDACE, *Il genere del consenso. Dalla critica del contratto alla pratica BDSM*, cit., 226.

legato, per l'appunto, ad un complesso insieme relazionale, corporeo, intimo, razionale e no, che si istaura tra le persone e che deve essere accolto e ascoltato in ogni momento, come avviene nelle comunità BDSM studiate dall'autrice¹²⁵. Nel praticare questi principi, i gruppi accolgono anche gli errori e i conflitti che possono svilupparsi nella relazione sessuata dei partecipanti, trasformando questi stessi in oggetto di analisi e dialogo dentro le comunità¹²⁶.

10. Conclusioni

A conclusione di questo contributo è possibile dire che il consenso è un argomento complesso. Da una parte sono da accogliere le posizioni che spingono verso l'eguaglianza sostanziale tra i generi per raggiungere una piena 'capacità di consentire'. In aggiunta, può essere considerata positiva l'introduzione negli ordinamenti della valutazione del consenso (*affirmative consent*) nei reati di violenza sessuale o la sua acquisizione giurisprudenziale come avvenuto in Italia. Dall'altra parte è bene considerare il consenso come una pratica relazionale in cui molti fattori come la ragione, il corpo e le emozioni entrano in campo e devono essere attentamente valutate anche dall'ordinamento. Conseguentemente è necessario valutare i rischi del modello di *affirmative consent* e agire per evitare ogni tipo di condotta giurisdizionale e amministrativa che provochi vittimizzazione secondaria e che scoraggi la persona offesa a denunciare. Infine, il consenso dovrebbe essere considerato dai giudici all'interno dei vari contesti relazionali e ambientali in cui viene prestato, proprio per calarlo all'interno di una relazione complessa, fatta anche di squilibri di potere che la giurisdizione non dovrebbe ignorare. Inoltre, queste valutazioni sono richieste anche da atti convenzionali vincolanti, come la Convenzione di Istanbul del 2011 che al già menzionato art. 36, II comma, indica: «Il consenso deve essere dato volontariamente, quale libera manifestazione della volontà della persona, e deve essere valutato tenendo conto della situazione e del contesto».

¹²⁵ Pedace prende in analisi solamente alcune comunità di persone che praticano BDSM, quelle che problematizzano il consenso e che mettono al centro l'ascolto e la relazione quale pratica insieme sessuale e politica.

¹²⁶ F. PEDACE, *Il genere del consenso. Dalla critica del contratto alla pratica BDSM*, cit., 226.