

LA RIFORMA *IN ITINERE* DELL'ART. 609-BIS
C.P.: TRA PARADIGMI DI INCRIMINAZIONE E
PROVA IN GIUDIZIO *



Gianfranco Martiello **

SOMMARIO 1. Premessa: la “iper-processualizzazione” della fattispecie nella riforma in corso — 2. I principali modelli di repressione della violenza sessuale: il paradigma «modale-coercitivo» ed i suoi sottintesi culturali e processuali — 3. Il modello «*consent-based*»: varianti estere e contesto domestico — 4. Un primo consuntivo in attesa del completamento della riforma.

1. Premessa: la “iper-processualizzazione” della fattispecie nella riforma in corso

Invitare un docente di diritto penale sostanziale ad un evento formativo intitolato «Prospettive di riforma del reato di violenza sessuale - art. 609-*bis* c.p.» può di certo apparire sensato, non fosse altro perché è della paventata modifica di una fattispecie del codice penale che si intende dibattere. Nondimeno, difficile mi è nascondere la sensazione di parziale “incompetenza per materia” che avverto al cospetto della proposta di modifica del delitto di «Violenza sessuale» votata alla Camera lo scorso 19 novembre, ed oggi in evidenza, che nella sua intitolazione lega indissolubilmente le sorti applicative dell'art. 609-*bis* c.p. alla «*libera manifestazione del consenso*»¹.

* È il testo, corredato di minime note, dell'intervento dal titolo «*L'art. 609-bis c.p. tra storia e comparazione*» svolto dall'Autore nel *webinar* del 29 gennaio 2026 «*Il tema del consenso nella prospettiva di riforma del reato di violenza sessuale - art. 609-bis c.p.*», organizzato dall'Osservatorio nazionale sul diritto di famiglia – Sezione di Firenze, e condiviso dalla Fondazione per la formazione forense dell'Ordine degli avvocati di Firenze.

** Professore associato di diritto penale nell'Università di Firenze

¹ Si tratta, precipuamente, dell'A.C. n. 1693-A, recante «*Modifica dell'articolo 609-bis del codice penale in materia di violenza sessuale e di libera manifestazione del consenso*», che ingloba l'originaria proposta di legge A.C. 1693 presentata il 7 febbraio 2024 dai Deputati Boldrini, Di Biase, Ferrari, Forattini e Ghio, abbinata ai disegni di legge nn. A.C. 2151 (primo firmatario on. Sportiello) ed A.C. n. 2279 (primo firmatario on. Ascari) ed emendata dalla Commissione Giustizia della Camera il 12 novembre 2025 su proposta *bipartisan* delle Deputate Varchi e Di Biase. Il testo del riformulato art. 609-*bis* c.p. così recita: «[1] Chiunque compie o fa compiere o subire atti sessuali ad un'altra persona senza il consenso libero e attuale di quest'ultima è punito con la reclusione da sei a dodici anni. [2] Alla stessa pena soggiace chi costringe taluno a compiere o a subire atti sessuali con violenza o minaccia o mediante abuso di autorità ovvero induce taluno a compiere o a subire atti sessuali abusando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica o di particolare vulnerabilità della persona offesa al momento del fatto o

Anticipo subito, difatti, che a mio modesto avviso il radicale mutamento di paradigma punitivo che i novellatori propongono nel concentrare il disvalore penale del fatto sul mancato consenso della vittima all'atto sessuale, piuttosto che sulle modalità attuative della condotta criminosa, condurrà ad una "iper-processualizzazione" del delitto in questione. Cerco di spiegarmi meglio, sull'ovvia premessa che tutti gli elementi costitutivi di ogni figura di reato eventualmente contestata nel processo è oggetto di quell'onere della prova che il sistema fa gravare sulla Pubblica accusa.

È noto come a causa di quel processo di "evaporazione contenutistica" a cui la giurisprudenza ha sottoposto l'elemento della «violenza», ed al quale poi accennerò, già oggi il delitto dell'art. 609-*bis* c.p. di fatto ruoti attorno alla mancanza di consenso della vittima all'atto sessuale, sia che tale consenso potesse essere espresso, e non lo sia stato, sia che quest'ultimo non potesse nei fatti essere espresso, e quindi non lo sia stato. A tutta prima, quindi, nulla sembrerebbe destinato a cambiare laddove a divenire legge fosse la suddetta proposta di legge approvata dalla Camera lo scorso novembre², secondo la quale il delitto dell'art. 609-*bis* c.p. consisterebbe nel fatto di colui che «compie o fa compiere o subire atti sessuali ad un'altra persona *senza il consenso libero e attuale di quest'ultima*». Ma forse non è del tutto così.

Ritengo, invero, che l'assoluta centralità del consenso che un domani fosse stabilita in modo espresso dalla fattispecie legale dramatizzi ancora di più la "questione probatoria" che esso già oggi solleva, nel cui *thema* dovrebbe pure ricadere il carattere «libero» ed «attuale» – che presumo riferirsi all'intera durata dell'atto sessuale – del già menzionato consenso. Il che, a ben vedere, non potrebbe che condurre ad interrogarsi con ancora maggiore urgenza tanto sulla prassi applicativa che tende a riconoscere alle dichiarazioni accusatorie della vittima i caratteri di autosufficienza e di credibilità privilegiata (salvo il più attento vaglio in caso di costituzione di parte civile)³, quanto

traendo in inganno la persona offesa per essersi il colpevole sostituito ad altra persona. [3] Nei casi di minore gravità la pena è diminuita in misura non eccedente i due terzi».

² Per tale rassicurazione, v. per tutti G.L. GATTA, *Sul disegno di legge in tema di violenza sessuale e consenso ("riconoscibile"): alcune riflessioni, per superare lo stallo al senato*, in *sistemapenale.it* (8.1.2026), p. 2 s.

³ Radicato difatti in giurisprudenza è il principio di diritto per cui, «in deroga a quanto previsto dall'art. 192, comma 3, c.p.p. [...] le dichiarazioni della persona offesa possono da sole, senza la necessità di riscontri estrinseci, essere poste a fondamento dell'affermazione di responsabilità penale dell'imputato, previa verifica, corredata da idonea motivazione, della credibilità soggettiva del dichiarante e dell'attendibilità intrinseca del suo racconto, che peraltro deve, in tal caso, essere più penetrante e rigorosa rispetto a quella cui vengono sottoposte le dichiarazioni di qualsiasi testimone»: in questo senso, v., proprio in tema di violenza sessuale, e da ultimo, Cass. pen., sez. III, 16 aprile 2025, n. 15128, in *deiusitia.it* (8.7.2025), con scheda di F. REGA, Id., 30 maggio 2025, n. 20190, in *ForoPlus*, Id., 19 novembre 2025, n. 38789, in

sull'effettiva possibilità per l'imputato, in mancanza di riscontri oggettivi, di fornire una convincente prova della manifestata o non manifestata volontà della parte lesa di aderire all'atto sessuale. Ma, considerato la disciplina che coltivo, non mi spingo a giudicare se la prospettata riforma comporti o meno una inversione dell'onere della prova, come è stato adombrato⁴, o se essa finisca per imporre alla difesa dell'imputato una *probatio diabolica* della sussistenza del consenso a fronte dell'opposta dichiarazione della vittima, che godrebbe di "credibilità privilegiata", come pure è stato paventato⁵. Lascio infatti ben volentieri la disamina di tali questioni agli avvocati che a breve interverranno, di certo più consapevoli delle dinamiche processuali innescate dai fatti di violenza sessuale, che William Blackstone saggiamente definì come «*easy to be made, hard to be proved, but harder to be defended by the party accused, though innocent*»⁶.

Mi limito allora soltanto ad osservare come, in mancanza di riscontri oggettivi quali potrebbero essere documenti, videoriprese o testimonianze di terzi, probabilmente quasi mai disponibili nei casi di specie, la prova di un elemento così sfuggente come il consenso libero ed attuale non appaia certo agevole in molte situazioni, chiunque sia il soggetto processuale gravato dall'onere di presentarla. E da cultore del diritto penale sostanziale, non posso allora non ricordare come, dichiarando illegittimo il delitto di plagio dell'art. 603 c.p., la Corte costituzionale riconobbe al principio di determinatezza anche un inedito "risvolto processuale-probatorio". In quella risalente pronuncia, che sebbene criticata dalla coeva dottrina ha fatto ormai scuola, la Consulta

dirittoegiustizia.it (2.12.2025), ma v. anche, in punto di principio, Cass. pen., SS.UU., 19 luglio 2012, Bell'Arte, spec. § 11, in *Cass. pen.*, 2013, p. 554 ss., con nota di R. APRATI, *Giudizio abbreviato ed "esercizio" del diritto al contraddittorio nella formazione della prova*. In dottrina, e per una posizione condivisibilmente critica su tale assunto, v. per tutti C. MORSELLI, *Le dichiarazioni della persona offesa nel filtro della regola della certezza oltre ogni ragionevole dubbio*, in *archiviopenale.it* (30.11.2019).

⁴ In questo senso, ad esempio, v. E. AMATI, *La metamorfosi della violenza sessuale e del diritto penale liberale*, in *dirittodidifesa.eu* (25.11.2025), p. 5, T. MAIOLO, *Onere della prova invertito. Si torna all'acquisizione*, in *ildubbio.it* (25.11.2025), pp. 2-3. Ritengono siffatto timore infondato alla luce della presunzione costituzionale di innocenza, invece, la «*Relazione Commissione ANM Penale e procedura penale sui disegni di legge A.S. 90, 1715, 1716 e 1717*», datata 30 novembre 2025, p. 7, reperibile su *sistemapenale.it* (5.12.2025), B. ROMANO, *Note scritte del Prof. Avv. B. Romano all'esito dell'audizione in Commissione Giustizia del 9.12.2025 sui disegni di legge in tema di violenza sessuale e consenso*, in *penaledp.it* (9.12.2025), p. 11, G.L. GATTA, *Sul disegno*, cit., pp. 3, 6 e spec. 8-9.

⁵ In questo senso, v. le «*Osservazioni al ddl n. 1715 intitolato "modifica dell'articolo 609-bis del codice penale in materia di violenza sessuale e di libera manifestazione del consenso"*», redatte il 2 dicembre 2025 dalla Giunta dell'UICP, spec. p. 6, reperibili su *camerepenali.it.*, T. MAIOLO, *Onere della prova*, cit., pp. 2-3.

⁶ Cfr. W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Book IV, Chapter XI, Oxford, 1769, p. 217, che può reperirsi anche in *richtornorton.co.uk*.

difatti precisò come l'art. 25, comma 2 Cost. imponesse alla legge penale l'onere non soltanto di recare «una descrizione intellegibile della fattispecie astratta, sia pure attraverso l'impiego di espressioni indicative o di valore», ma anche quello di fare in modo che in esse «vi [fosse] riferimento a fenomeni la cui possibilità di realizzarsi sia stata accertata in base a criteri che allo stato delle attuali conoscenze appaiano verificabili», in modo da «assicurare una corrispondenza fra fatto storico che concretizza un determinato illecito e il relativo modello astratto»: «Sarebbe infatti assurdo» – precisarono i giudici – «ritenere [...] determinate in coerenza al principio della tassatività della legge, norme che, sebbene concettualmente intellegibili, [...] inibiscano o ordinino o puniscano fatti che per qualunque nozione ed esperienza devono considerarsi [...] non razionalmente accertabili», posto che «La formulazione di siffatte norme sovvertirebbe i più ovvii principi che sovrintendono razionalmente ad ogni sistema legislativo nonché le più elementari nozioni ed insegnamenti intorno alla creazione e alla formazione delle norme giuridiche»⁷.

Probabilmente, sotto il profilo della problematica costituzionale appena adombrata, il parallelismo tra il futuro delitto di «Violenza sessuale» e quello di «Plagio» risulta molto ardito, direi anzi provocatorio, ma in proposito non è forse inutile ricordare che nell'originaria proposta di legge presentata nel febbraio del duemila e ventiquattro⁸, il novellato art. 609-*bis*, comma 2, c.p. precisava come il predetto consenso avrebbe dovuto «essere valutato tenendo conto della situazione e del contesto»: riprova, questa, della forse raggiunta consapevolezza dei *conditores* di quanto possa essere difficoltoso fornire la prova dell'assenza o della presenza di tale dichiarazione di volontà nelle diverse situazioni di vita che il giudice è chiamato a valutare⁹. Ma sul punto occorrerà comunque tornare.

⁷ I riferimenti testuali sono a Corte cost., 8 giugno 1981, n. 96, in *Foro it.*, 1981, I, spec. c. 1816, ma la pronuncia può leggersi anche, tra le altre, in *Cass. pen.*, 1981, p. 1924 ss., in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 1147 ss., con nota di M. BOSCARELLI, *A proposito del «principio di tassatività»*, ed in *Giur. cost.*, 1981, p. 806, con nota di P.G. GRASSO, *Controllo sulla rispondenza alla realtà empirica delle previsioni legali di reato*.

⁸ Si tratta dell'A.C. n. 1693 d'iniziativa dei deputati Boldrini, Di Biase, Ferrari, Forattini e Ghio, già richiamato.

⁹ Sebbene secondo il Parere espresso dall'ANM su tale progetto tale precisazione risulterebbe in realtà «del tutto vag[a]» (v. *Relazione Commissione ANM*, cit., p. 6), riteniamo che ne abbia colto il senso profondo I. MERENDA, *Osservazioni al ddl n. 1715 "modifica dell'art. 609 bis del codice penale in materia di violenza sessuale e di libera manifestazione del consenso" (testo dell'audizione in commissione giustizia del 9.12.25)*, in *penaledp.it* (9.12.2025), p. 3, laddove l'Autrice rileva che essa avesse «importanza centrale proprio per garantire alla norma quella necessaria elasticità, nella prospettiva di evitare l'introduzione di meccanismi presuntivi e rigidità applicative che [...], si pongono in forte

Vero è, del resto, che la riforma in chiave consensualistica dell'art. 609-*bis* c.p. risulta incompiuta, perché, come è noto, pochi giorni dopo la sua approvazione da parte della Camera, che pure si era espressa all'unanimità dei presenti¹⁰, più di una voce si è levata in Senato per richiedere una pausa di riflessione, che perdura a tutt'oggi¹¹. Da quello che emerge dagli atti ufficiali, due risultano, essenzialmente, le ragioni di siffatta sospensione dell'*iter* parlamentare¹²: quella di meglio ponderare sul versante tecnico i contenuti della riforma, evitando anche di legiferare in gran parte sull'onda emotiva della possibile convergenza tra la data di approvazione definitiva del progetto di legge e la giornata nazionale contro la violenza sessuale sulle donne, che ricorre proprio ogni 25 novembre; quella, più specifica, di definire con precisione in cosa consistano i casi di «minore gravità» ai quali allude l'attenuante dell'odierno art. 609-*bis*, comma 3, c.p., riproposta anche dalla novella.

Difficile risulta tuttavia stabilire, senza scadere nella pura dietrologia, se il Senato abbia in realtà avuto dei ripensamenti sull'opportunità stessa della riforma, che si sarebbe voluto sostanzialmente affossare rinviandola *sine die*, o se la volontà politica dei Senatori fosse davvero quella – encomiabile – di perfezionare sotto l'aspetto tecnico il contenuto del prodotto normativo in discussione. È però vero, anzitutto, che a fronte del lamentato *deficit* di determinatezza dell'attenuante di cui al già menzionato ultimo comma dell'art. 609-*bis* c.p., di per sé innegabile ove si guardi al solo testo di legge¹³, si potrebbe maliziosamente rilevare:

criticità con i principi costituzionali. Similmente, sull'importanza di tale precisazione originaria sul versante probatorio, si da richiederne l'introduzione nel d.d.l. in discussione al Senato, v. G.L. GATTA, *Sul disegno*, cit., p. 7.

¹⁰ Ne davano infatti notizia, plaudendo alla natura transpartitica della votazione, tra gli altri, AA.VV., *Approvata dalla Camera la proposta di legge in tema di violenza sessuale e "consenso libero e attuale"*, in *giurisprudenzapenale.com* (19.11.2025), ID., *Violenza sessuale, via libera unanime della Camera alla proposta di legge. Quali sono le novità: consenso libero e attuale*, in *italiaoggi.com* (19.11.2025), ID., *«Senza consenso è violenza sessuale»: sì unanime della Camera*, in *ilsole24ore.com* (19.11.2025), ID., *Voto unanime alla Camera per la nuova norma contro la violenza sessuale*, in *dirittoegiustizia.it* (19.11.2025), L. BIARELLA, *Reato di violenza sessuale, l'Italia verso il modello "senza consenso è stupro"*, in *giurisprudenzapenale.com* (19.11.2025).

¹¹ Al 13 gennaio 2026, infatti, risulta «in corso di esame in commissione» il disegno di legge A.S. 1715 «Modifica dell'articolo 609-bis del codice penale in materia di violenza sessuale e di libera manifestazione del consenso», trasmesso come A.C. 1693-A dal Presidente della Camera in data 19 novembre 2025.

¹² Il riferimento è, precipuamente, al «Resoconto sommario n. 335 del 25/11/2025» della corrispondente seduta della 2ª Commissione permanente (Giustizia) del Senato, reperibile sul sito ufficiale www.senato.it, ed in particolare agli interventi delle senatrici Stefani e Bongiorno, nonché dei senatori Berrino e Zanettin.

¹³ Ne sottolineava, infatti, la necessità di modifica in occasione della riforma, B. ROMANO, *Note scritte*, cit., p. 14.

- in primo luogo, come negli almeno cinque – ma conto senz'altro per difetto – provvedimenti legislativi di più incisiva riforma del comparto dei così detti «reati sessuali», e successivi alla l. n. 66/1996, nulla è stato in proposito emendato, a testimonianza che ciò che al legislatore odierno è apparsa come una stortura così intollerabile da bloccare per essa una significativa riforma, ai molti *conditores* precedenti è invece sembrata, evidentemente, questione non poi così rilevante, considerata anche la pacifica esistenza e persistenza, nel sistema, di altre circostanze così dette «indefinite» (o «discrezionali»)¹⁴;

- in secondo luogo, come, a ben vedere, la carenza di determinatezza dell'odierno art. 609-*bis*, comma 3, c.p. sia ormai più apparente che reale, considerato che nel tempo la prassi ne ha perimetrato i confini applicativi molto più di quanto la sua (vaga) formula linguistica indurrebbe *prima facie* a ritenere. Ed invero, risulta che, oltre ad esibire una ricca casistica di tale attenuante¹⁵, la giurisprudenza di legittimità abbia enucleato e ribadito una serie di indici – peraltro in larga misura assimilabili a quelli dell'art. 133 c.p. – ai quali il giudicante è chiamato dalla Suprema Corte a parametrare la suddetta «minore gravità» dell'aggressione sessuale¹⁶, il che senz'altro sdrammatizza, almeno di fatto, l'urgenza di un intervento del legislatore. Certo, resta chiaro che quest'ultimo vanta il pieno diritto di orientare contenutisticamente ogni disposizione normativa in senso anche opposto a quello impresso dal diritto vivente, che non può precludere spazi di intervento al Parlamento;

- in terzo ed ultimo luogo, non si comprende agevolmente il perché un tale «afflato tassativizzante» del legislatore non abbia investito anzitutto quello che, a tacere d'altro, è forse il più rilevante elemento – si badi: costitutivo, e non circostanziale – descrittivamente indeterminato della fattispecie recata dall'art. 609-*bis* c.p., ossia il

¹⁴ Cfr. infatti sul punto, per tutti, e pur criticando siffatta circostanza sotto altri profili, F. MUCCIARELLI, *Il sistema delle circostanze e le fattispecie qualificate nella riforma del diritto penale sessuale (L 15 febbraio 1996 n. 66): un esempio paradigmatico di sciatteria legislativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 403.

¹⁵ Per una esemplificativa rassegna, v. per tutti C. PAGELLA, M. VIZZARDI, *Art. 609-bis*, in Aa. Vv., *Codice penale commentato*, diretto da E. Dolcini, G.L. Gatta, t. 1, V^a ed., Milano, 2021, p. 1687 ss.

¹⁶ Ricorrente è, difatti, l'individuazione degli indici ai quali parametrare la suddetta lievità del fatto nella qualità dell'atto compiuto, nel grado di coartazione esercitato sulla vittima, nelle condizioni fisiche e mentali di quest'ultima, nell'entità della compressione della libertà sessuale, nel danno arrecato alla vittima, anche in termini psicologici: in questo senso, tra le numerose pronunce, v. di recente Cass. pen., sez. III, 19 novembre 2025, n. 38789, cit., Id., 7 febbraio 2024, n. 18027, in *Guida dir.*, 2024, n. 23, p. 85, Id., 23 maggio 2023, n. 39890, in *dirittoegustizia.it* (3.10.2023), con scheda di A. IAVOLELLA, *Grave imporre il rapporto fisico all'amante*, Id., 15 marzo 2022, n. 11624, in *njus.it* (28.3.2022), con nota di G. FAILLACI, *Violenza sessuale: il «mero contatto fisico» idoneo a integrare il reato e l'attenuante della particolare tenuità*.

riferimento agli «atti sessuali», sulla cui delimitazione concettuale, difatti, dottrina e giurisprudenza – anche al loro interno – sono ben lungi dall’aver raggiunto risultati accettabilmente convergenti¹⁷.

Quanto, invece, al maggiore *spatium deliberandi* richiesto dai Senatori, si potrebbe in effetti ricordare come non pochi e qualificati attori auditi in sede parlamentare avessero manifestato più di una perplessità sulla prospettata riforma dell’art. 609-bis c.p., specie con riferimento all’inserzione del già menzionato requisito del consenso all’interno della fattispecie *de qua*. In tale precipua prospettiva, difatti, è stato espresso il timore, ad esempio, che «la nozione elastica di consenso “libero e attuale”, [...] combinata con l’ampio concetto di “atti sessuali”, po[tesse] legittimare opzioni ermeneutiche fortemente estensive, attribuendo alla magistratura un ampio margine di discrezionalità e generando gravi ricadute in termini di certezza del diritto»¹⁸; si è anche rilevato come «L’inserimento del necessario consenso *libero e attuale* all’atto sessuale rend[a] sostanzialmente inutile il mantenimento del riferimento a condotte di costrizione o induzione, che ovviamente sono configurabili solo in difetto di un consenso liberamente prestato [...] o successivamente revocato», con l’incongruenza di dovere ritenere, altrimenti, che «mediante la conservazione delle ipotesi della violenza, della minaccia o dell’abuso di autorità [...] il legislatore abbia inteso sanzionare queste ultime anche in presenza di un consenso espresso, [come sarebbe nel] caso delle pratiche sessuali cc.dd. “non convenzionali”»¹⁹; chi, invece, ha ritenuto plausibile il mantenimento dell’ipotesi non consensuale (nuovo comma 1) insieme a quelle costrittive ed induttive di violenza sessuale (nuovo comma 2), ha però giudicato «non convincente» la loro prospettata parificazione sanzionatoria, posto che le seconde inverrebbero «Condotte ben diverse, e comparativamente più gravi»²⁰; non si è mancato di rilevare, infine, come la nozione elastica di consenso «libero e attuale», unita all’ancora più elastico concetto di «atto sessuale», rischi di innescare una vera e propria “esplosione applicativa” della nuova fattispecie²¹.

¹⁷ Per un’agile disamina delle ricostruzioni presenti sia in dottrina che in giurisprudenza, v. per tutti F. MACRÌ, *Verso un nuovo diritto penale sessuale. Diritto vivente, diritto comparato e prospettive di riforma della disciplina dei reati sessuali in Italia*, Firenze, 2010, p. 17 ss., e, più di recente, A. RICCIO, *L’evanescente nozione di atto sessuale*, in *discrimen.it* (1.7.2022), spec. p. 4 ss.

¹⁸ Cfr. le «Osservazioni al ddl n. 1715» dell’UICP, cit., pp. 5-6.

¹⁹ Così, la «Relazione Commissione ANM Penale e procedura penale sui disegni di legge A.S. 90, 1715, 1716 e 1717», datata 30 novembre 2025, p. 5, e reperibile su *sistemapenale.it* (5.12.2025).

²⁰ Cfr. B. ROMANO, *Note scritte*, cit., p. 13, ma v. anche le «Osservazioni al ddl n. 1715» dell’UICP, cit., p. 5, E. AMATI, *La metamorfosi*, cit., p. 4.

²¹ Cfr. le «Osservazioni al ddl n. 1715» dell’UICP, cit., p. 5, E. AMATI, *La metamorfosi*, cit., p. 4, A.

In conclusione, se la richiesta di una maggiore ponderazione della riforma avanzata dal Senato è sincera o meno non potrà che decretarlo il prosieguo dell'*iter* parlamentare e, se un prodotto normativo verrà infine licenziato, la reale distanza di quest'ultimo dal testo del progetto di legge appena approvato dalla Camera.

2. I principali modelli di repressione della violenza sessuale: il paradigma «modale-coercitivo» ed i suoi sottintesi culturali e processuali

Confido, adesso, di dimostrare come il tema della prova processuale del consenso o del dissenso della vittima all'atto sessuale costituisca un problematico *Leitmotiv* che avvince tutti i principali modelli di repressione penale della "violenza sessuale" rinvenibili nella esperienza storica sia nostrana che di altri Paesi europei, anche di quelli che, sulla carta, prescindono da tale dichiarazione di volontà.

Volendo qui esemplificare il discorso per ovvie ragioni di tempo, è possibile riportare la forgia delle ipotesi di reato storicamente approntate in Italia ed in Europa per incriminare fatti che oggi rubricheremmo come «Violenza sessuale» a due fondamentali modellistiche repressive:

- a) quella definita come «costrittiva» o «coercitiva» («*coercion based*»), che forse meglio potremmo definire, ai nostri fini, come paradigma «modale-coercitivo»;
- b) quella «consensualistica» («*consent-based*»).

Il primo paradigma concentra evidentemente il fuoco del disvalore penale sulle modalità di condotta che l'agente utilizza per compiere o fare compiere alla vittima l'atto sessuale, e che in genere consistono nell'impiego della violenza o della minaccia, nello sfruttamento illecito di una posizione d'autorità, o nell'utilizzo di pratiche *latu senso* "ingannatorie", le quali consentono al reo di approfittare di una condizione di particolare vulnerabilità della vittima. Coerentemente, sotto il profilo tecnico tale modello di repressione penale postula la costruzione, da parte del legislatore, di una o più figure di reato strutturate come fattispecie di evento a condotta vincolata, nelle quali, precipuamente, l'atto sessuale intercorso acquista rilevanza penale solo laddove esso risulti compiuto per mezzo di specifiche – e tassative – modalità di attuazione (la condotta vincolata), che determinino a loro volta un certo effetto psicologico nella vittima

CADOPPI, *Violenza sessuale: la svolta verso un modello "consensuale"*, in *sistemapenale.it* (9.12.2025), p. 10, G.L. GATTA, *Sul disegno*, cit., p. 14.

(l'evento-ponte della costrizione o dell'induzione) funzionale, infine, alla consumazione del predetto atto sessuale stesso (l'evento materiale).

Tale paradigma, per vero storicamente prevalente nelle legislazioni penali europee dell'Otto-Novecento, venne nella sostanza recepito anche in Italia sia dal codice Zanardelli (v. artt. 331-333) che dal codice Rocco (artt. 519-521), per passare poi indenne alla riforma del 1996 e giungere quindi sino ad oggi²². Di tale ben noto modello repressivo appare utile in questa sede sottolineare due aspetti.

Il primo è quello, per così dire, "ideologico-culturale", da non esaurire, però, nell'ormai frusto discorso sulla pur simbolica variabilità storica della collocazione sistematica – ora tra i delitti contro la moralità pubblica ed il buon costume, ora tra i delitti contro la persona – dei reati sessuali, posto che, in ogni caso, non sembra che un tale posizionamento topografico sia in grado di condizionare soverchiamente la struttura del fatto criminoso²³. Del resto, non si è mai realmente dubitato che l'oggetto giuridico specifico delle fattispecie qui in rilievo fosse da individuare, in ultima istanza, nel diritto (individuale) alla libertà sessuale della vittima: lo ammettevano, a dispetto del raggruppamento di tali ipotesi criminose entro i «delitti contro il buon costume e l'ordine delle famiglie», già alcuni esegeti del codice Zanardelli²⁴, ne offriva prova lo stesso codice

²² Per l'analisi storica dal punto di vista dottrinale e normativo dell'ordinamento italiano in materia, v. di recente G.M. CALETTI, *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali. Profili storici, comparati e di diritto vivente*, Bologna, 2023, p. 21 ss., E. MUSUMECI, «Dolci violenze». Stereotipi di genere e topoi letterari nel dibattito dottrinale sullo stupro tra Otto e Novecento, in *Quad. storia pen. e giust.*, 2024, n. 6, spec. p. 122 ss., S. DI PINTO, «Amore per forza». Profili penali, in *nullumcrimen.it* (18.3.2024), p. 1 ss., M. MILLEFIORINI, *L'autodeterminazione della libertà sessuale nell'ordinamento italiano. Prospettive sul consenso*, in *Nomos*, 2024, n. 1, p. 1 ss., nonché, con attenzione ai profili statistico-criminologici, L. GOISIS, *La violenza sessuale: profili storici e criminologici. Una storia di "genere"*, in *dirittopenalecontemporaneo.it* (31.10.2012), spec. pp. 4 ss. e 11 ss.

²³ Osserva infatti G. FIANDACA, voce *Violenza sessuale*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, vol. IV, Milano, 2000, p. 1155, che nell'ambito dei reati sessuali il «nesso stretto» tra fattispecie e bene giuridico «viene meno o si allenta», nel senso che «il bene giuridico tutelato non si compenetra sufficientemente nella struttura del fatto criminoso», sì che, ad esempio «un reato come la violenza sessuale lo si può considerare lesivo del bene della moralità pubblica oppure offensivo della libertà personale», poiché, appunto, «dall'una o dall'altra angolazione della tutela non derivano, in realtà, implicazioni automaticamente vincolanti sul modo di costruire la fattispecie incriminatrice». Riferendosi all'auspicato (al tempo) inserimento dei reati sessuali entro l'alveo dei reati contro la persona, di «ben scarso significato dal punto di vista della politica criminale e pratico applicativo» già parlava, del resto, F. MANTOVANI, *I delitti sessuali: normativa vigente e prospettive di riforma* (1988), ora in ID., *Umanità e razionalità del diritto penale*, Padova, 2008, p. 1001.

²⁴ Così, infatti, G. ZIINO, voce *Stupro e attentati contro il pudore e il buon costume (Medicina legale)*, in *Dig. it.*, vol. XXII, pt. II, Torino, 1895, p. 900 e C. CALOGERO, *Dei delitti contro il buon costume e contro l'ordine delle famiglie*, in Aa.Vv., *Completo trattato teorico e pratico di diritto penale secondo il codice unico del Regno d'Italia*, a cura di P. Cogliolo, Milano, 1890, vol. II, pt. I-a), pp. 975 e 980, ove

Rocco, avendo esso incluso – sì – i delitti degli artt. 519 cc. nel Libro II, Titolo X, ma entro il Capo I dedicato ai «delitti contro la libertà sessuale»²⁵, e risulta ad oggi incontestata in dottrina, stante anche la – sebbene non inequivoca – allocazione topografica degli artt. 609-*bis* ss.²⁶ Il punto è quindi, casomai, quello di rendere esplicito in quale accezione la suddetta «libertà sessuale» viene di fatto sottintesa da un sistema penale che ne strutturi la salvaguardia secondo l'anzidetto paradigma «modale».

A tale riguardo, icastiche appaiono le parole di Tullio Padovani, che, commentando alcune proposte di riforma presentate in Parlamento nei primi anni Ottanta del secolo scorso²⁷, constatava criticamente come esse risultassero ancora «imperniate sulla costrizione mediante violenza o minaccia a compiere o subire atti di natura sessuale», rilevando, anzitutto, la difficoltà di comprendere razionalmente il «perché [...] la tutela dell'intimità domestica [fosse] pacificamente incentrata sull'introdursi nell'abitazione o nel luogo di privata dimora “*contro la volontà espressa o tacita*” del titolare, mentre la tutela della libertà sessuale postula[sse] che la vittima [fosse] stata coartata [...] e non semplicemente che vi [avesse] dissentito»²⁸. La spiegazione che l'Autore offre a tale assetto della tutela disvela con chiarezza, come si anticipava, l'autentico sostrato ideologico-culturale del paradigma «modale», che affonda le proprie radici nell'idea di fondo, propria nell'*Ancien régime*, che l'attività sessuale «non costituisce un'espressione [dell']autonomia personale», e quindi di una libertà della persona, idea peraltro assente in quel periodo storico, bensì «strumento finalisticamente

si legge che «Un fatto impudico che si eserciti senza il libero consentimento della persona che vi soggiace è lesivo del pudore del paziente e costituisce appunto un delitto *contro la pudicizia individuale*» (corsivi nel testo).

²⁵ Basti, per la moderna dottrina, il riferimento a G. FIANDACA, voce *Violenza sessuale*, in *Enc. dir.*, vol. XLVI, Milano, 1993, p. 954. Del resto, già i primi esegeti del codice Rocco ritenevano che l'oggettività specifica di tali reati fosse da rinvenire nella «inviolabilità carnale», ovvero nel «diritto alla libertà di disposizione carnale», da intendersi come «facoltà di usare o meno del proprio corpo, e nella libertà di esercitare i mezzi protettivi della funzione sessuale»: in questi termini, v., rispettivamente, V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. VII, 5ª ed., Torino, 1984, p. 291 e M. MANFREDINI, *Delitti contro la moralità pubblica e il buon costume. Delitti contro la famiglia*, Milano, 1934, p. 132.

²⁶ Sia sufficiente il rinvio, da ultimo, a F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte speciale*, vol. I, *Delitti contro la persona*, 7ª ed., Padova, 2019, p. 417 ss.

²⁷ Tali proposte di legge possono leggersi nella *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 1520, ma v. anche, per un primo commento al «testo unificato» che di alcune di esse fu approntato dalla Commissione Giustizia della Camera, M. BERTOLINO, *I reati contro la libertà sessuale tra codice e riforma*, *ivi*, spec. p. 1464 ss. (ma spec. p. 1477 ss.).

²⁸ Cfr. T. PADOVANI, *Violenza carnale e tutela della libertà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pp. 1301-1302 (corsivi nel testo). Peraltro, L'Autore ha recentemente riproposto, condensandolo, tale suo lavoro: cfr. ID., *Il valore del dissenso che tutela la libertà*, in *L'altra voce. Quotidiano nazionale*, del 26 novembre 2025, pp. I e XII ss.

orientato ad uno scopo che trascende la persona stessa, e che si identifica con la perpetuazione della specie nell'ambito della famiglia legittima»²⁹. Non si tratta, quindi, di riconoscere alla donna una sfera di libertà in ambito sessuale, bensì di «vincolare il suo esercizio ad una finalità di natura *latu sensu* politica, dato che tale attività deve esplicarsi in linea di principio soltanto in un contesto legittimo, rispettoso della soggezione femminile all'autorità maritale e familiare e volto ad assicurare la procreazione»³⁰. Da qui, e sotto il profilo penale, la nascita delle fattispecie di «adulterio», che si rivolgono alla donna maritata, e quelle di «stupro», che si rivolgono, invece, alla donna nubile. Attraverso un percorso storico che non interessa qui ripercorrere, la figura dello stupro passa dall'incriminare ogni rapporto sessuale con donna libera (stupro c.d. «semplice»), al sanzionare quello commesso mediante violenza, minaccia o inganno: modalità di condotta, queste, dotate di una forte carica ideologica. Il loro impiego, infatti, «pone la donna nell'impossibilità di difendere l'onore familiare della quale è portatrice», ossia quella «"posizione strumentale" della quale è portatrice in vista di un interesse che la trascende», ed allo stesso tempo «sottolinea la *contrectatio* della persona, sul presupposto implicito, ch'essa debba dissentire resistendo all'iniziativa dell'agente, o averla subito inconsapevolmente»³¹.

Anche se, quindi, il codice Rocco parlava formalmente di «libertà sessuale», resta evidente – specifica Padovani – che «il limite della tutela è negativamente contrassegnato dall'onere della donna di rifiutare il rapporto» in modo da «far "constare" il proprio dissenso "attivo"», essendo rimasta immutata la «logica del meccanismo [imperniata] sulla necessità che la donna sia il primo artefice della tutela di un interesse poggiato [...] non già sulla libertà della persona», laddove appare chiaro – conclude infine l'Autore – che nella «prospettiva di tutela della libertà, e solo della libertà, l'unico onere razionalmente esigibile dalla vittima è che essa esprima il proprio univoco dissenso», dovendosi ad essa riconoscere «il diritto di essere tutelata nel proprio rifiuto a prescindere dall'atteggiamento personale tenuto di fronte alle iniziative dell'agente, a vantaggio del quale non può ridondare la circostanza che la paura, il panico o un semplice calcolo dei rischi maggiori abbia indotto la vittima a non contrastare attivamente l'aggressore»³². Stando così le cose, non può stupire, allora, il costante biasimo che la più parte della dottrina ha rivolto, sino dai suoi esordi, alla legge n. 66/1996, la quale,

²⁹ V. T. PADOVANI, *Op. ult. cit.*, p. 1303.

³⁰ Cfr. T. PADOVANI, *Op. ult. cit.*, p. 1304.

³¹ Cfr. T. PADOVANI, *Op. ult. cit.*, pp. 1306 e 1308.

³² V. T. PADOVANI, *Op. ult. cit.*, pp. 1307-1312.

rea di avere forgiato l'art. 609-*bis* c.p. sul paradigma «modale», e quindi di avere riattualizzato l'arcaico retaggio patriarcale che lo anima, avrebbe perso l'occasione offerta dalla riforma per plasmare la tutela penale sul modello «consensualistico», l'unico in grado di esprimere l'avvenuto riconoscimento alla donna di una libertà sessuale autenticamente personalistica e piena, poiché non limitata da alcun onere di resistenza³³.

Il *topos* culturale per cui, come detto, la donna godrebbe in ambito sessuale di una libertà non piena ma funzionalizzata, essendo essa stessa soggetta ad una perdurante «*potestas paterna vel maritalis*», si salda con un altro arcaico pregiudizio sociale, foriero di produrre un significativo riverbero processuale: ed è proprio questo il secondo aspetto sotteso al paradigma modale di costruzione del reato di violenza sessuale che occorre evidenziare.

Il riferimento è, precipuamente, a quello stereotipo socioculturale secondo cui, di fronte all'approccio sessuale dell'uomo, la donna si sentirebbe in obbligo di mostrare una ritrosia più che altro ornamentale, intesa a salvaguardarne l'onorabilità sociale: riottosità, questa, che, proprio perché soltanto di facciata, l'uomo sarebbe autorizzato a vincere anche mediante l'impiego della forza fisica. Ne discenderebbe il riconoscimento di una sorta di «*strafrechtfreier Raum*» in ragione del quale la condotta tipica di stupro dovrebbe ritenersi integrata soltanto ove la violenza impiegata dal reo debordasse per intensità quella (tollerata) soglia minima necessaria a vincere la suddetta naturale ritrosia della donna, alla quale, in fondo, non dispiacerebbe una certa «mascolinità» dell'approccio sessuale, che, con espressione poi recuperata dai criminalisti del XIX° secolo, Ovidio aveva chiamato «*vis grata puellis*». Se, in effetti, tale stereotipo ben raramente ha trovato eco in pronunce giudiziarie successive al codice Zanardelli³⁴, l'idea, però, che il semplice dissenso della vittima non basti ad ammantare di disvalore penale il compimento dell'atto sessuale – essendo invece necessaria l'applicazione di una violenza fisica tale da «vincere, in relazione alle circostanze concrete di fatto, la resistenza di chi ne è oggetto», da porre la vittima nelle condizioni di «non potere

³³ In questo senso, e tra i numerosissimi, v. nel corso del tempo M. VIRGILIO, *Corpo di donna e diritto penale. Ancora sulla legge contro la violenza sessuale*, in *Dem. e dir.*, 1996, n. 1, p. 165, A. COLLI, *La tutela della persona nella recente legge sulla violenza sessuale all'epilogo di un travagliato cammino legislativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, pp. 1164-1165 e 1167-1170, L. GOISIS, *La violenza*, cit., p. 15 s., G. FLORA, *La tutela della libertà sessuale ed i tormenti di cupido nell'era postmoderna*, in *Criminalia*, 2018, p. 191, M. PAPA, *La fisiognomica della condotta illecita nella struttura dei reati sessuali: appunti per una riflessione sulla crisi della tipicità*, *ivi*, p. 216, G.M. CALETTI, *Dalla violenza*, cit., p. 121 ss.

³⁴ Tra le rare, v. Cass. pen., sez. III, 7 febbraio 1934, Patanè, in *Giust. pen.*, 1934, II, c. 1354, nella quale si legge che «l'estremo della violenza nel delitto di violenza carnale non [può consistere] nella sola violenza necessaria a vincere la difesa naturale o simulata opposta per istinto o per disegno».

opporre tutta la resistenza che avrebbe voluto», ovvero da risultare «soverchiante» rispetto alla resistenza fisica opposta dalla vittima (c.d. «*vis atrox*») – si è affacciata ripetutamente nella nostra giurisprudenza tardo novecentesca³⁵, e non sembra del tutto superata neanche oggi, se è vero che solo due anni fa circa la Suprema Corte si è sentita in dovere di sconfessarla³⁶.

Che si tratti di un relitto storico lo dimostra anche il fatto che la storiografia moderna abbia ritenuto lo stereotipo della *vis grata puellis* contraddittorio rispetto già alla cultura penalistica liberale ottocentesca. Ed invero, al nutrito elenco di criminalisti del tempo che lo riproponevano, tra i quali anche Francesco Carrara³⁷, si è difatti rimproverato l'aver, da un canto, nominalmente sposato l'idea della piena libertà sessuale di tutti gli individui, che ammette la possibilità della donna pure di «consentire al proprio disonore», e che si salda idealmente alle teoriche del diritto soggettivo, dell'egualitarismo giuridico e dell'autodeterminazione volontaristica allora imperanti, ma di «continua[re] a perpetrare un'idea di libertà femminile molto viziata da pregiudizi e stereotipi di genere che finiscono per neutralizzare il potenziale emancipativo delle loro riflessioni, che addirittura si ribaltano del tutto in considerazioni che rilette oggi non possono non apparirci intrise di misoginia e sessismo»³⁸.

Ma, forse, non si è trattato *esclusivamente* della reiterazione di un atavico pregiudizio culturale da cui la penalistica non riusciva a liberarsi. Parlando dello stupro,

³⁵ Cfr., rispettivamente, Cass. pen., sez. III, 9 luglio 1984, Manna, in *Cass. pen.*, 1986, p. 295, Id., 20 gennaio 1986, Ercolano, in *ivi*, 1987, p. 753, Id., 19 novembre 1965, De Robertis, in *Giust. pen.*, 1966, II, c. 464. Per una più ampia e documentata ricostruzione storico-evolutiva di tale «teorica» in seno tanto alla giurisprudenza che alla dottrina, v. G.M. CALETTI, *Dalla violenza*, cit., p. 158 ss.

³⁶ Il riferimento è, nello specifico, a Cass. pen., sez. 16 febbraio 2024, n. 13222, in *dirittoegiustizia.it* (5.4.2024), con osservazioni di A. PANETTA, F. PANETTA, *Vis grata puellae e violenza sessuale*, la quale ha dovuto rescindere una pronuncia di merito nella quale i giudici avevano espressamente rilevato come «il semplice rifiuto verbale ai rapporti sessuali, comunque manifestato dalla persona offesa, potesse essere interpretato dal [...] come ritrosia, meramente formale e “di facciata”, di una donna alle iniziative erotiche del partner», derubricando gli atti violenza commessi dall'imputato «con riferimento alla *vis grata puellae*».

³⁷ V., infatti, le recenti indagini di G.M. CALETTI, *Dalla violenza*, cit., p. 82 ss. e di E. MUSUMECI, «*Dolci violenze*», cit., p. 127 ss., ma spec. p. 132 ss., ed ancora prima quella di G. CAZZETTA, «*Colpevole col consentire*». *Dallo stupro alla violenza sessuale nella penalistica dell'Ottocento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 424 ss. Peraltro, per una più ampia indagine dell'atteggiamento, in bilico tra modernità e conservatorismo, tenuto da Francesco Carrara in rapporto ai reati sessuali, v. G. FIANDACA, *I reati sessuali nel pensiero di Francesco Carrara: un onorevole compromesso tra audacia illuministica e rispetto della tradizione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 903 ss.

³⁸ Così, E. MUSUMECI, «*Dolci violenze*», cit., p. 131, ma vedi anche, per conclusioni convergenti, G.M. CALETTI, *Dalla violenza*, cit., pp. 89-91, 98 ss., e G. CAZZETTA, «*Colpevole col consentire*», cit., pp. 424-429, pp. 453 ss.

Francesco Carrara, ad esempio, muovendo dalla premessa che «la violenza vera si ha in tutti quei casi nei quali la volontà contraria della paziente o fu resa impotente dalla forza fisica, o fu soggiogata da una forza morale consistente nella minaccia di grave male», chiarisce poi, in effetti, che nel primo caso «non basta che la donna siasi limitata a dire non voglio, lasciando poi che l'uomo facesse il suo piacimento senza resistenza di lei», occorrendo, invece, che tale resistenza «siasi manifestata con grida o con atti di forza, che veramente dimostrino in lei una volontà opposta a quella del suo assalitore». Rilevante, però, è la motivazione – certo non condizionata soltanto da pregiudizi culturali – che l'illustre Maestro fornisce di tale “onere di resistenza”, ovverosia il fatto che, in difetto, «il giudice rimarrà sempre nel dubbio se veramente quella donna, la quale opponendosi con la voce si prestava col corpo, non volesse l'osceno fatto», sì che egli «difficilmente potrà affermare in sentenza, con quella certezza che è necessaria, l'elemento oggettivo della violenza»³⁹. Al di là di una certa ingenuità di fondo – Carrara naturalmente ignorava, ad esempio, i moderni studi psicologici sul c.d. «effetto *freezing*», che la vittima di violenza può talvolta subire per spavento o calcolato timore per la propria incolumità fisica⁴⁰ – appare chiara, però, l'attenzione alle esigenze garantistiche espresse dal canone «*in dubio pro reo*» ed il sottinteso probatorio del discorso: la violenza fisica, se intesa nel senso suo proprio, dovrebbe in qualche modo “esteriorizzare” il compiuto reato, e cioè costituire una sorta di tangibile *corpus delicti* che risulti funzionale all'accertamento processuale del fatto⁴¹.

3. Il modello «*consent-based*»: varianti estere e contesto domestico

Nei modelli «*consent-based*» il disvalore del fatto non risiede, invece, nelle modalità di condotta adibite dall'agente, ma nella circostanza che il soggetto passivo non ha espresso o non ha potuto esprimere il proprio consenso od il proprio dissenso rispetto all'atto sessuale: ovvio quindi, per conseguenza, che da figure criminose a forma vincolata si transiti verso fattispecie di evento a forma libera, tutte incentrate sulla

³⁹ Cfr. F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale dettato nella R. Università di Pisa, Parte speciale ossia esposizione dei delitti in specie*, vol. II, Lucca, 1873, § 1519 (p. 308 ss.).

⁴⁰ Per una prima disamina di tali fenomeni psicologici, v. G.M. CALETTI, *Dalla violenza*, cit., p. 111 ss., ed *ivi* ulteriori riferimenti.

⁴¹ Nel criticare la mantenuta previsione, entro la fisionomia degli artt. 609-*bis* c.p., della violenza e della minaccia, anche F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 420, non nega, infatti, «Che la *vis* può, al più, costituire prova – anche se non da sola, bensì nel quadro del più ampio e completo sistema di rilevazione – del dissenso».

oggettiva compromissione della libertà sessuale della vittima. Ed è proprio a tale paradigma che allude in modo inequivoco la «Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica», firmata a Istanbul l'11 maggio 2011, se è vero che l'art. 36 della stessa, rubricato «*Violenza sessuale, compreso lo stupro*», impone agli Stati firmatari di incriminare chiunque intenzionalmente:

- a) commette un «atto sessuale non consensuale con penetrazione vaginale, anale o orale su un'altra persona con qualsiasi parte del corpo o con un oggetto»;
- b) commette «altri atti sessuali compiuti su una persona senza il suo consenso»;
- c) realizza «il fatto di costringere un'altra persona a compiere atti sessuali non consensuali con un terzo».

Diversamente da quanto fatto sin qui dall'Italia, la più parte dei Paesi dell'Europa continentale ha in effetti già provveduto a sagomare la propria disciplina interna dei reati sessuali sul «*consent-based system*» sposato dal suddetto art. 36 della Convenzione: così, infatti, è stato ad esempio per la Finlandia (2022), per la Svezia (2018), per i Paesi Bassi (2024), per la Svizzera (2023), per la Repubblica Ceca (2024), per la Polonia (2024), per la Spagna (2023), per la Germania (2016)⁴², e da pochissimi mesi per la Francia (2025)⁴³. Ma proprio guardando a tali riforme, non si fa fatica a comprendere come, nella concreta realtà normativa, l'anzidetto «paradigma consensualistico» possa essere declinato secondo almeno tre diversi modelli⁴⁴:

- a) il primo è quello c.d. «consensuale affermativo puro», adottato ad esempio in Inghilterra e in Galles, usualmente condensato nel motto «*Only Yes means Yes*» («Solo sì è sì»). Nel richiedere la manifestazione del tutto espressa – principalmente

⁴² Per un'assai ampia e documentata indagine di diritto comparato sul tema, v. da ultimo, precipuamente, F. MACRÌ, *Tipicità e colpevolezza nei reati sessuali di ultima generazione. Centralità del consenso e nuovi modelli di tutela nelle recenti tendenze legislative e scientifiche europee*, Torino, 2025, pp. 2 ss. e 60 ss.

⁴³ Sulla recentissima riforma francese, v. per tutti L. BIARELLA, *Violenza sessuale, il concetto di "consenso" debutta nel codice penale francese*, in *altalex.com* (3.11.2025).

⁴⁴ La promessa riforma in senso consensualistico dell'art. 609-bis c.p. ha stimolato il recupero delle indagini storico-comparatistiche su quel modello di repressione penale della violenza sessuale da parte dei primi commentatori della paventata novella: v. infatti i cenni al riguardo contenuti in «*Osservazioni al ddl n. 1715*» dell'UICP, cit., p. 3 ss., B. ROMANO, *Note scritte*, cit., p. 7 ss., E. AMATI, *La metamorfosi*, cit., p. 2 ss., I. MERENDA, *Osservazioni*, cit., p. 1 ss., A. CADOPPI, *Violenza sessuale*, cit., p. 8 ss., G.L. GATTA, *Sul disegno*, cit., p. 4 s. Al di là della contingenza, v. gli studi in argomento di M.L. MATTEUDAKIS, *Un'indagine comparatistica sulla configurazione dei reati sessuali per colpa (grave) sui profili del consenso della vittima*, in *discrimen.it* (2.12.2020), spec. p. 286 ss., di G.M. CALETTI, *Dalla violenza*, cit., p. 282 ss. e di F. MACRÌ, *Tipicità*, cit., pp. 13 ss., 43 ss. e 60 ss.

in forma verbale, ma a maggiore ragione in quella scritta – del consenso all’atto sessuale, tale paradigma riflette, anzitutto, una visione se non addirittura irrealistica, di certo artificiale dei rapporti sessuali, che rischiano così di venire “proceduralizzati”. Ma viepiù, esso determina un approccio assai rigoroso sul versante sanzionatorio, poiché concepisce la violenza sessuale in termini assai ampi, coincidenti con ogni contatto sessuale che non risulti appunto sorretto da una espressa volontà affermativa, di talché esso finisce, nei fatti, per presumere sempre il dissenso, salvo la prova “negativa” dell’espresso consenso;

b) il secondo si presenta come una variante “attenuata” di quello precedente, ed è noto come modello del c.d. «consenso affermativo-espressivo». Con tale formula si richiede infatti, per escludere la tipicità della condotta, non solo l’esistenza di un consenso effettivo, ma anche una manifestazione inequivoca da parte del soggetto passivo che ne dimostri la positiva adesione all’atto sessuale. A tale paradigma sembra essersi ispirato, ad esempio, il legislatore spagnolo con la riforma del 2022, adottata sull’onda emotiva dei fatti accaduti durante la festa di San *Fermín*, a Pamplona, quando cinque ragazzi furono accusati di aver abusato di una ragazza di diciotto anni, posto che l’emendato art. 178 del *Código penal*, che contempla la fattispecie di «*Agresión sexual*», non solo descrive quest’ultima come la realizzazione di «*cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento*» («qualunque atto che attenta alla libertà sessuale di una persona senza il suo consenso»), ma specifica che «*hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona*», ossia che si ha consenso solo se esso è stato «manifestato liberamente mediante atti che, avuto riguardo alle circostanze del caso, esprimono in maniera chiara la volontà della persona»⁴⁵. Su tale linea sembra essersi orientato, da ultimo, anche il legislatore francese, che, all’indomani del noto «*affaire Pelicot*», ha tra gli altri riformulato la fattispecie di «*Agression sexuelle*» («Violenza sessuale»), stabilendo all’art. 222-22, comma 1, del *Code pénal* che tale reato consiste in «*tout acte sexuel non consenti commis sur la personne d’autrui ou sur la personne de l’auteur [...]*» («ogni atto sessuale non consensuale compiuto su un’altra persona o su sé stessi»), ed altresì precisando al comma successivo che «*le consentement est libre et éclairé, spécifique, préalable et révocable. Il est apprécié au regard des circonstances. Il ne peut être déduit du seul silence ou de la seule absence de*

⁴⁵ Traduzioni a cura dell’autore.

réaction de la victime» («Il consenso è libero e informato, specifico, preventivo e revocabile. È apprezzato alla luce delle circostanze. Non può essere desunto dal solo silenzio o dalla sola assenza di reazione della vittima»)⁴⁶;

c) il terzo modello è quello c.d. «dissensuale», condensabile nello slogan «*No Means No*» («No è no»), il quale subordina la configurabilità del reato di violenza sessuale alla manifestazione, da parte della vittima, di un dissenso, che può essere anche solo verbale o per *facta concludentia* ma deve comunque sussistere, non bastando infatti, ai fini della tipicità del fatto, un mero contegno passivo di quest'ultima. La richiesta di dissentire all'atto sessuale, se da un canto si traduce indubitabilmente in un onere che viene imposto alla persona offesa per vedere tutelato penalmente il proprio diritto alla libertà sessuale, dall'altro è inteso a salvaguardare le garanzie penali del presunto reo, quanto meno sotto il profilo del canone di colpevolezza, essendo evidente che la manifestazione di un rifiuto espresso o tacito, ma comunque chiaro, da parte della vittima rende chiaramente percepibile al reo il fatto che, proseguendo nella propria condotta, violerà l'altrui libertà sessuale, e quindi incorrerà nel reato. A questo modello parrebbe essersi ispirato il riformatore tedesco, che, nel ridescrivere al § 177, comma 1, *StGB* la fattispecie di «*sexueller Übergriff*» («aggressione sessuale»), richiede che l'atto di natura sessuale risulti compiuto «*gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person*», ossia «contro la volontà riconoscibile dell'altra persona»⁴⁷, sebbene poi – giova precisarlo – assuma rilevanza penale anche la condotta di chi agisca indipendentemente da una manifestazione del dissenso altrui nei casi in cui tale espressione sia ritenuta inesigibile, come nel caso di atti repentini, situazioni di minorata difesa, intimidazioni, ecc. (v. § 177, comma 2, *StGB*).

Venendo al contesto italiano, occorre rilevare come, sebbene il nostro Paese abbia ratificato la Convenzione di Istanbul già con la l. 27 giugno 2013, n. 77, solo oggi i progetti di riforma del comparto dei reati sessuali da essa ispirati abbiano trovato una prima ratifica parlamentare. Ciò non significa, però, che il «modello consensualistico» non fosse già permeato nella giurisprudenza, tutt'altro: ed è in tale *humus* applicativo che, fatalmente, la prossima riforma verrà a calarsi.

La «riconversione» per via interpretativa del delitto di cui all'art. 609-bis ss. c.p. al paradigma del consenso è passata, anzitutto, attraverso il riconoscimento da parte della Suprema Corte del concetto – si noti: *effettuale* – di violenza c.d. «impropria». Quest'ultima, infatti, ha trasfigurato, per dematerializzazione, la tradizionale nozione

⁴⁶ Traduzioni a cura dell'autore.

⁴⁷ Traduzioni a cura dell'autore.

– si noti: *descrittiva* – di violenza, che oggi denominiamo per contrapposizione come «propria», consentendo così ai giudici di sanzionare ogni condotta che, quale ne sia l'*ubi consistam*, abbia posto la vittima nella condizione di non potere esprimere liberamente il proprio consenso, anche per mero «condizionamento ambientale»: ne risulta una fattispecie di «Violenza sessuale» che, nella realtà applicativa, vede nell'assenza del consenso un irrinunciabile – sebbene letteralmente inespresso – elemento costitutivo, sul quale riposa tutto il disvalore del rimprovero penale. Ma siffatta tendenza giurisprudenziale è ben nota sia ai *doctores* che agli avvocati, che alla stessa si sono ormai rassegnati, nonostante i persistenti dubbi di sua rispondenza al principio di (stretta?) legalità e di proporzione che solleva⁴⁸. Forse meno nota può risultare, invece, l'apertura verso una concezione per così dire “massimalista” del paradigma «consensuale-affermativo» che la giurisprudenza degli ultimi sette/otto anni sembra avere surrettiziamente operato, spesso in nome della pretesa applicazione di quanto previsto dal predetto art. 36 della Convenzione di Istanbul.

Come ha difatti evidenziato la dottrina più sensibile al tema, la Corte di cassazione⁴⁹:

- anzitutto, ha più volte affermato che «nei reati contro la libertà sessuale il dissenso è sempre presunto, salvo prova contraria», mostrando così una certa trascuratezza rispetto alla presunzione di non colpevolezza dell'art. 27, comma 2, Cost., ed alla regola di giudizio dell'«oltre ogni ragionevole dubbio» espressa dall'art. 533, comma 1, c.p.p.;

- inoltre, sembra pure avere modellato una precipua figura di «dolo di violenza sessuale» non proprio coerente con il sistema. Se difatti, come già detto, l'assenza del consenso viene ormai ritenuta dagli stessi giudici di legittimità componente irrinunciabile del fatto tipico ritagliato dall'art. 609-*bis* c.p., ci si attenderebbe – almeno secondo le regole di «Parte generale» – che detta assenza si proietti sull'oggetto del corrispondente dolo di fattispecie, ed in particolare quanto meno sul suo elemento rappresentativo. Non può allora che lasciare perplessi la ricorrente affermazione della recente giurisprudenza della Corte di cassazione, secondo la quale «Ai fini della sussistenza dell'elemento soggettivo del reato di violenza sessuale, è sufficiente che l'agente abbia la

⁴⁸ Per l'illustrazione di siffatta tendenza giurisprudenziale, ma anche di una buona parte della dottrina, basti il rinvio alle ampie ricapitolazioni di F. MACRÌ, *Verso un nuovo*, cit., p. 41 ss. e G.M. CALETTI, *Dalla violenza*, cit., p. 158 ss., nonché all'efficace affresco di A. CADOPPI, *Violenza*, cit., p. 2 ss.

⁴⁹ Su tala tendenza interpretativa, v., anche per gli indispensabili riferimenti giurisprudenziali, ed in tono condivisibilmente critico, G. BALBI, *Legem et iustitiam facere. La giurisprudenza e il delitto di violenza sessuale*, in *la legislazione penale.eu* (23.11.2023), spec. p. 20 ss., F. MACRÌ, *Tipicità*, cit., p. 136 ss., M. PELLINI, *Violenza sessuale: la Corte di cassazione conferma la scelta del modello del consenso “affermativo”*, in *giurisprudenzapenale.com* (1.4.2025), e, specie in relazione agli smarrimenti in tema di errore sull'esistenza del consenso, G.L. Gatta, *Sul disegno*, cit., p. 9 s.

consapevolezza del fatto che non sia stato chiaramente manifestato il consenso da parte del soggetto passivo al compimento degli atti sessuali a suo carico». Affermare ciò significa infatti ammettere che il dolo abbia ad oggetto un dato significativamente *diverso* da quello assunto come elemento essenziale del fatto: non la mancanza di consenso, infatti, bensì un consenso (solo) *non chiaramente prestato*. Il che è come dire che, sul piano dell'imputazione soggettiva, è sufficiente che il reo abbia la consapevolezza che il soggetto passivo non ha espresso un valido consenso attraverso parole o azioni univocamente compatibili con la volontà di realizzare l'atto, bastando ciò a fare presumere il dissenso all'atto sessuale e quindi a fondare la colpevolezza dolosa del soggetto agente.

- infine, pare avere chiuso il cerchio (repressivo) mettendo fuori gioco l'istituto dell'errore sul fatto. Ed invero, se l'assenza del consenso costituisce il baricentro della violenza sessuale, ritenere erroneamente che l'altro soggetto abbia acconsentito all'atto sessuale dovrebbe significare, per l'agente, essere incorso in un errore sul fatto, anzi, avere frainteso proprio quell'elemento costitutivo della fattispecie che addirittura ne fonda l'intero suo disvalore criminoso: un errore, quindi, che, cadendo in ogni caso su di un elemento del fatto tipico, dovrebbe escludere il dolo ai sensi dell'art. 47, comma 1, c.p., e perciò, in questo caso, lo stesso reato. Ma ecco riemergere la "dimensione parallela" nella quale la recente giurisprudenza sembrerebbe avere sprofondato il delitto dell'art. 609-bis c.p.: la Suprema Corte, difatti, ha più volte ricondotto tale errore sul consenso all'errore su legge penale, come tale notoriamente inescusabile se non nei ristretti spazi aperti nell'art. 5 c.p. dalla Corte costituzionale.

Deve perciò ritenersi presente, in conclusione, che è questo il recinto interpretativo "rigorista" tracciato dai giudici nel quale la riforma andrà a collocarsi: quest'ultima, almeno così come si presenta *rebus sic stantibus*, consoliderà ancora di più i paletti infissi dai primi nella realtà applicativa della fattispecie? La domanda penso sia del tutto legittima.

4. Un primo consuntivo in attesa del completamento della riforma

Sono così giunto al termine della mia relazione, che, sebbene non breve, spero che quanto meno non abbia troppo annoiato. Di essa sintetizzo di seguito alcuni punti, che offro alla riflessione comune.

Il primo. Non è revocabile in dubbio il fatto che il paradigma «modale-costrittivo» di costruzione dei delitti sessuali si alimenti, dal punto di vista socioculturale, di una serie di pregiudizi, sottintesi misogini, retaggi patriarcali, e di ogni sorta di inattuale

stereotipo moraleggiante: il che – si badi – è quanto la ragione ritiene più che sufficiente per superarlo storicamente. Ma forse, esso vuole *anche* esprimere – fosse pure in modo del tutto preterintenzionale – un’esigenza di “esteriorizzazione” della compiuta aggressione alla libertà sessuale della vittima che risponde, a sua volta, ad una necessità probatoria la quale, in un contesto ordinamentale come il nostro, stretto tra la presunzione di innocenza, le esigenze del giusto processo e la *B.A.R.D. rule*, non può certo liquidarsi come irrilevante. Si noti, del resto, che quello stesso art. 36 della Convenzione di Istanbul che, come si diceva, la recente giurisprudenza ha utilizzato come cesello per conferire “forma consensualistica” alla fattispecie dell’art. 609-*bis* c.p., precisa al comma 2 che il consenso deve comunque «essere valutato tenendo conto della situazione e del contesto»: precisazione, questa, che ci pare richiami proprio ad una tale esigenza.

Il secondo. Nessuno può dubitare, d’altra parte, che i presupposti culturali dei quali il «*consent-based model*» si fa espressione risultino assai più confacenti all’assiologia di un ordinamento penale moderno, e comunque calato nell’attuale *Weltanschauung*. Quest’ultima, difatti, predicando il riconoscimento agli individui di una piena libertà sessuale, pretende, ideologicamente, che il disvalore penale di ogni fattispecie in materia risieda non tanto nelle modalità della condotta, che porta all’atto sessuale mediante costrizione o induzione della vittima, bensì nella pura e semplice violazione di siffatta libertà. Ma, ciò vero, in prospettiva regolatoria penale non si può non tenere conto anche dei rischi che il recepimento di un tale paradigma comporta per i principî di libertà, quantomeno se non circondato da più di una cautela. Non manca infatti in dottrina un significativo fascio di opinioni che mette in guardia dall’acritico recepimento del «paradigma consensualistico». Così, ad esempio, in considerazione della natura «non sempre chiara e nitida delle moderne interazioni tra i sessi», si è evidenziata la «oggettiva difficoltà di assumere il semplice, per quanto esplicito, “dissenso” di uno dei *partners* a presupposto sufficiente dell’illiceità del fatto», ben potendo essere possibile che esso, pur manifestato a parole o in forma remissiva, possa «sottintendere [...] un astuto e sleale calcolo preordinato a strumentalizzare la denuncia penale di un falso stupro»⁵⁰: l’ipotesi suonerà sgradevole e «*politically incorrect*» quanto si vuole alle nostre orecchie, ma non è certo del tutto estranea alla realtà empirica.

Più in generale, mi pare colga nel segno chi, affrontando l’arduo tema del rapporto tra fisiognomica della condotta criminosa e diritto penale del fatto, in tempi non sospetti si è interrogato, proprio in relazione ai reati sessuali, sulla capacità delle

⁵⁰ Così, v. G. FIANDACA, voce *Violenza sessuale*, *Aggiornamento*, cit., p. 1158, con riferimento alla sua originaria ed omonima voce enciclopedica, anch’essa già citata, p. 955.

diverse forme di condotta di «esprimere l'ingiusto», e quindi di tipizzarlo nella fattispecie (*facti-species*) di reato. In tale prospettiva, si è notato come esistono condotte che «possiedono, in sé stesse, la qualità di *malae species*, di “cattive apparenze” penalmente conclusive», che risultano perciò «capaci di esprimere in modo eclatante, con la loro stessa forma, l'ingiusto» in quanto “parlano” in modo eloquente a chi le osserva: e tra queste ben si annoverano quelle un tempo tipizzate dall'abrogato art. 519 c.p., ma anche quelle dell'odierno art. 609-bis c.p., ove lette come sono scritte secondo il senso comune⁵¹. Al contrario, prosegue l'Autore, «Incentrare il reato di violenza sessuale sulla sola assenza del consenso costituisce una scelta molto significativa sul piano dei valori, ma certamente non semplice sul piano applicativo»: anzitutto, perché «i processi attraverso cui si giunge all'autodeterminazione sono molto complessi e incerti più salde», ma anche perché la condotta così ritagliata sembra rendere più difficile la permanenza dei reati sessuali «all'interno [del] “diritto penale delle cose visibili”, cioè del fatto tipico fisiognomicamente significativo», tendendo invece a farli «entrare nell'ambito del “diritto penale delle cose invisibili”, cioè in quella crescente porzione del diritto penale che si confronta con l'ingiusto senza la mediazione di una condotta tipica capace di esprimere l'ingiusto stesso in modo paradigmatico e conclusivo, cioè fisiognomicamente rilevabile»⁵². La riprova, forse, che è la richiesta di «indici esteriori [...] che attestino la mancata condivisione dell'atto sessuale» a segnare, in fondo, «la differenza» tra i paradigmi coercitivi e consensuali di tutela penale in questo ambito⁵³.

Il terzo. *De iure condendo*, allora, si tratta di raggiungere un ragionevole compromesso tra l'esigenza di plasmare la fisionomia dei reati sessuali su paradigmi consensualistici, che meglio valorizzano il valore della persona socialmente e costituzionalmente affermato, e la necessità, parimenti ineludibile, di salvaguardare, tra gli altri, i principi di determinatezza sostanziale-processuale e di colpevolezza. A ben vedere, il disegno di legge approvato dalla Camera sembra sbilanciato verso la prima delle esigenze appena ricordate, il che, peraltro, non deve stupire poi molto: nella stessa direzione, infatti, si sono mossi l'art. 36 della Convenzione di Istanbul, come detto i più recenti progetti di legge avanzati in Parlamento, e non ultima la proposta elaborata dall'Associazione italiana dei professori di diritto penale, che, nell'ambito di un più

⁵¹ Cfr. M. PAPA, *La fisiognomica*, cit., pp. 214-216.

⁵² Cfr. M. PAPA, *La fisiognomica*, cit., pp. 219-220.

⁵³ Cfr., in questi termini, F. MACRÌ, *Tipicità*, cit., p. 43.

ampio lavoro di ripensamento dell'intero comparto dei reati contro la persona, aveva formato uno specifico gruppo di lavoro sulle fattispecie sessuali⁵⁴.

Personalmente, ritengo che un più ragionevole equilibrio tra esigenze culturali-repressive e garanzie di libertà possa essere raggiunto dal paradigma «dissensuale», che, richiedendo alla vittima l'espressione del dissenso rispetto all'iniziativa sessuale intrapresa dal reo, da un lato non sembra disconoscere o mortificare intollerabilmente la centralità della libertà sessuale della persona, e dall'altro è forse più incline a salvaguardare le esigenze di frammentarietà del diritto penale e di "esteriorizzazione" – e quindi di "riconoscibilità" – della volontà del soggetto passivo, con apprezzabili ricadute sulla presenza del dolo in capo al reo. Naturalmente, sancito il principio, occorrerebbe prevedere appropriate previsioni incriminatrici per quei casi nei quali l'espressione del dissenso risulti di fatto impossibile (ad es.: atti a sorpresa, atti su persona incosciente, ecc.). Peraltro, mantenendo la visuale entro i confini nazionali, è questa la direzione che viene comunque suggerita da una parte della dottrina penalistica⁵⁵, che fu intrapresa a suo tempo dal c.d. «progetto Pagliaro» di riforma del codice penale⁵⁶, e che, stando alle indiscrezioni trapelati proprio in questi giorni,

⁵⁴ Cfr. Aa.Vv., *La riforma dei delitti contro la persona. Proposte dei gruppi di lavoro dell'AIPDP. Atti dei seminari di discussione in collaborazione con DiPlaP*, Milano, 2023, spec. pp. 347 ss., ove può leggersi la «Relazione di accompagnamento» del gruppo di lavoro formato da S. Seminara, G. Balbi, M. Bertolino, M. Bianchi, S. Braschi e L. Ferla, e 353 ss., ove è presente la proposta di articolato. Quest'ultima tra l'altro prevede, all'art. 1, un delitto di «Violenza sessuale» così formulato: «Chiunque compie atti sessuali penetrativi nei confronti di taluno, senza il suo valido consenso, è punito con la reclusione [X]. La pena è aumentata se il fatto è commesso: 1. 1) con violenza o minaccia; 2. 2) con abuso di un potere giuridicamente fondato; 3. 3) determinando nella persona offesa uno stato di incapacità. La pena è diminuita nel caso di errore evitabile sul consenso».

⁵⁵ In questa direzione, v. ad esempio F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 420, A. CADOPPI, *Il "reato penale". Teorie e strategie di riduzione della criminalizzazione*, Napoli, 2022, p. 304 (e più di recente, dello stesso Autore, cfr. *Violenza sessuale*, cit., p. 10 ss.), E. AMATI, *La metamorfosi*, cit., p. 6. V. anche F. MACRÌ, *Tipicità*, cit., p. 45, sebbene poi l'A. chiarisca (p. 150) che tale modello, sebbene «preferibile in astratto», sarebbe poi soggetto ad una «applicazione giurisprudenziale [...] distonica rispetto alla *voluntas legis*».

⁵⁶ Si tratta del «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», che può leggersi in *ristretti.it*, ma anche, corredato da una presentazione di Giuliano Vassalli e da una relazione, in Aa. Vv., *Per un nuovo codice penale. Schema del disegno di legge-delega al Governo*, a cura di M. Pisani, Padova, 1993. Si veda, in particolare, l'art. 71, che così recita: «1. Prevedere i seguenti delitti: stupro, consistente nel fatto di chi, contro la volontà di una persona, si congiunge sessualmente con essa, o compie atti di identico significato offensivo; stupro di gruppo, consistente nel fatto di più persone che, in concorso tra loro, commettono personalmente e contestualmente il delitto di cui alla lettera a); 2. Stabilire l'irrelevanza del consenso prestato: dal malato di mente, quando l'infermità impedisca di percepire il significato dell'atto sessuale; dalla persona tratta in inganno per essersi il colpevole sostituito ad altra persona.

sembrerebbe essere stata imboccata anche dalla Commissione giustizia del Senato⁵⁷: chi vivrà, vedrà!

A ben vedere, la riforma dei reati sessuali costringe in fondo chi ne discuta a confrontarsi con un problema che si annida nelle più profonde radici non solo del diritto penale ma dell'intero fenomeno giuridico, ossia quello del rapporto tra «fatto» e «diritto», tra oggetto sociale bisognoso di normazione e limiti (intrinseci ed estrinseci) dello strumento giuridico. Non v'è dubbio che la sessualità umana costituisce un terreno di incontro di precetti morali, di convenzioni sociali, di credenze religiose e finanche di tabù psicologici, che, pure nella loro eterogeneità, richiedono alla fine una riduzione ad unità normativa, che non può che risultare dalla sintesi dialettica tra tutte queste componenti, ratificando ciò che, in un certo momento storico, costituisce comportamento sessuale socialmente approvato e socialmente disapprovato dai più. In questo senso, il diritto non può che nascere dal fatto («*ex facto oritur ius*»), e ne dovrebbe seguire strettamente i contorni, pena l'ineffettività o la sua trasformazione per via meramente applicativa, quindi al di fuori di ogni controllo democratico: e la storia dell'art. 609-*bis* c.p., come visto, ne rende plastica dimostrazione. D'altro canto, però, come tutti gli strumenti che l'uomo crea, anche il diritto sconta dei limiti, che si traducono, spesso, nella sua imperfetta capacità di recepire entro i suoi schemi i fenomeni sociali che è chiamato a disciplinare. Nello *ius criminale*, tali limiti non sono rappresentati solo da quelli propri del diritto in sé e per sé considerato, e cioè quelli *intrinseci*

Prevedere come circostanze aggravanti dei delitti di cui al primo comma la commissione del fatto: mediante violenza sulla persona o minaccia; abusando delle mansioni di pubblico agente, quando la persona sia arrestata, detenuta od internata. 3. Stabilire che i delitti di cui al primo comma lettere a) e c) siano perseguibili a querela, salvo che ricorra l'ipotesi prevista dalla lettera a) del comma 2, la circostanza prevista dalla lettera B), o che il fatto sia connesso con altro delitto perseguibile d'ufficio. Prevedere che la querela proposta sia irrevocabile».

⁵⁷ È difatti quanto si legge in AA. VV., *Il testo della nuova proposta di testo unificato dei disegni di legge in tema di violenza sessuale: dal "consenso libero e attuale" alla "volontà contraria"*, in *giurisprudenzapenale.com* (22.1.2026), ove si propone l'articolato della nuova proposta, che così suonerebbe: «Art. 609-*bis* (Violenza sessuale). Chiunque, contro la volontà di una persona, compie nei confronti della stessa atti sessuali ovvero la induce a compiere o subire i medesimi atti è punito con la reclusione da quattro a dieci anni. La volontà contraria all'atto sessuale deve essere valutata tenendo conto della situazione e del contesto in cui il fatto è commesso. L'atto sessuale è contrario alla volontà della persona anche quando è commesso a sorpresa ovvero approfittando della impossibilità della persona stessa, nelle circostanze del caso concreto, di esprimere il proprio dissenso. La pena è della reclusione da sei a dodici anni se il fatto è commesso mediante violenza o minaccia, abuso di autorità ovvero approfittando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa. La pena è diminuita in misura non eccedente i due terzi quando, per le modalità della condotta e per le circostanze del caso concreto, nonché in considerazione del danno fisico o psichico arrecato alla persona offesa, il fatto risulti di minore gravità».

allo stesso fenomeno giuridico, a partire da quelli che derivano dalla fisiologica difficoltà di intrappolare la naturale policromia della realtà sociale in una regola generale ed astratta. Ed invero, per una precisa scelta di civiltà, che ha orientato a recepire un certo modello punitivo rispetto ad altri pur storicamente prospettabili, il nostro diritto penale sopporta anche ulteriori e precipui limiti *estrinseci* rispetto al fenomeno giuridico in senso lato, che i costituenti hanno voluto introdurre nel patto sociale, e costituiti, come noto, da una serie di «guarentigie» a favore del reo: esse rappresentano, a ben vedere, il punto di equilibrio tra «*favor societatis*» e «*favor libertatis*» che ogni ordinamento fissa in modo tendenzialmente autonomo, in base alla propria storia.

Ma ciò può volere significare che non sempre il diritto è in grado, per le stesse regole che si è autoimposto, di recepire il fatto bisognoso di disciplina così come è, che non sempre una disposizione può essere la pedissequa trasposizione normativa del dato sociale, e che, quindi, non sempre o non tutte le pretese sociali al che un certo comportamento venga punito possano essere soddisfatte: è questo il prezzo delle garanzie al quale dobbiamo tornare tutti, ognuno secondo il proprio ruolo, ad essere consapevoli. Ed allora: se culturalmente è sacrosanto affermare che «*Yes means yes*» e «*No means no*», poiché nessuno dubita che astrattamente il sesso sia legittimo solo se vicendevolmente consensuale, è altrettanto imperativo per i cultori delle scienze criminali ricordare, allora, che «*Criminal law is criminal law*», e cioè che un diritto penale che non voglia regredire a pura e brutta sanzione del peccato, dell'offesa al comune sentire non deve all'occorrenza rinunciare ad ergersi, anche impopolarmente, e per dirla con von Listz, a «limite invalicabile» («*unübersteigbare Schranke*») della politica criminale.

ABSTRACT

Il lavoro muove dalla recente proposta di riforma dell'art. 609-bis c.p., approvata dalla Camera dei deputati, che segnerebbe il passaggio da un modello di codificazione della violenza sessuale c.d. "coercitivo" a quello c.d. "consensuale". Si è cercato, perciò, di esplorare anzitutto il substrato culturale che ha storicamente alimentato il primo, ma anche le esigenze di natura processuale che esso intendeva valorizzare. L'analisi delle riforme che, sulla base della Convenzione di Istanbul, numerosi Paesi europei hanno approvato ha poi dimostrato che il modello "consensuale" può essere in realtà declinato secondo almeno tre varianti, che, a loro volta, riconoscono al consenso o al dissenso della vittima un diverso rilievo e pongono problemi differenti sul piano dell'accertamento probatorio. In conclusione, si rileva come il modello c.d. "dissensuale" sembrerebbe realizzare un ragionevole compromesso tra l'esigenza di salvaguardia la libertà sessuale della persona e quella di "riconoscibilità", e quindi di prova, della volontà della vittima di aderire o meno all'atto sessuale, nella consapevolezza che, a causa dei limiti che la Costituzione gli pone, il diritto penale non sempre può corrispondere totalmente alle istanze repressive avanzate dalla società.

PAROLE CHIAVE

Art. 609-bis c.p. – Modello coercitivo - Progetto di riforma –
Consenso – Modelli consensuali – Problematiche

* * *

THE ONGOING REFORM OF ART. 609-BIS OF THE CRIMINAL CODE: BETWEEN PARADIGMS OF INCRIMINATION AND EVIDENCE IN COURT

ABSTRACT

The paper begins with the recent proposal to reform Article 609-bis of the Criminal Code, approved by the Chamber of Deputies, which would mark the transition from a so-called "coercive" to a so-called "consensual" model for coding sexual violence. Therefore, we sought to explore, at first, the cultural substratum that historically fueled the former, as well as the procedural needs it was intended to enhance. Analysis of the reforms that numerous European countries have approved based on the Istanbul Convention has demonstrated that the "consensual" model can actually be articulated according to at least three variants, which, in turn, give varying degrees of importance to the victim's consent or dissent and pose different challenges in terms of evidentiary assessment. In conclusion, it is noted that the so-called "dissenting" model would seem to achieve a reasonable compromise between the need to safeguard the sexual freedom of the person and that of "recognisability", and therefore proof, of the victim's will to adhere or not to the sexual act, in the awareness that, due to the limits that the

Constitution places on it, criminal law cannot always fully correspond to the repressive demands put forward by society.

KEYWORDS

Art. 609-*bis* of the Criminal Code – Coercitive Model – Reform Project –
Consent – Consent Models – Problems