



SENATO DELLA REPUBBLICA – II COMMISSIONE - GIUSTIZIA

MERCOLEDÌ 3 DICEMBRE – AUDIZIONE NELL'AMBITO DELL'ESAME DEI DISEGNI DI LEGGE NN. 1715 (APPROVATO DALLA CAMERA DEI DEPUTATI), 90, 1716 E 1717 MODIFICA DELL'ARTICOLO 609-BIS DEL CODICE PENALE IN MATERIA DI VIOLENZA SESSUALE E DI LIBERA MANIFESTAZIONE DEL CONSENSO.

Signor Presidente, onorevoli Senatori

l'Organismo Congressuale Forense condivide a pieno la finalità dei disegni di legge di offrire maggiore tutela alla libertà di autodeterminazione della persona in ambito sessuale.

Il dilagare di reati di genere negli ultimi anni, sempre in incremento, necessita di iniziative volte a frenare le cause e l'OCF ha più volte negli anni manifestato il convincimento che solo iniziative di carattere culturale, che incidano sulle cause del fenomeno, potranno avere effetti benefici. L'uso del diritto penale, invece, in chiave simbolica o per fini pedagogici è dimostrato che non porta ad alcun risultato, visti i numeri dei reati in crescita.

Non vi è dubbio, però, che la modifica dell'art. 609 bis c.p. non rientra tra le iniziative che possano etichettarsi come simboliche o demagogiche, atteso che la norma sicuramente va modificata, ma ciò va fatto in modo da dare sicuramente rilievo alla volontà della persona ed al contempo dare determinatezza alla fattispecie ed evitare l'aggravarsi di risvolti inquisitori e accertamenti processuali su base presuntiva partendo dalla presunzione di colpevolezza. Non è una modifica che possiamo ritenere irrilevante e priva di riflessi nella prassi il prescindere dalla costrizione, dalla violenza e dalla minaccia per la configurabilità del reato, al di là dell'attuale approdo giurisprudenziale.

L'intervento legislativo sull'art. 609 bis c.p. è necessario per varie ragioni giuridiche:

- 1) La Convenzione di Istanbul del 2011 detta una linea che valorizza l'assenza di consenso della persona;
- 2) la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha riaffermato che gli art. 3 e 8 della CEDU impongono la repressione di atti sessuali non consensuali;
- 3) vi è una frattura attuale tra il testo dell'art. 609 bis c.p. e il diritto vivente, atteso che la giurisprudenza ha smaterializzato la fattispecie, privando di rilevanza il costringimento, la violenza e la minaccia, fatte coincidere con la presenza di dissenso, ma anche con la mancanza di una manifestazione chiara di consenso. Ciò crea una evidente tensione con il principio di legalità, in particolare con il principio di tassatività e determinatezza della fattispecie, che deve essere chiara e precisa nell'orientare le condotte e indicare ai destinatari delle norme cosa è consentito e cosa è vietato. La tensione con il principio di legalità si avverte in particolare con riferimento a casi ibridi, nei quali è sfumato spesso il confine tra il consenso e il dissenso (si pensi a casi di tipici di approccio amoroso con iniziale tentativo di bacio subito interrotto, come anche al caso dell'abbraccio o al consenso inizialmente prestato ma poi ritirato, oppure limitato a determinati atti e non ad altri, ai rapporti tra coniugi o conviventi spesso alterni tra conflittualità e accordo, ecc.).

Organismo Congressuale Forense
Via Valadier 42, 00193 Roma
Tel : 0689325861

E-Mail: amministrazione@organismocongressualeforense.news
Pec : organismocongressualeforense@pec.it

Premesse le ragioni che impongono una rivisitazione dell'art. 609 bis c.p., va però detto che la disciplina dovrebbe essere modificata, da un lato cercando di evitare termini ambigui e che scaricano sul giudice compiti ardui che finiscono per generare incertezza e disparità sugli esiti processuali, dall'altro cercando di rivedere l'intera fattispecie in modo da eliminare le innegabili problematiche che si sono riscontrate nell'applicazione giurisprudenziale ed evitarne l'aggravarsi. In più, va evitata la tendenza ad introdurre modifiche su base emotiva e in chiave di semplificazione e velocizzazione dell'accertamento processuale, o con finalità esclusivamente di esclusione di domande che realizzino la c.d. vittimizzazione secondaria, con il rischio che il processo diventi sommario e si realizzi una inversione dell'onere della prova contraria alla presunzione di non colpevolezza. Non si intende con ciò legittimare domande fuori luogo che realizzino vittimizzazione secondarie, da evitare secondo gli insegnamenti anche provenienti dalla Corte di Strasburgo e recepiti nel nuovo art. 499 comma 6 bis c.p.p. (recente legge sul femminicidio), ma soltanto evitare eccessi che per esigenze di tutela della vittima, in una materia di particolare sensibilità sociale, determinino una inaccettabile compressione dell'accertamento processuale.

I) Il testo di cui al DDL n. 1715 approvato alla Camera dei Deputati e profili di criticità'.

Va detto che appare spesso esistente un contrasto tra giurisprudenza di merito e di legittimità che verte soprattutto sui c.d. casi ibridi, casi nei quali è assente un dissenso esplicito all'atto sessuale. Le difficoltà applicative della giurisprudenza sono destinate ad aumentare in ragione del testo del DDL n° 1715 che fa riferimento alla assenza di *"consenso libero e attuale"* rispetto a un modello indifferenziato di atti sessuali. Il rischio che si intravede nella riforma è quello di una evoluzione nel senso di un accertamento sommario, che non consente approfondimenti, fondato sulla acquisizione della prova (sola dichiarazione della persona offesa) che introduca l'assenza di una chiara manifestazione del consenso, con l'impossibilità di fare fornire prova contraria da parte dell'accusato in presenza di casi ibridi che lasciano spazio all'errore sul consenso o alla colpa. Si pensi all'ipotesi di un approccio amoroso consistito in un tentativo di bacio o un abbraccio nella convinzione dell'esistenza di un feeling, subito poi arrestatosi in presenza del dissenso. In casi del genere, una fattispecie che prescinda da violenza e minaccia e si incentri sul consenso, in caso di denuncia della vittima, pone un problema che deve risolversi sull'impervio crinale della sussistenza o meno del dolo, con tutte le conseguenze delle quali si dirà sulla rilevanza problematica e ordinariamente esclusa in giurisprudenza dell'errore colposo sul consenso.

Ciò è aggravato dal fatto che l'art. 609 bis c.p. non prevede distinte fattispecie in ragione della gravità della condotta e fissa un minimo edittale di 6 anni di reclusione sul quale poi è lasciata al giudice la scelta se ritenere il fatto di minore gravità.

Va già da subito detto che il termine *"attuale"* non trova rispondenza in altri codici Europei. La formulazione incentrata sul consenso, poi, tenuto conto della prassi giurisprudenziale, porterebbe ad aggravare l'onere probatorio a carico dell'accusato, il quale finirebbe per dovere fornire la prova di un chiaro consenso esplicito o implicito rispetto a ogni atto sessuale progressivamente compiuto durante il rapporto inizialmente accompagnato da consenso. Sarebbe più in linea con un diritto penale

Organismo Congressuale Forense
Via Valadier 42, 00193 Roma
Tel : 0689325861

E-Mail: amministrazione@organismocongressualeforense.news
Pec : organismocongressualeforense@pec.it

del fatto prevedere un dissenso riconoscibile, cioè al fine di attribuire materialità alla condotta dell'agente che non si arresta di fronte al dissenso.

Le scelte legislative migliori sono quelle che danno un contenuto concreto alla condotta, la oggettivizzano, la rendono pregnante in aderenza al diritto penale del fatto che connota un ordinamento liberale e non demandano al giudice compiti definitori di una norma generica. La norma si rivolge al cittadino, è il cittadino a dovere sapere quale condotta è reato. Bisognerebbe quindi abbandonare scelte dettate dall'emotività che rischiano di punire prescindendo da una condotta effettivamente dolosa e che si presenti oggettivamente tale.

Il DDL n° 1715 recepisce il modello del consenso affermativo (“*Solo si es si*”) adottato in Spagna nel 2022, differente dal modello “*Nein heibt Nein*” adottato in Germania che richiede una esteriorizzazione del dissenso.

Si tenga presente che in Spagna e in Francia le riforme sono state dettate dall'emotività in ragione di casi che si erano verificati e che avevano disvelato la inadeguatezza della previgente normativa.

I.A) La nozione indifferenziata di atti sessuali e criticità applicative.

Intanto, la giurisprudenza, in linea con la scelta del legislatore del 1996, ritiene che l'atto sessuale è suscettibile di comprendere qualsiasi condotta che, risolvendosi in un contatto corporeo seppure fugace ed estemporaneo, ponga in pericolo la libera autodeterminazione della persona offesa nella sua sfera sessuale, la quale costituisce l'oggetto della tutela penale (Cass. pen., Sez. I, 25 gennaio 2006, n. 7369, Castana; Cass. pen., 26 settembre 2013, n. 42871, Z. e altro; Cass. pen., Sez. III, 15 ottobre 2019, n. 51217, C.).

La scelta del legislatore di creare una unica fattispecie che non differenzia tra atti sessuali di diversa gravità, apprezzabile per segnare una svolta nel 1996, oggi non è aderente alla Convenzione di Istanbul, atteso che lo stesso articolo 36 distingue tra atti penetrativi e atti sessuali diversi.

Anche negli altri Paesi Europei come Spagna e Germania vi è una disciplina che differenzia le varie fattispecie a seconda della tipologia di atto sessuale. In più, il minimo di pena elevato (anni 6 di reclusione) mal si concilia con le molestie sessuali.

La dottrina¹ ha evidenziato che il rispetto del principio di legalità è messo a dura prova dalla nozione

¹ **A. Cadoppi:** “*La violenza sessuale alla ricerca della tassatività perduta*”, in Dir. pen. proc., 2016, 1476, che evidenzia come il legislatore dovrebbe «*formulare fattispecie adeguate alla reale sostanza e natura degli illeciti. E soprattutto a come questi vengono percepiti dalle norme di cultura*», dal momento che «*l'etichettare normativamente un fatto in modo profondamente diverso da come viene inquadrato nella percezione sociale crea smarrimento negli utenti della giustizia*». In tal senso anche G.L. Gatta, audizione in II Commissione Giustizia della Camera dei Deputati del 28 gennaio 2025: “*la proposta di legge all'esame del Parlamento potrebbe rappresentare l'occasione per un intervento che rimediti la scelta, fatta nel 1996 e rivelatasi nella prassi problematica, di unificare, anche ai fini sanzionatori, condotte di gravità assai diversa: dagli atti penetrative e violenti alla vasta gamma delle molestie sessuali, compreso il bacio sulla guancia o la carezza sulla schiena nuda. Il concetto unitario di “atti sessuali” si è rivelato nella prassi imprecise e problematico. Esigenze di rispetto dei principi di legalità e di proporzione della*

assolutamente indeterminata di atto sessuale di cui all'art. 609 bis c.p., ricostruita dalla giurisprudenza, che ricomprende sotto la comune etichetta di "violenza sessuale" una serie di comportamenti tra loro largamente eterogenei, che vanno *«dai semplici abbracci, alle fugaci pacche sul sedere, ai bacetti sulle guance, ai baci sul collo, ai baci "deviati", ai baci "rubati", fino ad atti sessuali ben più rilevanti come masturbazioni violente, inserimenti di oggetti nelle parti intime, congiunzioni carnali, coiti anali ed orali»*.

Ebbene, la divergenza rispetto agli altri Stati ai quali si guarda, come ad esempio la Spagna, sta pure nei limiti edittali di pena, atteso che in Spagna l'ipotesi base è punita con la reclusione da 1 a 4 anni (art. 178 del Codice Spagnolo), per poi giungere nei casi più gravi a pene da sei a dodici anni (art. 179 comma 2). In Germania, analogamente, la pena base va da 6 mesi a 5 anni di reclusione (art. 177 Stgb), per poi prevedere cornice edittali particolarmente ampie per i casi più gravi.

È chiaro che la tecnica legislativa italiana, nel prevedere una unica fattispecie punita con un minimo di 6 anni di reclusione, diminuibile fino a due terzi per i casi di minore gravità, trasferisce sul giudice una discrezionalità enorme².

Si tenga presente che in tema di concessione della diminuente della minore gravità (art. 609 bis comma 3 c.p.) il legislatore non ha indicato criteri da adottare, lasciando totalmente alla giurisprudenza il compito di definizione, con ovvia ulteriore tensione rispetto ai principi di tassatività e determinatezza e notevole incertezza applicativa, come dimostrano i molteplici e diversi esiti delle vicende processuali tra merito e legittimità e le diverse soluzioni possibili a seconda che si dia prevalenza alla gravità dell'atto sessuale, alla compressione della libertà di autodeterminazione della persona, alle conseguenze e al trauma patito dalla vittima, alla occasionalità o reiterazione dell'atto, soluzioni tutte possibili ma che attribuiscono al giudice compiti propri del legislatore.

Si impone, pertanto, una rivisitazione complessiva della disciplina anche tenuto conto che, come formulato, il DDL n° 1715 prevede una equiparazione sanzionatoria irrazionale tra i casi molto diversi per gravità del primo e secondo comma dell'art. 609 bis c.p..

I.B) L'adozione nel DDL 1715 del modello fondato sul consenso affermativo e i suoi limiti sul piano sostanziale e degli effetti processuali. Le critiche della dottrina alla riforma del codice penale spagnolo del 2022.

Il DDL 1715 approvato alla Camera dei Deputati replica il modello spagnolo del "si è sì". Si legge nell'art. 609 bis c.p. come approvato alla Camera dei Deputati: *"chiunque compie o fa compiere o subire atti sessuali ad un'altra persona senza il consenso libero e attuale di quest'ultima è punito*

pena suggeriscono una rimeditazione complessiva della materia".

² In tema di necessaria interpretazione tipizzante e tassativizzante delle fattispecie criminose , V. Manes, *Introduzione ai principi costituzionali in materia penale*, Giappichelli, 2023; anche E. Amati, *La metamorfosi della violenza sessuale e del diritto penale liberale*, in *Diritto di difesa*, novembre 2025.



con la reclusione da sei a dodici anni”.

L’art. 178 del codice spagnolo recita: “*Chiunque commette un atto che viola la libertà sessuale di un’altra persona senza il suo consenso è punito con la reclusione da uno a quattro anni come autore di violenza sessuale. Il consenso si considera sussistente solo quando è stato liberamente espresso attraverso atti che, tenendo conto delle circostanze del caso, esprimono chiaramente la volontà della persona”.*

Va detto che ogni riforma va valutata in relazione ai riflessi processuali e deve tenere conto in questo caso del diritto vivente.

La giurisprudenza ha esteso il confine della fattispecie svuotando gli elementi della costrizione, violenza e minaccia. Ciò è stato correttamente giustificato dalla necessità di dare rilevanza al dissenso e alla libertà di autodeterminazione della persona, soprattutto per disciplinare casi nei quali la vittima è rimasta inerte, riconosciuti anche a livello scientifico (cd. tanatosi).

Non vi è dubbio però che la riforma, per come prospettata, si risolverà in un aggravamento in ambito processuale delle criticità che si sono già riscontrate nella prassi giurisprudenziale, con una conseguenza molto facile da prevedere: il giudice condannerà tutte le volte in cui non vi sarà una chiara manifestazione di consenso, ossia sarà incentivata la tendenza, in una materia dove forte è la pressione a tutela della vittima, a risolvere i casi dubbi dando prevalenza alla assenza di prova di una manifestazione chiara del consenso. Si pensi al caso già indicato del tentativo di bacio, subito arrestatosi, nella convinzione della esistenza di una situazione di feeling, l’irrilevanza del quale non potrà essere giustificata con l’assenza di violenza e minaccia.

Già la giurisprudenza ha riconosciuto che la violenza ben può manifestarsi come sopraffazione funzionale e limitata alla pretesa dell’atto sessuale, non occorrendo che la violenza sia di forma o veemenza particolare o, men che meno, brutale ed aggressiva (Cass. pen., Sez. III, 15 giugno 2010, n. 27273, M.; Cass. pen., Sez. V, 22 settembre 2021, n. 37460, P.), il delitto in questione sussistendo ogni qual volta sia lesa la libertà dell’individuo di poter compiere atti sessuali in assoluta autonomia, senza condizionamenti di ordine fisico o morale (Cass. pen., Sez. III, 5 giugno 2015, n. 37364, B.); e, per l’altro verso, l’atto sessuale è suscettibile di comprendere qualsiasi condotta che, risolvendosi in un contatto corporeo seppure fugace ed estemporaneo, ponga in pericolo la libera autodeterminazione della persona offesa nella sua sfera sessuale, la quale costituisce l’oggetto della tutela penale (Cass. pen., Sez. I, 25 gennaio 2006, n. 7369, Castana; Cass. pen., 26 settembre 2013, n. 42871, Z. e altro; Cass. pen., Sez. III, 15 ottobre 2019, n. 51217, C.).

E ancora, secondo la giurisprudenza di legittimità (v., ex multis, Cass. pen., sez. III, 23 giugno 2016, n. 22127) «integra l’elemento oggettivo del reato di violenza sessuale non soltanto la condotta invasiva della sfera della libertà ed integrità sessuale altrui realizzata in presenza di una manifestazione di dissenso della vittima, ma anche quella posta in essere in assenza del consenso, non espresso neppure in forma tacita, della persona offesa, come nel caso in cui la stessa non abbia consapevolezza della materialità degli atti compiuti sulla sua persona (fattispecie in tema di atti sessuali realizzati nei confronti di una persona dormiente)». Ancora, si è affermato (Cass. pen., sez. III, 17 dicembre 2019, n. 12628) che «non è ravvisabile in alcuna fra le disposizioni legislative introdotte a seguito dell’entrata in vigore della L. n. 66 del 1996, [...] un qualche indice normativo che possa imporre, a carico del soggetto passivo del reato [...] un onere, neppure implicito, di espressione

Organismo Congressuale Forense

Via Valadier 42, 00193 Roma

Tel : 0689325861

E-Mail: amministrazione@organismocongressualeforense.news

Pec : organismocongressualeforense@pec.it

del dissenso alla intromissione di soggetti terzi nella sua sfera di intimità sessuale, dovendosi al contrario ritenere [...] che tale dissenso sia da presumersi e che pertanto sia necessaria, ai fini dell'esclusione dell'offensività della condotta, una manifestazione di consenso del soggetto passivo che quand'anche non espresso, presenti segni chiari ed univoci che consentano di ritenerlo esplicitato in forma tacita (Cass. pen., sez. III, 9 marzo 2016, n. 49597)».

Gli orientamenti giurisprudenziali si sono formati con riferimento a casi nei quali il dissenso non era stato manifestato perché la persona era intimidita, terrorizzata, in stato di c.d. tanatosi, dormiente, sottomessa nell'ambito di rapporti di convivenza vessatori, destinataria di atti repentini.

È chiaro che la giurisprudenza ha effettuato una opera di tipizzazione della fattispecie, necessaria attesa la indeterminatezza e genericità della formulazione legislativa .

Detto ciò, il modello affermativo, che introduce come elemento costitutivo del reato l'assenza di consenso, elimina la necessità di guardare alla condotta dell'accusato, che perderà di rilievo nella prassi giurisprudenziale, non dovendosi più confrontare con la necessità di costrizione tramite violenza o minaccia.

Sarà posto, peraltro, maggiormente a carico dell'accusato l'onere impossibile di provare la presenza di una manifestazione di consenso chiara, esplicita o implicita che sia, attraverso l'attribuzione di un rimprovero per condotta antidoverosa consistita nel non essersi assicurato un consenso esplicito e chiaro.

È interessante verificare le critiche che sono susseguite alla riforma del codice penale in Spagna ad opera della dottrina³ e sulla base degli orientamenti giurisprudenziali del Tribunale Supremo. Sul punto si è osservato che *“la virata del legislatore verso il paradigma del consenso affermativo, più che rispondere a reali esigenze di tutela, rischia invece di irrigidire eccessivamente la fase della valutazione giudiziale..... Una modifica che, conseguentemente, condiziona anche la decisione del giudice che, se in precedenza, in caso di dubbio sull'esistenza del consenso, era tenuto ad assolvere l'imputato, ora potrà invece condannarlo qualora emergano nel giudizio specifiche circostanze dalle quali si ricavi che la persona offesa non abbia manifestato chiaramente la sua volontà. Il tutto in un contesto in cui il diritto di difesa dell'imputato risulta già sufficientemente stressato dalla valenza privilegiata che in via generale si riconosce alla dichiarazione della vittima, che può essere da sola assunta come fonte di prova della colpevolezza del reo, previa verifica della credibilità soggettiva del dichiarante e dell'attendibilità intrinseca del suo racconto”*⁴.

Va detto, poi, che in una delle prime versioni dell'Anteproyecto, poi modificato, lo scopo della

³ V., al riguardo, le preoccupazioni espresse da ÁLVAREZ GARCÍA, La libertad sexual en peligro, Diario la Ley, núm. 10007, 10 de febrero de 2022, che osserva come «risulterà proibito avvicinarsi alla propria compagna di notte, mentre dorme, accarezzarla e abbracciarla, dal momento che da addormentata non ha potuto manifestare attraverso un atto "in maniera chiara la volontà della persona"». L'Autore sottolinea inoltre come in molti casi identificare l'atto nel quale si fissa in maniera chiara il consenso sessuale sia impossibile perché non si possono concordare previamente gli atti sessuali che si realizzeranno, che si svolgono sulla base di una progressione sessuale che passa attraverso le "avance" di una parte e rispetto alle quali l'altra parte può rispondere con una semplice accettazione, o non opposizione che implica accettazione.

⁴ In tal senso, I. Merenda, *La ley del solo si es sì. la controversa riforma dei delitti contro la libertà sessuale nell'ordinamento spagnolo. Spunti per il legislatore italiano?*, in Archivio Penale n° 1

riforma era proprio indicato nel risvolto processuale conseguente alla stessa: «*rriorientare il regime di valutazione della prova, contribuendo ad evitare i rischi di revittimizzazione o vittimizzazione secondaria*».

I.C) I riflessi del modello affermativo sull'elemento soggettivo del reato. La conseguente irrilevanza dell'errore sul consenso. Le critiche al modello spagnolo.

La giurisprudenza di legittimità adotta soluzioni notevolmente restrittive in tema di rilevanza dell'errore sul consenso, alcune volte in difformità rispetto a quella di merito. Ma vi è da dire che le soluzioni adottate dalla giurisprudenza dal punto di vista dogmatico non sono univoche.

La linea più rigida esclude la rilevanza del consenso putativo o presunto, a meno di inevitabilità dello stesso, perché *“l'errore sul dissenso, ossia su un elemento costitutivo della fattispecie, spesso si risolve in errore sulla legge penale, che non può essere invocato a norma dell'art. 5 c.p.”*⁵. L'orientamento più elastico, e conforme alla struttura attuale della fattispecie, ritiene applicabile l'art. 47 comma 1 c.p., quindi l'errore sul fatto che costituisce reato e che escluderebbe il dolo, pur gravando l'imputato di fornire la prova certa dell'errore⁶.

La modifica propugnata, nel senso della espressa previsione della necessità del consenso libera e

⁵ Si veda pronuncia della Cass. Pen. Sez. III, Sentenza, 10/03/2011, n. 17210 (rv. 250141): *“anzitutto va precisato che, secondo autorevole dottrina e la giurisprudenza (Cass. 21 gennaio 1982, Maglione RV 152899) non rientrano nella scriminante invocata dal tribunale i casi in cui la mancanza del consenso costituisce requisito esplicito della fattispecie (artt. 614 o 609 bis c.p.) perché in tali casi l'errore sul dissenso ossia su un elemento costitutivo della fattispecie spesso si risolve in errore sulla legge penale, che non può essere invocato a norma dell'art. 5 c.p.. Quindi il tribunale per escludere il reato non avrebbe potuto richiamare la possibile sussistenza di un consenso putativo o presunto.*

In ogni caso, anche a volere ammettere in questa materia la ricorribilità di un consenso putativo o presunto, si deve trattare comunque di casi in cui si possa ragionevolmente presumere che il titolare del diritto, se avesse potuto, avrebbe espresso il proprio consenso. D'altra parte l'esimente putativa (nella specie consenso dell'avente diritto) può trovare applicazione solo quando sussista un'obiettiva situazione - non creata dallo stesso soggetto attivo del reato - che possa ragionevolmente indurre in errore tale soggetto sull'esistenza delle condizioni fattuali corrispondenti alla configurazione della scriminante” (in tal senso anche di recente Cass. pen., Sez. III, Sent., (data ud. 14/10/2024) 22/11/2024, n. 42821;).

⁶ In tal senso **Cass. pen. Sez. III, 25/09/2024, n. 38909**, secondo la quale *“il dissenso della vittima, elemento costitutivo della fattispecie delittuosa della violenza sessuale, può essere implicito e l'errore su di esso rileva come errore di fatto. Pertanto, l'onere probatorio relativo alla mancanza di dissenso o all'esistenza del consenso ricade sull'imputato”*. E ancora, *“il dissenso della persona offesa costituisce un elemento costitutivo, sia pure implicito, della fattispecie delittuosa della violenza sessuale, necessario perché sussista la condotta tipica; e che l'errore su di esso rileva come errore di fatto, sicché incombe sull'imputato l'onere fornire la prova del relativo assunto”* (Sez.3, n. 3326 del 25/11/2021, dep. 31/01/2022, Rv.282715 - 01; Sez.3, n.52835 del 19/06/2018, Rv.274417 - 01).

attuale quale elemento costitutivo della fattispecie, finirà inevitabilmente per assecondare la tesi oggi ardita⁷ della giurisprudenza che considera l'errore sul consenso (proprio perché l'assenza del consenso è considerata elemento costitutivo della fattispecie) quale errore sul precezzo che scusa solo se incolpevole⁸.

A tal proposito, è significativo che proprio la modifica del 2022 ha portato la dottrina spagnola a notevoli critiche sul versante dei riflessi processuali sull'accertamento dell'elemento soggettivo del dolo, per la cui sussistenza è sufficiente la consapevolezza da parte dell'agente che il soggetto passivo non abbia manifestato chiaramente la sua adesione al compimento degli atti sessuali. Peraltro, il dolo avrà ad oggetto non solo la mancanza di consenso, ma la mancanza di un consenso comunicato in modo chiaro. Il che ovviamente *“comporta una contrazione dello spazio applicativo dell'errore di fatto, a vantaggio di quello di diritto, tutte le volte in cui l'altrui adesione all'atto sessuale sia dedotta in assenza di una simile esteriorizzazione, a fronte di un mero comportamento passivo della parte o in presenza di altre circostanze situazionali che non valgono comunque escludere la punibilità del reo, anche qualora questi abbia agito con la convinzione circa la liceità della sua Condotta”*⁹.

Quindi, si può dire che in riferimento alla configurabilità di un errore sull'assenza di consenso da parte dell'agente, ben si comprende come la negazione in radice della rilevanza di tale errore, si tradurrebbe in una compromissione delle garanzie dell'imputato e in una eccessiva torsione del principio di colpevolezza. Ciò in favore di una scelta interpretativa che, sebbene ispirata dalla volontà di garantire la massima tutela della persona offesa, risulta difficilmente compatibile con i canoni del diritto penale costituzionalmente orientato. Nei casi ambigui, critici, la soluzione veloce è proprio quella di addebitare all'imputato di non essersi accertato del consenso e ritenere esistente una violazione dolosa della libertà altrui. Si pensi alle conseguenze derivanti dalla impossibilità, nel caso frequente nei rapporti interpersonali del tentativo di bacio subito interrotto, di fare valere l'errore sul consenso in quanto considerato errore sul precezzo irrilevante ex art. 5 c.p.. Casi che fino ad oggi difficilmente giungono a processo per assenza di violenza, domani in un sistema incentrato sul modello affermativo finirebbero per essere risolti trasformando la colpa in dolo. Per non parlare delle strumentalizzazioni possibili nei casi di coppie in crisi, vicende nelle quali le dinamiche dei rapporti finiscono per essere difficili da delineare. Alla luce di ciò, come diremo, il modello incentrato sul dissenso riconoscibile, ossia sul “no è no”, adottato in Germania, appare sicuramente da preferire.

I.D) Il riferimento a un consenso “libero” e “attuale” di cui al DDL n. 1715. I temibili riflessi sul piano dell'elemento oggettivo e soggettivo e sull'accertamento processuale del modello affermativo.

⁷ G. Flora, *La tutela della libertà sessuale ed i tormenti di Cupido nell'era postmoderna in Discrimen*, 25 ottobre 2018. in *Tutela della persona umana*. Recentemente per una attenta ricostruzione dei più recenti orientamenti giurisprudenziali in materia v. Caletti, *Dalla violenza al consenso*,

⁸ Sul punto E. Amati, op. cit..

⁹ In tal senso, I. Merenda, *La ley del solo si es sì. la controversa riforma dei delitti contro la libertà sessuale nell'ordinamento spagnolo. Spunti per il legislatore italiano?*. in Archivio Penale n° 1.



Quanto alla proposta di cui al DDL n° 1715, va detto che il riferimento al consenso “libero” appare inutile e pleonastico atteso che non vi è dubbio sulla irrilevanza del consenso viziato.

Quanto alla indicazione di un consenso “attuale”, si tratta di indicazione che appare suscettibile soltanto di esasperazioni sul versante processuale. Va detto, innanzitutto, che il riferimento alla attualità è un unicum nella proposta approvata e non si rinviene nell’art. 36 della Convenzione di Istanbul e nemmeno nelle soluzioni, pur diverse tra di loro, adottate in Spagna, Francia e Germania. Intanto, verrebbe da chiedersi cosa si intende per attuale, o meglio attuale rispetto a cosa?

Si potrebbe rinvenire una spiegazione rispetto sia a un dissenso inizialmente manifestato e da riattualizzare rispetto a condotte o a momenti ulteriori, così come anche rispetto a un consenso iniziale che necessiti di attualizzazione. Non è dato però comprendere la necessità di introdurre il termine “attuale”, atteso che è pacifico nella interpretazione giurisprudenziale che il consenso deve essere perdurante. I casi di incapacità al momento dell’atto sono peraltro disciplinati dal secondo comma dell’art. 609 bis c.p., di conseguenza il termine attuale nel primo comma non aggiunge nulla.

Peraltro, il modello affermativo, che richiama l’assenza di consenso, espone al rischio di estremizzazioni nella prassi applicativa. Ciò deriva dalla ritenuta introduzione di un obbligo dell’agente, non solo di accertare il consenso dell’altra parte, con ciò ribaltando radicalmente il tradizionale approccio che richiedeva, invece, che fosse la vittima ad opporsi alle altrui avances non gradite manifestando apertamente il proprio dissenso, ma anche di ottenere e accertarsi del progressivo aggiornamento del consenso. Inoltre, tale progressivo aggiornamento non necessariamente deve riguardare atti sessuali particolarmente invasivi, solo rispetto ai quali i principi basilari del bon ton richiederebbero il c.d. “*stop and ask*” approfondito dalla dottrina americana.

È chiaro e indiscusso che il consenso deve persistere nel rapporto intimo, ma la richiesta di un consenso esplicito in ogni momento del rapporto, nella progressione da un atto sessuale al successivo (ad esempio dal bacio alle carezze) appare viziata da una visione irrealistica delle dinamiche sessuali e si espone al pericolo di strumentalizzazioni a danno dell’accusato, con oneri probatori invertiti e impossibili a carico dello stesso.

Non solo, la nuova formulazione, incentrata sull’assenza del consenso, corre il rischio concreto di modificare a danno dell’imputato l’orientamento giurisprudenziale attuale che, in caso di iniziale consenso, richiede pur sempre una riconoscibile manifestazione di dissenso, il che è perfettamente in linea con il buon senso.

La giurisprudenza di legittimità “*è ferma nel ritenere che il consenso agli atti sessuali deve perdurare nel corso dell’intero rapporto senza soluzione di continuità, con la conseguenza che integra il reato di cui all’art. 609-bis c.p. la prosecuzione del rapporto nel caso in cui, successivamente a un consenso originariamente prestato, intervenga “in itinere” una manifestazione di dissenso, anche non esplicita, ma per fatti concludenti chiaramente indicativi di una contraria volontà”* (Cass. pen., Sez. III, Sent., (data ud. 25/11/2021) 31/01/2022, n. 3326; in tal senso anche Cass. pen. Sez. 3, n. 15010 del 11/12/2018 dep. 2019. F., Rv. 275393 01).

È chiaro che l’introduzione del modello affermativo del “*si è sì*”, nell’escludere la necessità del dissenso della persona offesa, e richiedere che chi compie l’atto sessuale si rappresenti il chiaro consenso dell’altra persona, pone a carico della persona, nell’ambito di un rapporto amoroso, un sorta di obbligo notarile di acquisire consenso atto per atto, con la conseguenza che l’assenza di un chiaro consenso, seppur implicante un rimprovero per colpa, comunque porterà a una responsabilità per

Organismo Congressuale Forense
Via Valadier 42, 00193 Roma
Tel : 0689325861

E-Mail: amministrazione@organismocongressualeforense.news
Pec : organismocongressualeforense@pec.it

dolo, proprio perché l'eventuale errore sul consenso sarà considerato irrilevante ex art. 5 c.p. (errore sul precezzo).

Sul piano processuale all'inversione dell'onere probatorio consegue una difesa in condizioni di totale avversità, costretta a barcamenarsi tra divieti di domande per il rischio di determinare vittimizzazione secondaria e l'attribuzione di disvalore rispetto a qualunque manovra difensiva, vista come il “tentativo di sottrarre il presunto reo alla spada della giustizia”¹⁰.

I.E) L'introduzione della ipotesi di particolare vulnerabilità quale ulteriore elemento vago e ambiguo. La anomala equiparazione del trattamento sanzionatorio tra primo e secondo comma dell'art. 609 bis c.p.

Anche l'introduzione nel secondo comma dell'art. 609 bis c.p. del riferimento all'abuso delle condizioni di “particolare vulnerabilità” rischia di allargare la fattispecie e renderla ulteriormente indeterminata. Soprattutto, appare chiaro che la particolare vulnerabilità è un concetto di difficile oggettivizzazione e rimanda a casi del tutto incerti, derivanti dalla assunzione di alcolici o stupefacenti, con il rischio di giungere soluzioni che neghino il consenso sulla base di condizioni di debolezza psichica non riconoscibili.

Peraltro, viene difficile comprendere quali sarebbero i casi di particolare vulnerabilità e quale differenza dovrebbe esserci rispetto ai casi di “inferiorità psichica” pur previsti dal secondo comma dell'art. 609 bis c.p..

D'altronde la giurisprudenza ha già asserito che “la condizione di inferiorità psichica richiesta dall'art. 609-bis c.p., comma 2, n. 1, si verifica nei casi in cui il soggetto passivo versi in una condizione, genetica o sopravvenuta, permanente o transitoria, di incapacità, totale o parziale, di resistere all'altrui opera di persuasione, condizione che non permette di esprimere un valido consenso alla prestazione sessuale” (Cass. pen., Sez. III, Sent., (data ud. 19/06/2018) 23/11/2018, n. 52835).

Rispetto a queste ipotesi lo spazio da ricoprire attraverso l'introduzione nella norma di casi di “particolare vulnerabilità” appare indeterminato.

Altra anomalia della riforma prospettata è la medesimezza nel trattamento sanzionatorio tra l'ipotesi base di assenza di consenso e quelle di uso di violenza, minaccia e costringimento o approfittamento di situazioni di debolezza della vittima.

Peraltro, già si è visto che il nostro ordinamento è l'unico ad avere una fattispecie che non differenzia tra “atti sessuali” a seconda della loro gravità e invasività. A ciò ora si aggiungerebbe l'ulteriore anomalia di trattare espressamente allo stesso modo la fattispecie base rispetto a quelle caratterizzate da aggressioni di diverso livello nei confronti della vittima.

II) Le soluzioni alternative e correttive

¹⁰ V. Manes, *La giustizia mediatica. Gli effetti perversi sui diritti fondamentali, sul giusto processo, sulla fiducia nella giurisdizione*, Il Mulino, 2022, p. 35.

L'OCF ritiene che il DDL n. 1715 vada corretto e che l'occasione sia propizia per una rivisitazione complessiva della disciplina dell'art. 609 bis c.p., volta sicuramente a introdurre centralità alla autodeterminazione della persona in ambito sessuale, ma al contempo idonea a ovviare a una indeterminatezza dell'intera disciplina che rimette al giudice i compiti di tipizzazione, con inevitabile contrasto con il principi di legalità e difficoltà a evitare i rischi di una deriva sul piano applicativo che determini un vero e proprio ribaltamento dalla presunzione di innocenza a quella di colpevolezza, con inevitabile onere probatorio impossibile a carico dell'imputato.

Peraltro, la differenziazione delle fattispecie a seconda della gravità consentirebbe al legislatore di rideterminare le pene, evitando che anche il compito di gradare la sanzione sia lasciato alla opera del giudice nello sforzo di tipizzazione delle ipotesi di minore gravità. Ciò uniformerebbe la disciplina italiana alla stessa Convenzione di Istanbul e ai modelli adottati negli altri Paesi Europei. Nel frattempo un progetto di modifica in tal senso, attraverso la creazione di diverse fattispecie fondate sulla differenza tra atti penetrativi e diversi atti sessuali è stata presentata dalla Associazione dei Professori di diritto penale.

Quanto alla scelta da effettuare per dare centralità alla volontà della persona e alla sua libertà in ambito sessuale, appare preferibile il modello tedesco come soluzione prospettabile per rendere più concreta la condotta punibile. Il modello si incentra sul *dissenso riconoscibile*, ispirato al “*no è no*”, ed in Germania è stato “*temperato*” attraverso l'introduzione di fattispecie autonome per il caso della vittima che non sia in grado di comunicare il dissenso. La norma dovrebbe prevedere la responsabilità in presenza di un “dissenso riconoscibile”, è una soluzione che mette al centro la libertà di autodeterminazione della persona, ma rende più concreto il fatto punibile, già deprivato della costrizione mediante violenza e minaccia.

È un modello che ha il pregio di rendere più concreta la condotta e il dolo della stessa, caratterizzato dalla prosecuzione della condotta nonostante il diniego. Si evitano, così, incriminazioni che si basino esclusivamente sullo stato mentale della vittima non esternato né desumibile sulla base del contesto e dell'atteggiamento complessivo (casi del tipico approccio con tentativo di bacio o a un abbraccio subito interrotto nella convinzione del consenso, del consenso iniziale poi non esteso ad altri atti sessuali o ritrattato, degli atti sessuali all'interno dei rapporti di convivenza, in ogni caso di situazioni ibride di incertezza e dubbio sul consenso). Al contempo, la condotta punibile recupera terreno sul piano della materialità e dell'elemento soggettivo in linea con un diritto penale liberale e fondato sul fatto. Si punirebbe infatti il compiere l'atto nonostante un diniego riconoscibile, il che dà certezza del dolo. In Germania, come detto, il modello è “*temperato*” dalla previsione di fattispecie autonome nelle quali non è richiesto il dissenso.

Ad oggi il riferimento alla assenza di una “*chiara manifestazione di consenso*” di matrice giurisprudenziale, in caso di modifica incentrata sulla “*assenza di consenso*”, recherebbe in sé una presunzione di colpevolezza derivante dal rimprovero per non avere richiesto alla controparte del rapporto sessuale un consenso manifestato con certezza, introducendo così una facile soluzione dei casi dubbi nei quali è incerto il confine tra consenso prestato e assente, ma con la conseguenza di punire come dolosi atteggiamenti colposi.

In più, l'introduzione del dissenso riduce notevolmente il rischio di strumentalizzazioni che si riversino sul piano processuale.

Organismo Congressuale Forense
Via Valadier 42, 00193 Roma
Tel : 0689325861

E-Mail: amministrazione@organismocongressualeforense.news
Pec : organismocongressualeforense@pec.it



Va poi sicuramente esclusa la dicitura “*attuale*”, foriera di ulteriori distorsioni rispetto al già problematico modello affermativo incentrato sul consenso.

Anche la introduzione dell’abuso delle condizioni di particolare vulnerabilità nel secondo comma dell’art. 609 bis c.p. andrebbe eliminato perché indeterminato e foriero di estensioni ingiustificate della incriminazione rispetto alla già prevista situazione di approfittamento di condizioni di inferiorità psichica.

Nonostante il breve tempo a disposizione che non consente ulteriori approfondimenti si spera di avere fornito alla Commissione utili elementi di valutazione.

Roma, 3 dicembre 2025

Organismo Congressuale Forense
Via Valadier 42, 00193 Roma
Tel : 0689325861

E-Mail: amministrazione@organismocongressualeforense.news
Pec : organismocongressualeforense@pec.it