



Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

Comitato di direzione

Stefano Canestrari, Giovanni Canzio,
Adolfo Ceretti, Cristina de Maglie,
Luciano Eusebi, Alberto Gargani,
Fausto Giunta, Vincenzo Maiello,
Dario Micheletti, Marco Nicola Miletta,
Daniele Negri, Renzo Orlandi,
Michele Papa, Carlo Piergallini,
Francesca Ruggieri, Antonio Vallini,
Vito Velluzzi

Coordinatore

Fausto Giunta

Comitato di redazione

Alessandro Corda, Roberto Cornelli, Niccolò Decorato, Gianfranco Martiello,
Claudia Mazzucato, Gherardo Minicucci, Caterina Paonessa

Coordinatore

Caterina Paonessa

Direttore responsabile

Alessandra Borghini

www.edizioniets.com/criminalia

Registrazione Tribunale di Pisa 11/07 in data 20 Marzo 2007

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

2022



Edizioni ETS



www.edizioniets.com

© Copyright 2022
EDIZIONI ETS
Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa
info@edizioniets.com
www.edizioniets.com

ISBN 978-884676727-1
ISSN 1972-3857

INDICE

Primo piano

MIRENTXU CORCOY BIDASOLO
È possibile limitare l'intervento penale nel XXI secolo? 15

GIOVANNANGELO DE FRANCESCO
La rieducazione e il "lato nobile" della riparazione 31

CRISTINA DE MAGLIE
*Linguaggio del diritto penale e principio di effettività:
spunti di riflessione* 43

SERGIO SEMINARA
*Per un inquadramento sistematico
dei delitti in materia di riciclaggio e autoriciclaggio* 51

Temi di fondo

DARIO MICHELETTI
*Il principio di irretroattività della legge penale:
funzione, meccanica e rapporti con la colpevolezza* 81

FRANCESCO MORELLI
*Approccio narrativo vs approccio analitico alla ricostruzione del fatto
nella sentenza di primo grado di fronte alla fisionomia del nuovo appello* 121

Dibattito *Le metafore antropomorfe nel diritto:
funzioni speculative e regolative*

FAUSTO GIUNTA – CATERINA PAONESSA
Introduzione 153

VITTORIO COLETTI <i>L'agente modello: una sineddoche pericolosa</i>	155
MICHELE PRANDI <i>Il molteplice nell'uno: una tipologia delle metafore</i>	165
PAOLO CAPPELLINI <i>I modelli antropologici nel diritto moderno</i>	183
MARCO NICOLA MILETTI <i>Bocca della legge: la metafora sgradita nella penalistica italiana (1748-1948)</i>	195
MATTEO CAPUTO <i>La 'regola di Sully'. L'incidenza del fattore umano sulla costruzione dell'homo eiusdem professionis et condicionis</i>	221
DÉSIRÉE FONDAROLI <i>Metafore: l'homo oeconomicus e la "spinta gentile" nella prospettiva del sistema punitivo</i>	243
 Il punto su... Violenza, sessualità e intimità	
MATILDE BOTTO <i>Rape as torture: il contrasto alla violenza di genere che passa attraverso la proibizione della tortura</i>	259
SOFIA BRASCHI <i>La nozione di "violenza domestica" fra tutela dei diritti umani e sistema penale</i>	305
BEATRIZ CORRÊA CAMARGO – JOACHIM RENZIKOWSKI <i>La nozione di "atto sessuale" nel diritto penale</i>	341

Lecture

LUCIA RISICATO

*Leonardo Sciascia e la giustizia.**Analisi di un'ossessione in dieci lemmi.*

367

Antologia

ENRICO BASILE

La società (non) punibile: del come e del perché

377

ALESSANDRO CORDA

*La formazione penalistica tra teoria, pratica ed empiria:**alcune osservazioni in prospettiva comparata*

397

GIANFRANCO MARTIELLO

*«Vincolo testuale» ed interpretazione nel diritto penale:**la necessità di una riconciliazione*

417

ALESSIA MAZZÙ

Il regime ostativo: un simbolo intoccabile?

455

TABLE OF CONTENTS

On the front page

MIRENTXU CORCOY BIDASOLO
Is it possible to limit the intervention of criminal law in the XXI century? 15

GIOVANNANGELO DE FRANCESCO
Rehabilitation and the noble side of restorative activities 31

CRISTINA DE MAGLIE
Language of criminal law and principle of effectiveness 43

SERGIO SEMINARA
For a systematic framing of money laundering and self-laundering crimes 51

Main Themes

DARIO MICHELETTI
The principle of non-retroactivity of the penal law: function, mechanics and relationship with guilt 81

FRANCESCO MORELLI
Narrative coherence vs analytical approach to fact finding with regard to the recent reform of the appeal's procedure 121

Debate *Anthropomorphic metaphors in law: theoretical and regulatory functions*

FAUSTO GIUNTA – CATERINA PAONESSA
Introduction 153

VITTORIO COLETTI <i>The model agent: a dangerous synecdoche</i>	155
MICHELE PRANDI <i>One to many: a typology of metaphors</i>	165
PAOLO CAPPELLINI <i>Anthropological models in modern law</i>	183
MARCO NICOLA MILETTI <i>Bouche de la loi: the unpopular metaphor in italian criminal law studies (1748-1948)</i>	195
MATTEO CAPUTO <i>Sully's rule. the impact of the human factor on the construction of homo eiusdem professionis et condicionis</i>	221
DÉSIRÉE FONDAROLI <i>Metaphors: homo oeconomicus, nudge and punitive system</i>	243
 Focus on... Violence, sexuality and intimacy	
MATILDE BOTTO <i>Rape as torture: gender-based violence through the lens of torture</i>	259
SOFIA BRASCHI <i>The concept of "domestic violence" between human rights and criminal law</i>	305
BEATRIZ CORRÊA CAMARGO – JOACHIM RENZIKOWSKI <i>The concept of an "act of a sexual nature" in the criminal law</i>	341
 Book review	
LUCIA RISICATO <i>Leonardo Sciascia and justice: analysis of an obsession in ten entries</i>	367

Anthology

ENRICO BASILE

The (non) punishable corporation: on how and why 377

ALESSANDRO CORDA

*Criminal law education and training
between theory, practice, and empiricism:
some observations from a comparative perspective* 397

GIANFRANCO MARTIELLO

*«Text limit» and interpretation in criminal law:
the need for a reconciliation* 417

ALESSIA MAZZÙ

Imprisonment without parole: an untouchable symbol? 455

BEATRIZ CORRÊA CAMARGO – JOACHIM RENZIKOWSKI

LA NOZIONE DI “ATTO SESSUALE” NEL DIRITTO PENALE ^(*)

THE CONCEPT OF AN “ACT OF A SEXUAL NATURE”
IN THE CRIMINAL LAW

All jurisdictions assume a concept of an act of a sexual nature by regulating sex crimes. Until the sex revolution and feminist movements for equality in sexual relations, criminal law was mostly concerned with specific types of sexual acts, particularly non-marital sexual intercourse. With the paradigm shift of recent years, criminalization tends to embrace all acts of a sexual nature with another person without her valid consent. Whether the law contains a definition of a sexual act or not, borderline cases show that neither merely objective criteria nor purely subjective elements can serve as basis for the description of the conduct under prohibition. Our Article tries to overcome this deficit in the criminal law theory. Sexual acts should not be understood through the metaphor of a “picture,” as German legal scholars believe, but with the metaphor of a script played out by an actor as sexual theorists put it.

KEYWORDS *Sexual Crimes – Sexual Act – Criminal Intent – Sexual Autonomy*

SOMMARIO: A. Introduzione. – B. I punti di vista soggettivo e oggettivo nella definizione dell’atto sessuale. – I. Approcci oggettivi. – II. Ampliamento del dibattito con la criminalizzazione delle molestie sessuali. – III. Critica agli approcci soggettivi. – C. L’(inter)azione sessuale come comunicazione. – I. L’atto sessuale come azione “naturale”? Da una comprensione fotografica ad una scenografica della sessualità. – II. Il dolo specifico nei reati sessuali ed il fine di libidine. – D. Conclusioni ed osservazioni.

A. Introduzione

Tutte le definizioni di “ciò che è sessuale” a me note sono o tautologiche, o vaghe, o prive di interesse. Eppure, la nozione di “sessuale” fatta propria da chi parli di sessualità è determinante per la sua analisi ed il suo giudizio sulla natura della realtà sessuale¹.

^(*) Il lavoro è pubblicato in lingua originale (*The concept of an “act of a sexual nature” in the criminal law*) in *German Law Journal*, 2021, vol. 22, n. speciale 5, 753-768.

Lo studio è stato in parte finanziato dalla *Alexander-von-Humboldt-Foundation* e da *Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Finance Code 001*.

Traduzione dall’inglese a cura del dott. Niccolò Decorato.

¹ MARTIN DANNECKER, *Das drama der sexualität*, 1992, 10. Testo originale: “*Alle mir bekann-*

Il caso americano *State v. Kargar* ha affrontato il tema della condanna di un rifugiato afgano, Mohammad Kargar, per violenza sessuale nei confronti del figlioletto di diciotto mesi. Ai sensi del Codice penale del Maine, la definizione di atto sessuale comprende, fra gli altri, “qualsiasi atto tra due persone che coinvolga contatto fisico diretto tra i genitali dell’una e la bocca, o l’ano, dell’altra”².

Kargar, conformemente alla tradizione afgana, ebbe più volte a baciare il pene del figlioletto e di ciò furono testimoni in casa sua alcuni ospiti, fra i quali la figlia di una vicina americana, che sparse poi denuncia. La vicina stessa aveva, peraltro, già visto una foto in cui Kargar era ritratto nel medesimo atto.

Come dimostrato in sede processuale, lo stesso Kargar non aveva alcun dubbio che l’abuso sessuale di un minore costituisca reato; conosceva infatti il precetto islamico per cui l’attività sessuale fra un adulto ed un bambino è punibile con la morte. La Corte Suprema del Maine ha accolto, tuttavia, la *cultural defence* sollevata dalla difesa. Infatti, secondo la Corte “i testimoni di Kargar, tutti emigrati in tempi relativamente recenti dall’Afganistan, hanno testimoniato che baciare il pene di un figlio è ivi consuetudine, che è una dimostrazione di amore per il bambino e che è indifferente che il pene sia baciato o posto per intero in bocca, dacché non vi è alcun sentimento sessuale”³.

Questo classico esempio di difesa culturalmente motivata⁴ risulta interessante perché mostra i limiti legislativi in materia di reati sessuali. A nostro parere, il bacio di Kargar non andava archiviato, come sostenuto dalla Corte, sulla base dell’istituto del *de minimis* [ME. STAT. tit. 17A, § 12 (1), rubricato “*de minimis infractions*” – *n.d.t.*], ma perché l’atto non era sessuale e dunque non costituiva reato. A prescindere dalla questione se il Codice penale del Maine preveda o meno il fine di libidi-

ten Definitionen des Sexuellen sind entweder tautologisch, vage oder uninteressant. Und doch ist der Begriff, den sich einer, der über Sexualität spricht, vom Sexuellen macht, von entscheidender Bedeutung für seine Analyse und sein Urteil über die Beschaffenheit der sexuellen Wirklichkeit”.

² ME. STAT. tit. 17A, § 251 (1)(C) (2021), «*‘Sexual act’ means: (1) Any act between 2 persons involving direct physical contact between the genitals of one and the mouth or anus of the other, or direct physical contact between the genitals of one and the genitals of the other; (2) Any act between a person and an animal being used by another person which act involves direct physical contact between the genitals of one and the mouth or anus of the other, or direct physical contact between the genitals of one and the genitals of the other; or (3) Any act involving direct physical contact between the genitals or anus of one and an instrument or device manipulated by another person when that act is done for the purpose of arousing or gratifying sexual desire or for the purpose of causing bodily injury or offensive physical contact.*».

³ *State v. Kargar*, 679 A.2d 81, 83 (Me. 1996).

⁴ Per maggiori dettagli su *State v. Kargar* e casi simili nell’ottica delle difese culturalmente motivate, v. N.A. WANDERER-C.R. CONNORS, *Culture and Crime: Kargar and the Existing Framework for a Cultural Defense*, in *Buff. L. Rev.*, 1999, vol. 47, n. 2, 829, e A. DUNDES RENTELN, *The Use and Abuse of the Cultural Defense*, in *Can. J. L. & Soc’y*, 2005, vol. 20, n. 1, 47.

ne come elemento essenziale della violenza sessuale, la circostanza che l'agente abbia un qualche intento collegato tramite i suoi atti alla sessualità è, infatti, una condizione necessaria per riconoscerli come un reato sessuale. Invero, tale proposito coincide con la tipologia stessa di azione oggetto di divieto. Nella tradizione di *common law*, questo particolare stato psicologico è usualmente inteso come uno *specific intent* dell'agente⁵, mentre nella tradizione di *civil law* tale sorta di movente è classificata come elemento soggettivo della fattispecie tipica (*subjektives Tatbestandsmerkmal*). Nel prosieguo, faremo riferimento ad uno *specific intent* dell'agente, nonostante intendiamo tale stato psicologico come parte del tipo.

Di fatto, le succitate argomentazioni della Corte Suprema del Maine suggeriscono due fattori ad esclusione della natura sessuale del bacio di Kargar, ambedue direttamente collegate alla nozione stessa di atto sessuale. Dal punto di vista oggettivo, la Corte riconosce che il caso riguarda la tradizione afgana per cui i baci paterni sul pene del figlioletto sono un'espressione consuetudinaria di amore genitoriale. Altresì, i sentimenti dell'imputato sono considerati rilevanti alla stregua dell'elemento soggettivo della condotta, in specie perché il contatto oro-genitale non suscita in tale caso alcun “sentimento sessuale”.

La sentenza va oltre un'interpretazione superficiale del Codice penale del Maine, il quale pare descrivere l'atto sessuale rilevante in guisa puramente oggettiva come contatto oro-genitale. L'attenzione della Corte all'aspetto soggettivo, pertanto, va a favore dell'imputato, poiché essa richiede criterî ulteriori per integrare la violenza sessuale. Anche il codice dell'Iowa⁶ e i *General Statutes* della Carolina del Nord⁷ offrono una definizione dettagliata degli atti sessuali oggetto di incriminazione. Viceversa, molti ordinamenti non prevedono una definizione di atto sessuale. Chiari esempi sono i Codici penali di Brasile⁸, Spagna⁹ e Germania¹⁰. In Germania il § 184h dello *Strafgesetzbuch* (*StGB*) circoscrive la punibilità agli atti sessuali “di una certa rilevanza”¹¹. In molti Paesi, la legge fa riferimento a

⁵ O. A. NEFF, *Rape-Specific or General Intent Crime*, in *Wash. & Lee L. Rev.*, 1958, vol. 15, n. 1, 128.

⁶ V. IOWA CODE § 702.17 (2020).

⁷ V. N.C. GEN STAT § 14-27.20 (2019).

⁸ V. CÓDIGO PENAL, artt. 213-218-C, de 7 de Dezembro de 1940, http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del2848.htm#art213.

⁹ V. CÓDIGO PENAL, artt. 178-186, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444#a178>.

¹⁰ V. STRAFGESETZBUCH [STGB], §§ 176, 177, 183, 184i, <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/BJNR001270871.html>.

¹¹ Ai sensi del § 184h *StGB*, “[a]i fini del presente codice,

1. ‘atti sessuali’ sono solo quelli di una qualche rilevanza per il bene giuridico tutelato,
2. ‘atti sessuali in presenza di un terzo’ sono solo quelli commessi da una persona diversa da quella che vi assiste”.

specifiche tipologie di atti sessuali, quali la penetrazione ed il palpeggiamento, ma unicamente ai fini della determinazione della gravità dell'offesa. Ciò è evidente nel diritto portoghese¹² e del Regno Unito¹³. In alcuni casi, la legge definisce il reato sessuale attraverso il fine di eccitare o soddisfare sessualmente l'agente od un terzo. Così, per esempio, nel caso della fattispecie brasiliana di molestia sessuale¹⁴ ed in quella austriaca di violenza sessuale¹⁵.

Ad ogni modo, la definizione della nozione di “atto sessuale” è controversa. Talvolta, si suppone che il criterio rilevante sia il punto di vista soggettivo del reo¹⁶, talaltra quello della vittima¹⁷, altre volte ancora l'approccio è soggettivo-oggettivo¹⁸, oppure improntato esclusivamente all'aspetto oggettivo della condotta¹⁹. Negli anni passati, è possibile notare una generale tendenza verso un approccio piuttosto obiettivo²⁰.

In questo articolo sosteniamo la tesi che la caratterizzazione di un atto come “sessuale” sia determinata non solo da standard culturali oggettivi, ma anche, al contempo, dalle intenzioni soggettive dell'agente. Tuttavia, non sosteniamo né un approccio puramente soggettivo, né quello soggettivo-oggettivo come comune-

¹² V. CÓDIGO PENAL, artt. 163-167, <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1995-34437675>.

¹³ V. il *Sexual Offences Act of 2003*, sections 2(1)(a) e 3(1)(a), <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/contents>.

¹⁴ L'art. 215-A del Codice penale brasiliano punisce la pratica di “un atto libidinoso nei confronti di una persona senza il consenso di questa, con il fine di soddisfare la lascivia propria o di terzi”.

¹⁵ Anche il § 205a, co. 2, del Codice penale austriaco fa uso nella fattispecie di violenza sessuale di tale fine: “è punito con la stessa pena chiunque, nel modo descritto al comma 1, induce una persona a compiere o subire un rapporto sessuale, o un atto sessuale con un'altra persona ad esso equivalente, ovvero la induce, al fine di eccitarsi o soddisfare sessualmente sé stesso od un terzo, a compiere contro la propria volontà su sé stessa un atto sessuale equivalente”.

¹⁶ E. MAGALHÃES NORONHA, *Direito penal: parte especial*, vol. 3, 2ª ed., 1964, 158. In tal senso, per esempio, BT-Drs. 18/9097, 29 (circa il § 184i StGB – “Sexuelle Belästigung”).

¹⁷ J. GUARDIOLA GARCÍA, *Especiales elementos subjetivos del tipo en derecho penal: aproximación conceptual y contribución a su teoría general*, in *Revista Aranzadi de derecho y proceso penal*, 2001, n. 6, 39, 86-87; F. MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, 737. L'elemento del “molestare” nel § 184i StGB pare fondato su un tale assunto. Al riguardo, v. T. FISCHER, Sub § 184i, in *Strafgesetzbuch: StGB mit Nebengesetzen*, 67ª ed., 2020, par. 7.

¹⁸ Presumibilmente così la dottrina tedesca maggioritaria. Per una comparazione, v., ad es., J. EISELE, Sub § 184b, in *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, a cura di A. Schönke-H. Schröder et al., 30ª ed., 2019, par. 6, con relativa bibliografia. V. anche R. RAGUÉS I VALLÈS, *Los elementos subjetivos no escritos: ¿hacia su definitiva desaparición?*, in *Estudios de Derecho Penal, Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, a cura di J.M. Silva Sánchez et al., 2017, 826-828.

¹⁹ V., ad es., T. HÖRNLE, Sub § 184b, in *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (MüKo)*, vol. 3, a cura di W. Joecks-K. Miebach, 3ª ed., 2017, par. 3; D. EVANGELISTA DE JESUS, *Direito penal: parte especial*, vol. 3, 21ª ed., 2013, 131; F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal: Parte Especial*, 22ª ed., 2019, 207-210.

²⁰ R. RAGUÉS I VALLÈS, *op. cit.*, 815.

mente inteso, dacché non riduciamo il criterio rilevante al fine di libidine. Piuttosto, lo scopo di questo articolo è dimostrare che un atto sessuale è un atto comunicativo. In altri termini, concerne il linguaggio della sessualità. Sulla scorta di ciò, un atto sessuale in ambito giuridico deve essere sempre inteso entro un quadro teorico di carattere oggettivo-soggettivo – così come la comunicazione in una data lingua dipende dal fatto che gli interlocutori comprendano il significato delle parole usate. Conseguentemente, la definizione giuridica di “atto sessuale” è coerente, perlopiù, con la nozione di comportamento sessuale come generalmente inteso. Tuttavia, non vi coincide, poiché per il diritto penale non tutte le condotte sessuali sono per loro stesse rilevanti, rilevando piuttosto solo quegli atti definiti in una data fattispecie come gravi violazioni della libertà sessuale.

B. I punti di vista soggettivo e oggettivo nella definizione dell'atto sessuale

I. Approcci oggettivi

Non è affatto facile addivenire ad una definizione concreta del significato sessuale di un atto in generale, per quanto esso possa apparire ovvio in un singolo caso. Ciò spiega la comodità di una soluzione alla stregua della formula “lo riconosco quando lo vedo”, usata dal giudice della Corte suprema americana Potter Stewart in relazione alla pornografia²¹. Non sorprende, pertanto, l'ampia casistica che caratterizza il dibattito sulla definizione di atto sessuale ai fini penali.

La soluzione più netta pare un approccio squisitamente oggettivo, per cui il significato sessuale di un atto debba determinarsi sulla base del suo “aspetto esteriore” (*äußeres Erscheinungsbild*)²². Segue dalle premesse della teoria oggettiva che il criterio decisivo è costituito dalle “circostanze oggettive dal punto di vista di un osservatore che percepisca ogni dettaglio dell'evento”²³. Il problema di questa impostazione, tuttavia, è che non definisce né l'esatto aspetto esteriore di un atto sessuale, né il contenuto di tali circostanze oggettive. Tatjana Hörnle, ad esempio, ritiene che le percezioni sensoriali siano le fondamenta per il riconoscimento di un atto sessuale, includendovi le percezioni non solo visive, ma anche acustiche, tattili ed

²¹ V. U. LEMBKE, *Sexualität und Recht: eine Einführung*, in *Regulierung des Intimen, Sexualität und Recht im modernen Staat*, a cura di U. Lembke, 2017, 13.

²² H.-W. LAUFHÜTTE-E. ROGGENBUCK, Sub §184g, in *Leipziger Kommentar zum StGB*, vol. 6, a cura di H.-W. Laufhütte-R. Rissing-van Saan-K. Tiedemann, 12^a ed., 2009, par. 5; N. SCHEIDEGGER, *Das Sexualstrafrecht der Schweiz Grundlagen und Reformbedarf*, 2018, 137.

²³ N. SCHEIDEGGER, *op. cit.*, 7. Sul punto, v. J. WOLTERS, Sub § 184b, in *Systematischer Kommentar zum StGB (SK-StGB)*, vol. 4, a cura di M. Deiters *et al.*, 9^a ed., 2017, par. 3; N. SCHEIDEGGER, *op. cit.*, 139.

olfattive²⁴. Peraltro, alcuni atti sono considerati patentemente sessuali: ad esempio, la penetrazione vaginale od anale ad opera di un pene o di un oggetto²⁵. Le difficoltà dei tentativi di soluzione di stampo oggettivo divengono chiare nel succitato caso di Kargar e di suo figlio: l'immagine del contatto oro-genitale fra il padre ed il figlioletto richiama un significato sessuale che, eppure, essa non ha affatto.

In aggiunta, l'approccio oggettivo presenta taluni limiti in certe situazioni, cioè nelle c.d. "azioni ambivalenti", in cui la connotazione sessuale non può essere stabilita con certezza a partire dall'aspetto esteriore. Così accade nel caso delle visite mediche o delle azioni violente con bersaglio l'area dei genitali. Il caso di scuola in cui sopraggiungono tali difficoltà è quello del ginecologo che si eccita durante la visita medica della paziente e la sfrutti per la propria gratificazione sessuale. Nell'affrontare questo caso, taluni autori ammettono l'impossibilità di inferire il significato sessuale dell'atto a partire esclusivamente dal suo aspetto esteriore e, pertanto, sostengono che vada tenuto in considerazione anche il movente sessuale del medico per poterlo punire. Secondo un tale approccio parzialmente soggettivo, le condotte ambigue possono considerarsi sessuali se il reo agisce con l'intento di eccitare o soddisfare sé stesso sessualmente²⁶. Tuttavia, i sostenitori della teoria oggettiva negano che il medico possa essere punito laddove si comporti nell'osservanza delle *leges artis*²⁷: la condotta può rilevare penalmente solo se il medico esterna la sua esperienza sessuale durante la visita (ad es. tramite discorsi a sfondo sessuale o gemiti)²⁸.

II. Ampliamento del dibattito con la criminalizzazione delle molestie sessuali

La criminalizzazione delle molestie sessuali mediante il mero contatto ha rinfocolato un vecchio dibattito circa la possibilità o meno che certe azioni, quali

²⁴ T. HÖRNLE, Sub § 184b, *op. cit.*, par. 2.

²⁵ Ivi, 11; N. HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal: Artigos 197 a 249*, vol. 8, 5ª ed., 1981, 123; R. RAGUES I VALLES, *op. cit.*, 826; N. SCHEIDEGGER, *op. cit.*, 139. Un'opinione simile può rinvenirsi nella giurisprudenza della Corte penale internazionale. V. A. SCHWARZ, *Das völkerrechtliche Sexualstrafrecht – Sexualisierte und geschlechtsbezogene Gewalt vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, 2019, 281.

²⁶ V. T. FISCHER, Sub § 184b, *op. cit.*, par. 4a; M. HEGER, Sub § 184b, in *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, a cura di K. Lackner-K. Kühl *et al.*, 29ª ed., 2018, par. 2; J. EISELE, Sub § 184b, *op. cit.*, par. 6; E. ORTS BERENQUER, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I): agresiones sexuales*, in *Derecho Penal: Parte Especial*, coordinato da J.L. González Cussac, 6ª ed., 2019, 232.

²⁷ T. HÖRNLE, Sub § 184b, *op. cit.*, par. 4; H.-W. LAUFHÜTTE-E. ROGGENBUCK, Sub § 184g, *op. cit.*, par. 6; J. RENZIKOWSKI, *Die böse Gesinnung macht die Tat. Zur aktuellen Debatte über die Kinderpornographie*, in *Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe, Festschrift für Werner Beulke*, a cura di C. Fahl *et al.*, 2015, 524; R. RAGUES I VALLÈS, *op. cit.*, 822; N. SCHEIDEGGER, *op. cit.*, 141.

²⁸ T. HÖRNLE, Sub § 184b, *op. cit.*, par. 5; J. RENZIKOWSKI, *op. cit.*, 524.

l'accarezzamento di un braccio, abbiano una natura sessuale. Si sostiene che ciò potrebbe darsi laddove una persona ne tocchi un'altra con l'intento di eccitare o soddisfare sé stessa sessualmente. È stato anche sostenuto che l'esser toccati sul braccio potrebbe essere penalmente rilevante laddove la vittima si sia sentita molestata sessualmente da ciò²⁹. Negli anni '50 del secolo scorso, la configurazione come atti sessuali di tali contatti fu rigettata in Paesi come il Brasile e l'Italia non solo in ragione dell'irrelevanza dell'atto in sé, ma anche in ragione dell'"abnormalità" della libido dell'agente in simili casi³⁰. Nel diritto penale tedesco del tempo, la natura sessuale di un atto era altresì determinata mediante il "sano sentimento" di una persona "normale", in contrapposizione al sentimento di "una persona o gruppo esageratamente pudichi ovvero assuefatti ed indulgenti"³¹.

Oggi, in Germania, vi è la proposta di valutare le manipolazioni corporee meno invasive alla stregua del criterio del "comportamento socialmente tipico" (*Sozialüblichkeit*). Con particolare riguardo all'incriminazione delle molestie sessuali, la dottrina tedesca ritiene importante giudicare obiettivamente la connotazione sessuale di un contatto fisico e non far dipendere la definizione dal fine sessuale del soggetto³². Secondo tale impostazione, non si può arrivare alla falsa conclusione che sia reato un contatto fisico tipico e quotidiano, quale il contatto con un braccio, sulla base del fatto che chi cerca il contatto nutra un interesse sessuale nei confronti della persona toccata. Perciò, il rapporto finale della commissione tedesca sulla riforma dei reati sessuali sottolinea che "l'intento sessuale dell'agente" non dovrebbe rilevare. Altrimenti, ogni tentativo di conseguire un'intimità sessuale attraverso il contatto fisico andrebbe punito ai sensi del § 184i *StGB*. Secondo la commissione, il mero toccare "con il fine di ottenere un contatto sessuale consensuale" non andrebbe considerato una condotta di molestia sessuale³³.

²⁹ V. la discussione di E. HOVEN-T. WEIGEND, „Nein heißt Nein“ – und viele Fragen offen Zur Neugestaltung der Strafbarkeit sexueller Übergriffe, in *JuristenZeitung (JZ)*, 2017, vol. 72, fasc. 4, 182, 189; T. FISCHER, Sub § 184b, *op. cit.*, par. 7; E. FOREGGER-E.E. FABRIZY, Sub § 218, *Kurzkommentar zum Österreichischen StGB*, 11^a ed., 2010, par. 3.

³⁰ N. HUNGRIA, *op. cit.*, 123.

³¹ E. MEZGER, in *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, vor §§173*, vol. 2, a cura di L. Ebermayer et al., 8^a ed., 1958, par. 2. Il testo originale recita: "gesund Fühlenden, nicht das Gefühl des Einzelnen oder einzelner Kreise, insbesondere nicht das übertrieben prüde auf der einen oder das abgestumpft laxe Gefühl auf der anderen Seite".

³² V. T. HÖRNLE, *Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes sexueller Selbstbestimmung*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)*, 2017, vol. 37, fasc. 1, 13, 20; E. HOVEN-T. WEIGEND, *op. cit.*, 189; critica B. CORRÉA CAMARGO, *Die Strafbarkeit der sexuellen Belästigung durch körperliche Berührung*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 2019, vol. 131, fasc. 3, 595, 611.

³³ BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ UND FÜR VERBRAUCHERSCHUTZ (BMJV) (a cura di), *Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht*, 2017, 83, 309; per un'affermazione ana-

Tuttavia, tale proposto criterio della consuetudine sociale risulta problematico. Tale teoria considera infatti i contatti fisici come socialmente consuetudinari laddove siano riscontrabili anche al di fuori del contesto di una relazione intima³⁴, ma già un tale punto di partenza genera una certa confusione: per un verso, mentre taluni accettano baci sulla guancia solo dai propri *partner* sessuali, in certe culture ciò è solo una forma usuale di saluto; per l'altro, le palpazioni su un corpo nudo sono comuni nelle visite mediche e soddisfano quindi al requisito del verificarsi anche al di fuori delle relazioni intime³⁵. In ogni caso, quindi, non ha senso considerare questi tipi di contatto fisico e baci come “non sessuali” in generale solo perché ricorrono anche nell'ambito delle interazioni sociali quotidiane.

Alla fine, il discrimine tra un contatto socialmente tipico, perciò non sessuale, ed uno sessuale finisce per dipendere dalla parte del corpo che viene toccata. Secondo autori come Hörnle, Fischer, Noltenius, Hoven e Weigend, toccare mani, braccia, spalle, gambe e piedi, oppure dare uno schiaffo sul deretano coperto, così come i baci sulla guancia e gli abbracci, non sono, *a priori*, atti sessuali, anche laddove eccitino sessualmente l'agente, oppure il destinatario li reputi indecenti³⁶. Tuttavia, se è vero che “gemiti” e “discorsi sessualizzati” possono rilevare per la configurazione come sessuale della condotta del medico nel corso della visita medica, allora lo stesso dovrebbe applicarsi quantomeno ad altri tipi di contatto fisico³⁷.

Una certa misura di certezza giuridica è ottenuta negli ordinamenti che adottano, come fa il succitato Codice penale del Maine³⁸, un catalogo degli atti sessuali rilevanti, oppure che conoscono fattispecie, come quella austriaca di molestia sessuale, che puniscono specificamente il “contatto intenso di una parte del corpo considerata parte della sfera sessuale” (§ 218 (1a) del Codice penale austriaco). Ciò nonostante, resta dubbio come tracciare un discrimine su basi esclusivamente obiettive.

loga, v. G. BEZJAK, *Reformüberlegungen für ein neues Sexualstrafrecht*, in *ZStW*, vol. 130, fasc. 2, 2018, 303, 328. Il rapporto finale completo della commissione per la riforma dei reati sessuali è disponibile all'indirizzo: http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/StudienUntersuchungen/Fachbuecher/Abschlussbericht_Reformkommission_Sexualstrafrecht.html.

³⁴ T. HÖRNLE, *Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes sexueller Selbstbestimmung*, cit., 21; v. anche B. NOLTENIUS, Sub § 184i, in *SK-StGB*, vol. 4, cit., par. 5.

³⁵ B. CORRÊA CAMARGO, *op. cit.*, 612.

³⁶ V., ad es., T. FISCHER, Sub § 184i, *op. cit.*, par. 5a; E. HOVEN-T. WEIGEND, *op. cit.*, 189; T. HÖRNLE, *Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes sexueller Selbstbestimmung*, cit., 21; B. NOLTENIUS, Sub § 184i, *op. cit.*, par. 5; più diffusamente, tuttavia J. RENZIKOWSKI, Sub § 184i, in *MüKo*, vol. 3, cit., par. 11.

³⁷ V. B. CORRÊA CAMARGO, *op. cit.*, 618.

³⁸ ME. STAT. tit. 17A, § 251 (1)(C) (2021).

III. Critica agli approcci soggettivi

Benché l'approccio oggettivo in purezza incorra in difficoltà nei casi limite, la difesa dell'oggettività dei criteri per la definizione della natura sessuale di un atto è motivata da un giustificato scetticismo nei confronti di prevî tentativi di definizione a stampo soggettivo. In sostanza, l'approccio soggettivo è rigettato argomentando che la connotazione sessuale di un'azione non può dipendere da ciò che avviene nel foro interno³⁹. Questa argomentazione evidenzia principalmente due problemi.

Da un lato, i detrattori della tesi soggettiva temono una nozione troppo estesa di “atto sessuale” laddove tenga di conto il movente dell'agente. *Prima facie*, ciò ha senso: immaginarsi di fare sesso con una persona è cosa diversa dal farci sesso. Come dimostra il caso di scuola del ginecologo, i meri processi mentali non possono essere puniti⁴⁰, il che è particolarmente rilevante nel caso della pedopornografia: delle immagini di bambini non diventano pornografiche sol perché chi le possiede abbia voluto eccitarsi guardandole⁴¹. Un minimo di oggettività nella definizione dell'atto sessuale evita che delle mere preferenze sessuali portino ad un procedimento penale.

Dall'altro, la tesi soggettiva è tacciata di peccare anche per difetto in certi casi, in ispecie se viene richiesto nell'agente uno specifico “fine sessuale” di eccitarsi o soddisfarsi sessualmente. In questo senso si esprimeva la giurisprudenza della vecchia Corte di giustizia tedesca (*Reichsgericht*), assumendo che “l'atto in sé deve essere intriso da un fine libidinoso del reo”. Su tale base subiettiva, nel 1895 la Corte, ad es., ebbe a confermare l'assoluzione di un uomo che aveva toccato, al di sotto dei vestiti, i genitali di una ragazzina di nove anni, poiché non era stato possibile valutare se con tale condotta l'imputato avesse inteso “eccitare o soddisfare la propria lussuria”, oppure se stesse solo scherzando⁴². Anche nella letteratura brasiliana

³⁹ V., ad es., T. HÖRNLE, *Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes sexueller Selbstbestimmung*, cit., 21, che spiega come “il significato di un tocco” dovrebbe “valutarsi non sulla base del movente dell'agente, ma, piuttosto, da un punto di vista oggettivo”. Nello stesso senso, v. G. BEZJAK, *Der Straftatbestand des § 177 StGB (Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung) im Fokus des Gesetzgebers*, in *Kritische Justiz (KJ)*, 2016, vol. 49, fasc. 4, 557, 568.

⁴⁰ H.-W. LAUFHÜTTE-E. ROGGENBUCK, *Sub § 184g, op. cit.*, par. 6; J. RENZIOWSKI, *Die böse Gesinnung macht die Tat*, cit., 524.

⁴¹ *Ivi*, 524. È avvenuta ad un'opposta conclusione, invece, la Corte di giustizia federale tedesca nel caso di un bambino ritratto nell'atto di leccare un cetriolo: BGH, 16 marzo 2011, 5 StR 581/10 (LG Kiel), in *NStZ*, 2011, vol. 31, fasc. 10, 570 ss.

⁴² *Reichsgericht* (RGSt) 28, 77-80. La libido come elemento soggettivo compare nella decisione con due diversi significati: come fine dell'agente di soddisfare sé stesso, oppure come fine di eccitare sessualmente la vittima.

fu per lungo tempo sostenuta la necessità di un simile fine sessuale⁴³. Edmund Mezger, nel suo commentario allo *StGB*, sosteneva, sulla base della precedente giurisprudenza, che “atti *iocandi causa*, punizioni corporali spudorate sul corpo della vittima denudata per rabbia, atti compiuti per superstizione, curiosità o sete di conoscenza, o addirittura a fini diagnostici, terapeutici, o medici di altro tipo, ovvero per scopi scientifici o artistici” non dovrebbero configurarsi come sessuali⁴⁴.

In breve, se il carattere sessuale di un atto potesse esser conferito solo dall'intenzione di perseguire un piacere sessuale, molte altre condotte verrebbero escluse dalla definizione, nonostante che vi siano tipologie di condotta che non costituiscono perseguimento di una gratificazione sessuale, ma che sono, o dovrebbero essere, riconosciute come sessuali⁴⁵. Un esempio particolarmente drastico è la violenza sessuale nell'ambito dei conflitti armati. In materia di sicurezza internazionale, quantomeno sin dai conflitti in Bosnia e Ruanda, la locuzione “stupro come arma da guerra”⁴⁶ è venuta a indicare i casi di violenza perpetrata in particolare contro donne e ragazze con lo scopo “di umiliare, dominare, spaventare, disperdere e/o trasferire forzosamente i civili appartenenti ad una comunità o gruppo etnico”⁴⁷. Questi casi dimostrano che il riconoscimento di un atto come lesivo dell'altrui autonomia sessuale non può dipendere dai sentimenti dell'agente o dalla circostanza che le sue azioni abbiano o meno anche altri scopi oltre al fine di libidine.

Ciò nonostante, vi sono buone ragioni per intendere diversamente il fine rilevante per la definizione di atto sessuale. Come sarà più avanti esposto, è necessaria una definizione che comprenda non solo gli elementi oggettivi dell'azione esaminata, ma anche quelli soggettivi. Secondo tale punto di vista oggettivo-soggettivo che intendiamo sostenere, l'aspetto oggettivo dell'azione è una condizione necessaria, ma non sufficiente per la qualificazione di un atto come sessuale, essendo del pari necessario che l'agente stesso comprenda la propria condotta come sessuale nelle particolari circostanze in cui è tenuta.

Laddove ciò si dovesse dimostrare corretto, allora la definizione di un reato sessuale mediante il fine di libidine non sarebbe altro che un caso di cattiva tecnica legislativa, un sintomo delle difficoltà del legislatore nell'addivenire ad una buona definizione giuridica di atto di “natura sessuale”. Al riguardo, già Binding ebbe ad osservare che “il legislatore stesso sovente non sa cosa vietare e quindi

⁴³ N. HUNGRIA, *op. cit.*, 122. V. Anche O. DE MACEDO SOARES, *Código penal da República dos Estados Unidos do Brasil*, 7^a ed., 1910, 534.

⁴⁴ E. MEZGER, *op. cit.*, *ivi*.

⁴⁵ T. HÖRNLE, Sub § 184b, cit., par. 7; H.-W. LAUFHÜTTE-E. ROGGENBUCK, Sub § 184g, *op. cit.*, par. 7; A. SCHWARZ, *op. cit.*, *ivi*.

⁴⁶ S. HIRSCHAUER, *The Securitization of Rape, Women, War and Sexual Violence*, 2014, 2-4, 10.

⁴⁷ V. Risoluzione del Consiglio di sicurezza 1820 del 19 giugno 2008, 1 s.

vincola la pratica al dolo che esso stesso ha erroneamente definito”⁴⁸. Tali errori devono essere evitati quantomeno in sede di interpretazione.

C. L’(inter)azione sessuale come comunicazione

I. L’atto sessuale come azione “naturale”?

Da una comprensione fotografica ad una scenografica della sessualità

Come abbiamo visto, una definizione oggettiva di atto sessuale deve superare due limiti della teoria soggettiva. Il primo, di carattere epistemico: come riconoscere un atto sessuale. C’è bisogno di una maggior chiarezza sui rapporti tra criteri di tipo oggettivo-generale e soggettivo-individuale per la qualificazione di una condotta come sessuale. Il secondo attiene al ruolo che l’eccitazione o gratificazione sessuale può avere in una tale definizione, il che non è rilevante solamente da un punto di vista epistemico, ma anche con particolare riguardo alla tutela concreta dell’autonomia sessuale.

Partiamo dall’idea che l’atto sessuale sia, in effetti, un’azione. Partendo da questa premessa, la domanda diviene quale sia il genere di azione cui uno si riferisca parlando di atti sessuali: sono azioni “naturali” come, per esempio, il nuotare, oppure è necessario paragonarli ad altri tipi di azione, come, per esempio, il parlare una lingua? Di fatto, se è vero che sia il nuotare che il parlare implicano che l’agente segua delle regole⁴⁹, il linguaggio umano diviene possibile solo grazie alla cultura. John Searle spiega questa differenza con l’esempio di una partita di *football*: per quanto un cane possa percepire delle persone che si muovano su un campo, solo noi umani possiamo riconoscere che si tratta di un gioco – e solo quelli che sanno le regole del *football* possono capire pienamente alcune azioni di gioco⁵⁰. Per parlare una lingua, non è abbastanza proferir parola: quello lo fanno anche i pappagalli. Peraltro, uno non comprende innatamente una lingua sconosciuta semplicemente in virtù del fatto che stia ascoltando dei madrelingua.

La sessualità umana è, in questo, simile ad una lingua. Tuttavia, le dimensioni culturali e prescrittive del “sessuale” spesso rimangono nascoste, in parte perché sono semplicemente banali, in parte perché sono profondamente radicate nello

⁴⁸ K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung – eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts*, vol. 2, 2^a ed., 1916, 1139: “... der Gesetzgeber öfter selbst nicht genau weiss, was er verbieten soll, und deshalb die Praxis auf den falsch von ihm bestimmten Deliktvorsatz verpflichtet”.

⁴⁹ J. HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung*, 1976, 12.

⁵⁰ J.R. SEARLE, *What is an institution?*, in *J. Inst’l Econ.*, 2005, vol. 1, n. 1, 1, 3.

specifico ordine culturale, politico ed economico di una società⁵¹. Disvelare tali strutture nascoste richiede una buona dose di critica sociale ed auto-riflessione, come ha dimostrato la scuola della “sessuologia critica” in Germania a partire dagli anni '70 del secolo scorso⁵². Pertanto, il rapporto tra fattori biologici e processi di apprendimento sociale nella spiegazione dei comportamenti sessuali permane controverso nella sessuologia, per quanto cultura e biologia non siano necessariamente incompatibili nel cercare una spiegazione⁵³.

Questo è il motivo per cui alcuni sessuologi sottolineano come la parola “sessualità”, che nel mondo occidentale risale a circa 200 anni fa⁵⁴, non indica una cosa specifica, ma è piuttosto usata in molti contesti diversi⁵⁵. Invero, ad essere controversa è la stessa idea che esista una cosa che possa essere chiamata “la” sessualità umana: sarebbe più corretto dire “le sessualità”. Un’idea di sessualità umana puramente naturalistica non è solo un modello descrittivo sbagliato, ma nasconde altresì i rapporti di potere soggiacenti e l’influenza della socializzazione e della cultura sulle pratiche sessuali. La “nascita” della sessualità nella modernità coincide con la sua appropriazione terminologica da parte di varie scienze ed istituzioni, come, fra le altre, la Chiesa e la medicina⁵⁶. La sessualità viene così ridotta alla riproduzione: l’unica attività sessuale “sana” era la penetrazione vaginale, ogni deviazione dalla quale era vista come innaturale, e moralmente corretta era solo la penetrazione vaginale a scopo riproduttivo nell’ambito coniugale. Alla fine, la disciplinarizzazione dei corpi dei lavoratori era asservita alla logica di profitto della nascente industrializzazione nella società borghese⁵⁷.

Ma, contrariamente a quanto ritenuto nel diciannovesimo secolo, l’aggettivo “sessuale” non può essere tradotto in termini empirici, non essendoci attributi esterni all’azione che consentano sempre e senza eccezione di riconoscerla come intrinseca-

⁵¹ V., ad es., la spiegazione di P. CAPLAN, *Kulturen konstruieren Sexualitäten*, in *Sexuelle Szenen: Inszenierungen von Geschlecht und Sexualität in modernen Gesellschaften*, a cura di C. Schmerl et al., 2000, 44.

⁵² C. SCHMERL, *Phallus in Wonderland. Bemerkungen über die kulturelle Konstruktion ‚Sex = Natur‘*, in *Sexuelle Szenen*, cit., 147; V. SIGUSCH, *Anfänge einer Sexualmedizin in Deutschland, ein persönlicher Rückblick*, in *Bundesgesundheitsblatt*, 2017, vol. 60, fasc. 9, 932-936.

⁵³ Sul punto, brevemente, v. V. SIGUSCH, *Auf der Suche nach der sexuellen Freiheit: Über Sexualforschung und Politik*, 2011, 42; C. SCHMERL, *op. cit.*, 147.

⁵⁴ P. CAPLAN, *op. cit.*, 45; M. DANNECKER, *Sexualität als Gegenstand der Sexualforschung*, in *Zeitschrift für Sexualforschung*, 1991, n. 4, 282; B. WREDE, *Was ist Sexualität?*, in *Sexuelle Szenen*, cit., 35; V. SIGUSCH, *Sexualitäten – eine kritische Theorie in 99 Fragmenten*, 2013, 33; J. KHOSRAVIE-R. BANSE, *Sexualität*, in *Bonner Enzyklopädie der Globalität*, a cura di L. Kühnhardt-T. Mayer, 2019, 289.

⁵⁵ B. WREDE, *op. cit.*, 34; P. CAPLAN, *op. cit.*, 60.

⁵⁶ J. KHOSRAVIE-R. BANSE, *op. cit.*, 289; C. SCHMERL, *op. cit.*, 142.

⁵⁷ B. WREDE, *op. cit.*, 35; P. CAPLAN, *op. cit.*, 49; M. DANNECKER, *Sexualität als Gegenstand der Sexualforschung*, cit., 284.

mente “sessuale”⁵⁸. Fare sesso non è un atto “naturale” come respirare o dormire⁵⁹. Per questo, non è possibile distinguere inequivocabilmente gli atti sessuali sulla base dell’“aspetto esteriore”. Da un punto di vista filosofico, è largamente accettato che moti corporei identici possano avere significati diversi e quindi configurare tipi di azione diversi. Maneggiare i genitali, per esempio, non è generalmente un atto sessuale laddove avvenga nell’ambito di una visita medica, mentre molto probabilmente sarà tale se avvenga in una camera da letto in un contesto di coppia. Come chiarisce l’esempio, l’interpretazione di un moto corporeo quale azione di uno specifico tipo richiede di collocare la condotta in un contesto di significato, cosa che è possibile solo mediante convenzioni sociali⁶⁰. In entrambi i casi, gli *standard* sociali definiscono, fra l’altro, in che modo un certo toccare si supponga porti ad una stimolazione sessuale e quale sorta di contatto fisico sia necessario a fini medici. La qualità “sessuale” di un’azione non è quindi solo un attributo che abbisogna di descrizione, ma un’attribuzione di *status* valida solo in un certo ambito culturale.

Anche l’ascrizione a qualcuno di un certo tipo di azione dipende dal combinarsi di situazione, comunicazione ed interazione con altre persone. Alla fine, ciò che conta sono le ragioni per cui ci si comporti in un certo modo⁶¹. Come per ogni altro comportamento sociale, ci si comporta “sessualmente” secondo i propri convincimenti circa le aspettative di come ci si debba comportare conformemente ad un certo ruolo sociale⁶². Nella loro celebre teoria dei *copioni sessuali* (*Sexual Scripts*), Simon e Gagnon hanno sostenuto che, così come l’esistenza di una lingua è la preconditione per poter parlare, il comportamento sessuale umano è possibile solo grazie ad un complesso di paradigmi sociali dominanti⁶³. Secondo i due autori, tali retroterra prescrittivi, chiamati “scenari culturali”, determinano

gli oggetti appropriati, i fini e le qualità desiderabili del rapporto fra sé e gli altri, oltre che istruzioni circa i tempi, i luoghi, le successioni di gesti e parole, e,

⁵⁸ M. STEIN-HILBERS-S. SOINE-B. WREDE, *Einleitung: Sexualität, Identität und Begehren im Kontext kultureller Zweigeschlechtlichkeit*, in *Sexuelle Szenen*, cit., 10; v. anche M. FOUCAULT, *The history of sexuality*, 1978, 51.

⁵⁹ Sulla critica al naturalismo nella sessuologia, v. L. TIEFER, *Sex is Not A Natural Act*, in *Zeitschrift für Sexualforschung*, 1994, n. 1, 97, 37.

⁶⁰ U. KINDHÄUSER, *Der Vorsatz als Zurechnungskriterium*, in *ZStW*, 1984, vol. 96, fasc. 1, 1, 8.

⁶¹ Sul punto, v. U. KINDHÄUSER, *op. cit.*, 8; ID., *Zum strafrechtlichen Handlungsbegriff*, in *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70 Geburtstag*, a cura di H.-U. Paeffgen *et al.*, 2011, 43.

⁶² C. SCHMERL, *op. cit.*, 144.

⁶³ W. SIMON-J.H. GAGNON, *Sexual scripts*, in *Society*, 1984, vol. 22, n. 1, 53; M.W. WIEDERMAN, *Sexual Script Theory: Past, Present, and Future*, in *Handbook of the Sociology of Sexualities*, a cura di J. DeLamater-R.F. Plante, 2015, 7; maggiori dettagli in B. CORRÉA CAMARGO, *op. cit.*, 615.

quasi più importante, circa ciò che l'attore e le altre persone coinvolte (reali o immaginarie) dovrebbero provare⁶⁴.

La metafora del rapporto sessuale come la creazione di un "copione interpersonale" da parte dei suoi attori sottolinea come i paradigmi appresi vengano modificati nella situazione concreta⁶⁵. Muniti dell'ausilio degli *standard* degli scenari sociali rilevanti, gli attori intraprendono un'azione complessa, la cui esecuzione dipende da tutte le persone coinvolte⁶⁶. Perciò, la sceneggiatura interpersonale (*interpersonal scripting*) serve a semplificare un rapporto sessuale, in quanto i copioni riducono l'insicurezza e legittimano le forme di interazione tra gli attori⁶⁷. Tuttavia, ad un livello individuale intra-psichico, la reazione sessuale dipenderà dalla successione di significati di azioni, altezze corporee, oggetti e gesti cui una persona dà valore⁶⁸, ragion per cui i c.d. "copioni intrapsichici" (*intrapsychic scripts*) contengono desideri, fantasie, ricordi e campioni mentali che possono formare strategie di esecuzione della sceneggiatura interpersonale⁶⁹.

Seguendo questa teoria, è possibile intendere diversamente la nozione di "comportamento socialmente tipico". Il riferimento alle parti del corpo come criterio attributivo dell'aggettivo "sessuale" è in effetti una "immagine" utile ad orientarsi, ma il cui uso esclusivo risulta, tuttavia, arbitrario, dacché non sono prese in considerazione le preferenze personali dei soggetti della cui sessualità si discute. Alla fine, l'influenza dei *pattern* sociali sui bisogni e desideri sessuali di un individuo dipende dalle sue esperienze personali, ad esempio dalle sue vicende biografiche⁷⁰, per cui limitare la sessualità umana a certe forme di contatto e, in particolare, al toccare certe aree corporee ne costituirebbe una comprensione angusta, dacché un tale approccio ignorerebbe le sessualità effettivamente esistenti ed ostacolerebbe la repressione di una gran varietà di abusi sessuali⁷¹.

Le condizioni sociali strutturano la sessualità individuale definendo regole sul come, dove, quando e verso chi si possa mostrare e provare un interesse sessuale⁷². Studi empirici mostrano che le aree di contatto nelle interazioni sociali variano non solo a seconda della zona corporea, ma anche a seconda della cultura,

⁶⁴ W. SIMON-J.H. GAGNON, *Wie funktionieren sexuelle Skripte?*, in *Sexuelle Szenen*, cit., 71.

⁶⁵ IID., *Sexual scripts*, cit., 53; V. anche C. SCHMERL, *op. cit.*, 144.

⁶⁶ W. SIMON-J.H. GAGNON, *Wie funktionieren sexuelle Skripte?*, cit., 72.

⁶⁷ IID., *Sexual scripts*, cit., 54.

⁶⁸ IID., *Wie funktionieren sexuelle Skripte?*, cit., 74, 85.

⁶⁹ M.W. WIEDERMAN, *op. cit.*, 8.

⁷⁰ V. B. WREDE, *op. cit.*, 30-32, 39.

⁷¹ V. Ivi, 8.

⁷² Ivi, 40.

dell'identità di genere e del tipo di rapporto tra le persone coinvolte. Ad esempio, il tipo di contatto fisico comune fra madri e figlie è diverso da quello normalmente considerato appropriato nel rapporto fra fratelli e sorelle⁷³. Ne consegue che gli atti sessuali non possono “esistere nel vuoto”; citando Pat Caplan: “ciò che la gente vuole e fa dipende [...] in ogni società largamente da ciò che viene loro raccomandato di volere e permesso di fare, di talché risulta chiaro che la sessualità non può prescindere dal suo legame con la cultura”⁷⁴.

Il quesito circa se una certa forma di contatto abbia o meno un carattere sessuale può, quindi, trovar risposta solo attraverso una ricostruzione degli scenari culturali rilevanti; analisi che tuttavia rimarrebbe incompleta se prima non riconosciamo che la specifica persona coinvolta gioca in effetti un ruolo. Così, l'appropriazione di un significato sessuale da parte di un soggetto può essere intesa come una “*performance*” durante una scena. Questo spiega perché il riconoscimento di una certa (inter)azione come sessuale dipenda da criteri generali ed oggettivi, ma solo nel limite in cui si prenda in considerazione anche il punto di vista dell'individuo. Nelle parole di Volkmar Sigusch:

anche nella sua forma sociale, la sessualità è invero individuale, a dispetto di ogni oggettivazione, mistificazione e normazione. Se la sessualità non fosse tanto individuale quanto generale, saremmo macchine sessuali che, semplicemente, eseguirebbero automaticamente ciò che è previsto da ciò che avviene in generale, dalla struttura, dalle regole, dal discorso, dal codice⁷⁵.

Per agire sessualmente, l'agente cercherà il conforto di tali paradigmi e li applicherà alla sua maniera. L'aspetto subiettivo dell'atto sessuale come elemento essenziale del reato è tutto nell'applicazione ed adattamento di tali regole da parte dell'individuo. Tali paradigmi, così come gli *standard* e limiti sociali, esistono nei fatti e non sono solo il prodotto della fantasia dell'agente⁷⁶, motivo per cui non si

⁷³ Nel complesso, il contatto fisico accettabile è più ristretto in relazione alle aree con maggiore sensibilità erogena. Sul punto, J. SUVILEHTO-E. GLEREAN-R. DUNBAR-R. HARI-L. NUMMENMAA, *Topography of social touching depends on emotional bonds between humans*, in *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 2015, vol. 112, n. 45, 13811; J. RENZIKOWSKI, Sub § 184i, cit., par. 9.

⁷⁴ P. CAPLAN, *op. cit.*, 65.

⁷⁵ V. SIGUSCH-G. NEUBAUER, *Sexualität in der (Post-)Moderne*, in 25. *Deutscher Soziologentag 1990. Die Modernisierung moderner Gesellschaften*, a cura di W. Glatzer, 1991, 758: “Auch als gesellschaftliche Form ist Sexualität nur individuell wirklich, trotz aller Versachlichung, Mystifikation, Normierung. Wäre die Sexualität nicht ebenso individuell wie allgemein, wären wir Sexualmaschinen, die nur das automatisch ausführten, was das Allgemeine, die Struktur, das System, die Regeln, der Diskurs, der Code vorsieht”.

⁷⁶ Esiste senza dubbio un certo *standard* sociale per le condotte di *flirt* o di relazione e dar

può accogliere con leggerezza un'eventuale asserzione da parte dell'imputato in merito al fatto che non avesse inteso dare al contatto un significato sessuale.

II. *Il dolo specifico nei reati sessuali ed il fine di libidine.*

Secondo quanto abbiamo argomentato, gli atti sessuali sono costrutti sociali ed ogni cultura prende in considerazione innumerevoli fattori alla stregua dei quali un certo atto è rivestito di un significato sessuale: il luogo, il tipo di comportamento, la successione dei gesti, il contenuto e la forma del discorso, ma anche il rapporto tra gli attori, oltre che il tipo di interazione fra di essi, la loro età ed identità di genere. La sussunzione di un atto fra quelli sessuali in accordo ai paradigmi esistenti potrà essere confermata o rigettata assieme alle effettive ragioni dietro l'azione.

A questo punto, ci sia concesso illustrare il nostro punto di vista mediante alcuni casi. A tal fine, dovremo anche tornare alla critica della teoria soggettiva tradizionale, secondo cui il requisito del dolo specifico peccherebbe sia per eccesso che per difetto. Nel sostenere una visione comunicativa degli atti sessuali è innegabile che un esame critico del ruolo giocato dai propositi degli attori sia necessario oltre che legittimo, non potendo semplicemente giungersi alla conclusione che le stesse ragioni che rendono un'azione comprensibile possano essere irrilevanti per la sua interpretazione.

Si pensi, ancora una volta, al caso del rifugiato afgano Kargar. In molte culture, non solo negli Stati Uniti, il contatto oro-genitale è considerato una pratica sessuale, il che giustifica *prima facie* l'ipotesi preliminare che colui che ha cercato tale contatto volesse compiere un atto sessuale. Tuttavia, il fatto che Kargar appartenga ad un ambito culturale in cui il contatto fra la bocca paterna ed il pene del figlio non è considerato sessuale può vincere questa presunzione. Secondo la nostra visione di stampo comunicativo, il bacio non sarà sessuale se le circostanze ed i modi del contatto siano conformi alla tradizione culturale cui appartengono i soggetti coinvolti. Nel caso di specie, tale conformità era resa manifesta dal fatto che Kargar si fosse tranquillamente lasciato ritrarre in tale atto per l'album di famiglia.

In Germania, anche l'*Oberlandesgericht* dell'Oldenburg ebbe a decider un caso di contatto intimo fra un genitore ed il suo bambino: una madre che non stava più allattando aveva lasciato più di una volta che il figlio di sei anni le suggerisse la mammella e, in almeno tre casi, la nipote di nove anni aveva visto ciò e aveva fatto lo stesso subito dopo. Innanzi alla Corte l'imputata aveva affermato che aveva assecondato il comportamento dei due bambini per puro affetto e, alla fine, è sta-

pizzicotti sul deretano a persone a caso, o colleghi di lavoro, non ne fa certo parte. V. J. RENZIKOWSKI, Sub § 184i, cit., par. 9 e relativa bibliografia. V. anche T. FISCHER, Sub § 184i, *op. cit.*, par. 9.

ta assolta dall'accusa di atti sessuali con minorenni dacché, secondo la Corte, il contatto non era stato di natura sessuale⁷⁷. Di fatto, la voglia di essere allattati dei bambini si spiega, da un punto di vista psicologico, come la ricerca di una sicurezza materna. Questa interpretazione del caso di specie è confortata dal fatto che non sia stata la donna, bensì i due bambini a cercare il contatto. Dal loro punto di vista, tale comportamento non è del tipo che caratterizza la “sessualità dei bambini”⁷⁸. All'età di sette o nove anni, i bambini non sono socialmente riconosciuti come attori di un'interazione sessuale poiché, a differenza degli adulti, non hanno i copioni sessuali e le attribuzioni di significato per tali atti⁷⁹: è una lingua che ancora non parlano. Tutto ciò conforta la tesi che ciò che i due bambini cercavano mediante il simbolismo dell'allattamento – e che è stato fornito dalla madre –, era invero un senso di sicurezza emotiva nell'ambito familiare⁸⁰.

Chiaramente, il simbolismo dell'allattamento può far parte anche di un copione sessuale fra adulti e una donna può usare la mera apparenza del simbolo, che invece è sessualizzato, per abusare sessualmente di un bambino. Tuttavia, in un caso del genere sono necessari maggiori elementi per riconoscere una connotazione sessuale al mero contatto con le parti intime della madre, essendo in tal caso l'allattamento solo una parte della sceneggiatura sessuale intrapsichica della madre con il figlio. Nell'ipotesi di un abuso sessuale, la concessione del contatto oro-mammellare da parte della madre sarebbe parte di una ricerca da parte di quest'ultima di un piacere corporeo che ella potrebbe trarre in una vera interazione con un compagno sessuale adulto, laddove appartenga al novero delle sue fantasie. Invero, per poter intendere un contatto come sessuale, non si può mai guardare alla condotta come ad un'immagine isolata, dovendola piuttosto vedere a fianco delle altre azioni avvenute prima, durante e dopo il contatto corporeo, alla stregua di una scena più ampia. In tal senso, anche il mantenimento dell'eccitazione sessuale attraverso l'uso dell'altrui corpo o stimolo fa parte del novero di azioni esecutive in una sceneggiatura sessuale. La domanda, ai fini della

⁷⁷ Oberlandesgericht Oldenburg, 12 dicembre 2009, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht Rechtssprechungsreport (NSZ-RR)*, 240.

⁷⁸ C. WANZECK-SIELERT, *Sexualität im Kindesalter*, in *Handbuch Sexualpädagogik und sexuelle Bildung*, a cura di R.-B. Schmidt-U. Sielert, 2008, 355-363; K. ETSCHENBERG, *Sexualerziehung: Kritisch Hinterfragt*, 2019, 127-133; U. SIELERT, *Einführung in die Sexualpädagogik*, 2015, 97-117.

⁷⁹ Da un punto di vista Freudiano, l'allattamento al seno ha una natura sessuale per il bambino, tuttavia non è tale lata comprensione della sessualità a rilevare per l'integrazione di un reato sessuale. Sul punto, v. I. QUINDEAU, *Die infantile Sexualität*, in *Kindliche Sexualität*, a cura di I. Quindeau-M. Brumlik, 2012, 24-42; G. SCHMIDT, *Kindersexualität – Konturen eines dunklen Kontinents*, in *Kindliche Sexualität*, cit., 60-69.

⁸⁰ V. T. HÖRNLE, Sub § 184b, cit., par. 3; J. RENZIKOWSKI, *Die böse Gesinnung macht die Tat*, cit., 524; B. CORRÊA CAMARGO, *op. cit.*, 616.

tutela dell'autonomia sessuale mediante il diritto penale, è quanto della *performance* dell'eccitazione sessuale debba esternarsi nel caso concreto per vincolare l'altra persona all'esperienza sessuale propria dell'agente, così come accade nel caso del ginecologo di cui discorreremo più avanti.

In Svizzera, ad esempio, la Corte suprema federale ha condannato una donna per atti sessuali con minore ai danni del figlio di sette anni, poiché gli aveva permesso di suggerle il seno. A differenza di quanto avvenuto nel caso tedesco, però, in quello svizzero la madre era anche usa toccare il pene del figlio durante la suzione mammellare⁸¹. In questa variante, la condotta materna suggerisce un contatto motivato da un fine di libidine, che può inferirsi, anzitutto, dalla zona del contatto, cioè da dove uno venga toccato, e, in secondo luogo, dal tipo di contatto fisico, cioè da come uno venga toccato. È poi, in aggiunta, importante chiedersi se il genitore stesso abbia o meno cercato il contatto fisico con le parti intime, oppure se vi sia stata una richiesta spontanea da parte del bambino. Il contatto con le parti intime, in tali casi, può intendersi sessuale se non vi è altra ragione esplicativa della condotta tenuta dall'adulto con il minore.

Si ha atto sessuale, in altri termini, se il genitore ed il figlio pongono in essere un'interazione che è tipica fra adulti. Il bambino potrebbe esser alla ricerca di affetto, mentre l'adulto di sesso⁸². In tali casi, le persone coinvolte, semplicemente, non stanno parlando la stessa lingua.

Secondo la teoria qui sostenuta, la rilevanza dell'intento dell'agente ha, di primo acchito, un effetto scriminante nei casi menzionati: invece di presumere l'esistenza di un contatto sessuale in ogni contatto fra un genitore ed i genitali dei figli, oppure fra i figli ed il seno materno, la nostra costruzione afferma la sessualità dell'atto solo a due condizioni. In primo luogo, deve trattarsi di condotte che oggettivamente fanno parte delle pratiche sessuali, o vi somigliano – si pensi alla penetrazione mediante una supposta. In secondo luogo, la condotta non deve essere spiegabile diversamente quale dimostrazione di affetto o premura familiare – ad esempio, un genitore si sta prendendo cura del figlio se somministra una supposta a fini medici, a prescindere da quel che provi nel farlo.

Come ulteriore esempio di atto sessuale con minore, si pensi al caso di una *babysitter* che sovente somministri, per qualche minuto, una pomata medicinale all'interno della vagina di una bambina di sette anni, benché la pelle di quest'ultima non sia irritata, e che ciò sia fatto in segreto e contro la volontà della ragazzina. In

⁸¹ BUNDESGERICHT, 6B_103/2011, 6 giugno 2011, https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza:/06-06-2011-6B_103-2011&type=show_document. Su questo caso, v. N. SCHEIDEGGER, *op. cit.*, 143.

⁸² V. M. DANNECKER, *Das Drama der Sexualität*, cit., 83; V. SIGUSCH, *Sexualwissenschaftliche Thesen zur Missbrauchsdebatte*, in *Kindliche Sexualität*, a cura di I. Quindeau-M. Brumlik, 2012, 211.

un caso del genere, è necessario trovare un'altra spiegazione al comportamento della bambinaia, dacché nel caso concreto mancano le basi per una premura medica. Pertanto, diviene chiaro che l'uso dell'unguento ha altri fini. Dal nostro punto di vista, la connotazione sessuale è ricavabile da vari aspetti del caso di specie: fatti meritevoli di considerazione sono il modo e la durata del contatto con le parti intime, il quale costituisce o quantomeno rievoca uno stimolo clitorideo. Usare la pomata per questo genere di stimolazione è una strategia per celare lo scopo sessuale già alla bambina – probabilmente per vergogna nei confronti della propria stessa sessualità o per mera paura delle conseguenze. Il movente specifico della *babysitter* potrebbe ben essere la mera gratificazione sessuale, ma si può pensare anche ad altri tipi di bisogno psicologico per la messa in scena sessuale (*sexual staging*) con un minore, come, ad esempio, un proprio vissuto irrisolto di abusi sessuali.

Ciò ci porta al primo ordine di critiche alla teoria qui sostenuta, cioè che la rilevanza del fine di libidine potrebbe condurre ad un'impraticabile estensione dei casi punibili. Diviene quindi chiaro quanto sia importante distinguere fra l'atto sensuale in senso giuridico ed il comportamento sessuale in senso laico. Nessuno dubiterebbe davvero del fatto che un ginecologo si comporti in modo sessualmente connotato laddove derivi un particolare piacere dalle visite alle parti intime delle pazienti, poiché ne trarrebbe eccitazione e gratificazione sessuale; ma dovrebbe forse il fatto che il medico si lasci eccitare cambiare il giudizio sulle palpazioni che compie nel corso della visita? Per concludere, si direbbe di no. Se il medico prova eccitazione sessuale nel suo foro interno, la visita medica rimane, al momento, soltanto una visita. L'oggetto dell'inganno nei confronti della paziente non è la natura dell'atto, che in questo caso è nei fatti conforme alla metodologia medica, bensì l'atteggiamento che il medico ha nei confronti di tale pratica. Se, invece, l'esperienza sessuale del medico diviene evidente, ad esempio attraverso discorsi a sfondo sessuale, questi non sta più effettuando una visita medica, poiché con i suoi palpeggiamenti costringe la paziente a ricoprire il ruolo di oggetto sessuale, fatto che di per sé è un contatto sessuale rilevante ai fini penali, in ispecie inquadrabile entro fattispecie configuranti atti sessuali non consensuali, quali i reati di stupro, violenza sessuale e molestia sessuale⁸³.

Nondimeno, il riconoscimento della ricerca di un piacere sessuale da parte del soggetto quale elemento nello scenario del compimento di un atto sessuale non significa che tale intenzione sia l'unico caso possibile di intento sessuale. Ciò è un punto importante da precisare, perché differenzia l'approccio comunicativo da quello esclusivamente soggettivo sotto un aspetto cruciale: a differenza della teo-

⁸³ Punibili, rispettivamente: in Germania ai sensi degli §§ 177, par. 1 e 184i StGB; in Brasile ai sensi degli artt. 213 e 215-A del Codice penale brasiliano.

ria soggettiva, il modello qui proposto è coerente con l'esistenza di più possibili moventi per l'esecuzione di atti sessuali. Conseguentemente, la critica tradizionale secondo cui il requisito del dolo specifico è inappropriato non si applica al nostro approccio, dacché essa si basa unicamente sull'argomentazione che in molti casi rilevanti di abuso sessuale non c'è il fine di libidine. La riduzione del dolo sessuale alla ricerca della gratificazione sessuale è la premessa della teoria soggettiva tradizionale, ma non del nostro modello, secondo cui ogni cosciente riferimento da parte dell'agente alla connotazione sessuale della sua condotta costituisce il dolo specifico di un atto sessuale, a prescindere dal fatto che la gratificazione sessuale sia uno degli scopi dell'atto oppure persino del tutto non intenzionale. In ogni caso, il riconoscimento della qualità sessuale dell'atto dipenderà dal movente, che dovrà avere un qualche legame con la sessualità individuale delle persone coinvolte, pure laddove venga compiuto per scopi non sessuali. Tale concezione di dolo sessuale specifico sarà chiarita con un ultimo esempio.

Durante la dittatura militare brasiliana certe pratiche di tortura sui prigionieri politici erano parte della *routine* dei carcerieri ed includevano, in ispecie, l'inserimento forzato di oggetti su per l'ano degli uomini o la vagina delle donne, il palpeggiamento delle donne denudate, o la sottoposizione dei genitali, tanto maschili quanto femminili, a scariche elettriche⁸⁴. Come spiegano i resoconti delle vittime, la gratificazione sessuale non era lo scopo di tali atti. Secondo un approccio puramente oggettivo, si potrebbe sostenere che tali pratiche costituissero, ciò nonostante, una forma riconosciuta di violenza sessuale, in quanto prevedevano la penetrazione ed il contatto fisico con i genitali. Tuttavia, un colpo ai testicoli di un uomo, ad esempio, non costituisce atto sessuale per il semplice fatto che vi sia un contatto con i genitali della vittima, e, con particolare attenzione alla tortura, si può sostenere che l'aspetto principale è costituito dal cagionare dolore fisico, il quale è più efficace se inflitto su parti corporee sensibili, eventualmente tramite penetrazione. Peraltro, la nudità forzata non ha una connotazione necessariamente sessuale, poiché può esser imposta per ragioni squisitamente pratiche, come nel caso delle ispezioni, di sicuro umilianti, svolte al fine di scovare oggetti illegalmente detenuti, le quali sono ancora in uso in molte prigioni. Ne consegue che la qualificazione della tortura come composta di atti sessuali non è per niente ovvia e la Commissione nazionale brasiliana per la verità ne ebbe a offrire una motivazione nel suo rapporto finale: nessun atto è mai considerato isolatamente, bensì lo è in relazione con la successione di gesti, con gli atti precedenti e successivi, con le reazioni e le aspet-

⁸⁴ V. COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE – BRASIL, *Relatório*, vol. 1, parte 3, 2014, 400-435, <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/documentos/Capitulo10/Capitulo%2010.pdf>.

tative. Perciò deve essere trovata una qualche somiglianza con le interazioni sessuali ed i particolari moventi dell'agente danno un senso a tale somiglianza.

Come rettamente sottolineato dalla Commissione, il riferimento simbolico alla sfera sessuale operato dai militari distingue i loro atti, rendendoli delle speciali forme di umiliazione e sottomissione delle vittime. Tale particolare effetto spiega anche perché la violenza sessuale fosse un metodo comune di tortura: usualmente, gli stupratori fanno uso del significato sociale del contatto e della penetrazione sessuale delle loro vittime proprio pervertendolo a danno delle loro vittime⁸⁵. Nelle segrete della dittatura militare ciò era in particolare il caso per le donne: i loro corpi erano assoggettati al tipo di esposizione che esse avrebbero permesso solo nel contesto dell'intimità sessuale coi propri *partner*. Nell'imporre tali situazioni, i militari dimostravano l'irrilevanza dei diritti di autodeterminazione dei prigionieri in una maniera alquanto drastica, riducendoli allo *status* di oggetti cui potevano letteralmente fare ciò che avessero voluto. Mentre venivano loro imposte nudità, penetrazioni, palpeggiamenti o scosse elettriche ai genitali, le offese verbali da parte delle guardie militari le relegavano in spazi di identità femminili che al tempo erano considerate profondamente immorali dall'ordinamento sessuale: erano chiamate prostitute, adulate e pervertite⁸⁶. Gli uomini, invece, venivano “femminilizzati” mediante la penetrazione sessuale in un contesto fortemente sessista, oppure potevano essere fatti sentire impotenti obbligandoli ad assistere allo stupro ed agli altri tipi di abuso sessuale nei confronti dei loro *partner* e dei membri del loro gruppo politico. Spesso le guardie militari “scherzavano” durante la tortura dicendo che i prigionieri ne sarebbe usciti sessualmente inibiti⁸⁷. Così agendo, non solo erano consci che alcune parti corporee o forme di esposizioni sono socialmente ricollegate alla sessualità, come nel caso dei genitali, o della nudità, ma facevano intenzionalmente riferimento a tali attribuzioni sociali come vettore per particolari forme di trauma ed umiliazione a danno delle loro vittime. La combinazione di stimoli di eccitazione sessuale e aggressione dolorosa inflitti allo stesso tempo è una strategia per mutare la relazione delle vittime con il loro stesso corpo, alterandone l'identità: il corpo non è più fonte di piacere, ma di dolore, ed il sesso diviene per le vittime permanentemente legato alla sofferenza⁸⁸.

In sintesi, possiamo concludere che, ai fini penali, una persona compia un atto sessuale non semplicemente perché sa che un certo gesto conti come pratica ses-

⁸⁵ V. J. GARDNER-S. SHUTE, *The wrongness of rape*, in *Oxford Essays in Jurisprudence: fourth series*, a cura di J. Horder, 2000, 210.

⁸⁶ COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE – BRASIL, *op. cit.*, 402.

⁸⁷ *Ivi*, 402-404, 407.

⁸⁸ R. GRISALES NATALIA, *Cuerpo, sexualidad y violencia simbólica en la tortura sexual*, in *Revista de Estudios Sociales*, 2015, n. 54, 81.

suale in un certo contesto, come nel caso di Kargar, ma perché vuole far uso di tale significato, magari per soddisfare sessualmente sé stesso, o per umiliare in modo particolare un'altra persona, o persino per dominare qualcuno. L'approccio che sosteniamo è oltretutto coerente con la definizione dei reati sessuali come reati di violenza ed aggressione⁸⁹. Il richiesto "dolo sessuale" specifico è quindi costituito da ogni intenzione che possa spiegare l'atto come uso deliberato di un *pattern* sessuale di comportamento.

D. Conclusioni ed osservazioni

Secondo il punto di vista qui proposto, un atto sessuale è ogni azione che, conformandosi ad una certa sfera culturale, appartiene al dominio delle interazioni sessuali e che è coscientemente compiuta dall'agente proprio per tale suo significato. Le c.d. "circostanze oggettive" degli atti sessuali, ne concludiamo, sono legate ai paradigmi sociali che possono essere assegnati alla sfera sessuale: tra le altre, le condizioni che consentono ad un soggetto di agire sessualmente si riferiscono alle condizioni di tempo e luogo, alle successioni di gesti, alle parole pronunziate, ai sentimenti che ci si aspetta, alla persona del (o dei) *partner* ed al tipo di interazione o relazione fra di essi. Le ragioni per l'uso del simbolismo sessuale sono varie ed includono, ad esempio, la ricerca dell'eccitazione sessuale e dell'orgasmo, lo scherzare alle spese dell'altrui sessualità, l'autostima, la sicurezza di appartenere ad un gruppo, la soggiogazione dei membri di un altro, la negazione dell'altrui auto-determinazione in materia sessuale e l'umiliazione. Un soggetto non compie un atto sessuale se, nonostante la sussistenza di circostanze che consentono l'inferenza di una connotazione sessuale, altre circostanze e le effettive intenzioni inscrivono l'azione anche in un contesto non sessuale.

Questo articolo ha tentato di avvicinare la penalistica agli studi contemporanei sulla sessualità occidentale. Per il diritto penale, in specie per la sua discettazione scientifica, il mondo delle "vecchie morali sessuali" era molto più semplice: esse, come descrive Gunther Schmidt, erano essenzialiste e si concentravano sul divieto di azioni specifiche, come i rapporti omosessuali, quelli al di fuori del matrimonio, la masturbazione ed i rapporti orali. Oggi invece vige una morale del consenso: in questo nuovo ordine delle cose non importa cosa è fatto con chi, ma solo il "modo in cui" tali pratiche vengono poste in essere, nel senso che devono

⁸⁹ V. I. KRATZER-CEYLAN, *Finalität, Widerstand, "Bescholtenheit": zur Revision der Schlüsselbegriffe des § 177 StGB*, 2015, 38.

essere l'esito di un accordo⁹⁰. La morale del consenso segna un cambio di paradigma nelle recenti riforme dei reati sessuali a livello mondiale, dove si passa da una concezione della sessualità basata sulla pura coercizione ad una basata sul consenso. In particolare, in Europa la Convenzione di Istanbul del 2011 ha imposto alti *standard* di criminalizzazione degli atti sessuali non consensuali con un'altra persona e, in parte come esito di tali politiche internazionali, in Paesi come il Portogallo e la Germania la legge si concentra ora sulla ricostruzione della comunicazione ed il contesto della relazione sessuale nel definire la violenza sessuale, conoscendo peraltro altre, più estese, forme di criminalizzazione attraverso la fattispecie di molestie sessuali⁹¹.

Circa le morali sessuali costituite, Schmidt descrive una rapida transizione alle “relazioni sessuali tardo-moderne” di oggi, trovandone l'origine, anzitutto, nel dibattito sulla liberalizzazione sessuale degli anni '60 e '70 del secolo scorso, sostanzialmente rivolto contro la tabuizzazione religiosa della sessualità. Successivamente, il dibattito sulla autodeterminazione dei movimenti delle donne a partire dagli anni '80 ha portato ad una democratizzazione delle relazioni sessuali con la messa in discussione del basilare predominio sessista del patriarcato. Oggi è possibile notare una sdrammatizzazione della sessualità con l'imperativo del benessere, che ha reso le relazioni sessuali più genuine, ma anche più “fluide”⁹². Paradossalmente, se è vero che vi è oggi più spazio per una varietà di pratiche sessuali, per la nudità ed il contatto sessuale, allo stesso tempo la maggior libertà di autodeterminazione sessuale individuale crea anche più spazi per interazioni non sessuali.

Le tre ondate che la moralità sessuale occidentale ha subito e cui è sopravvissuta hanno contribuito ad espandere la varietà di azioni e contesti che il diritto penale deve considerare, al contempo rendendo tale varietà decisamente più complessa.

⁹⁰ G. SCHMIDT, *Spätmoderne Sexualverhältnisse*, in *Sexuelle Szenen*, cit., 269.

⁹¹ T. HÖRNLE, *Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes sexueller Selbstbestimmung*, 15; T. FISCHER, Sub § 177, *op. cit.*, par. 12; P. CAEIRO-J.M. FIGUEIREDO, *Ainda dizem que as leis não andam: reflexões sobre o crime de importunação sexual em Portugal e em Macau*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2016, vol. 26, 233; P. CAEIRO, *Observações sobre a projectada reforma do regime dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2019, vol. 29, 631.

⁹² G. SCHMIDT, *op. cit.*, 268, 271.

HANNO COLLABORATO AL VOLUME

FRANCESCO BASILE – Ricercatore nell'Università Bocconi di Milano

MATILDE BOTTO – Dottoranda di ricerca nell'Università di Bologna

SOFIA BRASCHI – Assegnista di ricerca nell'Università degli Studi di Pavia

PAOLO CAPPELLINI – Professore ordinario nell'Università di Firenze

MATTEO CAPUTO – Professore ordinario nell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

VITTORIO COLETTI – Professore emerito nell'Università di Genova e accademico della Crusca

MIRENTXU CORCOY BIDASOLO – Catedrática nella Universitat de Barcelona

ALESSANDRO CORDA – Senior Lecturer e Direttore dell'Institute of Criminology and Criminal Justice nella Queen's University Belfast School of Law

BEATRIZ CORRÊA CAMARGO – Professoressa nella Universidade Federal de Uberlândia

NICCOLÒ DECORATO – Perfezionando nella Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa

GIOVANNANGELO DE FRANCESCO – Università di Pisa

CRISTINA DE MAGLIE – Professore ordinario nell'Università di Pavia

DÉSIRÉE FONDAROLI – Professore ordinario nell'Università di Bologna

FAUSTO GIUNTA – Professore ordinario nell'Università di Firenze

GIANFRANCO MARTIELLO – Professore associato nell'Università di Firenze

ALESSIA MAZZÙ – Dottoressa in Giurisprudenza

DARIO MICHELETTI – Professore ordinario nell'Università di Siena

MARCO NICOLA MILETTI – Professore ordinario nell'Università di Foggia

FRANCESCO MORELLI – Professore associato nell'Università di Bergamo

CATERINA PAONESSA – Professore associato nell'Università di Firenze

MICHELE PRANDI – Già Professore ordinario nell'Università di Genova e dottore *honoris causa* nell'Università di Uppsala

JOACHIM RENZIKOWSKI – Lehrstuhl Professor nella Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

LUCIA RISICATO – Professore ordinario nell'Università di Messina

SERGIO SEMINARA – Professore ordinario nell'Università di Pavia

CECILIA VALBONESI – Assegnista di ricerca nell'Università di Firenze

Criteria per la pubblicazione

1. Al fine di assicurare la qualità scientifica degli studi pubblicati, il Comitato direttivo di *Criminalia* si avvale del giudizio di Revisori esterni, i cui nominativi sono raccolti nella lista riportata di seguito. I Revisori ricevono, in forma anonima, gli scritti destinati alla pubblicazione e un'apposita scheda da compilare firmata. Saranno pubblicati unicamente gli scritti valutati favorevolmente da due Revisori che li hanno giudicati l'uno all'insaputa dell'altro.
2. Nel caso di pareri discordanti espressi dai due Revisori, il Direttore può procedere alla pubblicazione oppure richiedere una valutazione, sempre in forma anonima, a un terzo Revisore, il cui giudizio sarà vincolante ai fini della pubblicazione o meno.
3. Nel caso di studi interdisciplinari o non penalistici il Direttore individuerà, anche al di fuori della lista, i Revisori esterni ritenuti idonei alla valutazione, dandone notizia al Comitato di direzione.
4. Sono esclusi dall'anzidetto sistema di valutazione preventiva di qualità: a) le recensioni di libri, gli scritti commemorativi e i resoconti dei convegni; b) gli scritti di studiosi di elevato e riconosciuto merito scientifico e di esperti di comprovata esperienza (es. professori emeriti o onorari; studiosi italiani e stranieri di chiara fama o similari); c) gli studi già pubblicati in riviste italiane o straniere classificate in fascia A.
Anche gli studi dei componenti del Comitato di direzione saranno sottoposti alla procedura di valutazione sopra descritta. Sarà compito del Direttore assicurare che i componenti del Comitato di direzione non influiscano in alcun modo sulla scelta dei Revisori. Per gli scritti del Coordinatore del Comitato di direzione, la scelta dei revisori sarà effettuata da un componente del Comitato di direzione che gestirà la procedura valutativa.
5. La documentazione relativa alla procedura di revisione di ciascun lavoro e all'approvazione unanime del Comitato di direzione è conservata a cura della Redazione di *Criminalia*.

Revisori

Giuseppe Amarelli	Giulio Illuminati
Gian Marco Baccari	Gaetano Insolera
Giuliano Balbi	Isabella Leoncini
Federigo Bambi	Sergio Lorusso
Roberto Bartoli	Claudio Luzzati
Elio R. Belfiore	Stefano Manacorda
Filippo Bellagamba	Adelmo Manna
Costanza Bernasconi	Ferrando Mantovani
Marta Bertolino	Luca Marafioti
Riccardo Borsari	Enrico Marzaduri
David Brunelli	Maria Novella Masullo
Marcello Busetto	Oliviero Mazza
Alberto Cadoppi	Nicola Mazzacuva
Alberto Camon	Alessandro Melchionda
Matteo Caputo	Enrico Mezzetti
Damiano Canale	Sergio Moccia
Francesco Cingari	Vito Mormando
Federico Consulich	Giuseppina Panebianco
Carlotta Conti	Vania Patanè
Cristiano Cupelli	Paolo Patrono
Francesco D'Alessandro	Marco Pelissero
Giampaolo Demuro	Davide Petrini
Corrado Del Bò	Michele Pifferi
Giulio De Simone	Nicola Pisani
Alberto De Vita	Tommaso Rafaraci
Mariavaleria Del Tufo	Mario Ricciardi
Alberto di Martino	Lucia Risicato
Vittorio Fanchiotti	Mauro Ronco
Paola Felicioni	Alessandra Sanna
Giovanni Fiandaca	Licia Siracusa
Stefano Fiore	Placido Siracusano
Giovanni Flora	Luigi Stortoni
Luigi Foffani	Valeria Torre
Désirée Fondaroli	Giovanni Tuzet
Gabriele Fornasari	Daniele Velo Dalbrenta
Benedetta Galgani	Paolo Veneziani
Ignazio Giacona	Tiziana Vitarelli
Roberto Guerrini	Raffaele Volante
Dario Guidi	

Edizioni ETS
Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com
Finito di stampare nel mese di giugno 2023



Edizioni ETS

www.edizioniets.com - info@edizioniets.com

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

www.edizioniets.com/criminalia

Direttore

Fausto Giunta

Comitato di direzione

Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Adolfo Ceretti, Cristina de Maglie, Luciano Eusebi,
Alberto Gargani, Fausto Giunta, Vincenzo Maiello, Dario Micheletti, Marco Nicola Miletta,
Daniele Negri, Renzo Orlandi, Michele Papa, Carlo Piergallini, Francesca Ruggieri
Antonio Vallini, Vito Velluzzi

per sottoscrivere abbonamento e per acquistare numeri arretrati

www.edizioniets.com/criminalia