

MICHELE PAPA

LA FISIOGNOMICA DELLA CONDOTTA ILLECITA
NELLA STRUTTURA DEI REATI SESSUALI:
APPUNTI PER UNA RIFLESSIONE SULLA CRISI DELLA TIPICITÀ^(*)

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2 Fisiognomica della condotta e diritto penale del fatto. – 3. La violenza carnale (art. 519 c.p.) come esempio di condotta fisiognomicamente perfetta. – 4. L'incerta fisiognomica della violenza sessuale (art. 609 *bis* c.p.). – 5. La smaterializzazione della violenza sessuale: orientamenti interpretativi e futuribili. – 6. Dal reato di violenza sessuale agli “atti sessuali senza consenso”. – 7. Considerazioni conclusive.

1. *Considerazioni introduttive*

Per la sua natura poliedrica e per la sua costante attualità, il tema dei reati sessuali si presta ad essere esaminato da innumerevoli punti di vista. Come al Colosseo, possiamo entrare nell'arena tematica da mille porte diverse.

La prospettiva scelta per queste brevi riflessioni è una delle più generali: essa si collega al grande argomento della tipicità. Siamo dunque all'interno di un tema caro a Francesco Palazzo, che alla tipicità e ai suoi rapporti con la determinatezza ha dedicato una riflessione costante, originale e per tutti fondamentale. Tale circostanza pone chi parla in una posizione particolarmente difficile. Se mi avventuro a toccare un tema sul quale giganteggia il pensiero del mio Maestro è solo perché l'affettuosa atmosfera creata dagli amici pisani invita a condividere le parole come fossimo attorno a un focolare domestico. Ho ben chiaro – e mi preme farlo presente proprio a Francesco Palazzo qui presente – che ciò che dico andrebbe molto più attentamente meditato.

Ho evocato, nel titolo, un termine screditato e inquietante: fisiognomica. Vorrei tranquillizzare subito i presenti e il lettore: non intendo certo condurli su percorsi lombrosiani. Siamo da tutt'altra parte. Lasciamo da parte i volti criminali, le fronti basse, le sopracciglia folte e gli zigomi pronunciati. La fisiognomica, ci dice l'etimologia della parola, è semplicemente la gnosi, la conoscenza, della natura. Per quanto se ne sia fatto un uso degenerato e razzista, applicandola

^(*) È il testo della relazione tenuta al Convegno in onore di Francesco Palazzo, dal titolo “*La tutela della persona umana. Dignità, salute, scelte di libertà*”, svoltosi a Pisa, il 12 ottobre 2018.

all'antropologia criminale, la parola richiama, con la sua etimologia, qualcosa di molto diverso.

Volgiamoci alla realtà sensibile e chiediamoci: esistono leggi di natura che si manifestano nella forma stessa dell'apparire fenomenico? Leggi che non si nascondono dietro o dentro l'aspetto delle cose (come, ad esempio, la legge di gravità, i campi magnetici etc.), ma che giacciono invece sotto gli occhi di chi guarda il mondo, e osserva dunque anche le condotte umane? In altre parole, possiamo ipotizzare che, almeno qualche volta, la morfologia della realtà sensibile "parli" direttamente a chi l'osserva, come un geroglifico o un ideogramma parlano direttamente a chi li legge?

Domande impegnative, che coinvolgono temi della gnoseologia noti sin dalla filosofia presocratica: in che misura l'apparenza inganna? Dobbiamo totalmente escluderla per volgerci ad una comprensione razionale della realtà, oppure possiamo ancora fidarci in ciò che si apprende mediante i sensi? Altro che Lombroso o lettura della mano! Sono problemi enormi, per i quali non troveremo certo qui alcuna soluzione.

2. Fisiognomica della condotta e diritto penale del fatto

Notiamo, tuttavia, che il diritto penale una risposta al problema della fisiognomica l'ha data da secoli e soprattutto dall'Illuminismo in avanti.

La risposta è: sì. Nel "diritto penale del fatto", esistono reati in cui *la forma della condotta* è in sé stessa capace di esprimere l'ingiusto. È il diritto penale "delle cose visibili", un diritto penale che si confronta con l'ingiusto attraverso la mediazione delle *malae species*, delle forme paradigmatiche d'illecito elencate nella parte speciale. Ne abbiamo parlato diffusamente altrove (M. Papa, *Fantastic Voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2017). Recependo tali forme nelle "fatti-specie", il legislatore chiarisce ai cittadini quali siano le regole di condotta penalmente rilevanti e rende concreta la funzione garantista del diritto penale. Determina i precetti da seguire e vincola il giudice che deve sanzionarne la violazione.

Sono le note virtù del formalismo. Virtù, come sappiamo, da non sopravvalutare, dal momento che ad esse di accompagnano alcuni noti vizi: anche quando si considera la condotta e non i tratti somatici di un volto, il dominio della forma, la tirannide delle apparenze "letterali" può portare difatti a semplificare in modo eccessivo e fuorviante il giudizio. Con risultati paradossali: viene in mente la dottrina religiosa ebraica (*Halakhab*) del "*Marit Ayin*" (lett. "aspetto all'occhio"), in base alla quale, l'apparenza è veramente tutto quello che conta; anche dal punto di vista morale: se cade in terra il portafoglio davanti alla statua di una divinità

pagana, bisognerebbe lasciarlo dov'è. Ciò in quanto un osservatore esterno potrebbe pensare, vedendoci piegati a raccoglierlo, che ci stiamo inchinando davanti all'idolo.

Come si vede, anche la fisiognomica della condotta, presenta, nei casi di esasperato formalismo, limiti evidenti. Non a caso, nel diritto penale, il giudizio di tipicità può essere inteso come qualcosa di assiologicamente più ricco rispetto alla mera coincidenza tra il concreto e l'astratto; non a caso, al giudizio di tipicità seguono, comunque, quelli di antigiuridicità e di colpevolezza.

Vero ciò, resta il fatto che sin dal codice di Hammurabi, passando dal *furtum manifestum* delle XII Tavole, le società umane hanno sviluppato l'idea che vi siano condotte che possiedono, in sé stesse, la qualità di *malae species*, di "cattive apparenze" penalmente conclusive: condotte capaci di esprimere in modo eclatante, *con la loro stessa forma*, l'ingiusto. Sono condotte che "parlano"; condotte che, come i geroglifici, veicolano un significato già solo con il loro aspetto. Su tale assunto, come dicevamo, è fondata tanta parte del garantismo di cui si fa promotore, attraverso l'idea della tipicità, il principio di legalità illuminista.

Lo schema aggressivo del furto, o della rapina, ad esempio, si fondano, nella coscienza sociale prima ancora che nel diritto positivo, sulla intrusione, più o meno violenta, nello spazio ove si esercita il possesso/detenzione altrui; intrusione cui consegue la sottrazione e poi l'impossessamento di una cosa, cioè di una porzione di realtà fisica, sulla quale altri esercita un dominio, entro quello spazio. La fattispecie incriminatrice recepisce questa tipologia aggressiva, costruendo sulla stessa la modalità di lesione penalmente rilevante.

Lo stesso si potrebbe dire per le percosse, per le lesioni personali e, veniamo al nostro tema, per la violenza *carnale*.

3. *La violenza carnale (art. 519 c.p.) come esempio di condotta fisiognomicamente perfetta*

Anche la violenza *carnale* – uso qui l'aggettivo che ha caratterizzato in Italia lo stupro (art. 519 c.p.) sino alla riforma del 1996 – si definisce attraverso il riferimento ad una condotta che "parla": la congiunzione carnale violenta parla ed esprime direttamente la sua natura di *mala species*. È una specie, un tipo di fatto che la fisiognomica (intesa nel senso etimologico che abbiamo illustrato) ci dice essere manifestamente ingiusto.

La condotta di stupro "parla" e si autodefinisce come *mala species* innanzitutto perché combina violenza costrittiva e congiunzione carnale. A meno, infatti, di non supporre rapporti consensuali di tipo sado-masochistico, è difficile pensare che una penetrazione carnale realizzata con violenza e minaccia possa essere

qualcosa di diverso da una condotta criminale. Ricordiamo in proposito il celebre caso inglese “Morgan” (DPP v. Morgan [1975] UKHL 3), ove gli imputati, che avevano abusato di una donna istigati dal marito che la diceva consenziente ai rapporti violenti, non furono creduti in buona fede dalla giuria.

Peraltro, se dal codice Rocco risaliamo indietro nel tempo, troviamo contesti storico-giuridici in cui, per la rilevanza penale del rapporto, la violenza non è neppure richiesta, dal momento che, pensiamo all’antica figura dello “stupro semplice”, è *l’attività sessuale in quanto tale ad essere illecita*; anche se consensuale. Ferma restando la rilevanza particolare dello stupro violento, in molte società del passato la congiunzione carnale era in sé e per sé una *mala species*, perdendo tale connotazione solo se posta in essere all’interno di relazioni autorizzatorie, come quella matrimoniale o, paradossalmente, quella prostituzionale.

4. *L’incerta fisiognomica della violenza sessuale (art. 609 bis c.p.)*

Conosciamo tutti l’evoluzione – legislativa e giurisprudenziale – registrata dai reati sessuali negli ultimi anni. La riforma del 1996 ha ripensato, attraverso la nozione di “atti sessuali”, l’attività umana rilevante, continuando tuttavia a richiedere, nel reato dell’art. 609 *bis* c.p., una condotta aggressiva unilaterale, incentrata sulla costrizione mediante violenza, minaccia, o abuso di autorità. Una scelta criticata quantomeno per una duplice serie di motivi: perché poco sensibile, nel generico riferimento agli “atti sessuali”, al principio di determinatezza; e perché poco sensibile alle esigenze di tutela della vittima, la quale non vede tutelato il suo diritto alla autodeterminazione sessuale, cioè al suo consenso, ma solo quello a non compiere o subire atti sessuali a causa dell’altrui violenza o minaccia.

5. *La smaterializzazione della violenza sessuale: orientamenti interpretativi e futuribili*

La giurisprudenza, dal canto suo, ha dovuto gestire le due menzionate criticità. L’ha fatto tramite oscillazioni e sbandamenti (pensiamo alla nota “sentenza dei jeans”), che sono a tutti noti.

5.1. Per quanto riguarda la nozione di atti sessuali, si può rilevare come, la pur dominante “accezione oggettiva”, incentrata sul contatto fisico con le “zone erogene”, finisca per diventare soggettiva e, come dire, “atopica”, appena si tratti di qualificare una serie di comportamenti che, pur non coinvolgendo le menzionate “zone erogene”, hanno l’indubbia natura di aggressione sessuale (si pensi al toc-

camento dell'interno della coscia). E in questi casi soccorre, talora indebitamente (non è detto che il fine ultimo dell'agente sia davvero la violenza sessuale sulle "zone erogene"), il reato tentato. Segno questo che, anche volendo rimanere alle dinamiche tradizionali, l'interazione sessualmente rilevante non è riducibile al contatto con specifiche "aree tabù", riscontrabili oggettivamente e con la precisione topografica di una mappa catastale.

L'importanza dell'interazione è d'altronde ben chiara anche a chi consideri la nozione di atti sessuali nel contesto dei vari reati in cui è prevista: essa cambia, almeno nella prassi, non solo rispetto ai soggetti minorenni "intangibili" (per i quali, se esaminiamo la giurisprudenza, basta talora meno del contatto diretto con le zone erogene), ma anche nel contesto di fattispecie come la corruzione di minorenne (art. 609 *quinquies* c.p.), essendo inconcepibile che costituisca reato mostrare all'infra-quattordicenne tutti gli atti che sarebbero rilevanti *ex art.* 609 *bis*, cioè, ad esempio, il bacio o la pacca sul sedere.

Peraltro, è del tutto evidente come la nozione di atti sessuali non possa rimanere insensibile al mutare dei codici culturali e comportamentali.

Ciò vale, in primo luogo rispetto alla sofisticata articolazione dei gusti sessuali, potenziata dalle offerte "per categorie" o "di nicchia" dilaganti nella pornografia e nella offerta prostituzionale reperibile in internet. Ciò che un tempo era considerata devianza individuale, e dunque espressione di libido soggettiva, emerge oggi come pratica ritenuta "oggettivamente sessuale" da gruppi talora sorprendentemente numerosi di persone.

Il riconoscimento sociale e giuridico della diversità nell'orientamento sessuale è oggi un dato assodato. La mappatura delle zone erogene e la tipologia dei comportamenti rilevanti non può non risentirne, con la progressiva perdita di importanza, come paradigma tipico della relazionalità sessuale, del rapporto eterosessuale centrato sulla congiunzione carnale, magari intesa anche come atto potenzialmente procreativo. L'aveva già presente il legislatore del 1996, che infatti coniò l'ampia nozione di "atti sessuali"; ma l'ideologia retrostante, condizionata allora soprattutto della prospettiva femminista, era inconsapevole della molteplice ed esplicita diversificazione degli orientamenti e gusti sessuali cui assistiamo oggi. E soprattutto del loro proporsi come stili di vita da riconoscere ed accettare al pari di quelli per lungo tempo ufficialmente prevalenti.

In sintesi, occorre prendere atto che la sessualità è oggi, per generale constatazione, molto varia e molteplice. E che gli esempi riportati un tempo come curiosità esotica (lo strofinarsi il naso degli eschimesi) erano solo l'anticipazione di una diversità nei gusti e negli orientamenti sessuali che, nelle società multiculturali e pluraliste, è ormai diffusa e palese. E che porterà presto a riconoscere che l'unica zona sicuramente e oggettivamente erogena è il cervello.

Che ne è dunque del corpo e delle tradizionali “zone erogene” sulle quali chiediamo lumi alla scienza medica? Sentiamo le parole di un uomo dell'Ottocento: “qualunque parte del corpo si contamina quando si fa servire di strumento ad una lubricità, e simile oltraggio cade sulla persona di chi si dice oltraggiato e non sulla persona soltanto del violentatore” (F. Carrara, *Programma di diritto criminale, parte speciale*, II, 10^a ed., Firenze, 1926, § 1546, 397). D'altronde, anche l'esperienza comparatistica, pensiamo in particolare al diritto penale inglese (*Sexual offences Act*, SOA, del 2003), ci dice che è impossibile redigere un inventario di “atti sessuali tipici”, definendoli su base topica. Secondo la citata legislazione inglese, sono sessuali tutti gli atti che, secondo il giudizio di una persona ragionevole, possono essere ritenuti tali in relazione *alle circostanze e all'intenzione delle persone coinvolte* (v. sect 78 del citato SOA 2003).

Sia ben chiaro: nulla, in ciò che ho appena detto, mira a rivalutare un approccio soggettivistico tendente a criminalizzare la devianza del singolo. Al contrario, intendo sottolineare che, evaporato il concetto stesso di devianza sessuale (almeno con riferimento agli orientamenti e ai gusti degli adulti consenzienti), non si può eludere la questione del *particolare significato sessuale* che le persone coinvolte attribuiscono alle varie parti del corpo e alle modalità di interazione con le stesse. Ciò anche perché è ben raro che un “particolare significato sessuale”, per quanto inconsueto, sia riferibile alle inclinazioni di un solo individuo. In fondo, quello che internet ha fatto emergere (ma in parte anche prodotto) è il fatto che dietro pressoché tutti i “particolari gusti sessuali” ci siano migliaia di “followers”.

5.2. Accanto alla questione della tipicità degli atti sessuali, si pone tradizionalmente quella del contatto fisico. Tipicità e materialità sono spesso profili della condotta strettamente connessi. Anche questo tuttavia sta cambiando, specie alla luce dell'evoluzione tecnologica e dei mezzi di comunicazione. Negli Stati Uniti si discute ormai da tempo il problema della “*virtual rape*” cioè della configurabilità di aggressioni sessuali nel mondo della rete o comunque della realtà simulata. Anche questa prospettiva pone chiaramente all'attenzione di tutti la questione se, nei reati sessuali, il corpo sia veramente essenziale o se, piuttosto, esso non sia che un mero terminale di stimoli emotivi e sensoriali, che possono essere ricreati, anch'essi “più o meno consensualmente”, nel mondo virtuale.

5.3. Veniamo brevemente alla violenza e alla minaccia, che del paradigma di reato sessuale incentrato sull'aggressione unilaterale costituiscono l'espressione più tipica. La violenza e la minaccia, come si sa, eclissano il problema del consenso, riducendo per ciò stesso la vittima a mera *res*. La giurisprudenza si è dimostrata negli anni sempre più consapevole dei limiti di una scelta definitoria che il legislatore del 1996 ha reiterato dopo molti dubbi. La *case law* degli ultimi anni

ha proceduto ad affermare, appunto in via interpretativa, la progressiva smaterializzazione di tali elementi di fattispecie, smaterializzazione cui è conseguito l'emergere del dissenso, o del mancato consenso della vittima come vero fulcro del disvalore. Il reato è diventato così sempre più "relazionale" e sempre meno di "aggressione unilaterale".

5.4. Incentrare il reato di violenza sessuale sulla sola assenza del consenso costituisce una scelta molto significativa sul piano dei valori, ma certamente non semplice sul piano applicativo. I processi attraverso cui si giunge all'autodeterminazione sono molto complessi e incerti anche nelle persone psicologicamente più salde. Esistono poi condizioni, pensiamo all'ebbrezza alcolica, in presenza delle quali l'autodeterminazione può essere pregiudicata ad alcuni fini (la corretta guida dell'auto), ma non ad altri, ad esempio al fine di consentire ad un rapporto sessuale. Ma come regolare la situazione dal punto di vista del diritto penale? Lasciando la vittima ubriaca (leggermente ubriaca, ma anche quella intenzionalmente e dionisiacamente ebbra) libera di manifestare il suo consenso, oppure negandole, paternalisticamente, ogni accesso alla vita sessuale? Lo stesso discorso si può fare per l'incapace.

In entrambi i casi, la soluzione normativa attuale è nel senso di richiedere che il soggetto agente "abusi" delle condizioni di minorità e "induca" la vittima all'atto sessuale (v. art. 609 *bis* c.p.). Se tuttavia il reato dovesse realmente ridefinirsi incentrandosi sul valido consenso all'atto sessuale, allora andrebbe probabilmente eliminato anche il riferimento all'abuso e all'induzione, dovendo bastare, appunto, l'assenza di un valido consenso.

6. Dal reato di violenza sessuale agli "atti sessuali senza consenso"

Il percorso che porta dal reato di violenza carnale ad un diverso reato incentrato sul "rapporto sessuale senza valido consenso" è un percorso che in Italia non si è pienamente compiuto. Perché ciò accada è indispensabile un intervento legislativo, che riscriva con parole diverse la fattispecie incriminatrice.

Si tratta di un intervento auspicabile? Non è facile dirlo. Come dimostra anche l'esperienza comparatistica, incentrare i reati sessuali sulla mancanza del consenso è comunque una scelta molto impegnativa, che in un certo senso torna a considerare l'attività sessuale come attività in sé stessa illecita, a meno che non vi sia il previo e valido consenso. Ma, forse, è una scelta obbligata, essendo difficile accettare oggi che il reato di violenza sessuale non comprenda casi in cui, pur mancando la violenza o la minaccia, un valido consenso non c'è.

Ma, questa è la domanda: stupro violento a parte, è ancora possibile individuare esaustivamente, nella descrizione di una nuova fattispecie di reato sessuale, le forme dell'agire umano da indicare come paradigmatiche del reato in questione? È ancora possibile, nell'ambito dei reati sessuali, identificare, oltre lo stupro violento, condotte tipiche la cui forma "parli" ed esprima, con rigore fisiognomico, la natura di aggressione illecita alla libertà sessuale? Nella crescente difficoltà di effettuare, per la complessità della sessualità contemporanea, una mappatura catastale ed un "estimo" oggettivo delle singole parti del corpo e delle interazioni definibili certamente come sessuali, anche il reato sessuale tende ad uscire dalla fisiognomica, avviandosi a coincidere con qualsiasi comportamento umano che abbia la capacità di offendere la libertà sessuale altrui.

Non dimentichiamo poi le considerazioni sopra svolte in merito alla nozione di atti sessuale. Una volta superata la concezione topico-anatomica, secondo cui l'atto si definisce sessuale per il contatto con le zone erogene, la smaterializzazione finisce per coinvolgere anche questo elemento del reato.

L'impressione è, insomma, che difficilmente i reati sessuali riusciranno a rimanere saldamente all'interno di quello che abbiamo chiamato il "diritto penale delle cose visibili", cioè del fatto tipico fisiognomicamente significativo. I reati sessuali tendono, per ragioni storiche complesse e difficilmente contrastabili, ad entrare nell'ambito del "diritto penale delle cose invisibili", cioè in quella crescente porzione del diritto penale che si confronta con l'ingiusto senza la mediazione di una condotta tipica capace di esprimere l'ingiusto stesso in modo paradigmatico e conclusivo, cioè fisiognomicamente rilevabile.

Non è questa la sede per sviluppare anche solo un embrione di analisi sulla dialettica tra il diritto penale che abbiamo detto "delle cose visibili" e quello "delle cose invisibili". L'opzione in favore del "diritto penale del fatto" parrebbe imporre la difesa ad oltranza del modello che si occupa delle cose visibili, cioè del diritto penale che definisce l'illecito con riferimento a dati della realtà sensibile. Ma, per chi crede veramente nei valori che hanno sostenuto per secoli il "diritto penale del fatto" la sfida è quella di capire come e perché il diritto penale è chiamato oggi ad occuparsi sempre più spesso direttamente delle "cose invisibili", cioè dell'ingiusto, dell'antigiuridicità, saltando la mediazione offerta dalle cose visibili e dai loro paradigmi fisiognomici.

7. Considerazioni conclusive

È sempre più difficile ordinare il mondo in base all'aspetto delle cose. Nella vita quotidiana come nella regolamentazione giuridica. Ne abbiamo parlato diffusamente altrove (M. Papa, *Fantastic Voyage. Attraverso la specialità del diritto pe-*

nale, cit., spec. 36 ss., 135 ss.). La complessità della vita contemporanea, la smaterializzazione delle relazioni, la crescente equivocità delle forme, il costante ricorso all'ermeneutica per comprendere, anche nella vita di tutti i giorni, "come stanno le cose al di là delle apparenze" rendono certamente recessiva la prospettiva fisiognomica.

La fattispecie incriminatrice è un modello in crisi e non per ragioni contingenti. È molto difficile, per i nuovi reati o per la riformulazione moderna di quelli antichi, recuperare una struttura del fatto tipico che faccia riferimento ad una forma dell'accadere sensibile che sia espressiva di significato, univoca nel messaggio, insomma: una forma di condotta semioticamente pregnante. Una forma da leggere con la fisiognomica: come un geroglifico o un ideogramma.

Le forme, come gli dei, non parlano più.

