



# 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](http://www.edizioniets.com/criminalia)**

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

# Criminalia

*Annuario di scienze penalistiche*

2024



Edizioni ETS



[www.edizioniets.com](http://www.edizioniets.com)

© Copyright 2024  
EDIZIONI ETS  
Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa  
[info@edizioniets.com](mailto:info@edizioniets.com)  
[www.edizioniets.com](http://www.edizioniets.com)

ISBN 978-884677449-1  
ISSN 1972-3857

## INDICE

Sommari	7
<b>Primo piano</b>	
LUIGI FERRAJOLI <i>Per una rifondazione della scienza penalistica. Ricordando Franco Bricola</i>	31
<b>I grandi orizzonti penalistici</b>	
LUCIANO EUSEBI <i>Prospettive di un sistema sanzionatorio riparativo</i>	45
ALBERTO GARGANI <i>La recidiva nell'indagine di Giacomo Matteotti, tra passato e presente</i>	59
GRAZIA MANNOZZI <i>La riparazione: una giustizia senza toga?</i>	77
DARIO MICHELETTI <i>Le finalità della pena per l'offesa involontaria</i>	99
MICHELE PAPA <i>La fattispecie incriminatrice come "forma simbolica"</i>	113
CARLO PIERGALLINI <i>Un 'penale' più 'civile'?</i>	131
<b>Il punto su... Prova e verità nel processo penale</b>	
FRANCESCO BARTOLO MORELLI <i>L'esame incrociato non equivale al contraddittorio nella formazione della prova. Per una revisione del rapporto tra incidente probatorio e dibattimento</i>	155

RENZO ORLANDI  
*Itinerari processuali sulle vie della verità. Qualche spunto di riflessione* 175

**Opinioni a confronto** *La violenza digitale*

COSTANZA BERNASCONI  
*I diversi volti della violenza digitale di genere nella cornice degli obblighi sovranazionali di tutela* 207

CATERINA PAONESSA  
*La diffusione di contenuti illeciti online. Obblighi di incriminazione e contrasto del “deepfake” nella direttiva (UE) 2024/1385* 229

**Antologia**

NICCOLÒ DECORATO  
*Nomina nuda tenemus: la confusione del legislatore fra oggetto materiale ed oggetto giuridico nel diritto penale dei beni culturali* 251

ARIANNA FESTINESE  
*Quale lessico per un nuovo bene giuridico? Il caso del “clima”* 279

OTAVA PIHA  
*Il mio corpo è il mio tempio? Il raffronto fra reati sessuali e patrimoniali nell’alveo di una tradizione basata sui diritti umani* 297

SARA RICCARDI  
*Violenza di genere. Il motivo misogino e omotransfobico nel quadro degli hate crimes. Trama del diritto penale de jure condito e de jure condendo* 323

**Alla ricerca della “parola giusta”. Incontro con Gabrio Forti**

CRISTINA DE MAGLIE  
*Il “tempo” della parola giusta* 355

MARIO ROMANO  
*Per Gabrio Forti* 363

OTAVA PIHA

IL MIO CORPO È IL MIO TEMPIO?  
IL RAFFRONTO FRA REATI SESSUALI E PATRIMONIALI  
NELL'ALVEO DI UNA TRADIZIONE BASATA SUI DIRITTI UMANI <sup>(\*)</sup>

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Alla ricerca di risposte. – 3. Tollerato sino a prova di illiceità. – 4. L'autodeterminazione come elemento agevolante (*enabler-autonomy*). – 5. Il mio corpo non è il mio tempio. – 5.1. Un concetto lato di proprietà. – 5.2. La condivisione come modello di rapporto patrimoniale. – 5.3. Il valore dell'autodeterminazione patrimoniale. – 6. Distinzioni utili. – 7. Conclusioni.

## 1. Introduzione

La recente ondata di interventi legislativi che hanno riformato i reati in materia sessuale<sup>1</sup>, con la riformulazione delle fattispecie di violenza carnale<sup>(†)</sup> al fine di in-

<sup>(\*)</sup> Il lavoro è pubblicato in lingua originale (*My Body Is My Temple? Comparing Sexual Crimes and Property Crimes in a Human Rights Tradition*) su *German Law Journal*, 2024, vol. 25, n. 3, 589-602. Si applica la licenza CC-BY 4.0.

L'Autrice intende ringraziare coloro che hanno commentato le sue riflessioni e le sue bozze per questo articolo; in particolare: Sakari Melander, Tuomas Ojanen, Esko Yli-Hemminki, gli organizzatori ed i partecipanti alla *Critical Legal Conference 2022*, oltre che i revisori anonimi.

Quanto a conflitti di interesse, l'Autrice dichiara che nelle prime fasi della scrittura del presente articolo lavorava presso o prestava consulenza a favore del ramo finlandese di *Amnesty International* (periodo 2019-2021) e faceva parte del *board* della ONG *Women's Line* in Finlandia (periodo 2019-2022).

Il presente lavoro è stato supportato da finanziamenti da parte della *Olga and Kaarle Laitinen Foundation*, del *Finnish Concordia Fund*, della *Emil Aaltonen Foundation* e dell'Associazione degli Avvocati Finlandesi (*Suomalainen lakimiesyhdistys*).

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

<sup>1</sup> Alcuni esempi includono l'introduzione di fattispecie basate sul consenso in Germania nel 2016, in Islanda e Svezia nel 2018, in Grecia nel 2019, in Danimarca nel 2021, in Spagna nel 2022 ed in Finlandia nel 2023. La Norvegia nel 2018 ha, invece, rigettato una proposta per una ridefinizione della violenza carnale basata sul consenso.

<sup>(†)</sup> L'articolo originale usa il termine *rape* sia per il fenomeno criminologico che come *nomen iuris* delle fattispecie in discussione, coerentemente con l'uso della letteratura inglese in materia. Data la presenza, in vari ordinamenti che stanno sullo sfondo del lavoro, di un novero di fattispecie differenziate (*ex multis*, ad es.: in Inghilterra e Galles *rape, assault by penetration e sexual assault*; in Finlandia, *raiskaus e seksuaalinen kajoaminen*), si è ritenuto, salvo poche eccezioni, di tradurre *rape* con il *nomen iuris* del nostro abrogato art. 519 c.p., per mantenere il riferimento ad una categoria di

centrarle sul consenso anziché sulla coercizione, costituisce un importante sviluppo in ambito penale ed un progresso sulla via dei diritti umani, tanto nei Paesi nordici, quanto nel resto d'Europa. Nonostante tali modifiche legislative, risulta inverosimile ritenere risolta la questione dei livelli di tutela necessari, giusti o desiderati per l'autodeterminazione sessuale (*sexual autonomy*)<sup>(3)</sup>, tanto a livello nazionale quanto internazionale, dacché le norme in materia di diritti umani non specificano esattamente i requisiti per la tutela di tale bene, così lasciando irrisolti quesiti pratici relativi al come trattare i diversi tipi e livelli di offesa all'autodeterminazione sessuale nel diritto penale. Dove potrebbero trovarsi tali risposte? Molti studiosi di *common law* hanno ritenuto illuminante considerare quanto più estesa e facilmente accettata sia la tutela della proprietà nel diritto penale, rispetto all'autodeterminazione sessuale. Nella teorica dei diritti umani, tuttavia, tale raffronto potrebbe risultare o incoerente con l'impianto dei diritti umani, o ridondante.

Lo scopo di questo articolo è di trovare un inquadramento concettuale che consenta di comparare i reati sessuali e quelli contro il patrimonio senza perciò ridurre le persone ad oggetti, o dimenticarsi della dignità umana. Due aspetti sono cruciali per raggiungere tale obiettivo. In primo luogo, comparare è cosa diversa sia dal modellare una cosa su un'altra, sia dal ragionamento analogico, che, partendo da un dominio di partenza (*source*), lo mappa su un dominio di arrivo (*target*). Nella costruzione di un modello, così come nell'analogia una delle due cose è primaria e l'altra è secondaria. Diversamente, un raffronto non implica una gerarchia, è simmetrico. In secondo luogo, i reati contro il patrimonio andrebbero concepiti come reati contro l'autodeterminazione anziché come reati contro i beni o il diritto di proprietà. Così, il punto focale della comparazione diviene l'autodeterminazione stessa: l'autodeterminazione sessuale e l'autodeterminazione patrimoniale (*autonomy over property*).

Diversamente, non ci si propone un raffronto sistematico tra reati sessuali e contro il patrimonio, ma, piuttosto, quello di incoraggiare l'uso di tale raffronto

condotte più ristretta rispetto a quella che è attualmente tipizzata dall'art. 609-bis c.p. sotto la rubrica di violenza sessuale – N.d.T.

<sup>(3)</sup> Si è optato per il termine "autodeterminazione", anziché per "autonomia" in ragione del fatto che l'articolo è costruito sull'accostamento concettuale fra una *sexual autonomy* ed una *autonomy over property*, considerate come *species* della categoria della *autonomy*; tuttavia, nel linguaggio giuridico italiano la locuzione "autonomia patrimoniale" avrebbe rimandato piuttosto all'autonomia patrimoniale perfetta od imperfetta, anziché alla libertà di autodeterminarsi sotto il profilo patrimoniale. Parimenti, si è scartata l'opzione di tradurre il tutto con le categorie della libertà sessuale e della libertà patrimoniale poiché più avanti nel testo si fa espresso riferimento al fatto che la libertà (*freedom*, o, nella costruzione di Wittrock di cui alla nota 36, *liberty*) è una delle componenti della *autonomy*. Secondo le categorie della nostra dottrina penalistica, potremmo inquadrare le due nozioni quali *species* del *genus* della libertà morale – N.d.T.

nell'alveo di una tradizione basata sui diritti umani, mostrando come si possa renderlo coerente con la dignità umana. L'analisi vuole essere universale nel senso che non si è ancora ad un ordinamento specifico od alle rispettive definizioni tanto di reati contro il patrimonio quanto di reati sessuali. Di conseguenza, inevitabilmente, alcuni esempi non saranno pertinenti per qualche ordinamento, ma ciò non dovrebbe inficiare l'argomentazione nel suo complesso. Si prenderanno le mosse evidenziando due approcci all'analisi dei reati sessuali: mediante i diritti umani e mediante il raffronto con altri reati. Questo articolo è un tentativo di combinare questi due approcci apparentemente confliggenti. Per giustificare ulteriormente l'approccio comparatistico, sarà esaminato il modo in cui i reati contro il patrimonio e quelli sessuali condividono un quadro giuridico che rende sensato il raffronto, mentre, per altro verso, ciò non accade per i reati commessi mediante violenza fisica – altro termine di comparazione frequentemente utilizzato –, il cui quadro giuridico di riferimento è invece diverso. Dopodiché, saranno illustrate le caratteristiche dell'autodeterminazione che rendono il raffronto illuminante: essa andrebbe intesa come una facilitatrice (*enabler*) delle interazioni umane, non un ostacolo, e come scalare, relazionale e multidimensionale. Successivamente, sarà esplorato come l'autodeterminazione si rapporti con i diritti patrimoniali e come il patrimonio si rapporti con il corpo, per poi considerare come le differenze fra autodeterminazione sessuale e patrimoniale possano essere tenute di conto. Infine, saranno tratte delle conclusioni circa il tipo di domande cui il raffronto potrebbe dare risposta.

## 2. Alla ricerca di risposte

Le riforme europee che hanno portato ad incentrare le fattispecie di violenza carnale sul consenso si sono susseguite sulla scia della Convenzione di Istanbul (2011)<sup>2</sup>, di casi di violenza carnale di alta risonanza e di movimenti come il c.d. *#MeToo*, sebbene l'obbligo di criminalizzazione degli atti sessuali non consensuali esistesse già dai tempi dell'interpretazione data alla Convenzione EDU in *M.C. c. Bulgaria* (2004)<sup>3</sup> e da quella data alla Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione della donna in *Vertido c. Filippine* (2010)<sup>4</sup>. Benché il tenore letterale delle novelle legislative differisca – per esempio, in Islanda, Dani-

<sup>2</sup> Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica, fatta a Istanbul l'11 maggio 2011, art. 36.

<sup>3</sup> Corte EDU, 4 dicembre 2003, M.C. c. Bulgaria, punti 164-166.

<sup>4</sup> *Vertido c. Filippine*, CEDAW, Comunicazione 18/2008, Doc. ONU CEDAW/C/46/D/18/2008 (2010), § 8.9(b)(ii). V. anche COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF DISCRIMINATION AGAINST WOMEN, *General recommendation No. 35*, 2017, Doc. ONU CEDAW/C/GC/35, § 33.

marca e Grecia si fa riferimento all'assenza del consenso, in Svezia e Finlandia ad una partecipazione non volontaria, in Germania ad un atto sessuale contro il volere della vittima –, puntano tutte alla tutela del medesimo diritto: l'autodeterminazione sessuale. Un'analisi dottrinale o una valutazione dei meriti relativi delle diverse scelte legislative esula dagli scopi del presente articolo, ma non dovrebbero distrarre da ciò che qui si intende argomentare.

Ciò nonostante, le disposizioni in materia di diritti umani sono carenti dal punto di vista della specificazione dei requisiti esatti per la tutela dell'autodeterminazione sessuale, così lasciando irrisolti quesiti pratici relativi al come trattare i diversi tipi e livelli di offesa dell'autodeterminazione sessuale nel diritto penale. La mancanza di consenso è graduabile, o ci sono altri tipi di offesa all'autodeterminazione sessuale oltre a quella caratterizzata dalla mancanza di consenso? Modalità fraudolente, adescamento, condizioni di vulnerabilità della vittima<sup>5</sup>, ovvero abuso di una posizione di potere<sup>6</sup> possono viziare il consenso?

Il regime giuridico di tali situazioni varia considerevolmente tra i Paesi nordici<sup>7</sup>. Tale eterogeneità è un indizio che la nostra visione dell'autodeterminazione sessuale e delle sue violazioni non è ancora consolidata. A titolo di esempio, in Svezia l'abuso della condizione di dipendenza della vittima rientra espressamente nel novero dei casi in cui la partecipazione di questa è da ritenersi non volontaria. In Finlandia, invece, solo il "grave abuso" di una "speciale posizione di potere" a causa della quale la vittima non può formare od esprimere il suo volere integra gli estremi della non volontarietà, mentre l'abuso sessuale resta una fattispecie autonoma con una lista dettagliata dei tipi di situazione in cui l'abuso di una posizione di potere è criminalizzato. In Danimarca ed Islanda l'abuso di una posizione di potere, invece, è criminalizzato in varie disposizioni riguardanti rapporti sessuali con detenuti o persone ospitate in altri istituti, ovvero con una persona che dipenda dall'agente quanto a denaro, lavoro, trattamento sanitario, o per altra ragione di cura. Pertanto, in Finlandia, Danimarca ed Islanda l'abuso di potere non osta categoricamente alla configurazione del rapporto come consensuale o volontario, ma ciò nonostante è considerato una violazione dell'autodeterminazione sessuale, persino laddove non si rientri nei casi di mancanza di consenso o di non volontarietà.

<sup>5</sup> Quali lo stato di ebbrezza o di intossicazione da sostanze stupefacenti, disabilità, malattia mentale o fisica, povertà, od altre avversità.

<sup>6</sup> Quali i rapporti fra datore di lavoro e lavoratore, fra guardia carceraria e prigioniero, fra datore di cura e paziente, fra allenatore ed allievo. Tali rapporti sono tutti legati alla vulnerabilità, ma in questo articolo userò vulnerabilità in un senso più generale e meno specifico rispetto al tipo di relazione.

<sup>7</sup> Gli articoli di legge rilevanti in materia sono nel codice penale svedese (*Brottsbalken*) SFS 1962:700, capitolo VI, § 1; nel codice penale finlandese (*Rikoslaki*), 39/1889, capitolo XX, §§1-5; nel codice penale danese (*Straffeloven*) 1930:126, capitolo XXIV, §§216-221; nel codice penale islandese (*Almenn hegningarlög*), capitolo XXII, artt. 194-198.

Tale distinzione è stata oggetto di critiche. Ad esempio, il Gruppo di esperti sulla lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (GREVIO), nel suo rapporto di valutazione iniziale sulla Finlandia, ha evidenziato che il “fatto che l’atto sia compiuto senza il consenso della vittima è il punto da cui dovrà dipendere la pena, che sia compiuto da un agente che usi violenza ovvero da un agente che abusi della sua posizione di potere rispetto alla vittima” e lanciato un monito alla Finlandia “contro la creazione di una gerarchia fra le vittime sulla base delle loro caratteristiche, quali la giovane età, l’essere indifesi, il rapporto di dipendenza, la malattia, od altre circostanze”, poiché “lo stupro è stupro”<sup>8</sup>. La critica potrebbe essere letta nel senso che l’abuso di potere o vulnerabilità vizi sempre il consenso e che la mancanza del consenso non sia graduabile, ma un tale approccio presenta delle difficoltà, che saranno discusse *infra*. La motivazione alla base della presente pubblicazione è il desiderio di trovare un metodo contestualizzato per analizzare i diversi approcci giuridici a tali casi.

Conaghan critica la tendenza ad approcciare i quesiti centrali delle disposizioni in materia di violenza carnale, inclusi i tentativi di perimetrarla mediante la ricerca di una sorta di “essenza” universale di tale reato. Piuttosto, ella invoca la necessità di contestualizzare il modo in cui concepiamo la violenza carnale ed uno spostamento dell’attenzione dalle “riflessioni astratte attorno a cosa sia la violenza carnale” ad un “coinvolgimento onesto, creativo e costruttivo con il ruolo che il diritto ha nel regolare le condotte sessuali illecite”<sup>9</sup>. Il presente lavoro intende suggerire che, in contrasto ed aggiunta alla “riflessione astratta”, potremmo ricorrere ad un raffronto con altri reati, in ispecie quelli contro il patrimonio.

Molti studiosi di *common law* hanno ritenuto illuminante considerare quanto più estesa e facilmente accettata sia la tutela della proprietà nel diritto penale, rispetto alla libertà sessuale. Ad esempio, nel 1986, nel suo saggio “*Rape*”, Estrich ebbe a scrivere: “molto di ciò che colpisce circa il reato di violenza carnale – e rivelatore quanto al sessismo del sistema – emerge solo quando esso viene esaminato in relazione ad altri reati”<sup>10</sup>. A detta di Estrich, il sistema opera sul-

<sup>8</sup> Il GREVIO monitora l’implementazione della Convenzione di Istanbul e la prima valutazione è stata fatta prima dell’avvento delle riforme. GROUP OF EXPERTS ON ACTION AGAINST VIOLENCE AGAINST WOMEN AND DOMESTIC VIOLENCE, *GREVIO Baseline Evaluation Report: Finland*, GREVIO/Inf(2019)9, §167.

<sup>9</sup> J. CONAGHAN, *The Essence of Rape*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2019, vol. 39, n. 1, 156-157. Similmente, Frances Olsen ha sostenuto che un’analisi dei diritti in astratto non riesca a dare risposta ai problemi pratici delle leggi in materia di violenza carnale e che possa persino essere dannosa laddove lo scopo sia la salvaguardia dell’integrità sessuale delle giovani donne: F. OLSEN, *Statutory Rape: A Feminist Critique of Rights Analysis* [1984], in K.T. Barlett-R. Kennedy (a cura di), *Feminist Legal Theory: Readings in Law and Gender*, Routledge, 1991, 310-312.

<sup>10</sup> S. ESTRICH, *Rape*, in *Yale Law Journal*, 1986, vol. 95, n. 6, 1090.

la base di una presunzione alla stregua della quale gli uomini hanno titolo ad accedere ai corpi delle donne, mentre non è garantito un omologo accesso alle case ed ai portafogli di queste ultime. La legge non richiede alla vittima di una rapina di resistere, a differenza di quanto accade con la vittima di una violenza carnale. Una “sottomissione passiva” o financo un “concorso di colpa” (*contributory negligence*) non configurano un consenso nel caso di rapina, furto, o violazione di domicilio, mentre lo configurano nel caso della violenza carnale<sup>11</sup>. Circa un decennio più tardi, in “*Unwanted Sex*”, Schulhofer osservò:

«Viviamo in un mondo in cui la legge ci protegge tutti vigorosamente contro l'uso della forza, il sotterfugio, l'abuso di autorità e l'inganno che inficino il nostro dominio sul nostro patrimonio. Viviamo in un mondo che mai per un solo istante contempla l'idea che la credulità di una vittima o il “concorso di colpa” attenui la responsabilità penale di una persona che profitti di una situazione mediante intimidazione, estorsione, ovvero abuso di fiducia. Eppure, quando le donne invocano un'omologa tutela per la propria integrità fisica e sessuale, vengono denigrate come se cercassero di impetrare privilegi speciali, o se si crogiolassero nel vittimismo»<sup>12</sup>.

Nel 2013, Rubinfeld ebbe ad evidenziare un'incoerenza di carattere centrale nelle disposizioni in materia di violenza carnale rispetto ad altre aree del diritto:

«se la violenza carnale è sesso senza il consenso della vittima – come molte corti, disposizioni di legge e studiosi sostengono –, allora il sesso mediante frode dovrebbe essere violenza carnale, dacché le corti hanno sostenuto per un secolo, in sostanzialmente ogni altra area del diritto all'infuori di questa, che un consenso ottenuto mediante l'inganno non integra affatto un consenso»<sup>13</sup>.

All'incirca nello stesso periodo, Dsouza sosteneva l'applicazione della teoria delle pressioni indebite (*undue influence*), sviluppata nel diritto dei contratti e talvolta applicata ai reati contro il patrimonio, nel contesto dei reati sessuali<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> EAD., *ivi*, 1125-1126.

<sup>12</sup> S.J. SCHULHOFER, *Unwanted Sex*, Harvard University Press, 1998, 13.

<sup>13</sup> J. RUBENFELD, *The Riddle of Rape-by-Deception and the Myth of Sexual Autonomy*, in *Yale Law Journal*, 2013, vol. 122, n. 6, 1372. Schulhofer si chiede altresì come mai “diamo per scontato che il diritto penale debba punire coloro che ottengano beni patrimoniali mediante frode, mentre la legge non pone restrizione – alcuna – all'uso di tattiche fraudolente volte all'ottenimento del consenso all'amplesso... [b]uone ragioni vengono raramente offerte per tale rifiuto da parte del diritto di proteggere l'autodeterminazione sessuale financo dai più smaccati casi di induzione fraudolenta” (S.J. SCHULHOFER, *op. cit.*, 112).

<sup>14</sup> M. DSOUZA, *Undermining Prima Facie Consent in the Criminal Law*, in *Law and Philosophy*, 2014, vol. 33, n. 4.

Pertanto, il raffronto fra reati sessuali e contro il patrimonio non è inusuale nella tradizione di *common law*, mentre è alieno alla tradizione di *civil law*, dove le basi della criminalizzazione vengono cercate nell'ambito dei diritti umani, da cui i diritti relativi alla proprietà sono considerati separati. La violenza carnale e gli altri reati sessuali sovvertono in via diretta la dignità umana e vengono criminalizzati in ragione di tale sovversione. I diritti legati alla proprietà vengono invece visti come meramente strumentali alla dignità umana: sono necessari per l'ottenimento di sicurezza, libertà, uguaglianza e di un adeguato tenore di vita<sup>15</sup>, ma i comuni reati contro il patrimonio non minacciano direttamente la dignità umana. Un raffronto fra reati sessuali e contro il patrimonio è, dunque, considerato incoerente con l'approccio basato sui diritti umani. Alternativamente, può essere considerato ridondante, dacché l'essenza della violenza carnale, o ciò che è "in gioco", può essere meglio rappresentato facendo riferimento direttamente ai diritti umani.

La possibile critica contro il raffronto fra reati sessuali e contro il patrimonio è simile a quella rivolta al modello proprietario della violenza carnale, entro il quale i nostri corpi sono trattati come beni patrimoniali e la nostra autodeterminazione come un diritto di proprietà, il che è inadeguato rispetto alla tutela dell'autodeterminazione sessuale<sup>16</sup>. Ad esempio, Russell ha sostenuto che il *Sexual Offences Act* del 2003 in Inghilterra e Galles non sia riuscito a tutelare le donne, poiché la violenza carnale è ivi concepita come un'offesa alla "proprietà della persona", il che nasconde la natura essenziale della violenza carnale, che è quella di una violazione dello stesso essere una persona<sup>17</sup>. La critica evidenzia la centralità delle cose che ci rendono umani: la nostra soggettività, la nostra inviolabile dignità ed il nostro intrinseco valore.

### 3. Tollerato sino a prova di illiceità

Alcuni potrebbero ritenere che i reati sessuali non siano reati ordinari, che siano incomparabili, ma ciò pare fuorviante per varie ragioni. In primo luogo, tutti i reati condividono le regole ed i principi generali del diritto penale e non vi è, pertanto, ragione per escludere parallelismi tra i reati sessuali ed altre categorie

<sup>15</sup> Per esempio, v. B. DAVY, *Human Dignity and Property in Land—A Human Rights Approach*, in S. Pellissery-B. Davy-H.M. Jacobs (a cura di), *Land Policies in India: Promises, Practices and Challenges*, Springer, 2017.

<sup>16</sup> Sui modelli proprietari della violenza carnale, v. A. PHILLIPS, *Our bodies, whose property?*, Princeton University Press, 2013, 43-64.

<sup>17</sup> Y. RUSSELL, *Thinking Sexual Difference Through the Law of Rape*, in *Law & Critique*, 2013, vol. 24, n. 3, 272.

di reati. In secondo luogo, il rigetto di ogni comparazione può contribuire al dannoso mito della ineguagliabile gravità della violenza carnale, talvolta financo “peggiore della morte”: un mito che potrebbe frustrare i tentativi di una sua analisi, esacerbarne i danni ed ostacolare la ripresa di chi vi è sopravvissuto<sup>18</sup>.

I reati contro il patrimonio rappresentano un termine di comparazione migliore per i reati sessuali rispetto ai reati perpetrati mediante violenza fisica, in ragione della struttura del diritto penale nei Paesi nordici. La violenza fisica, infatti, è di per sé vietata: l'accusa dovrà solo provare la sussistenza di una condotta fisicamente violenta. L'esercizio dell'autodeterminazione personale (per esempio, la presenza del consenso) può costituire una causa di giustificazione, ma l'onere della prova ricadrà sull'imputato; la violenza fisica è vietata sino a prova della sua liceità. Invece, una violazione dell'autodeterminazione (ad esempio, la mancanza del consenso) è parte dell'elemento oggettivo dei reati sessuali e contro il patrimonio. Nei secondi, la violazione di tale autodeterminazione è implicita in termini quali “rubare” o “ingannare”<sup>19</sup>. Dsouza ha formulato la convincente argomentazione che, in assenza di prove in un caso di specie, “la descrizione della condotta di ‘penetrazione sessuale’ è neutra quanto al profilo del consenso”, non è presunta né consensuale né non consensuale<sup>20</sup>. Ciò nonostante, poiché l'accusa deve provare la commissione del reato, nei fatti la disposizione non è neutra; l'interazione sessuale è, se non presunta lecita, almeno tollerata sino a prova della sua illiceità. Analogamente, l'accusa deve dimostrare che un trasferimento patrimoniale non fosse parte di una transazione o dono liberamente disposti. Vi è, dunque, una somiglianza di tecnica legislativa fra reati di carattere sessuale e patrimoniale, che non esiste invece per i reati commessi a mezzo della violenza fisica.

Nella pratica, la presunzione di tollerabilità può venire ribaltata dal contesto. Per esempio, un intervento chirurgico necessario dal punto di vista medico è in genere presunto lecito e l'onere della prova dell'esecuzione contro la propria volontà grava sul paziente. Similmente, è di solito richiesto poco a prova della mancanza di consenso quando un estraneo si appropria del denaro di altri senza dar nulla in cambio, ovvero a prova della sussistenza del consenso in una normale sessione di allenamento nelle arti marziali. Ebbene, il raffronto fra reati sessuali e

<sup>18</sup> Phillips chiede se sia questo il “nucleo di verità” nella “altrimenti implausibile assimilazione della violenza carnale alle lesioni od al furto”: A. PHILLIPS, *op. cit.*, 59.

<sup>19</sup> In Islanda, si è registrata una proposta di criminalizzazione della violenza carnale in termini simili. Secondo tale proposta, “furto” non richiede una definizione perché il suo significato è generalmente noto, e così varrebbe per “stupro”. La proposta fu rigettata. Bragadóttir sottolinea come sarebbe stato probabile che così “stupro” tornasse al vecchio e tradizionale significato di violenza carnale mediante coercizione: R. BRAGADÓTTIR, *Legislation on the Offence of Rape in Icelandic Criminal Law*, in *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, 2021, vol. 8, n. 2, 70-71.

<sup>20</sup> M. DSOUZA, *op. cit.*, 495-496.

contro il patrimonio sovente mette in luce le incoerenze nel modo in cui tali presunzioni sorgono nel processo penale; la soglia per inferire una carenza di consenso dalle circostanze può risultare, infatti, eccessivamente elevata nel caso dei reati sessuali. L'affermazione di Estrich per cui il sistema presume in favore degli uomini l'accessibilità dei corpi delle donne, ma non delle loro case o portafogli, si riferisce proprio a tali presunzioni basate sul contesto.

Alcuni hanno proposto la criminalizzazione di ogni pratica di carattere penetrativo, con l'attribuzione al consenso del ruolo di causa di giustificazione<sup>21</sup>, ma vi sono buone ragioni per non accogliere tali proposte. In primo luogo, tale approccio criminalizzerebbe atti che non consideriamo sbagliati: c'è una differenza notevole fra ritenere che il sesso consensuale sia un fatto tipico, ma giustificabile e quindi non punito, e ritenere che non sia un fatto tipico. In secondo luogo, tale approccio metterebbe a rischio i diritti dell'imputato: se i rapporti sessuali fossero di per sé criminalizzati, la colpevolezza potrebbe dedursi dal solo fatto che il rapporto sessuale sia intenzionale e l'onere della prova circa il consenso ricadrebbe sulla difesa. Ci saranno pure situazioni che reclamano una spiegazione da parte dell'imputato e le decisioni dei giudici inevitabilmente non potranno che poggiare su certe presunzioni e deduzioni, tuttavia, esse devono essere proporzionate e non intaccare i diritti della difesa<sup>22</sup>. Quello di violenza carnale è un reato grave e spesso difficile da dimostrare, e non vi è motivo alcuno di pensare che invece sarebbe più facile provare la propria innocenza. Ribaltare l'onere della prova sarebbe pertanto una grave violazione dei diritti dell'imputato.

La differenza di approccio giuridico riscontrabile con riferimento ai rapporti sessuali ed ai trasferimenti di proprietà, da un lato, e con riferimento alla violenza fisica, dall'altro, sorge da una differenza nei soggiacenti valori da tutelare. La dannosità primaria dei reati sessuali e contro il patrimonio deriva dalla violazione dell'autodeterminazione. Invece, persino quando i requisiti dell'autodeterminazione sono rispettati, la violenza fisica attinge *in via principale* ad altri valori, in ispecie la tutela della salute. Pertanto, l'autodeterminazione non è un valore che possa far premio sugli altri, così giustificando la messa in pericolo di altre persone, e ciò neanche muovendo dal punto di vista dei diritti umani<sup>23</sup>. Per esempio, in

<sup>21</sup> A titolo di esempio, J. WALL, *Sexual Offences and General Reasons Not to Have Sex*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2015, vol. 35, n. 4, 777-798. Brownmiller e Dworkin hanno sostenuto che ogni rapporto sessuale sia una forma di abuso delle donne, benché non sia chiaro se pensino che ogni rapporto sessuale debba perciò essere criminalizzato come violenza carnale: v. S. BROWNMILLER, *Against Our Will: Men, Women and Rape*, Simon & Schuster, 1976; A. DWORKIN, *Intercourse*, Free Press, 1988.

<sup>22</sup> Come ritenuto, ad es., in Corte EDU, 8 febbraio 1996, John Murray c. Regno Unito, punti 47, 51; Corte EDU, 7 ottobre 1988, Salabiaku c. Francia, punto 28.

<sup>23</sup> I diritti umani non garantiscono, ad es., piena autodeterminazione quanto allo scegliere di morire. V. Corte EDU, 29 aprile 2002, Pretty c. Regno Unito; V. BEŠIREVIC, *The Discourses of Au-*

*Laskey c. Regno Unito*, la Corte EDU ha ritenuto che la violenza fisica possa essere vietata financo se consensuale, in funzione della tutela della salute, laddove essa comporti o rischi un grado significativo di lesione, anche nel caso in cui non sia stato arrecato un danno permanente o non sia stato necessario un intervento medico<sup>24</sup>. Si prendano le frasi “Caio mi ha penetrato sessualmente”, “Caio ha il mio portafoglio” e “Caio mi ha percosso”: le prime due pongono problemi di contesto (consenso), mentre la terza ingenera immediatamente il senso di qualcosa di sbagliato. Questa intuizione corrisponde alla logica dell’offesa sottostante.

Nondimeno, vi è un’apparente contraddizione nell’approccio che il diritto ha rispetto all’autodeterminazione. Essa è ritenuta una tutela contro l’interferenza e postula che nessuno possa tangere i nostri possedimenti od i nostri corpi senza previo consenso, eppure la legge considera i rapporti sessuali ed i trasferimenti di proprietà come tollerabili fino a prova contraria. Tale contraddizione è in parte dovuta al fatto che i due assunti operano in relazione a rapporti diversi: il primo struttura quelli tra persone, il secondo quello tra una persona ed il diritto. Per smantellare del tutto la contraddizione, tuttavia, dobbiamo considerare la natura e lo scopo dell’autodeterminazione nelle nostre vite.

#### 4. *L’autodeterminazione come elemento agevolante (enabler-autonomy)*

Autodeterminazione significa, grosso modo, la possibilità di prendere decisioni e di eseguirle secondo le proprie preferenze, senza che altri vi interferiscano<sup>25</sup>. Le condizioni necessarie all’autodeterminazione, o “auto-governo”, sono state dibattute a fondo sia in filosofia che nel diritto penale, perciò lo scopo di questo lavoro non vuole essere quello di esaminare tali condizioni, dacché ciò che si propone è che perlomeno alcune di esse possano essere scoperte tramite il raffronto fra reati sessuali e contro il patrimonio. Sarà, tuttavia, necessario esaminare alcune caratteristiche centrali dell’autodeterminazione. Poiché i reati sessuali e contro il patrimonio riguardano, in definitiva, le interazioni umane, affronterò l’autodeterminazione partendo dalla premessa che ciò che avviene nel foro interno – se l’agente possa formulare preferenze di second’ordine, se il ragionamento sia razio-

*tonomy in the International Human Rights Law: Has the Age of a Right to Die Arrived?*, in *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 2008, n. 62/63.

<sup>24</sup> È interessante notare che il caso *Laskey* riguardava il sesso sadomaso, così collocandosi a cavallo fra iniziale liceità ed illiceità. La Corte ha ritenuto che l’aspetto sessuale dell’attività fosse secondario rispetto a quello della violenza, dando preminenza al diritto alla salute rispetto al diritto alla riservatezza. Corte EDU, 19 febbraio 1997, *Laskey, Jaggard e Brown c. Regno Unito*, punti 45-46.

<sup>25</sup> V., ad es., J. CHRISTMAN, *Autonomy in Moral and Political Philosophy*, in E.N. Zalta (a cura di), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, edizione Autunno 2020, 2020.

nale, deliberativo, oppure reattivo rispetto a valori o preferenze di second'ordine<sup>26</sup> – non è così importante per l'autodeterminazione, quanto il come una persona ed i suoi processi mentali si rapportino con il mondo esterno. Pertanto, l'autodeterminazione richiede anche la libertà e la possibilità di agire<sup>27</sup>: i processi mentali di una persona potrebbero ben essere autodeterminati, ma, in assenza della possibilità di agire conformemente, la sua autodeterminazione sarebbe incompleta. Per esempio, la vittima di violenza carnale che abbia costantemente rigettato le aggressioni del reo e non si sia mai sottomessa, ma sia stata fisicamente sopraffatta, trova la sua autodeterminazione violata tanto quanto la vittima la cui sottomissione sia stata ottenuta perché malmenata. La mancanza di rispetto per il loro processo decisionale è il ponte che porta dalla libertà all'autodeterminazione.

Nell'approccio tradizionale, il rapporto sessuale è visto come uno sconfinamento, un'ingerenza nel corpo della persona, permessa solo laddove autonomamente scelta. Nedelsky ha criticato la concezione per la quale le persone sarebbero enti delimitati (*bounded selves*) ed i nostri diritti, come quello all'autodeterminazione, sarebbero dei confini. La metafora del confine non riesce a cogliere il ruolo dell'autodeterminazione in una società moderna caratterizzata dall'interdipendenza. Per massimizzare l'autodeterminazione, infatti, bisogna rapportarsi con gli altri: la persona con la più ampia autodeterminazione sessuale è quella che ha l'opportunità di condividere la propria sessualità, non “la più isolata”<sup>28</sup>. Dunque, l'essere capaci di autodeterminarsi non è uno *status* che ci separa dagli altri; rende, piuttosto, possibili interazioni significative, benigne e mutualmente benefiche: l'autodeterminazione, ne consegue, è relazionale<sup>29</sup>.

La teorica dei diritti umani pure presenta due nozioni di autodeterminazione. Tradizionalmente, essa è stata costruita come una tutela dei nostri diritti negativi, cioè della libertà da interferenze e violazioni<sup>30</sup>, una nozione che ha trovato esito operativo, ad esempio, nell'obbligo di criminalizzazione degli atti sessuali non consensuali. Invece, gli aspetti agevolatori dell'autodeterminazione rappresenta-

<sup>26</sup> V. J.J. FISCHER-H.R. O'CONNELL, *Disabling Consent, or Reconstructing Sexual Autonomy*, in *Columbia Journal of Gender & Law*, 2015, vol. 30, n. 2, 447-455; S. BLUSS-A. WESTLUND, *Personal Autonomy*, in E.N. Zalta (a cura di), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, edizione Primavera 2018, 2018.

<sup>27</sup> Sulla differenza, v. J. CHRISTMAN, *op. cit.*

<sup>28</sup> J. NEDELSKY, *Law's Relations: a Relational Theory of Self, Autonomy, and Law*, Oxford University Press, 2011, 97-110, il testo citato è a p. 97. Il margine decisionale è una misura, non una definizione, dell'autodeterminazione.

<sup>29</sup> C. MACKENZIE-N. STOLJAR, *Relational Autonomy: Feminist Perspectives on Autonomy, Agency, and the Social Self*, Oxford University Press, 2000; J. NEDELSKY, *op. cit.*; J.J. FISCHER-H.R. O'CONNELL, *op. cit.*; V. BROOKS-J.C. THOMPSON, *Due Looks Like a Lady: Gender Deception, Consent and Ethics*, in *The Journal of Criminal Law*, 2019, vol. 83, n. 4.

<sup>30</sup> E.g., J. GUMBIS-V. BACIANSKAITE-J. RANDAKEVICIUTE, *Do Human Rights Guarantee Autonomy?*, in *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 2008, n. 62/63.

no strumenti di emancipazione, per esempio, nei paradigmi relativi ai minori, alle persone con disabilità, o ai diritti delle donne<sup>31</sup>. L'autodeterminazione come elemento agevolante è evidente con riferimento al diritto alla salute sessuale: nessuno può pretendere un diritto assoluto ad avere rapporti sessuali con altre persone, ma la massimizzazione della salute sessuale richiede "un approccio positivo e rispettoso alla sessualità ed alle relazioni sessuali, così come la possibilità di fare esperienze sessuali piacevoli e sicure, libere da coercizioni, discriminazioni e violenze"<sup>32</sup>. Riconciliare le due nozioni di autodeterminazione è difficile, in quanto l'una pone l'accento sull'isolare o proteggerci dagli altri, mentre l'altra richiede di massimizzare le nostre possibilità di interazione con gli altri. Un tale cimento è al di là degli scopi di questo articolo.

Nella comparazione fra i reati sessuali e quelli contro il patrimonio, oltre alla natura relazionale risultano importanti altre due caratteristiche dell'autodeterminazione come elemento agevolante. In primo luogo, l'autodeterminazione è scalare. Non è né "indipendenza assoluta" né "pieno controllo", che sarebbero null'altro che un costrutto fragile e misantropo destinato ad essere violato ogni qualvolta qualcosa o qualcuno all'infuori di noi influenzasse le nostre decisioni od azioni. Una tale nozione di autodeterminazione sarebbe, insomma, impossibile nella pratica, dacché dipendenza e gerarchie sono inevitabili<sup>33</sup>. Né può dirsi che l'autodeterminazione sia una rubizza creatura capace di sopravvivere in ogni circostanza fuorché nei casi più disperati e pericolosi, di talché ci si possa aspettare che una persona resista alle ingerenze "sino all'estremo". Piuttosto, l'autodeterminazione è uno spettro continuo, può essere inficiata in misura minore o maggiore, a seconda delle circostanze. Siamo tutti soggetti all'influenza delle norme sociali e delle persone che ci circondano, ma, a seconda della forza di tali influenze, delle circostanze, delle risorse a disposizione e delle nostre capacità, tali pressioni influenzeranno le nostre azioni ed esperienze in misura diversa. Ciò rende l'autodeterminazione fondamentalmente diversa dal consenso: il consenso o esiste (è valido) o non esiste (non è valido). Immaginiamo di dover criminalizzare gli atti sessuali non consensuali: in tal caso, una differenziazione delle offese

<sup>31</sup> La Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità all'art. 3(a) menziona espressamente l'"autonomia individuale, inclusa la libertà di fare le proprie scelte" come uno dei suoi principi generali. V., ad es., L. LUNDY, *A Lexicon for Research on International Children's Rights in Troubled Times*, in *The International Journal of Children's Rights*, 2019, vol. 27, n. 4; J. BROWNE-E.R. DORRIS, *What Can We Learn From a Human-Rights Based Approach to Disability for Public and Patient Involvement in Research?*, in *Frontiers in Rehabilitation Sciences*, 2022, vol. 3; ONU, *Beijing Declaration and Platform of Action*, adottata alla IV Conferenza mondiale sulle donne, 1995. V. anche, ad es., V. BEŠIREVIC, *op. cit.*

<sup>32</sup> ORGANIZZAZIONE MONDIALE DELLA SANITÀ, *Sexual Health, Human Rights and the Law*, 2015, 5.

<sup>33</sup> J. NEDELSKY, *op. cit.*, 41, 64-65, 124.

a carattere sessuale basata sulle modalità di commissione, come quella adottata in Finlandia, Danimarca ed Islanda, appare illogica<sup>34</sup>. Eppure, quello di autodeterminazione è un concetto più ampio di quello di consenso<sup>35</sup>. Nel contesto dell'autodeterminazione come scalare, illogico sarebbe, piuttosto, il raggruppare tutte le violazioni sotto il medesimo titolo.

In secondo luogo, l'autodeterminazione è un concetto multidimensionale. Le sue dimensioni possono essere strutturate e chiamate in diversi modi<sup>36</sup>. L'approccio qui adottato è guidato dal tipico raffronto fra i reati sessuali e quelli contro il patrimonio sulla base delle modalità commissive, che inficiano dimensioni diverse dell'autodeterminazione, e non è da intendersi come una descrizione esauriente di quest'ultima. La legislazione in materia di violenza carnale e le disposizioni in materia di diritti umani che lo concernono si sono tradizionalmente concentrate sulla non-coercitività e sulla capacità. La prima rappresenta la nostra libertà da influenze dannose e minatorie, mentre la seconda le nostre capacità fisiche, psicologiche e, da ultimo, sociali con riferimento al processo decisionale ed alle azioni. Perciò, la nozione di capacità tradizionalmente ha coperto questioni quali l'età del consenso e l'incapacità totale, come nel caso del dormiente. Tuttavia, essa include anche l'idea, più vasta, di vulnerabilità, nel suo riconoscere i rapporti di dipendenza e nel suo prevedere deroghe in rapporto a gruppi o persone vulnerabili<sup>37</sup>. Infine, il concetto

<sup>34</sup> Radaçiq afferma lo stesso con riferimento alla Croazia: “non c'è bisogno di tre diverse fattispecie gerarchicamente ordinate sulla base delle diverse forme di mancanza di consenso [...] perché il consenso non è graduabile”; I. RADAÇIQ, *Rape Myths and Gender Stereotypes in Croatian Rape Laws and Judicial Practice*, in *Feminist Legal Studies*, 2014, vol. 22, n. 1, 81.

<sup>35</sup> Sovente le definizioni di consenso o non colgono l'autodeterminazione nella sua interezza (es., il “modello ibrido del consenso” [*hybrid account of consent*] di Chadha), o richiedono così tante spiegazioni che tanto varrebbe spiegare cosa sia l'autodeterminazione (es., lo *standard* del consenso affermativo descritto da Torenz), ovvero dipendono direttamente dalla nozione di autodeterminazione per essere riempite di contenuto (es., Valentiner include fra i requisiti del consenso il fatto che l'agente “raggiunga un accordo sull'atto sessuale mediante trattativa nel rispetto dell'autodeterminazione di ciascuno”). K. CHADHA, *Sexual Consent and Having Sex Together*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2020, vol. 40, n. 3; R. TORENZ, *The Politics of Affirmative Consent: Considerations from a Gender and Sexuality Studies Perspective*, in *German Law Journal*, 2021, vol. 22, n. 5; D.-S. VALENTINER, *The Human Right to Sexual Autonomy*, in *German Law Journal*, 2021, vol. 22, n. 5, 706.

<sup>36</sup> Ad es., Wittrock parla di quattro dimensioni: “libertà (libertà dalle coercizioni), opportunità (le alternative fra cui possiamo scegliere), capacità (cosa siamo capaci di fare, in astratto), e genuinità (il grado in cui le [nostre] scelte sono veramente le nostre, cioè basate sulle capacità di ragionamento e le informazioni a disposizione)”; J. WITTRÖCK, *A Human Right to Friendship? Dignity, Autonomy, and Social Deprivation*, in *The International Journal of Human Rights*, 2022, vol. 26, n. 9, 1599. Il diritto penale di Inghilterra e Galles tratta alcune di queste dimensioni: “ai fini di questa Parte [del *Sexual Offences Act*], una persona presta consenso se *concorda per scelta* ed ha la *libertà e capacità* di fare quella scelta” – *Sexual Offences Act* del 2003, art. 74, corsivi aggiunti.

<sup>37</sup> V., ad es., CONSIGLIO D'EUROPA, *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, in *CETS*, 2011, n. 210,

di coercizione nel quadro dei diritti umani si è esteso sino ad includere non solo le condotte coercitive, ma anche le “circostanze coercitive”<sup>38</sup>.

I processi decisionali autonomi vengono inficiati nei casi di informazioni scorrette o del tutto false, per cui ne consegue che l'autodeterminazione conosce una dimensione informazionale. Tale tipo di autonomia è in gioco nei casi di inganno, ma ciò che risulta difficile determinare con esattezza è quanto rilievo attribuire alla libertà da influenze attive, come l'adescamento<sup>39</sup>. Esse, pur essendo parte essenziale dei normali rapporti umani, influenzano il processo decisionale e possono quindi risultare problematiche dal punto di vista dell'autodeterminazione. Studi di psicologia hanno dimostrato l'effetto che influenze subdole possono avere sul processo decisionale<sup>40</sup> ed un impatto sull'autodeterminazione è stato riscontrato con riferimento alle regole sull'imparzialità ed al divieto di corruzione. Alcune legislazioni in materia di reati sessuali vietano l'adescamento in circostanze in cui la capacità decisionale della vittima è ridotta; ad es., in ragione della giovane età o di una disabilità<sup>41</sup>. Quanto debba estendersi la criminalizzazione delle influenze attive nella sfera sessuale resta un dibattito aperto.

La non coercitività, la capacità, l'essere informati e la libertà dalle influenze attive sono i prerequisiti per un processo decisionale autonomo. Ma l'autodeterminazione può essere violata anche laddove la scelta della vittima non sia rispettata: ad es., laddove abbia rifiutato di partecipare o non abbia scelto affatto. Esempi tipici sono l'esecuzione di attività sessuali o trasferimenti di proprietà a dispetto del fatto che l'altra persona abbia detto “no”, ovvero l'uso di modalità furtive

§ 87, per una lista non esauriente delle persone rese vulnerabili da particolari circostanze ai fini della Convenzione di Istanbul. “Vulnerabilità” è un termine che può essere inteso in vari modi e che ha peraltro sollevato critiche per la sua associazione con il concetto di debolezza. V., ad es., E.C. GILSON, *Vulnerability and Victimization: Rethinking Key Concepts in Feminist Discourses on Sexual Violence*, in *Signs*, 2016, vol. 42, n. 1; M. HEIKKILÄ-H. KATSUI-M. MUSTANIEMI-LAAKSO, *Disability and Vulnerability: a Human Rights Reading of the Responsive State*, in *International Journal of Human Rights*, 2020, vol. 24, n. 8.

<sup>38</sup> Corte EDU, 4 dicembre 2003, M.C. c. Bulgaria, punto 163; Vertido c. Filippine, CEDAW, cit., § 8.9(b)(ii)b; COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF DISCRIMINATION AGAINST WOMEN, *General recommendation No. 35*, cit., § 33.

<sup>39</sup> Schulhofer le chiama offerte non coercitive o induzioni: S.J. SCHULHOFER, *op. cit.*, 159-166.

<sup>40</sup> B. ENGLISH-T. MUSSWEILER-F. STRACK, *Playing Dice with Criminal Sentences: The Influence of Irrelevant Anchors on Experts' Judicial Decision Making*, in *Personality and Social Psychology Bulletin*, 2006, vol. 32, n. 2; K. BURNS-A. BECHARA, *Decision Making and Free Will: A neuroscience perspective*, in *Behavioral Sciences & the Law*, 2007, vol. 25, n. 2.

<sup>41</sup> L'adescamento di minorenni è, di solito, criminalizzato, ma ciò spesso più in ragione della dannosità per lo sviluppo del minore che a tutela dell'autodeterminazione. Persino in assenza di adescamento, l'atto sessuale con un minore è sovente criminalizzato. La norma riflette, invece, attenzione per l'autodeterminazione laddove il minore sia tutelato contro l'adescamento anche qualora abbia un'età superiore a quella del consenso.

per rubare un bene o violentare una persona che dorma. In tali casi, il processo decisionale della vittima potrebbe pure essere autodeterminato, ma il suo comportamento non lo è. Questa dimensione ha trovato conforto nelle disposizioni sulla violenza carnale nel campo dei diritti umani, attraverso l'obbligo di criminalizzazione degli atti sessuali non consensuali.

Il quadro teorico dell'autodeterminazione come relazionale, scalare e multi-dimensionale consente un raffronto contestualizzato fra reati sessuali e reati contro il patrimonio. Ciò che ci interessa è se gli *standard* in materia di autodeterminazione differiscano a seconda di cosa venga tutelato e, se così è, su quali basi. Anzitutto, è necessario quindi prendere in considerazione le conseguenze che la teorica dell'autodeterminazione ha per i reati contro il patrimonio.

### 5. *Il mio corpo non è il mio tempio*

Il rapporto tra i reati sessuali e quelli contro il patrimonio è stato, in particolare, oggetto di disamina nel quadro del “modello proprietario della violenza carnale”, al quale sono state indirizzate critiche che sono rilevanti anche per addivenire ad un raffronto fra reati sessuali e reati contro il patrimonio che non modelli gli uni sugli altri<sup>42</sup>. Il modello proprietario della violenza carnale considera il corpo come un bene patrimoniale, sicché, per analogia, l'autodeterminazione sessuale deve considerarsi un diritto di proprietà su sé stessi ed i rapporti sessuali delle transazioni. I più grandi ostacoli alle concezioni del corpo come bene patrimoniale, dell'autonomia come diritto di proprietà e del sesso come transazione sono di ordine etico. Una concezione proprietarizzata dell'io viola, infatti, l'imperativo categorico kantiano, il quale impone di trattare le persone come fini<sup>43</sup>. Lacey, Russell e Phillips criticano il modo in cui il metro dell'autodeterminazione come diritto di proprietà oscura i tratti corporei ed emotivi dell'esperienza della violen-

<sup>42</sup> V. A. PHILLIPS, *op. cit.*, 43-64.

<sup>43</sup> È interessante notare come certi autori abbiano sostenuto che la riduzione delle persone ad oggetti, di cui faccia parte o meno la negazione dell'autodeterminazione, costituisce l'aspetto centrale di ciò che c'è di riprovevole nella violenza carnale. Se, poi, ritengano che ciò renda i reati sessuali e quelli contro il patrimonio più o meno comparabili non è chiaro. V. M.C. NUSSBAUM, *Objectification*, in *Philosophy & Public Affairs*, 1995, vol. 24, n. 4; J. GARDNER, *The Wrongness of Rape*, in *Offences and Defences: Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law*, Oxford University Press, 2007, 17-18, 29; M. PLAXTON, *Nussbaum on Sexual Instrumentalization*, in *Criminal Law and Philosophy*, 2016, vol. 10, n. 1; M.C. NUSSBAUM, *Citadels of pride: sexual assault, accountability, and reconciliation*, W.W. Norton & Co., 2021, 3-5.

za carnale, sminuendo l'offesa che arreca allo stesso essere persona della vittima<sup>44</sup>. L'idea del sesso come transazione potrebbe essere usata per giustificare perché un marito non possa essere accusato di violenza carnale nei confronti della moglie<sup>45</sup>, oppure per precludere a chi lavora nel settore dei servizi sessuali la possibilità di revocare il proprio consenso<sup>46</sup>. Non è mio scopo contro-argomentare: oggettificare il corpo è problematico. Piuttosto, il mio obiettivo è mostrare come il raffronto non dipenda dalle concezioni del corpo come bene patrimoniale, dell'autonomia come diritto di proprietà, o del sesso come transazione. A tal fine, dobbiamo portare la nostra attenzione sulla natura dei diritti reali.

Un raffronto fra i reati sessuali e quelli contro il patrimonio non dovrebbe fare affidamento su un modello proprietario della violenza carnale, bensì su un modello dei reati contro il patrimonio incentrato sull'autodeterminazione. Tale "modello", da usarsi ai fini del raffronto fra le due categorie di reati, non sarà una caratterizzazione esaustiva della proprietà, delle relazioni proprietarie, o dei reati patrimoniali, ma, piuttosto, un insieme di caratteristiche che potranno dare una forma alla comparazione. Tali caratteristiche dovranno essere coerenti con i principi del diritto penale, ma non necessariamente legate alle teorie correnti sulla proprietà nell'ambito del diritto civile. Le caratteristiche che esamineremo riguarderanno il concetto stesso di proprietà, i tipi di relazioni proprietarie ritenute emblematiche ed il valore dell'autodeterminazione patrimoniale.

### 5.1. *Un concetto lato di proprietà*

Analogamente a quanto avviene nel quadro dei diritti umani afferenti al diritto di proprietà, il modello del patrimonio incentrato sull'autodeterminazione considera la "proprietà" come una categoria estesa che afferisce ad interessi aventi valore monetario ovvero ad oggetti materiali, anche laddove il loro valore moneta-

<sup>44</sup> N. LACEY, *Unspeakable Subjects, Impossible Rights: Sexuality, Integrity and Criminal Law*, in *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 1998, vol. 11, n. 1, 57-62; Y. RUSSELL, *op. cit.*, 263-264; A. PHILLIPS, *op. cit.*, 42-64.

<sup>45</sup> Ad es., secondo Dripps, «le imposizioni sessuali non violente sono meritevoli di pena poiché l'agente espropria un bene di valore alla vittima», ma ciò non si estende alla donna sposata perché «non è chiaro che i diritti ed interessi della "vittima" ne vengano violati», benché «non abbia espresso approvazione». Ciò in quanto Dripps ritiene che «il marito non ha cercato di sfuggire ai termini del loro rapporto», che a quanto pare includono rapporti sessuali ogni qual volta lo desidera, anche laddove la moglie sia priva di sensi. D.A. DRIPPS, *Beyond Rape: An Essay on the Difference between the Presence of Force and the Absence of Consent*, in *Columbia Law Review*, 1992, vol. 92, n. 7, 1801.

<sup>46</sup> Carnegy-Arbuthnott documenta i problemi associati al considerare il lavoro di carattere sessuale come una qualunque altra occupazione: H. CARNEGIE-ARBUTHNOTT, *On a Promise or on the Game: What's Wrong with Selling Consent?*, in *Journal of Applied Philosophy*, 2020, vol. 37, n. 3, 418-419.

rio non sia in gioco<sup>47</sup>. Per esempio, le fattispecie di furto/appropriazione indebita (*theft*) e truffa tipicamente si estendono fino a ricomprendere anche i fondi depositati in un conto bancario, i quali costituiscono un interesse pecuniario che non può veramente caratterizzarsi come “proprietà”, né tanto meno come “possedimento”, e che non si basa tanto su un diritto di proprietà, quanto, piuttosto, su un rapporto di debito-credito fra cliente e banca. Alcuni reati, come la violazione di domicilio (*trespass to property*), non tangono interessi monetari a meno che non li si consideri una perdita di *chance* quanto alla possibilità di far pagare l'ingresso, ma, in ogni caso, tangono invece un interesse all'autodeterminazione in relazione a degli oggetti materiali. In alcuni ordinamenti, tali reati non sono neanche categorizzati come reati contro il patrimonio, bensì come reati contro la riservatezza. Nondimeno, ricadono entro la cornice del modello del patrimonio incentrato sull'autodeterminazione.

Un sistema di diritto patrimoniale è un modo importante di regolare l'autodeterminazione patrimoniale, ma non è l'unico; anche il diritto penale, difatti, contiene disposizioni a governo di interessi monetari che normalmente non caratterizzeremmo come “reati contro il patrimonio”, quali i reati di bancarotta, che restringono l'autodeterminazione patrimoniale del debitore a garanzia dei diritti “proprietary” dei creditori. Ma il diritto penale può entrare in gioco anche laddove la persona la cui autodeterminazione sia violata non soffra alcuna perdita pecuniaria; per esempio, nel caso in cui un truffatore convinca taluno a lasciargli un'eredità. Il punto centrale dell'ingiustizia sta nell'interferenza con l'autodeterminazione della persona che lascia l'eredità piuttosto che nel pregiudizio di carattere finanziario che ne ricava la persona cui l'eredità sarebbe altrimenti andata, se non fosse avvenuta la truffa. Il concetto chiave nei nostri diritti patrimoniali non è quindi il diritto di proprietà, ma un diritto di carattere decisionale: l'autodeterminazione.

## 5.2. La condivisione come modello di rapporto patrimoniale

La transazione, il trasferimento del diritto di proprietà, è divenuta il modello del diritto patrimoniale. La vendita, o il suo corrispettivo criminale, il furto, è ritenuta caratterizzante per l'autodeterminazione patrimoniale e le sue violazioni; quando li si considera modello per i reati sessuali, il sesso diviene una transazione e la violenza carnale un furto. Ma ci sono molti altri modi di fare uso del nostro

<sup>47</sup> Per esempio, l'art. 1 del Protocollo addizionale n. 1 alla CEDU garantisce ogni persona, fisica o giuridica, quanto al “rispetto dei suoi beni”. Secondo la giurisprudenza della Corte EDU, la definizione di “beni” può estendersi a «una “legittima aspettativa” di ottenimento di un ‘bene’» e a beni che possono non avere alcun valore economico: *e.g.* Corte EDU, 14 settembre 2021, Pintar e altri c. Slovenia, punto 91.

patrimonio ed un modello migliore per le interazioni patrimoniali sarebbe rappresentato dalla condivisione dell'uso di qualcosa di nostra proprietà.

Una simile condivisione rassomiglia all'attività sessuale autodeterminata molto più di una transazione, per almeno quattro ordini di ragioni. In primo luogo, il contesto, tanto della condivisione quanto dell'attività sessuale, è, di solito, quello di una relazione intima, ed entrambe le cose sono, idealmente, espressione di fiducia. In secondo luogo, le motivazioni sono più altruistiche che nella transazione, che è di solito caratterizzata da un razionalismo economico egoistico. Condividere non richiede l'aspettativa di un ricavo: c'è, quindi, una maggiore aspettativa di rispetto. In terzo luogo, ciò che conta nella condivisione di ciò che è di nostra proprietà non è (necessariamente) il vantaggio che se ne ricava, ma la condivisione stessa: si pensi alla condivisione di un desco per pasteggiare assieme, ovvero di un'autovettura per viaggiare assieme. Gardner ha sostenuto che si possa parlare di buon sesso quando esso costituisce un'attività di squadra; in tale genere di attività, ambo le parti agiscono di concerto per ottenere qualcosa *assieme*, l'uno *con* l'altro: l'uno non fa qualcosa *a* l'altro<sup>48</sup>. Alla stessa maniera, potremmo dire che i rapporti patrimoniali siano buoni quando sono caratterizzati da un'attività congiunta e da un obiettivo condiviso, piuttosto che da una egoistica massimizzazione della propria ricchezza<sup>49</sup>. Benché Gardner consideri che il consenso possa non essere necessario nelle attività di squadra<sup>50</sup>, ciò non è possibile con riguardo all'autodeterminazione. Infine, e soprattutto, l'autodeterminazione (e figuriamoci il "diritto di proprietà") non è ceduta durante la condivisione. Poiché ad essere condiviso è l'uso, anziché il diritto di proprietà, la controparte non acquisisce diritti o titolo sull'oggetto dell'autodeterminazione (benché possa apportare come contributo all'interazione qualcosa che è oggetto della *sua* autodeterminazione).

Mettere l'accento sul paradigma della condivisione anziché su quello della transazione muta taluni degli usuali raffronti. Per esempio, Schulhofer sostiene che la truffa nelle transazioni patrimoniali tipicamente attinga al cuore della transazione: il profitto promesso non è affatto ottenuto, ovvero il valore oggettivo del profitto è enormemente sproporzionato rispetto alla controprestazione della vittima. Nella truffa sessuale, dove l'amplesso è ottenuto a mezzo di fraudolente professioni d'amore, promesse di matrimonio, od altre siffatte menzogne, il valore della transazione dipende dalle aspettative e dall'atteggiamento della vittima – da se ritenga il sesso un'interazione il cui valore stia primariamente nell'attività stessa, ovvero lo ritenga parte di una rete di interessi più importanti e duraturi.

<sup>48</sup> J. GARDNER, *The Opposite of Rape*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2018, vol. 38, n. 1, 53-56.

<sup>49</sup> Financo una transazione potrebbe avere un obiettivo condiviso – mutuo beneficio o "*win-win*" –, ma la condivisione di un oggetto di nostra proprietà raffigura al meglio tali caratteristiche.

<sup>50</sup> ID., *ivi*, 60. Per una critica, v. K. CHADHA, *op. cit.*

Per Schulhofer, ciò giustifica la non rilevanza penale della truffa sessuale<sup>51</sup>. Tuttavia, nel momento in cui si rifiuta l'idea del sesso come una transazione, il raffronto con la truffa non pare più appropriato. Tipicamente, il reato di truffa richiede che la vittima soffra un danno patrimoniale a causa della frode. Una persona che riuscisse a vendere un telefono fingendosi della stessa confessione religiosa dell'acquirente non sarebbe tipicamente condannata per truffa se il telefono fosse conforme alla sua descrizione, per quanto l'aspetto religioso possa essere stato determinante per l'acquirente. Pertanto, l'autodeterminazione della decisione non è tutelata separatamente dal valore dell'oggetto dell'autodeterminazione. Nella condivisione, l'esito o "beneficio" non è la cosa più importante, per cui il "valore della (trans)azione" va trovato altrove. La condivisione presuppone una maggiore aspettativa di fiducia e rispetto, che la frode vizia. In tale contesto, qual è il valore della stessa autodeterminazione?

### 5.3. Il valore dell'autodeterminazione patrimoniale

Il valore dell'autodeterminazione sessuale è di solito ritenuto immanente. Quello dell'autodeterminazione patrimoniale è, invece, oggetto di maggior dibattito. Come diritto umano, il diritto di proprietà è tipicamente inquadrato in termini di diritto di decidere che uso fare del proprio patrimonio per soddisfare ai propri bisogni essenziali e per il proprio diletto<sup>52</sup>. È, inoltre, particolarmente qualificato, dacché interessi pubblici o sociali possono fornire ragioni per privare taluno della sua proprietà. La sua importanza è collegata alla possibilità di ottenere altri valori, quali la sicurezza, la libertà, l'uguaglianza ed un adeguato tenore di vita<sup>53</sup>. Nel diritto penale, il diritto di proprietà garantisce il funzionamento del sistema economico, anche laddove un valore fondamentale, quale l'adeguato tenore di vita, non sia messo in pericolo dal reato. Ne consegue che il valore più ovvio di un diritto di proprietà è il suo valore d'uso.

Ciò nonostante, il rispetto per l'autodeterminazione patrimoniale è stato altresì collegato alla dignità. Per esempio, Atuahene ha caratterizzato la confisca dei beni della popolazione nera durante l'*apartheid* in Sudafrica ed altri casi di spos-

<sup>51</sup> S.J. SCHULHOFER, *op. cit.*, 156. Schulhofer non spiega perché la truffa sessuale non dovrebbe essere criminalizzata nei casi dove il 'valore' del sesso sia stato così intaccato dalla truffa ed i consueti requisiti in punto di elemento soggettivo siano presenti.

<sup>52</sup> La Convenzione americana dei diritti dell'Uomo riconosce a ciascuno "il diritto di usare e godere della sua proprietà" (art. 21). La Carta africana dei diritti dell'Uomo e dei popoli riconosce un più vago "diritto di proprietà" (art. 14), così come un "diritto di accesso alla proprietà pubblica ed ai servizi" (art. 13) ed il diritto di un popolo di disporre liberamente della propria ricchezza e delle proprie risorse naturali (art. 21).

<sup>53</sup> B. DAVY, *op. cit.*; I. LEIJTEN, *The Right to Minimum Subsistence and Property Protection under the ECHR: Never the Twain Shall Meet?*, in *European Journal of Social Security*, 2019, vol. 21, n. 4.

sessamento come “sottrazioni di dignità” (*dignity takings*): una speciale categoria di esproprio, in quanto costituiscono una forma di disumanizzazione perpetrata dallo Stato<sup>54</sup>. Alexander ricava il valore costitutivo della proprietà dalla dignità, che descrive come un “potenziale per l’autonomia ed il diritto di svilupparlo”<sup>55</sup>. A tal riguardo, come esempio cita *Jacque v. Steenberg Homes, Inc.*, un caso in cui per una violazione di domicilio furono riconosciuti danni compensativi meramente simbolici, ma danni punitivi ingenti. Nella fattispecie, l’azienda, nonostante le vigorose proteste della famiglia Jacque, ne aveva violato il domicilio ed il vicedirettore aveva non solo fatto mostra di una intenzionale mancanza di rispetto, ma financo di una deliziata soddisfazione. Per Alexander la sentenza fu corretta perché “*Steenberg Homes* aveva mancato di rispetto in misura così patente alla dignità della famiglia Jacque e ne aveva minato la prosperità”<sup>56</sup>. Dunque, le offese al patrimonio causano un affronto separato dal valore del bene.

Alexander ha ricollegato la violazione di domicilio alla dignità, ma l’esempio pone anche una questione relativa al valore dell’autodeterminazione, che ha più che un mero valore d’uso<sup>57</sup>. L’autodeterminazione come elemento agevolante è costitutiva delle nostre esperienze in questo mondo; pertanto, una violazione dell’autodeterminazione sessuale causa l’“impatto psichico e soggettivo” che Russell sostiene vada perduto adottando una concezione patrimonializzata di autodeterminazione<sup>58</sup>. Un’offesa all’autodeterminazione è un attacco alla persona, anche laddove l’autodeterminazione si estenda a qualcosa di diverso da sé stessi, come il patrimonio. Nell’esempio *supra*, l’acquirente del telefono probabilmente si sentirà gabbato, benché la legge non ritenga l’offesa alla sua autodeterminazione abbastanza importante da essere criminalizzata. Questo non è, tuttavia, il caso per

<sup>54</sup> B. ATUAHENE, *We Want What’s Ours: Learning from South Africa’s Land Restitution Program*, Oxford University Press, 2014, 26-34.

<sup>55</sup> G.S. ALEXANDER, *Property, Dignity, and Human Flourishing Essay*, in *Cornell Law Review*, 2019, vol. 104, n. 4, 1005.

<sup>56</sup> *Ivi*, 1020.

<sup>57</sup> Il valore d’uso dell’autodeterminazione è in rapporto al valore d’uso dell’oggetto dell’autodeterminazione ed al valore dell’autodeterminazione per il nostro benessere o per l’ottenimento di altri valori. Sull’impatto della (esperienza della) autonomia sulla nostra salute, v., ad es., R. LARSON, *Is Feeling “In Control” Related to Happiness in Daily Life?*, in *Psychological Reports*, 1989, vol. 64, n. 3; P.A. FRAZIER, *The Role of Attributions and Perceived Control in Recovery from Rape*, in *Journal of Personal and Interpersonal Loss*, 2000, vol. 5, n. 2-3; P. FRAZIER-N. KEENAN-S. ANDERS-S. PERERA-S. SHALLCROSS-S. HINTZ, *Perceived Past, Present, and Future Control and Adjustment to Stressful Life Events*, in *Journal of Personality and Social Psychology*, 2011, vol. 100, n. 4; L. TAY-E. DIENER, *Needs and Subjective Well-Being Around the World*, in *Journal of Personality and Social Psychology*, 2011, vol. 101, n. 2; S.E. ULLMAN-L. PETER-HAGENE, *Social Reactions to Sexual Assault Disclosure, Coping, Perceived Control, and PTSD Symptoms in Sexual Assault Victims*, in *Journal of Community Psychology*, 2014, vol. 42, n. 4.

<sup>58</sup> Y. RUSSELL, *op. cit.*, 263.

tutti i reati contro il patrimonio. La violazione di domicilio penalmente rilevante<sup>(5)</sup>, ad esempio, può essere integrata anche mediante inganno e non richiede un danno di carattere economico: in tal caso è l'autodeterminazione stessa ad essere ritenuta di valore. Su queste basi, Pundik e colleghi caldeggiavano la criminalizzazione della truffa sessuale laddove l'agente abbia mentito attivamente, l'inganno sia stato determinante per il processo decisionale ed il reo sapesse che l'inganno era determinante<sup>59</sup>. Tale approccio troverebbe una corrispondenza, appunto, nella violazione di domicilio penalmente rilevante.

Il valore dell'autodeterminazione non diminuisce né varia nel tempo od a seconda delle circostanze. Equiparare il corpo ad un bene patrimoniale ha suscitato critiche attorno al valore della verginità o dell'assenza di una previa relazione sessuale, dacché i beni non usati sono di maggior valore di quelli di seconda mano<sup>60</sup>. Ragionare inforcando gli occhiali della condivisione, piuttosto che quelli della transazione, può, ancora una volta, aiutare a districare tale falso parallelismo. Il valore dell'azione sta nel valore dell'autodeterminazione per la persona che la esercita e non è intaccato dal numero di volte in cui essa sia già stata esercitata. Inoltre, l'idea che il miglior esercizio dell'autodeterminazione sia escludere gli altri e mantenere qualcosa "intonso" è in contrasto con un'idea di autodeterminazione come elemento che agevola interazioni significative e benigne. Le scelte di avere a che fare, o di non avere a che fare, sono esercizi di autodeterminazione egualmente validi e preziosi.

Wertheimer ebbe a sostenere che "la distanza tra il (disgustoso) modello proprietario [della violenza carnale] e quello (avvenente) incentrato sull'autodeterminazione non è poi molta"<sup>61</sup>. Ciò poiché i diritti reali sono anch'essi basati sull'autodeterminazione. Nondimeno, le differenze fra l'approccio basato sull'autodeterminazione e quello basato sul diritto di proprietà sono rilevanti: nel quadro del primo, i nostri beni non devono necessariamente essere materiali od avere valore economico, i nostri diritti patrimoniali non devono necessariamente essere diritti reali ed i nostri rapporti patrimoniali non devono necessariamente essere transazioni. L'approccio ai diritti patrimoniali ed ai reati contro il patrimonio fondato sull'autodeterminazione si concentra su chi decide e su chi controlla il bene. Nella teorica dell'autodeterminazione come elemento agevolante, l'oggetto dell'autodeterminazione può essere qualunque cosa; è l'interferire con l'autodeterminazione

<sup>(5)</sup> In certi ordinamenti, come quello del Regno Unito, il *trespass to land* rientra difatti nella categoria civilistica dei *tort* e risulta penalmente rilevante solo in certi casi – N.d.T.

<sup>59</sup> A. PUNDIK-S. SCHNITZER-B. BLUM, *Sex, Lies, and Reasonableness: The Case for Subjectifying the Criminalisation of Deceptive Sex*, in *Criminal Justice Ethics*, 2022, vol. 41, n. 2, 168.

<sup>60</sup> Y. RUSSELL, *op. cit.*, 264.

<sup>61</sup> A. WERTHEIMER, *Consent to Sexual Relations*, Cambridge University Press, 2003, 34.

che lede la soggettività e la dignità di una persona. Tuttavia, ciò non significa che non vi siano differenze fra reati contro il patrimonio e reati sessuali.

## 6. *Distinzioni utili*

Nessuna comparazione è perfetta. Il raffronto fra i reati contro il patrimonio e quelli sessuali si impernia sulla tesi che almeno un valore comune sia violato in entrambi i casi. Nondimeno, non è necessario che i nostri interessi all'autodeterminazione patrimoniale e a quella sessuale abbiano la stessa "taglia" perché la comparazione abbia senso. È chiaro che, nel complesso, l'autodeterminazione sessuale è legata ad un interesse più importante di quello rappresentato dall'autodeterminazione patrimoniale<sup>62</sup>. Il diverso interesse alla tutela dell'autonomia nei due casi porta molti alla conclusione che il raffronto non sia appropriato e che svaluti le persone. Gardner ritiene che una sopravvissuta ad una violenza carnale che descrivesse la sua esperienza "come l'aver subito un furto in casa" si renderebbe autrice di "una grave farsa", mostrando una "straordinaria mancanza di sensibilità morale"<sup>63</sup>. Una delle ragioni (benché non la più importante secondo Gardner) è che, a sua detta, l'analogia sminuirebbe o banalizzerebbe la violenza carnale. È veramente così? La vittima che comparasse la sua esperienza al furto in casa potrebbe ben aver inteso che "è stato come l'aver subito un furto in casa – solo peggio". Per qualcuno che non sia stato violentato, ma solo derubato in casa propria, il raffronto indicherebbe gli interessi in gioco, pur nella diversa entità del danno<sup>64</sup>. Soppesare il valore dei diversi tipi di autodeterminazione può essere parte essenziale del raffronto. Un'offesa all'autodeterminazione sessuale è un'offesa più intima all'autodeterminazione, è più probabile che risulti emotivamente devastante e in più comporta l'offesa di

<sup>62</sup> Come affermato dalla Corte EDU, ad es. in Corte EDU, 14 ottobre 2008, *Blumberga c. Latvia*, punto 67.

<sup>63</sup> J. GARDNER, *The Wrongness of Rape*, cit., 14.

<sup>64</sup> L'esperienza soggettiva della violenza carnale non è l'oggetto del raffronto; nessuno direbbe che ci si senta alla stessa maniera nel subire un furto e nell'essere violentati. Watt ebbe a criticare la tesi di Gardner su ciò che vi è di sbagliato nella violenza carnale in ragione del fatto che avrebbe relegato le emozioni "ad un mero evento secondario". Concordo con la risposta di Gardner a tale critica: in primo luogo, con il fatto che il trauma soggettivo possa ben essere l'aspetto più importante della violenza carnale, ma che, ciò nonostante, continuiamo a nutrire interesse per la comprensione di quando e come tale trauma si verifica; in secondo luogo, con il fatto che accantonare considerazioni valoriali di natura teorica e critica in ragione dell'"orrore" della violenza carnale sia espressione di paternalismo nei confronti delle vittime. B. WATT, *The Story of Rape: Wrongdoing and the Emotional Imagination*, in *The Denning Law Journal*, 2014, vol. 26, 49; J. GARDNER, *Reasonable Reactions to the Wrongness of Rape*, in *The Denning Law Journal*, 2017, vol. 29, 5.

altri importanti valori; queste differenze costituiscono buone ragioni per tutelare l'autodeterminazione sessuale in modo più rigoroso di quanto non venga fatto per l'autodeterminazione patrimoniale<sup>65</sup>. La comparazione può essere usata per mostrare che ciò non avviene *de iure condito* e per pretendere quindi leggi più stringenti in materia di violenza carnale.

Il secondo motivo per cui Gardner ritiene che l'analogia fatta dalla ipotetica sopravvissuta alla violenza carnale dimostri "straordinaria mancanza di sensibilità morale" è che ignora la primazia dell'essere rispetto all'avere:

«i diritti patrimoniali sono necessariamente il corollario, o caso secondario (*shadow case*): si può fare un'analogia fra ciò che accade a ciò che ci appartenga e ciò che accada a noi stessi, poiché ciò che possediamo può essere un'estensione di noi stessi; ma non possiamo fare la medesima analogia fra ciò che accada a noi stessi e ciò che accada ai nostri possedimenti, poiché non possiamo considerare noi stessi come un'aggiunta a ciò che possediamo»<sup>66</sup>.

Un raffronto non implica una gerarchia, a differenza di quanto accade con il ragionamento analogico. Una comparazione è simmetrica in quanto non ha senso dire che "i reati contro il patrimonio rassomigliano a quelli sessuali più di quanto quelli sessuali rassomiglino a quelli contro il patrimonio": essi si rassomigliano gli uni agli altri in egual misura. Asimmetrie possono, invece, sorgere laddove venga introdotto un *tertium comparationis*. Personalmente ritengo che il punto nodale del raffronto stia nell'autodeterminazione: i reati contro il patrimonio rappresentano i diritti del proprietario meglio di quanto non facciano i reati sessuali, per cui il diritto di proprietà non è un termine di comparazione né utile né adeguato. Tuttavia, il patrimonio e le relazioni sessuali rappresentano l'autodeterminazione grosso modo nella medesima misura; ciò rende l'autodeterminazione un interessante termine di comparazione, anche se i due non rappresentano l'autonomia esattamente alla stessa maniera. Da questo punto di vista, ha senso dire che "la violenza carnale è come un furto in casa".

Poiché il raffronto non richiede che nutriamo il medesimo interesse per l'autonomia, o per qualunque suo altro aspetto, sia esattamente lo stesso in ambo i contesti, esso non implica di per sé un'affermazione di carattere precettivo. Schulhofer bolla la comparazione fra reati contro il patrimonio e reati sessuali come "suggestiva e fuorviante in parti uguali"; fuorviante perché non dovremmo presumere che gli *standard* di interferenza inaccettabile nei confronti dell'autodeterminazione siano

<sup>65</sup> Come pretende S. ESTRICH, *op. cit.*, 1182; S.J. SCHULHOFER, *op. cit.*, 67, 117-118.

<sup>66</sup> J. GARDNER, *The Wrongness of Rape*, cit., 14.

i medesimi nei due tipi di reato<sup>67</sup>. Ma per decidere di tutelare l'autodeterminazione sessuale e quella patrimoniale in modi e misure diversi, dovremmo motivare la nostra scelta e le ragioni possono essere tanto ideologiche quanto pragmatiche. Per esempio, Schulhofer ritiene che sia la presenza di minor consenso attorno a ciò che sia giusto e sbagliato nei rapporti sessuali, rispetto a quanto avviene con rispetto alle transazioni patrimoniali, ad aver portato alla riluttanza a regolare i primi. Benché ciò di per sé non sia una ragione sufficiente per una tutela più debole dell'autodeterminazione sessuale, tale disaccordo sociale è un fattore rilevante da considerare laddove si vogliano correggere i confini della criminalizzazione in una democrazia<sup>68</sup>. Le fattispecie di truffa a carattere patrimoniale sovente richiedono che l'inganno sia stato determinante in punto di valore patrimoniale. Come è stato sostenuto *supra*, tale requisito non avrebbe senso nei rapporti sessuali. L'autodeterminazione stessa ne è violata, piuttosto che il "valore della transazione". Nel sostenere la posizione per cui la truffa sessuale dovrebbe essere criminalizzata a tutela dell'autodeterminazione, Pundik e colleghi nondimeno argomentano in favore dell'introduzione di restrizioni di ordine pratico in modo da non reintrodurre il reato di adulterio<sup>69</sup>. Il riconoscimento del valore immanente dell'autodeterminazione potrebbe, tuttavia, anche condurci a revocare in dubbio il nostro approccio alla truffa di carattere patrimoniale.

Gli *standard* di autodeterminazione possono essere diversi anche a causa del coinvolgimento di altri valori. Per esempio, l'accesso reiterato ad un certo bene potrebbe fondare la base di un'azione per acquisirlo, così riducendo il diritto all'autodeterminazione del proprietario. Lo stesso non vale per l'autodeterminazione sessuale, dacché le azioni *in rem* sulla base del previo accesso al bene, quali quelle fondate sull'usucapione, tipicamente tutelano diritti su beni essenziali al fine di garantire qualche altro aspetto della dignità umana. Non vi è, invece, un valore alternativo che possa giustificare un'analogia *deminutio* dell'autodeterminazione sessuale.

Le ragioni per l'adozione di *standard* di autodeterminazione diversi per i reati sessuali e per quelli contro il patrimonio sono particolarmente convincenti laddove risultino dalle differenze nella natura dell'autodeterminazione nei due contesti. Per esempio, l'esercizio dell'autodeterminazione sessuale di solito richiede l'uso intimo delle nostre carni, mentre possiamo esercitare l'autodeterminazione patrimoniale

<sup>67</sup> S.J. SCHULHOFER, *op. cit.*, 116. V. anche L.E. CHIESA, *Solving the Riddle of Rape-by-Deception*, in *Yale Law & Policy Review*, 2017, vol. 35, n. 2, 444.

<sup>68</sup> Schulhofer puntualizza che, storicamente, anche al momento di estendere la tutela della proprietà alle modalità di acquisto non violente vi fu disaccordo sociale circa la giusta estensione della tutela; S.J. SCHULHOFER, *op. cit.*, 67. Si potrebbe persino dire che il maggior consenso sia il risultato di una storia di criminalizzazione più risalente nel tempo, una profezia che si auto-avvera.

<sup>69</sup> A. PUNDIK-S. SCHNITZER-B. BLUM, *op. cit.*, 12.

senza alcuna interazione fra corpi. Data tale natura più carnale dell'autodeterminazione sessuale, non possiamo rinunciare alla nostra autodeterminazione in relazione ai nostri corpi ed alla nostra sessualità, ma possiamo – e frequentemente lo facciamo – rinunciare alla nostra autodeterminazione patrimoniale in relazione ad un certo bene. Un'altra persona non può esperire una *actio* o vantare qualche titolo sul nostro corpo o sulla nostra condotta sessuale, ma può esperire *actiones* contro i nostri beni. Ne consegue che una dichiarazione di volontà circa un rapporto sessuale non può essere vincolante; dovremmo mantenere il diritto di cambiare idea riguardo i nostri rapporti sessuali in ogni momento, prima o durante il rapporto. La natura vincolante delle espressioni dell'autodeterminazione patrimoniale giustifica l'esistenza di tutele specifiche che potrebbero non essere necessarie nel caso delle espressioni dell'autodeterminazione sessuale. Allo stesso tempo, altre considerazioni, come la summenzionata maggior importanza ed intimità dell'autodeterminazione sessuale, potrebbero spingere nella direzione opposta.

## 7. Conclusioni

Questo articolo è nato dal desiderio di trovare un modo di analizzare i diversi approcci che si riscontrano nei Paesi nordici sul tema dei rapporti sessuali, il cui impianto penalistico è variabile o contestato. La mia proposta è stata di cercare delle similitudini fra reati contro il patrimonio e reati sessuali per comprendere meglio la natura ed il valore dell'autodeterminazione. I punti cardine di tale proposta stanno nella concezione relazionale, scalare e multidimensionale dell'autodeterminazione, oltre che nel riconoscimento dell'autodeterminazione umana come fondamento dei reati contro il patrimonio. Nondimeno, la mia proposta non implica un'affermazione di carattere precettivo nel senso dell'adozione degli stessi *standard* di autodeterminazione sia per i reati contro il patrimonio che per quelli sessuali. Piuttosto, la criminalizzazione dovrebbe essere ben attenta alle differenze fra i rapporti sessuali e patrimoniali.

Il raffronto solleva quesiti circa l'estensione delle condotte penalmente rilevanti, cioè sul contenuto del diritto penale. Perché alcune offese all'autodeterminazione, come l'inganno, sono criminalizzate nel settore dei rapporti patrimoniali, ma non in quello delle attività sessuali? Inoltre, nella sua ampiezza il settore dei reati contro il patrimonio stabilisce delle gerarchie tra appropriazioni indebite clandestine, violazioni di obblighi fiduciari, inganno ed uso della violenza come modalità di condotta fondanti una colpevolezza per aver compiuto abusi nei confronti di qualcuno. Tale gerarchia è raramente revocata in dubbio: non dovrebbe forse esistere una analoga anche nel settore dei reati sessuali?

Il raffronto può però essere utile anche dal punto di vista della tecnica legislativa, cioè della forma del diritto penale. Per esempio, le fattispecie nel settore dei reati contro il patrimonio tendono ad essere dettagliate e differenziate per modalità della condotta e tipo di bene (rapina, estorsione, furto, furto d'auto, appropriazione indebita, truffa, truffa mediante carte di credito, usura, uso indebito, violazione di domicilio, vandalismo, reati contro la proprietà intellettuale, frode assicurativa, reati di bancarotta, e così via), mentre le proposte di estensione delle condotte sessuali penalmente rilevanti sovente si basano sull'espansione di poche etichette (violenza carnale, aggressione sessuale), facendo leva su ben pochi concetti (consenso, coercizione). La comparazione fra i reati sessuali e quelli contro il patrimonio dovrebbe servire a spingere il dibattito oltre gli sviluppi di tale ultimo tipo, alla ricerca di una nozione fondamentale che consenta di dettagliare, differenziare e contestualizzare. Tale differenziazione resta visibile nelle leggi dei Paesi nordici: o nei sotto-articolati sulla violenza carnale o negli articolati dedicati alla criminalizzazione degli abusi sessuali e di altre offese. Allo stesso tempo, il consenso o la volontarietà possono essere visti come un principio unificante od ermeneutico. La domanda è: i Paesi nordici hanno bisogno di maggiore piuttosto che di minore contestualizzazione al fine di garantire una tutela esaustiva dell'autodeterminazione sessuale?

Il raffronto potrebbe, altresì, mettere in evidenza le lacune dell'ordinamento più in generale. La legge ed il sistema non riescono a riconoscere ed accettare che l'abuso a fini sessuali di una posizione di potere o della vulnerabilità di una vittima sia un abuso – come molti sostengono – perché l'abuso è sessuale, oppure presentano lo stesso problema nel riconoscere gli abusi nei rapporti patrimoniali, laddove abbiano luogo nell'ambito di un rapporto di poteri sbilanciato, di condizioni di vulnerabilità, ovvero come parte di una rete complessa di relazioni? Io ho cercato di mostrare che anche nel quadro di una teoria dei diritti umani tali questioni possono essere affrontate in modo sia significativo che appropriato attraverso un raffronto fra reati sessuali e contro il patrimonio; tale cimento dovrebbe essere oggetto di ulteriori ricerche.

Edizioni ETS  
Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa  
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com  
Finito di stampare nel mese di dicembre 2025