

L'ATTO SESSUALE TRA MANCANZA DI CONSENSO E COLPA.

LUCI E OMBRE DI UN MODELLO DI TUTELA



Marianna Poletto

1. Sulla scorta di esperienze europee ed extraeuropee, sono sempre più numerose anche in Italia le voci di chi, con riguardo ai reati sessuali e specialmente all'art. 609-*bis* c.p., propone di superare il tradizionale modello coercitivo, incentrato sugli elementi costitutivi (alternativi) della violenza e della minaccia, in favore di una nuova disciplina che troverebbe il suo fulcro nel consenso.

Più nello specifico, si ritiene che questa diversa disciplina potrebbe atteggiarsi secondo due schemi: quello – per così dire – “negativo”, per cui ai fini dell'integrazione della fattispecie in esame sarebbe necessaria la manifestazione di un dissenso da parte della persona offesa (cd. modello “*no means no*”) e quello “positivo” (per cui “*yes means yes*”), secondo il quale non vi potrebbe essere lecito approccio sessuale se non in presenza di espresso consenso (non necessariamente verbale, ma comunque esplicito).

Non manca, poi, chi suggerisce che la scelta di una di tali discipline potrebbe utilmente essere affiancata dall'apertura della violenza sessuale all'elemento soggettivo colposo¹.

Si tratta di proposte che investono tanti temi nevralgici di diritto penale, di politica criminale e, verrebbe da dire, di politica in senso lato, da non poter essere ignorate.

2. Che alcune delle scelte del legislatore del 1996 avrebbero dato adito a questioni interpretative era fuor di dubbio: basti pensare al condivisibile trasferimento dei reati sessuali da quelli contro la moralità pubblica e il buon costume a quelli contro la libertà personale (decisione comunque criticata da chi

¹ Di recente, v. M. L. Mattheudakis, *Un'indagine comparatistica sulla configurazione dei reati sessuali per colpa (grave) sui profili di consenso della vittima*, in *Revista de direito brasileira*, v. 25, 10 (2020). L'articolo è reperibile su *disCrimen*, 2.12.2020.

avrebbe preferito l'intitolazione ai "delitti contro la libertà sessuale" di un'autonoma sezione del codice penale, o la loro collocazione tra i delitti contro la libertà morale²) o, ancora, all'ampiezza di locuzioni come quella di "atti sessuali" o "abuso di autorità", variamente e non sempre coerentemente riempite di contenuti, con le inevitabili conseguenze applicative.

Una delle criticità da subito colte dalla maggior parte della dottrina si annidava proprio in quell'"ossessione della violenza"³, che ha portato a incentrare la condotta costrittiva di cui al primo comma della fattispecie in esame (ed escludendo la diversa ipotesi dell'abuso di autorità) sulle due modalità alternative della violenza e della minaccia.

Un'impostazione secondo alcuni vetusta, che lascerebbe la persona offesa priva di tutela tutte le volte in cui essa reagisca all'approccio sessuale in maniera passiva, o opponendo una resistenza blanda o meramente verbale, per le più varie ragioni: spavento paralizzante, senso di impotenza, tentativo di "limitare i danni".

Sarebbe tuttavia superficiale liquidare la scelta del legislatore del 1996 a mero retaggio di un periodo culturalmente ancora dominato da una visione proprietaria della donna e da una concezione maschilista dei rapporti sessuali: se questo poteva essere il contesto nel quale nasceva il codice Rocco, lo stesso non può dirsi per la riforma dei reati sessuali degli anni Novanta, promossa dalle donne parlamentari e appoggiata da molti movimenti femminili (sebbene da altri osteggiata), e infine approvata all'unanimità alla vigilia dello scioglimento delle camere.

L'interrogativo circa l'opportunità di mantenere la modalità coercitiva violenta o minacciosa come elemento caratterizzante la condotta di reato era certamente presente al legislatore di allora: negli anni precedenti alla novella non erano mancate le sollecitazioni a espungere quei requisiti dalla norma e nel 1992 il "progetto Pagliaro" aveva previsto che per la sussistenza del reato di "stupro" (così si sarebbe chiamato) fosse sufficiente il compimento dell'atto "contro la volontà" della persona offesa, mentre il ricorso alla violenza o alla minaccia avrebbe acquisito rilievo come circostanza aggravante.

² S. R. Palumbieri in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (a cura di), *Trattato di diritto penale, Parte speciale, IX, I delitti contro la libertà sessuale, la libertà morale, l'inviolabilità del domicilio e l'inviolabilità dei segreti*, Torino, 2011, p. 5 ss.

³ F. Mantovani, *Diritto Penale, Parte speciale, I, Delitti contro la persona*, III^a ed., Padova, 2008, p. 363.

Ciononostante, e pur a fronte di una giurisprudenza che da tempo aveva svuotato di contenuto tali elementi costitutivi, in sede di riforma si è tuttavia optato per il loro mantenimento nella fattispecie.

Facile scorgere alla base di tale scelta una preoccupazione riguardante il momento probatorio: come accertare il mero dissenso della persona offesa, in assenza di coercizione violenta o minacciosa? La strada che si prospettava era tutta in salita e appare un'eccessiva semplificazione quella di chi suggeriva un parallelismo con la tutela offerta ad altri interessi individuali, protetti (come l'inviolabilità del domicilio) attraverso il richiamo normativo al semplice dissenso del loro titolare.

Quello dell'assenso (o dissenso) all'accesso al proprio domicilio, come quello dell'assenso (o dissenso) all'attività medica, pur con le criticità che sono loro proprie, non sono certo ambiti paragonabili, quanto a complessità di verifica processuale, alla sfera dei rapporti sessuali, in cui al giudice si chiede di conoscere, e valutare, e soppesare, un oggetto – la loro consumazione consensuale – spesso sfuggente e variamente interpretabile, persino dagli stessi attori.

Ecco che allora la scelta “conservativa” effettuata con la legge n. 66 del 1996 appare guidata da una non incomprensibile esitazione nell'abbandono del vecchio impianto normativo, il solo che – almeno sulla carta – pareva consentire, in un'ottica garantista, di delineare un confine certo tra atto sessuale violento (quello perpetrato a mezzo di *vis* o minaccia) e non, senza aprire a pericolose derive interpretative e, di conseguenza, processuali.

Non si sono però fatte attendere le critiche della maggior parte della dottrina, che ha colto come una simile impostazione, ancora incentrata sulla coercizione come modalità esecutiva, rischiasse di gravare la vittima di un onere di resistenza attiva, in mancanza della quale il reato non si sarebbe potuto considerare integrato⁴.

La giurisprudenza, dal canto suo, ha ritenuto di ovviare al problema autonomamente incaricandosi di aggirare i concetti di violenza e minaccia, così di fatto rendendoli evanescenti.

È imprescindibile una presa d'atto: culturalmente e socialmente, siamo di sicuro lontani anni luce da quanto affermavano alcune sentenze della Corte di Cassazione a metà del secolo scorso, laddove gli estremi della violenza penalmente rilevante si ritenevano sussistenti solo “*nella violenza reale esercitata su persona ben determinata a resistere con tutti i mezzi consentiti dalle sue condizioni fisiche o*

⁴ Cfr., tra i tanti, G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale, Parte speciale. I delitti contro la persona*, 2^a ed., Bologna, 2007, p. 211.

*psichiche, e non nella sola violenza necessaria a vincere la difesa naturale opposta per istinto, se pur non simulata per disegno*⁵.

Si tratta di un'impostazione – quella della *vis grata puellae* – che senz'altro si avvertiva come limitante e retrograda già nel 1996, e dalla quale sin dagli anni precedenti alla riforma numerose pronunce avevano iniziato a prendere le distanze, in un processo che, a prescindere dalla condivisibilità delle ragioni *lato sensu* culturali che ne stavano alla base, ha tuttavia portato, per il tramite di interpretazioni estensive *in malam partem*, a una vera e propria volatilizzazione del concetto di violenza.

In effetti, a chiunque abbia a cuore il principio di legalità non può sfuggire come le sentenze che negli anni si sono andate pronunciando in materia di violenza sessuale si siano da esso progressivamente allontanate: la *spiritualizzazione* del concetto di violenza ha trasformato un reato a forma vincolata in uno a forma, di fatto, libera.

Da estrinsecazione di forza fisica nei confronti del soggetto passivo, quale letteralmente sarebbe, quello di violenza è divenuto un concetto sempre più ampio e dematerializzato, idoneo a ricomprendere anche casi in cui l'uso della forza fisica sia minimo o nullo, e l'agente commetta gli atti sessuali approfittando della prostrazione o minorata difesa del soggetto passivo, o persino di un generale clima di terrore e sopruso in cui essa vive⁶.

Ancora, si fanno ormai pacificamente rientrare nel raggio di applicazione dell'art. 609-*bis* c.p. i cosiddetti atti subdoli e repentini.

Qualunque riflessione sul reato di violenza sessuale e sulle sue prospettive di riforma non può che partire da qui: dall'amaro rilievo, cioè, che la sua interpretazione e applicazione offre, ormai da decenni, uno dei più limpidi esempi di vero e proprio scavalco della lettera della legge da parte della giurisprudenza. Intercettando le (pur legittime) istanze derivanti da una nuova e diffusa sensibilità relativamente alla tutela della libertà di autodeterminazione sessuale, essa si è investita del compito, che nel nostro ordinamento è proprio del solo legislatore, di

⁵ Così Cass. pen., sez. III, 10 maggio 1948, in *Riv. pen.*, 1949, II, p. 34.

⁶ Sono esempio di tale orientamento le sentenze di legittimità che, giudicando in materia di violenza sessuale perpetrata dal coniuge o dal convivente, ritengono sufficiente, ai fini dell'integrazione della fattispecie, che il rapporto non voluto sia consumato anche solo approfittando dello stato di prostrazione, angoscia o diminuita difesa del soggetto passivo: si vedano, in tal senso, la recentissima Cass. pen., sez. III, 6.2.2020, n. 10384, in *Guida al diritto*, 2020, 22, p. 95; Cass. pen., sez. III, 14.12.2018, n. 17676, in *Guida al diritto*, 2019, 28, p. 86; Cass. pen., sez. III, 24.1.2017, n. 16609, in *CED Cass. pen. 2017*.

dare risposta a quelle istanze, liberando la norma dai vincoli che pure la riforma del 1996 aveva deciso di mantenere e trasformando, attraverso ormai consolidate interpretazioni *in malam partem*, l'art. 609-*bis* c.p. in una diversa fattispecie di matrice giurisprudenziale.

3. Due, dunque, le strade oggi percorribili: auspicare che, con un improvviso quanto improbabile *revirement*, le corti nostrane tornino ad attribuire ai termini “violenza” e “minaccia” il significato che è loro proprio (abbandonandone accezioni onnicomprensive, senza tuttavia cadere nell’opposto rischio di imporre alla persona offesa di lottare “con le unghie e con i denti” per non subire aggressioni alla propria sfera sessuale) oppure, spostandosi sul piano *de iure condendo*, prendere in considerazione l’opportunità di una modifica della fattispecie, che la renda maggiormente conforme al mutato contesto socio-culturale.

Imboccare l’una o l’altra via non è scelta semplice: chi scrive non condivide l’idea che la produzione normativa del legislatore debba essere una sorta di “presa d’atto”, o di ratifica, delle evoluzioni giurisprudenziali che la precedono. Il principio di legalità, con i suoi corollari, è – e deve continuare ad essere – la stella polare che orienta l’interprete ed è da guardare con diffidenza la sempre più marcata tendenza creativa delle nostre corti.

Tuttavia, è proprio in sostanziale violazione del principio di legalità che oggi si qualificano ai sensi dell’art. 609-*bis* c.p. condotte che, a voler essere rispettosi del dettato normativo, non integrerebbero quella fattispecie: chi compia atti sessuali nei confronti di taluno, pur a fronte di un dissenso meramente verbale e senza perciò dover ricorrere alla forza fisica né alla minaccia di un male ingiusto, non potrebbe – in linea teorica – essere ritenuto responsabile del reato di violenza sessuale.

A fronte di una giurisprudenza che da tempo aggira questo ostacolo ravvisando la violenza nella stessa coazione dell’altrui volontà, a prescindere dall’estrinsecazione di una vera e propria *vis*, è difficile non condividere i rilievi di chi⁷ intravede in tale operazione interpretativa un’analogia con quanto già rilevato (e censurato) dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁸ con riferimento ai casi di trattamento chirurgico diverso da quello in relazione al quale era stato prestato il consenso: del tutto condivisibilmente, i giudici di piazza Cavour hanno escluso che in simili ipotesi

⁷ Cfr. ancora M. L. Mattheudakis, *op. cit.*, p. 285.

⁸ Il riferimento è a Cass. pen., SS.UU., 18.12.2008, n. 2437, in *Riv. pen.*, 2009, 4, p. 448.

potessero intravedersi gli estremi della violenza privata, pena un'inammissibile sovrapposizione tra diversi elementi costitutivi dell'illecito (la violenza e la costrizione a tollerare).

In un'ottica di ripristino del principio di tipicità e di attualizzazione della fattispecie, il superamento della modalità vincolata – violenta o minacciosa – della condotta pare quindi un'opzione ragionevole.

Ciò non significa non vedere che anche dietro un modello siffatto si annidano rilevanti insidie applicative: archiviata la connotazione violenta o minacciosa della costrizione, al dichiarato scopo di dare tutela al soggetto passivo che reagisca in maniera passiva, senza subire l'uso di forza fisica o minacce, inevitabile immaginare che si possano verificare situazioni in cui il dissenso risulti, per il soggetto agente, di difficile decifrazione.

Lo svolgersi delle umane relazioni, la dinamica dei rapporti (e degli approcci) interpersonali, non sono quasi mai univoci: avanzamenti e arretramenti, condivisione di intenti e ambiguità. Sfumature, le più varie, che si traducono anche in possibili oscillazioni del consenso: prestato, non prestato, prestato fino a un certo punto e poi revocato.

Quando tutto ciò rimanga, per così dire, nella sfera interiore della persona, è tutt'altro che improbabile che il partner possa non avvedersene.

Le medesime complessità non potrebbero che riverberarsi sul piano probatorio, ove la valutazione della sussistenza del consenso in capo a un soggetto magari silente verrebbe affidata al libero apprezzamento del giudice; tanto libero da potersi basare, per consolidato orientamento di legittimità, anche sulle sole dichiarazioni della persona offesa (pur se costituitasi parte civile), con l'unico limite della previa valutazione della sua credibilità soggettiva e dell'attendibilità intrinseca del suo racconto⁹. Quanto spesso ciò si riduca a una mera formula di stile è noto a chiunque frequenti le aule dei nostri tribunali.

Senza contare che l'utile confronto con gli ordinamenti nei quali si è data centralità, ai fini dell'integrazione del reato di violenza sessuale, alla mancanza di consenso della persona offesa ci dimostra – lo notavano già i primi commentatori all'indomani della novella del 1996 – come l'accertamento di responsabilità non

⁹ Cfr., tra le tante, Cass. pen., sez. III, 3.10.2017, n. 52051, in *Diritto & Giustizia*, 2017, 17 novembre; Cass. pen., sez. III, 30.3.2016, n. 41467, in *Diritto & giustizia*, 2016, 5 ottobre; Cass. pen., sez. III, 16.5.2014, n. 30563, in *Diritto & Giustizia*, 2014, 14 luglio, oltre ovviamente a Cass. pen., SS.UU., 19.7.2012, n. 41461, in *Cass. pen.*, 2013, 2, p. 541.

possa comunque prescindere dall'“*individuazione di 'parametri valutativi' del 'non consenso'*”¹⁰, i quali “*finiscono nella prassi quotidiana per identificarsi troppo spesso con quello della violenza fisica o minaccia e con quello correlativo della resistenza della vittima*”¹¹.

Volendo quindi ipotizzare un'apertura a una nuova fattispecie di violenza sessuale, privata del requisito della modalità violenta o minacciosa, l'unica alternativa praticabile sembra allora quella che, ai fini dell'integrazione della fattispecie, preveda la necessaria sussistenza di un dissenso espresso: anche solo verbalmente, ma pur sempre espresso.

Grosse riserve suscita invece il modello cd. “*yes means yes*”, che ritiene lecito l'approccio sessuale solo se preceduto da un'esplicita manifestazione di consenso: simile impostazione pare tradire l'idea di una visione “notarile” dei rapporti umani, di scarsa o nulla aderenza alla realtà e che aprirebbe pericolosamente la porta alle incriminazioni più ingiustificate.

4. Il superamento della formulazione normativa incentrata sulla violenza o minaccia sembra, inoltre, lasciare irrisolta la questione relativa ai cd. atti subdoli o repentini, che con la loro insidiosa rapidità sorprendono la sfera di vigilanza della persona offesa: da tempo la giurisprudenza li assimila alla costrizione violenta, ritenendoli pertanto rilevanti ai sensi dell'art. 609-*bis* c.p. Eppure toccamenti, o sfregamenti, perpetrati con l'inganno o l'uso di maliziosa destrezza non possono esser fatti coincidere con la violenza, se non attraverso (ancora una volta) una vera e propria interpretazione *in malam partem*, di fatto abrogativa dell'elemento costitutivo della *vis*.

L'eliminazione, per via legislativa, di questo requisito della fattispecie tuttavia non basterebbe a ricondurre a legalità l'univoco orientamento giurisprudenziale, né sarebbe risolutiva in tal senso la subordinazione della sussistenza del reato alla manifestazione di un dissenso espresso: ciò proprio in virtù della particolare natura degli atti subdoli o repentini, che per definizione minano la capacità reattiva di chi li

¹⁰ Così S. Del Corso, *Commento all'art. 3 l. 15/02/1996 n° 66*, in *Leg. Pen.*, 1996, p. 433. Allo stesso scritto si rimanda per più ampie valutazioni sulla novella del 1996 e, per quel che qui interessa, sul mantenimento nella fattispecie del requisito della violenza o minaccia.

¹¹ M. Bertolino, *Libertà sessuale e tutela penale*, Milano, 1993, p. 16.

subisce, e rispetto ai quali non può quindi esplicitarsi alcun dissenso, se non a fatto avvenuto.

Neppure sanzionare tali atti a titolo di violenza sessuale, sulla base di un dissenso presunto (e peraltro solo probabile), pare una soluzione convincente e l'abusato ritornello per cui “è l'Europa che ce lo chiede” non può valere a colmare un simile vuoto di legalità.

Questo essendo lo scenario in cui ci si muove, anche adagiarsi sull'esistenza, nel codice penale, dell'ipotesi di minore gravità, così rimettendo alla discrezionalità (e alla diversa sensibilità) dell'interprete la sussunzione degli atti subdoli e repentini sotto l'ambito applicativo del comma 3 dell'art. 609-*bis* c.p., non convince: la via da imboccare sembra, in conclusione, quella dell'introduzione di una previsione normativa che espressamente contempra il fattore “sorpresa”, assistita da parametri edittali commisurati all'indubbia minore gravità di simili condotte rispetto a quelle di violenza sessuale costrittiva propriamente intesa.

5. Se, dunque, la tesi di chi vorrebbe espungere la violenza e la minaccia dalla fattispecie di violenza sessuale appare accoglibile (nei limiti in cui essa sia accompagnata dal requisito necessario del dissenso espresso), lo stesso non può dirsi con riguardo alla proposta di affiancare a detta modifica normativa l'apertura alla responsabilità colposa.

Nell'ottica di chi la suggerisce, tale riforma sarebbe funzionale a punire l'errore colposo sul consenso: quello, cioè, di chi per propria colpa (che, secondo alcuni¹², dovrebbe rilevare solo se grave) non riconosca il dissenso manifestato dalla persona offesa o, per i sostenitori del modello “*yes means yes*”, il suo mancato consenso.

Il problema del consenso putativo è evidentemente centrale con riferimento alla fattispecie in esame, proprio in considerazione del vario e complesso atteggiarsi dei rapporti interpersonali, specie quando essi investano la sfera sessuale: lì le aree grigie, di difficile decodificazione, sono sicuramente più vaste di quelle bianche o nere ed è ben possibile ravvisare erroneamente un consenso laddove esso manchi, o non percepirne la parzialità o la revoca.

Non poche sentenze della Corte di Cassazione hanno, per così dire, risolto il problema alla radice, giungendo alla discutibile conclusione che “*la mancanza del*

¹² M. L. Mattheudakis, *op. cit.*, p. 292 s.

*consenso costituisce requisito esplicito della fattispecie e l'errore sul dissenso si sostanzia, pertanto, in un errore inescusabile sulla legge penale*¹³.

Appare invece molto più corretto classificare l'errore sul consenso quale errore sul fatto¹⁴, che ai sensi dell'art. 47 c.p. esclude la punibilità dell'agente: ed è proprio su tale presupposto che si vorrebbe chiamare in soccorso l'ipotesi colposa di violenza sessuale, che acquisterebbe rilievo in virtù del primo comma della norma citata, secondo il quale se l'errore sul fatto “è determinato da colpa, la punibilità non è esclusa, quando il delitto è previsto dalla legge come delitto colposo”.

L'apertura all'imputazione colposa (se pure, come sottolinea chi la auspica, avrebbe il pregio di sanzionare in maniera meno severa e più adeguata condotte che oggi la giurisprudenza tende con leggerezza a inquadrare a pieno titolo nella violenza sessuale) solleva tuttavia più di qualche perplessità, tanto a livello teorico quanto, per così dire, pratico-applicativo.

La prima criticità ha a che fare con quella che verrebbe da definire un'incompatibilità quasi *ontologica* tra reato di violenza sessuale e imputazione colposa: pur nella consapevolezza che siffatto modello normativo è in effetti già stato adottato da alcuni Paesi, e non solo nell'area di *common law*, l'apertura alla colpa continua ad apparire una forzatura, soprattutto ove si consideri la natura dei reati che tradizionalmente il legislatore ha ritenuto punibili a tale titolo, caratterizzati da un agire in sé pericoloso, ma non orientato dal soggetto alla realizzazione del risultato offensivo: “l'essenza' del reato colposo è data dalla pericolosità di una condotta finalisticamente orientata però dall'agente alla realizzazione di un risultato diverso da quello realizzato a causa di negligenza o imprudenza”¹⁵.

Si pensi, per citare gli esempi più immediati e significativi, alla colpa medica, alla responsabilità del datore di lavoro per infortuni o malattie professionali, all'omicidio o alle lesioni stradali e a diversi illeciti previsti dal Codice della strada, ai delitti colposi di danno di cui all'art. 449 c.p., ai delitti colposi contro la salute pubblica e via discorrendo.

Quel che salta agli occhi è che tali norme si riferiscono ad attività (pericolose, ma lecite) il cui svolgimento è assistito da regole di condotta certe e astrattamente esigibili, finalizzate a prevenire il rischio di lesione del bene giuridico di volta in

¹³ Così Cass. pen., sez. III, 19.3.2019, n. 20780, in *Diritto & Giustizia*, 2019, 14 maggio. Nello stesso senso, tra le più recenti, Cass. pen., sez. III, 11.7.2018, n. 43565, in *Diritto & Giustizia*, 2018, 18 ottobre e Cass. pen., sez. III, 5.10.2017, n. 2400, in *CED Cass. pen. 2018*.

¹⁴ Così anche F. Mantovani, *Diritto Penale, Parte speciale*, cit., p. 368.

¹⁵ F. Palazzo, *Corso di diritto penale. Parte generale*, III^a ed., Torino, 2008, p. 324.

volta tutelato. E anche laddove non sia configurabile una colpa specifica, quelli appena elencati sono senz'altro ambiti in cui ben si comprende cosa significhi, in concreto, agire con diligenza, prudenza, perizia.

Lo stesso non può certamente dirsi per la violenza sessuale, per le medesime ragioni cui si è fatto cenno poco sopra: le relazioni interpersonali (al netto di ogni considerazione circa la possibilità di definirle “attività pericolose”) sono varie e multiformi, le comunicazioni spesso non sono dirette e cristalline, gli intenti frequentemente mutevoli. La sfera sessuale, poi, mette in gioco le sensibilità più sfaccettate, gli approcci più diversi e le più diverse preferenze, imbarazzi, esitazioni e azzardi.

Posto che, evidentemente, è da escludere in radice l'ipotizzabilità di una colpa specifica in quest'ambito, possiamo davvero immaginare che l'errore sul consenso sia punibile a titolo di colpa generica (grave)?

È realistico sostenere che la verifica dell'altrui consenso (o dell'assenza dell'altrui dissenso) potrebbe essere presidiata da regole di diligenza, prudenza, perizia, di esigibile osservanza, senza incorrere in un'inammissibile e grottesca proceduralizzazione dei rapporti umani?

Come dovremmo identificare l'*homo eiusdem conditionis et professionis*, colui che adotta ogni opportuna cautela per sincerarsi che le sue intenzioni siano – passo dopo passo – accettate e condivise dal soggetto con cui interagisce?

Quale spazio troverebbe la valutazione della “misura soggettiva” della colpa? Sarebbero suscettibili di apprezzamento le diversità sociali, culturali, religiose, cui la giurisprudenza oggi nega qualsivoglia diritto di asilo nel giudizio sulla sussistenza di reati sessuali?

A fronte di un dissenso in qualche modo manifestato, non sarebbe il reato (nell'ipotizzata versione novellata) già doloso? Quali margini residuerebbero per la responsabilità colposa?

Senza contare le consistenti difficoltà più prettamente “operative” cui l'imputabilità colposa rischierebbe di dare adito: è facile profeta chi scorga il rischio di processi interamente occupati dal tentativo di far entrare dalla finestra della colpa ciò che è uscito dalla porta del dolo o, viceversa, di derubricare a colpa lieve ciò che Pubblico Ministero e parti civili vorrebbero qualificare come grave.

E non sarà considerata un eccesso di malizia la preoccupazione che una riforma siffatta apra la strada a denunce strumentali, di certo non ostacolate dalla giurisprudenza, richiamata poco sopra, che in materia di reati come quelli sessuali

ritiene che la deposizione della persona offesa possa da sola fondare il giudizio di colpevolezza.

6. Conclusivamente: l'argomento per cui la configurazione anche colposa della violenza sessuale consentirebbe di prevedere cornici edittali più tenui per condotte che oggi la giurisprudenza tende, in violazione del principio di legalità, a sanzionare a titolo di dolo, non può bastare. In una proposta di riforma così orchestrata si scorgono i segni distintivi di una diffusa tendenza panpenalistica, che in nome di *“un'esclusiva valorizzazione del disvalore dell'offesa concreta, legata alla prospettiva teleologico-vittimocentrica, comporta un fisiologico ampliamento della repressione penale in forza dell'intrinseca vocazione espansiva della punibilità che nasce da un ricorso totalizzante alla dimensione della tutela”*¹⁶.

Insistere perché il principio di frammentarietà del diritto penale non venga di fatto dimenticato non significa, lo si sottolinea, disconoscere la serietà di una questione, quella della tutela della libertà di autodeterminazione sessuale contro indesiderate aggressioni, oggi avvertita in maniera sempre più pressante: significa, tuttavia, ritenere che raramente appaltare alla sanzione penale la soluzione di problematiche complesse, che richiedono una risposta su più livelli (politico, sociale, culturale), si rivela una strategia vincente.

¹⁶ G. Minicucci, *Il diritto penale della vittima. Ricadute sistematiche e interpretative*, in *disCrimen*, 27.10.2020.