

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

4/2026

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Masera, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti.

COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI) Andrea Abbagnano Trione, Dario Albanese, Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Enrico Mario Ambrosetti, Ennio Amodio, Gastone Andreatza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Enrico Basile, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Francesca Biondi, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Carlo Bonzano, Matilde Brancaccio, Carlo Bray, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Gaia Caneschi, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Carlotta Conti, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Jacopo Della Torre, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Stefano Finocchiaro, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Alessandra Galluccio, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Giorgio Lattanzi, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Adelmo Manna, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Francesco Mazzacuva, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Lorenzo Picotti, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrococo, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Bartolomeo Romano, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Nicola Triggiani, Tommaso Trincherà, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Uberty, Maria Chiara Ubiali, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia.

REDAZIONE Francesco Lazzeri, Giulia Mentasti (coordinatori), Enrico Andolfatto, Silvia Bernardi, Patrizia Brambilla, Pietro Chiaraviglio, Beatrice Fragasso, Ilaria Giugni, Elisa Grisonich, Francesco Lazzarini, Alessandro Malacarne, Cecilia Pagella, Emmanuele Penco, Gabriele Ponteprino, Sara Prandi, Valentina Vasta.

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics (COPE)* e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili). La licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen.* (o *SP*), 1/2023, p. 5 ss.

LA RIFORMA DELLA VIOLENZA SESSUALE TRA ILLUSIONI SEMANTICHE E PROBLEMI APPLICATIVI

di Giuliano Balbi

Il contributo analizza le prospettive di riforma dell'art. 609-bis c.p. oggi in discussione, soffermandosi sull'alternativa tra assenza di un consenso libero e presenza di una volontà contraria. Particolare attenzione è dedicata alla "zona grigia" dell'autodeterminazione sessuale: assunzione di sostanze, inferiorità psichica, prevaricazione, inganno, sperequazioni posizionali e esperienziali. L'analisi mostra come il vero nodo non risieda nella contrapposizione semantica tra consenso e dissenso, enfatizzata ben al di là di quanto sarebbe ragionevole, ma nella necessità di operare una riforma radicale che, lungi dal limitarsi all'icastico posizionamento del consenso, comunque declinato, nella fattispecie base di violenza sessuale, sappia fornire soluzioni finalmente adeguate a coniugare la ragionevolezza delle scelte con la tenuta dei principi fondamentali.

SOMMARIO: 1. Una riforma annunciata: consenso e paradigmi simbolici. – 2. Una norma "sbagliata". L'art. 609-bis c.p. al vaglio della giurisprudenza. – 3. Tra libero consenso e volontà contraria. – 4. Inattese convergenze. – 5. Sulla tipizzazione del consenso. – 5.1 Gli incerti limiti del consenso nell'elaborazione giurisprudenziale. – 6. Le prospettive di riforma al confronto con la "zona grigia". a) L'assunzione di sostanze tra *approfittamento* e intangibilità sessuale. – 6.1. b) L'inferiorità fisica o psichica. – 6.2. Le due ipotesi a confronto. – 6.3. c) La prevaricazione e l'inganno. – 6.4. d) La sperequazione esperienziale e posizionale. – 7. Riscrivere l'art. 609-bis c.p.: un ombrello sotto il temporale?

1. Una riforma annunciata: consenso e paradigmi simbolici.

Il 19 novembre 2025, la Camera dei deputati approvava all'unanimità il ddl C. 1693-A – Boldrini e altri – di modifica del delitto di violenza sessuale, incentrando la tipicità della nuova fattispecie sul compimento di atti sessuali in assenza di un *consenso libero e attuale*¹. Successivamente, in Commissione Giustizia del Senato si manifestavano forti resistenze, tali da impedire l'approvazione definitiva nell'auspicata "data

¹ Questo il testo della disposizione: «Art. 609-bis. – (Violenza sessuale)

Chiunque compie o fa compiere o subire atti sessuali ad un'altra persona senza il consenso libero e attuale di quest'ultima è punito con la reclusione da sei a dodici anni.

Alla stessa pena soggiace chi costringe taluno a compiere o a subire atti sessuali con violenza o minaccia o mediante abuso di autorità ovvero induce taluno a compiere o a subire atti sessuali abusando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica o di particolare vulnerabilità della persona offesa al momento del fatto o traendo in inganno la persona offesa per essersi il colpevole sostituito ad altra persona.

Nei casi di minore gravità la pena è diminuita in misura non eccedente i due terzi.»

simbolica” del 25 novembre², perdendosi così l’occasione di attribuire alla norma penale un’utile funzione celebrativa.

Appare comunque plausibile che la riforma giungerà comunque a compimento, anche se l’esito, probabilmente, sarà l’introduzione di una norma diversa da quella approvata in prima lettura, e che difficilmente sarà sorretta dallo stesso, ampio sostegno parlamentare. È anche vero che l’approvazione di una legge all’unanimità non è un fatto frequente, tanto più in tempi di forte radicalizzazione ideologica, eppure qui sembrava davvero essersi trovato un punto di convergenza tra maggioranza e opposizione, in nome di istanze di tutela sorrette dalla drammatica frequenza con cui si sussegue, nel nostro Paese, la realizzazione di fatti violenti nei confronti delle donne³.

L’accordo, che secondo diffuse notizie di stampa sarebbe stato stretto direttamente dalla Presidente del Consiglio e dalla segretaria del principale partito di opposizione⁴, avrebbe dovuto articolarsi in due fasi: innanzitutto l’introduzione di un nuovo, autonomo delitto di femminicidio, poi la modifica dell’art. 609-bis c.p., con la tipicità incentrata proprio sull’assenza del “libero consenso” al compimento degli atti sessuali, finalmente prescindendo, dunque, dalla presenza di quegli intollerabili requisiti costringenti – «*infido crinale su cui si innestarono le tematiche della vis haud ingrata puellis, della vis modica, e, più in generale, la sovversione dei ruoli processuali*»⁵ – su cui è strutturata la disposizione vigente.

Il primo passo, in effetti, è stato compiuto con l’introduzione del nuovo art. 577-bis c.p. ad opera della l. 2 dicembre 2025, n. 181, in relazione al quale, tuttavia, il tendenziale apprezzamento per la convergenza politica – a fronte di problemi gravissimi, sono state infatti messe da parte prospettive lontane e una radicale disomogeneità valoriale – tende ampiamente a stemperarsi alla luce dell’estrema modestia della disposizione, sotto alcuni aspetti perfino regressiva⁶, e del sospetto che

² Sembra fosse questo, infatti, l’obiettivo originariamente perseguito. V. ad es., tra le numerose fonti di stampa, in *Open online*, 25 novembre 2025. Il 25 novembre, appena il caso di ricordarlo, è la Giornata Internazionale per l’Eliminazione della Violenza contro le Donne, istituita dalle Nazioni Unite il 17 dicembre 1999 con la risoluzione 54/134.

³ Basti pensare che, in Italia, quasi una donna su tre, a partire dai 16 anni di età, ha subito nel corso della vita almeno un grave episodio di violenza fisica o sessuale. Sul punto, e per dati più specifici, cfr. il rapporto ISTAT *La violenza contro le donne, dentro e fuori la famiglia*, in *Istat*, 21 novembre 2025.

⁴ V., ad es., *Accordo Pd-Fdl: senza libero consenso è violenza sessuale. Contatti tra Meloni e Schlein*, in *La Repubblica*, 12 novembre 2025.

⁵ Così, T. PADOVANI, *Pre-Art. 609 bis c.p.*, in A. CADOPPI, a cura di, *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, Padova, 2006, p. 421.

⁶ La sostanziale inutilità, se non la complessiva disfunzionalità della disposizione, è efficacemente evidenziata da M. DONINI, [Perché non introdurre un reato che già c’è](#), in *Sist. pen.*, 18 marzo 2025. Sui seri dubbi di legittimità che la connotano, v. G. FIANDACA, [Cari prof. di diritto penale, è ora di protestare contro il delitto di femminicidio](#), in *Sist. pen.*, 14 marzo 2025. Sul carattere eclatantemente regressivo del sanzionare il femminicidio con la “pena fissa” dell’ergastolo, v., in particolare, D. PULITANÒ, *Femminicidio ed ergastolo*, in *Giur. pen.*, 21 marzo 2025. Sul carattere accentuatamente simbolico, eppure involutivo perfino all’interno di questo paradigma, v. R. BARTOLI, [Il tornante del femminicidio: si compirà il passaggio dal populismo al sadismo penale?](#), in *Sist. pen.*, 15 luglio 2025. Estremamente interessante un documento sottoscritto da oltre settanta studiosi di diritto penale, che esprimono le ragioni della contrarietà all’incriminazione. V. [Il reato di femminicidio presentato dal Governo: le ragioni della nostra contrarietà](#), in *Sist. pen.*, 28 maggio 2025. Per un’analisi

la raggiunta unanimità sia stata fortemente condizionata da un'abile incursione della maggioranza nell'altrui *milieu* culturale⁷, con conseguente tentativo, da parte dell'opposizione, di marcare il proprio tradizionale territorio assiologico.

E poi il passo successivo dell'accordo, e dunque la modifica dell'art. 609-*bis*. Fissarne il baricentro sull'assenza del consenso avrebbe avuto, nella prospettiva dell'opposizione, anche un forte significato politico, esprimendo la rivendicazione di un preciso ruolo propulsivo nell'evoluzione culturale del Paese, resa quantomai opportuna, peraltro, dalla tendenziale inconsistenza ideologica della deriva movimentista che ha caratterizzato la nostra sinistra negli ultimi tempi, con i diritti civili e quelli sociali troppo spesso abbandonati al loro triste destino. In questa prospettiva, chiamarsi fuori, e lasciare alla maggioranza anche "la tutela delle donne", avrebbe probabilmente determinato un'ulteriore, profonda *débâcle* identitaria.

Le due norme – l'una approvata definitivamente, l'altra solo in prima lettura – mostrano peraltro evidenti tratti comuni, su tutti la facile spendibilità mediatica, il carattere accentuatamente simbolico, l'apprezzabile anelito alla tutela di soggetti deboli, la vana ambizione di utilizzare la politica criminale per affrontare i problemi di ordine sociale e culturale. Ma differiscono per un aspetto fondamentale: mentre la tipizzazione del femminicidio è intimamente inutile, la prospettata modifica dell'art. 609-*bis* avrebbe indubbi pregi, per quanto, non implementandosi su di una complessiva riorganizzazione della materia, potrebbe comunque ascrivere all'affollato *Pantheon* delle occasioni perdute, lasciando irrisolti molti dei gravi problemi che oggi accompagnano sia l'interpretazione sia l'applicazione della disposizione⁸.

Fatto sta che dopo l'approvazione del nuovo testo da parte della Camera si era da più parti salutata la riforma *in itinere* con estremo favore: nella stampa⁹, nei talk show¹⁰, negli stessi, primi commenti dottrinari¹¹.

Enfatizzando il nuovo "dato normativo", si erano tuttavia fatti i conti – per così dire – senza l'oste, oste che qui assume stranamente le fattezze del Ministro dei Trasporti, e autorevole esponente della maggioranza, Matteo Salvini che, già pochi giorni dopo la votazione parlamentare, iniziava infatti a lanciare alla stampa messaggi di inequivoca

delle dinamiche relative alla genesi del delitto di femminicidio, e delle delicate questioni che gravitano attorno alla fattispecie, v. M. BOTTO, *La controversa introduzione del reato di femminicidio: l'affermarsi di un nuovo paradigma in un leitmotiv emergenziale*, in *Dir. pen. proc.*, 1/2026, p. 18 ss.; E. CORN, [Il reato di femminicidio nel codice penale italiano: cronaca di una controversia annunciata](#), in *Sist. pen.*, 12 dicembre 2025; M. PELISSERO, *Il disegno di legge sul femminicidio: una proposta di puro populismo penale che distoglie dalle vere questioni culturali di genere*, in *Dir. pen. proc.*, 5/2025, p. 557 ss.

⁷ Per tutti, v. R. BARTOLI, *Il tornante del femminicidio*, cit., p. 4.

⁸ V. *infra*, § 7.

⁹ Tra i tanti, *Senza consenso è violenza sessuale, arriva sì unanime della Camera alla proposta di legge*, in *Sky TG24*, 19 novembre 2025.

¹⁰ Ad es., *Giornata internazionale per l'eliminazione della violenza contro le donne – Unomattina 25/11/2025*.

¹¹ V., ad es., B. ROMANO, *Centralità del consenso. La riforma bipartisan della violenza sessuale*, ne *Il Dubbio*, 15 novembre 2025, p. 6; cfr. anche l'intervista rilasciata da Marco Pelissero in *Violenza sessuale, la riforma introduce il consenso: "Ma serve un cambiamento culturale"*, in *Otto – Unito*, 25 novembre 2025.

presa di distanza: «questa sorta di consenso preliminare, informato e attuale, così come è scritto, lascia lo spazio a vendette personali»¹².

L'argomentazione è debole, e non sarebbe difficile obiettare, quasi *d'emblée*, che nella norma non era scritto affatto così. Ma il punto è evidentemente un altro: nell'aria si iniziava infatti ad avvertire la percezione di un imminente, radicale *revirement* politico da parte della Lega nord, alla cui luce il destino della disposizione era improvvisamente diventato molto problematico.

Un po' come Ulisse, che dopo lunghi anni di "periglioso" viaggio raggiunge finalmente Itaca, per poi, quasi inspiegabilmente, partire di nuovo – senza che nulla fosse in grado di trattenerlo: «né dolcezza di figlio, né la pietà del vecchio padre, né 'l debito amore lo qual dovea Penelope far lieta»¹³ –, così il nostro legislatore, per nulla appagato, evidentemente, dall'essere per una volta riuscito a trovare un approdo tutto sommato dignitoso.

Il nuovo viaggio, stranamente, non sembra neanche determinato da una chiara idea alternativa. Sulle prime, infatti, la senatrice della Lega Nord Giulia Bongiorno dichiarava di essere pronta a presentare un nuovo disegno di legge in cui la conformità a *ius* degli atti sessuali sarebbe stata subordinata alla presenza di un *consenso riconoscibile* del partner¹⁴, secondo uno schema, solo in apparenza riferibile al "modello tedesco"¹⁵, su cui si dovrà necessariamente tornare¹⁶.

Fatto sta che la norma successivamente elaborata, e assunta quale testo base dalla Commissione Giustizia del Senato lo scorso 22 gennaio¹⁷, per quanto leggermente modificata dopo alcuni giorni¹⁸, non è affatto costruita in questi termini, pur essendo comunque articolata in modo significativamente differente rispetto a quella approvata in prima lettura: scompare infatti il riferimento, quasi identitario, al *consenso libero e*

¹² V., da fonti di stampa, *Salvini contro il ddl stupro: "Legge troppo interpretabile". Ma La Russa: "Meloni su questo non fa nessun passo indietro"*, in *Il Fatto Quotidiano*, 26 novembre 2025.

¹³ Dante, *Inferno*, XXVI, 94-96.

¹⁴ V. Ddl stupri, *Bongiorno proporrà un testo con il consenso riconoscibile*, in *Ansa*, 7 gennaio 2026.

¹⁵ Il § 177 StGB, al primo comma, incrimina il fatto di chi compia atti sessuali su un'altra persona contro la volontà riconoscibile di quest'ultima. Abbastanza evidente come le due locuzioni abbiano un nucleo di significato sensibilmente differente. Per un'estesa critica a tale modello v. F. MENDITTO, [Ancora in tema di violenza sessuale](#), in *Sist. pen.*, 10 febbraio 2026.

¹⁶ V. *infra*, § 10.

¹⁷ Questo il testo: «Chiunque, contro la volontà di una persona, compie nei confronti della stessa atti sessuali ovvero la induce a compiere o subire i medesimi atti è punito con la reclusione da sei a dodici anni.

La volontà contraria all'atto sessuale deve essere valutata tenendo conto della situazione e del contesto in cui il fatto è commesso. L'atto sessuale è contrario alla volontà della persona anche quando è commesso a sorpresa ovvero approfittando della impossibilità della persona stessa, nelle circostanze del caso concreto, di esprimere il proprio dissenso.

La pena è della reclusione da sette a tredici anni se il fatto è commesso mediante violenza o minaccia, abuso di autorità ovvero approfittando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa.

La pena è diminuita in misura non eccedente i due terzi quando, per le modalità della condotta e per le circostanze del caso concreto, nonché in considerazione del danno fisico o psichico arrecato alla persona offesa, il fatto risulti di minore gravità.»

¹⁸ La modifica attiene all'innalzamento dei limiti edittali, che, per l'ipotesi base, andavano originariamente da sei a dodici anni di reclusione, per quella "violenta", di cui al comma 2, da sei a dodici.

attuale, fulcro della prima disposizione, e la tipicità viene incentrata sugli atti sessuali realizzati *contro la volontà* del “partner”. Inalterati i limiti edittali, dai sei ai dodici anni di reclusione, se ne prevede nel contempo un innalzamento, da sette a tredici, «*se il fatto è commesso mediante violenza o minaccia, abuso di autorità ovvero approfittando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa*».

In relazione all’ipotesi aggravata, va immediatamente rilevato un indiscutibile passo in avanti rispetto al testo dell’art. 609-*bis* nella “versione Boldrini”. Anche lì, infatti, al comma 2 vengono richiamate le medesime opzioni modali, senza però che la loro presenza incida sull’entità della sanzione. Le fattispecie base e quella speciale, dunque, vengono sottoposte alla medesima disciplina e alla stessa pena. Ma se la *lex specialis non derogat generali*, anzi la ribadisce, risulta evidentemente priva di qualsiasi ragione di esistenza.

Se approvata in via definitiva, questa disposizione aprirebbe tuttavia orizzonti inaspettati al consueto, incolore destino delle norme pleonastiche, risultando infatti, in un’originale aporia, al contempo inutile e illegittima.

Le ipotesi caratterizzate dalla presenza di violenza – anche della minaccia, quantomeno di un danno qualificato, e dell’abuso delle condizioni di inferiorità o di particolare vulnerabilità della vittima – vanno infatti doverosamente eccepite in ragione di un evidente, maggior coefficiente di offesa, ma riservando loro una sanzione più elevata¹⁹. Al contrario, equiparare tutto, veicolando il messaggio intrinsecamente criminogeno della “brutalità a costo zero”, e innestandolo, in un insidiosissimo effetto domino, sulla fluida inconsistenza del concetto di atti sessuali, determina non solo l’ipostatizzazione della insostenibile “equivalenza” tra stupro violento e toccamenti fugaci, ma la arricchisce di rinnovata insostenibilità culturale, e di inevitabile disorientamento sul piano della prevenzione generale, contrastando radicalmente con il principio di uguaglianza²⁰.

Rilevando incidentalmente che una riforma equilibrata della materia non può prescindere dall’inserimento di una autonoma fattispecie di molestie sessuali²¹, pressoché imposta dal principio di proporzione, va detto che, prevedendo un aggravamento di pena per l’ipotesi violenta, sul punto il ddl Bongiorno è indiscutibilmente connotato da coefficienti di ragionevolezza, e conseguente legittimità, di gran lunga superiori²² rispetto al ddl Boldrini, così come estremamente apprezzabile

¹⁹ In questo senso, per tutti, G.L. GATTA, [Sul disegno di legge in tema di violenza sessuale e consenso \(“riconoscibile”\): alcune riflessioni, per superare lo stallo al Senato](#), in *Sist. pen.*, 8 gennaio 2026, § 10.

²⁰ Né la presenza dell’attenuante relativa ai casi di minore gravità, prevista al comma 3, potrebbe evidentemente sopperire a una perequazione edittale di afflittività implementata su di un’evidente sperequazione dei parametri di offesa. L’eventuale equiparazione avrebbe peraltro un ulteriore effetto problematico, impedendo la configurabilità di un concorso formale – ad esempio con la violenza privata, pur in una delicata dinamica di specialità reciproca, o con le percosse –, altrimenti plausibile proprio in ragione del non essere più violenza e minaccia elementi essenziali, sia pur in via alternativa, del fatto tipico.

²¹ Cfr. A. CADOPPI, [Violenza sessuale: la svolta verso un modello “consensuale”](#), in *Sist. pen.*, 9 dicembre 2025, § 3.

²² In questo senso, G.L. GATTA, [Violenza sessuale: il modello del dissenso “alla tedesca” nell’emendamento della Sen. Bongiorno al disegno di legge all’esame del Senato](#), in *Sist. pen.*, 23 gennaio 2026, § 2.

è il venir finalmente meno del riferimento alla risibile ipotesi – dal sapore decisamente mitologico o letterario²³ – dell’inganno per sostituzione di persona²⁴.

Ma non è questa, evidentemente, l’alterità più significativa tra i due testi, che riposa, in estrema sintesi, su una tipicità dimidiata nell’alternatività dei suoi “protagonisti”: gli atti sessuali realizzati *senza il consenso libero e attuale* da un lato, *contro la volontà* della vittima dall’altro.

Sul punto si è incentrato un dibattito politico molto serrato. L’opposizione, in particolare, ha fortemente stigmatizzato la soluzione introdotta dal ddl Bongiorno²⁵: da un lato sarebbe infatti elusiva degli impegni presi, dall’altro, e soprattutto, determinerebbe un grave ritorno al passato, ostacolando l’emersione dei fatti di violenza sessuale, non presidiando in modo adeguato la libertà di autodeterminazione della donna, dimostrandosi incapace di farsi carico dei problemi culturali sottesi a questa tipologia di illeciti, ponendo a carico della vittima un insostenibile onere probatorio²⁶. In area culturale omologa, ma espressiva di una specifica sensibilità femminista, si è rilevato che la disposizione rappresenterebbe «un attacco diretto ai diritti delle donne»²⁷, costituendo il sintomo di un «arretramento culturale e giuridico inaccettabile»²⁸, ma anche – il significato qui non mi è molto chiaro, ma suona comunque bene – che «il consenso non è un’opinione, è un diritto»²⁹.

Fatto sta che a fronte di critiche così aspre e radicali – pur dal fondamento a volte sfuggente³⁰ –, in cui si è arrivati perfino a concludere che sarebbe meglio lasciare le cose come stanno piuttosto che approvare una norma «dettata dal patriarcato»³¹, la sen. Bongiorno dichiarava alla stampa che il suo testo costituisce una decisa svolta a favore delle donne, valorizzandone la volontà senza alterare le dinamiche processuali, e prevedendo, per talune ipotesi, perfino una presunzione di dissenso³², e al contempo,

²³ Potremmo infatti pensare a Giacobbe che giace con Lia sostituitasi a Rachele (*Genesi*, 29); a Zeus che assume le sembianze di Anfitrione per generare Ercole con Alcmena; a Isotta, che si fa sostituire da un’ancella per non far scoprire al marito di aver perso la verginità con Tristano, e così via.

²⁴ Si duole della mancata previsione, al contrario, A. CADOPPI, [Violenza sessuale: breve commento al testo proposto dalla Senatrice Bongiorno. Luci ed ombre di una riforma affrettata](#), in *Sist. pen.*, 26 gennaio 2026.

²⁵ V., ad es., *Dip. Politiche di Genere: SENZA CONSENSO È STUPRO!*, in *Fisac CGIL*, 18 febbraio 2026; *Senza consenso è sempre stupro. Il 28 febbraio scendiamo in piazza*, in [www.movimento5stelle.eu](#), 20 febbraio 2026.

²⁶ V. ad es., da area movimentista, *Perché diciamo No al DDL Bongiorno*, in [www.milanoimovimento.com](#), 17 febbraio 2026.

²⁷ V. *Il ddl Bongiorno: scompare il “consenso” e viene introdotto il “dissenso”. Si tratta di un grave arretramento culturale e giuridico inaccettabile*, in [www.linearosa.it](#), 26 gennaio 2026.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Così Fiorella Zabatta, assessore di AV alla Regione Campania, sulla sua pagina Facebook il 15 febbraio 2026.

³⁰ In particolare, sul tema dell’onere della prova, v. P. DI NICOLA TRAVAGLINI, *Chi tace acconsente? Il crepuscolo dell’uomo cacciatore e della donna preda. La riforma dell’art. 609-bis del Codice penale banco di prova culturale*, in *Sist. pen.*, f. 1/2026, p. 159; G.L. GATTA, *Sul disegno di legge in tema di violenza sessuale*, cit., § 3.

³¹ «Meglio nessuna legge che questa legge» scrive infatti la deputata del PD Valeria Valente sul suo profilo Instagram il 31 gennaio 2026. La dichiarazione, della deputata del PD, Michela Di Biase, è riportata in *Ddl stupri, approvato a maggioranza il testo senza «consenso» e con più sanzioni: scoppia la polemica*, in *Il sole 24 ore*, 27 gennaio 2026.

³² V. Bongiorno: «Perché nel Ddl Stupri si parla di “dissenso” e non di “consenso” e cos’è il reato di freezing. Meno sanzioni? Ho accolto i rilievi del Pd», in *Corriere Roma*, 23 gennaio 2026.

nei primi commenti, non si mancava di paventare effetti *nefasti*, in termini di tenuta delle garanzie, se il d.d.l. Boldrini fosse stato approvato³³. La questione, declinata da entrambe “le parti” in termini essenzialmente apodittici, spesso macro-sistemici se non escatologici, in estrema sintesi è sostanzialmente sfuggita di mano.

E così, mentre la dottrina coglie l’occasione per ricordare i diversi modelli di consenso recepiti in ordinamenti di altri Paesi³⁴, rivendicando l’implicita, quasi neotecnistica collocazione in una *comfort zone* scientifica abbastanza estranea al carattere politico del dibattito, da questo risulta incredibilmente assente ogni riferimento a quella giurisprudenza che ha ampiamente dimostrato – qui ancor più che altrove – di non sentirsi minimamente vincolata dalla specificità del dato normativo, e che ben difficilmente, per usare un eufemismo, si lascerà condizionare dalle sfumature assiologiche che connotano, in termini differenziali, le due disposizioni esaminate.

Il discorso, allora, per non disancorarsi completamente dal principio di realtà – mediatore ineludibile tra le spinte pulsionali dell’Es e il mondo esterno³⁵ –, non andrà incentrato esclusivamente sul dato testuale, sublimandolo, un po’ a caso, nell’effimero timore di vendette o nell’epica ipostatizzazione della libertà, ma dovrà essere vagliato essenzialmente alla luce della sua attitudine a incidere sul diritto vivente, concentrandosi – pur con inevitabile, minore compiacimento intellettuale – sulle fattispecie concrete ancor più che su quelle astratte.

2. Una norma “sbagliata”. L’art. 609-bis c.p. al vaglio della giurisprudenza.

Una riforma della materia, comunque, è estremamente opportuna. Rifuggendo la facile tentazione di “dire cose vecchie con un vestito nuovo”, non mi soffermerò sulla storia della normativa vigente, sui suoi limiti, sull’evoluzione giurisprudenziale e sulle opzioni astrattamente perseguibili in una prospettiva di riforma. Non perché non siano aspetti importanti, ma perché se ne è già scritto ampiamente, e qualsiasi lettore avrà estrema facilità a documentarsi.

Mi limito soltanto a rilevare come l’art. 609-bis c.p., nella sua attuale formulazione, sia decisamente una norma “sbagliata”, disallineata dal quadro costituzionale e sovranazionale³⁶, e nel contempo applicata dalla prassi in modo totalmente immaginifico: da un lato una fattispecie astratta strutturata sulla presenza di opzioni modali – violenza, minaccia e abuso di autorità – che ne enfatizzano il carattere

³³ E. AMATI, *La metamorfosi della violenza sessuale e del diritto penale liberale*, in *Diritto di difesa*, 25 novembre 2025.

³⁴ Per tutti, I. MERENDA, *Osservazioni al DDL n. 1715 “Modifica dell’art. 609 bis del codice penale in materia di violenza sessuale e di libera manifestazione del consenso” (testo dell’audizione in Commissione Giustizia del 9.12.25)*, in *Pen. dir. proc.*, 11 dicembre 2025; A. CADOPPI, [Violenza sessuale: brevi riflessioni sul testo approvato dalla Commissione Giustizia del Senato il 27 gennaio](#), in *Sist. pen.*, 6 febbraio 2026.

³⁵ S. FREUD, *L’io e l’es* (1923), Roma, 2010.

³⁶ V., in particolare, l’art. 36 della Convenzione di Istanbul del Consiglio d’Europa dell’11 maggio 2011 sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, ratificata dall’Italia con l. n. 77/2013.

culturalmente oscurantista; dall'altro una giurisprudenza che, insofferente alla modestia assiologica e strutturale del dato normativo, ha ritenuto di prenderne congedo, elaborando un proprio archetipo di violenza sessuale che non ha praticamente più nulla in comune con quello tipizzato all'art. 609-bis³⁷, normalmente applicandolo, peraltro, nella totale elusione di molteplici garanzie ordinamentali³⁸.

Per quanto attiene al primo aspetto, la riforma – in entrambe le sue attuali declinazioni – lascerebbe del tutto impregiudicati i gravi limiti di legittimità che accompagnano la disciplina vigente³⁹. Nella seconda prospettiva, il discorso diviene particolarmente delicato, investendo gli stessi “limiti di funzione”, se così si può dire, che devono connotare il ruolo assolto dalla giurisprudenza in un sistema intimamente disorientato dalle tante ombre che accompagnano il crepuscolo di una democrazia. In proposito, va rilevato come lo spessore pressoché impalpabile del potere legislativo abbia determinato, da un lato, l'assunzione da parte dell'esecutivo di un ruolo quasi monopolista – tra decreti legge e leggi di iniziativa governativa – nella produzione dello *ius scriptum*⁴⁰, dall'altro la trasfigurazione antagonista del giudice in una sorta di *rules maker* post-moderno, un po' giustiziere un po' giusdicente, in un'improbabile sintesi tra i pur iconici paradigmi del “pistolero buono”, alla Clint Eastwood⁴¹, e del *praetor peregrinus*⁴².

Ritornando alla violenza sessuale, uno spiccato approccio vittimo-centrico, coniugato con l'anelito a *fare Giustizia* a prescindere dalle norme⁴³, ha condotto la prassi al totale ripudio del – pur modestissimo – paradigma normativo di cui all'art. 609-bis c.p., e alla sua “riscrittura” *ex novo*, con la tipicità incentrata proprio sul compimento di atti sessuali realizzati in assenza di consenso⁴⁴. Attribuendo nel contempo carattere di prova privilegiata alle dichiarazioni della vittima⁴⁵, presumendone il dissenso⁴⁶ – la differenza tra dissenso e assenza di consenso non sembra infatti essere vissuta con particolare *pathos* dalla giurisprudenza –, inferendo una implicita, decisamente

³⁷ Per tutti, G. M. CALETTI, *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali. Profili storici, comparati e di diritto vivente*, Bologna, 2023.

³⁸ V. G. BALBI, *Legem et iustitiam facere. La giurisprudenza e il delitto di violenza sessuale*, in *La legislazione penale*, 23 novembre 2023, p. 20 ss.

³⁹ V. infra, § 7.

⁴⁰ La cosa, in tempi di percepibile involuzione autoritaria dei modelli ordinamentali, anche nel mondo occidentale, è stata peraltro oggetto di specifica teorizzazione. Per tutti, cfr. E. A. POSNER, A. VERMEULE, *The Executive Unbound. After the Madisonian Republic*, Oxford 2011. Gli Autori, in nome di una rinnovata *Liberal legal theory*, assumono come superata la divisione dei poteri di derivazione illuministico-liberale, costruendo una nuova *rule of law* connotata da fortissima concentrazione dei poteri nelle mani dell'esecutivo.

⁴¹ Si fa qui riferimento, evidentemente, al film *Il buono, il brutto e il cattivo*, regia di Sergio Leone, del 1966.

⁴² In particolare, sulla genesi delle *actiones in factum*, che segnano la presa di distanza più sensibile dal dato normativo formalizzato, resta fondamentale il contributo di V. ARANGIO-RUIZ, *Le formule «in factum conceptae»*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno del suo insegnamento*, v. II, Milano, 1930, p. 419 ss.

⁴³ Cfr. G. BALBI, *Legem et iustitiam facere*, cit., p. 28 s.

⁴⁴ Per tutti, G. M. CALETTI, *Dalla violenza al consenso*, cit., *passim*.

⁴⁵ Così, già Cass. 1 dicembre 2011, n. 44644. Per l'estensione di tale principio anche alle dichiarazioni predibattimentali, Cass. 16 dicembre 2020, n. 12045.

⁴⁶ Tra le altre, Cass. 10 maggio 2023, n. 43220.

problematica, inversione dell'onere della prova⁴⁷. In sintesi, elaborando un “modello applicativo” in cui alcune coordinate che ritenevamo irrinunciabili per un sistema penale democratico risultano smarrite: la legalità, il diritto di difesa, la presunzione di non colpevolezza, l'effetto ostativo del ragionevole dubbio.

Su queste premesse, anche modificare le disposizioni di riferimento, se l'applicazione della legge è vissuta dalla prassi come meramente opzionale, può risultare scarsamente produttivo.

Nel caso di specie, tuttavia, la riforma – in modo più o meno accentuato, ma comunque in entrambe le opzioni oggi sul tavolo – recepisce un modello di violenza sessuale comunque vicino a quello assunto dalla giurisprudenza come paradigma ideal-tipico, il che fa ben sperare circa il tasso di effettività che dovrebbe connotare il “nuovo” art. 609-*bis*.

In questa prospettiva, la riforma costituirebbe comunque un significativo passo avanti rispetto alla disciplina vigente, a quei vuoti di tutela che, quasi “costringendo” la prassi a prescindere dal dato normativo, l'hanno nel contempo indotta ad avviare un meccanismo di autoipoiesi funzionale oramai completamente fuori controllo. Se non avrebbe molto senso, tuttavia, soffermarsi in questa sede sulle possibili aporie, funzionali o sistematiche, del *lex iudicem sequitur*, è anche vero che la necessaria rimodulazione dell'illecito era stata segnalata da lungo tempo anche dalla dottrina⁴⁸, ed è oggi pressoché imposta a livello sovranazionale⁴⁹.

Eppure non mi sembrerebbe intellettualmente onesto investire di eccessiva enfasi il mutamento del paradigma normativo. La modifica è indubbiamente importante, non più strutturando l'incriminazione su stantie opzioni modali, culturalmente indifendibili e del tutto incapaci di garantire una regolamentazione adeguata della materia, e al contempo orientandola verso una doverosa tutela della libertà di autodeterminazione consapevole. In tal modo, peraltro, verrebbe finalmente conferita tipicità a fattispecie concrete che, allo stato, non ne sono *formalmente* investite, pur essendo munite di sicuro disvalore e di piena meritevolezza di pena: non c'è violenza, infatti, non minaccia né abuso di autorità, non costrizione, nei toccamenti furtivi, in quelli “fugaci e repentini”, nell'inganno del ginecologo, e così via.

Ma si tratta di rilievi, lo si accennava, ampiamente superati da una giurisprudenza che già oggi non ha alcuna esitazione a riconoscerne la rilevanza penale,

⁴⁷ Così, ad es., Cass. 19 aprile 2023, n. 19599.

⁴⁸ Già prima della riforma introdotta con la l. n. 66/1996, in dottrina si era evidenziata la necessità di una rimodulazione sul consenso della fattispecie, elidendo i riferimenti, già presenti nell'art. 519 c.p., alla necessaria presenza di indici di costrizione. In particolare, v. M. BERTOLINO, *Libertà sessuale e tutela penale*, Milano, 1993, p. 139 ss. Cfr. anche T. PADOVANI, *Violenza carnale e tutela della libertà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 1312.

⁴⁹ V., in particolare, l'art. 36 della Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa dell'11 maggio 2011 (di cui *supra*, n. 26), e la significativa giurisprudenza della Corte EDU, a partire da M.C. vs Bulgaria, 4 dicembre 2003, n. 621. Sul punto ampiamente, F. MACRÌ *Tipicità e colpevolezza nei reati sessuali di ultima generazione. Centralità del consenso e nuovi modelli di tutela nelle recenti tendenze legislative e scientifiche europee*, Torino, 2025, p. 8 ss.

essendosi via via sbarazzata, *come per incanto*, di tutti i requisiti che l'art. 609-*bis* richiede per conferire rilevanza penale al compimento di atti sessuali⁵⁰.

Se c'è un vuoto di tutela, e *in corpore codicis* c'è senz'altro, se la disposizione va riscritta assumendo il consenso, comunque declinato, a baricentro, e va fatto senz'altro, il problema era già stato ampiamente "risolto" dalla nostra giurisprudenza. Giusto, da parte del legislatore, adeguare il quadro normativo, ma non eccediamo nell'autocelebrazione, perché non si passa alla storia per così poco.

È anche vero che la nuova disposizione non avrebbe il solo effetto di cristallizzare un *acquis* prammatico consolidato, né si inscriverebbe al novero delle disposizioni del tutto inutili da spendere sui social o nei talk show, in quel confuso universo abitato da orsi marsicani, baby gang, oscuri organizzatori di *rave*, reati contro la persona nei pressi delle metropolitane, mendicanti molesti e omicidi nautici. Perché il consenso, quand'anche implementato sul concetto di *volontà contraria*, non costituisce soltanto un elemento essenziale della fattispecie, ma la proiezione normativa del fondamento culturale e politico sotteso alla scelta incriminatrice, ponendo il confine assiologico, e al contempo il presidio ordinamentale, di una libertà fondamentale.

Non ci si potrà allora esimere dal confrontare tra loro il nucleo del ddl Boldrini e del ddl Bongiorno, per verificare, sul piano delle plausibili prospettive prammatiche, se l'approvazione dell'uno oppure dell'altro avrebbe effetti davvero così diversi come si potrebbe immaginare alla luce dall'acceso dibattito politico che accompagna oggi il tema della riforma.

3. Tra libero consenso e volontà contraria.

Realizzare atti sessuali con «*libero consenso o in assenza di una volontà contraria*» – assumendo a riferimento il primo comma dell'art. 609-*bis* nelle due versioni esaminate – sono opzioni fattuali decisamente non sovrapponibili. Il nucleo di significato è infatti apprezzabilmente differente. Prima di approfondire il punto in modo più specifico – perché non c'è dubbio che anche il *consenso libero* pone problemi interpretativi estremamente complessi –, va immediatamente rilevato come la "volontà contraria" non sia né una volontà *potenzialmente* contraria né una volontà assente. Non potendosi, razionalmente, essere contrari a quel che non si conosce – in effetti *nihil volitum nisi praecognitum*⁵¹ –, il requisito risulterà soddisfatto solo se si è consapevoli sia del compimento degli atti sia del loro carattere sessuale. Solo a queste condizioni sarà infatti possibile dissentire dalla loro realizzazione, con conseguente corrispondenza della fattispecie astratta a quella concreta.

⁵⁰ Tra gli altri, G. BALBI, *Legem et iustitiam facere*, cit., p. 1 ss.

⁵¹ La regola, comunemente attribuita a San Tommaso, che in realtà la esprime in termini leggermente differenti – *Ad hoc quod aliquid in appetitum veniat, requiritur quod sit praecognitum* (*Summa Theologiae*, I-II, q. 76, a. 1) –, fu fatta propria dalla Scolastica, e la si ritrova, espressa nei termini ricordati, ancora in G. W. LEIBNIZ, *Nuovi saggi sull'intelletto umano* (1704, pr. ed. 1765), Milano, 2011, I, II, c. XXI.

Ciò non accadrebbe, ad esempio, nei toccamenti improvvisi, negli atti sessuali realizzati su persona in stato di incoscienza o, ancora, qualora l'inganno verta proprio sulla connotazione sessuale dell'atto, come nel caso in cui venga posto in essere nel corso di una visita ginecologica. Tutte ipotesi in cui, assumendo a parametro l'assenza di un consenso libero, concluderemmo invece per la piena conformità al tipo. Incentrando il discorso esclusivamente su queste coordinate, non si potrebbe, allora, che concludere per l'assoluta inadeguatezza del paradigma di violenza sessuale fatto proprio dal ddl Bongiorno, incapace di conferire rilevanza penale a ipotesi caratterizzate da un'intollerabile compressione della libertà di autodeterminazione consapevole.

La critica sarebbe tuttavia ingenerosa, se non decisamente errata. Perché, proprio per ovviare a tali limiti, il progetto inserisce nell'art. 609-bis un terzo comma, alla cui stregua «*l'atto sessuale è contrario alla volontà della persona anche quando è commesso a sorpresa ovvero approfittando della impossibilità della persona stessa, nelle circostanze del caso concreto, di esprimere il proprio dissenso*».

Tale disposizione, in effetti, evidenzia immediatamente l'improprietà della critica sia in relazione ai toccamenti repentini sia agli atti sessuali realizzati con persona in stato di incoscienza, ad esempio in coma, e nel contempo dà agevolmente conto anche dell'ipotesi del *freezing*. Restano tuttavia dei dubbi circa la sua attitudine a ricomprendere l'inganno del ginecologo – o, più ampiamente, qualsiasi forma di inganno che spieghi un effetto decisivo sulla volontà –, nonché tutte quelle ipotesi in cui esista una compressione della libertà di autodeterminazione determinata non direttamente dall'agente, sebbene implementata sulla sua successiva condotta, come nel caso, ad esempio, in cui si abbia un rapporto retribuito con persona vittima di una tratta strumentale allo sfruttamento sessuale.

Qui le divergenze tra le due soluzioni, quantomeno a prima vista, sembrerebbero permanere: il consenso non è libero, infatti, ma nel contempo non può parlarsi di un'assoluta *impossibilità* a esprimere il dissenso, quantomeno intendendo la stessa in termini di possibilità "fisica" di dissentire, sia pur implementata da valutazioni di correlazione sincronica.

Questa conclusione, che evidenzierebbe la presenza di limiti significativi nel paradigma della *volontà contraria*, non è però obbligata. Perché l'esercizio della libertà di autodeterminazione non può prescindere dalla conoscenza di dati ineludibili per poter giungere a una decisione consapevole – non *posso* dissentire dal subire atti sessuali se ignoro che siano tali –, né dall'assenza di fattori, anche psicologici, *lato sensu* costrittivi, tali da condurmi a una risoluzione che, a prescindere dal permanere dell'astratta "possibilità fisica" del diniego, di fatto mi rendano impraticabile, e dunque sostanzialmente *impossibile*, il dissentire – ad esempio il controllo del clan, capillare e violento, sull'esercizio della prostituzione.

Se i nuclei delle due disposizioni – per il tramite di un'interpretazione teleologicamente orientata del comma 3 dell'art. 609-bis (del progetto Bongiorno) – stanno mostrando punti di forte convergenza, si potrebbe tuttavia immaginare l'esistenza di un'intrinseca discrasia strutturale. Mentre il consenso presuppone infatti l'esistenza di una peculiare capacità a esprimerlo – non ne è ad esempio munito il minore di anni quattordici –, lo stesso non vale per il dissenso: chiunque – anche il minore,

l'infermo, chi abbia assunto sostanze, la persona messa alle strette dalla vita o dall'abuso di potere di un superiore – può “validamente” dissentire, e se gli atti sessuali venissero nondimeno realizzati, il fatto acquisirebbe sicuramente rilievo penale.

In altre parole, mentre il consenso, per escludere la tipicità, deve essere “libero”, il dissenso, per conferire tipicità, non necessita di tale requisito.

Il rilievo è intrigante, soprattutto sul piano dommatico, come lo è sempre, in realtà, la scoperta di una disarmonia che incrina i tranquilli confini di una simmetria apparente. Ma il discorso riposa anche qui, plausibilmente, su di un errore di prospettiva, o comunque non è perfettamente centrato. A ben vedere, infatti, la discrasia è più apparente che reale. Perché in presenza di una *volontà contraria*, quali che ne siano le modalità di esplicazione, non c'è neanche un *consenso libero e attuale* al compimento degli atti, e questo del tutto a prescindere da peculiarità individuali, di contesto o di interazione relazionale tra i soggetti coinvolti.

La prospettata distinzione non sembra dunque esprimere alcuna divergenza strutturale in grado di riflettersi sul piano applicativo, né di conferire peculiari complessità al tema esaminato. Non è qui, infatti, che si collocano i reali problemi ermeneutici, ma in una fascia oscura, tendenzialmente comune alle due disposizioni, sia pur circoscritta da una differente perimetrazione sintattica e semantica: quand'è che il consenso, pur prestato, non può ritenersi libero? E quando il dissenso, pur in nessun modo palesato, sottende comunque una *volontà contraria*, tale – ai sensi del ricordato comma 3 – perché non esisteva un'adeguata *possibilità* di esprimerlo?

La risposta ai due quesiti non è necessariamente coincidente, ed è proprio qui, allora, che potrebbe evidenziarsi la più significativa differenza di ampiezza tra le due disposizioni. Trattandosi comunque, in entrambi i casi, di una tassatività “debole”, perché suscettibile di integrazione da parte di molteplici, ed eterogenee fattispecie concrete, è proprio con queste che diviene necessario il confronto, lasciandosi guidare, nella ricostruzione della tipicità, da compagni di strada affidabili, e nel contempo adeguati a orientare la fattispecie a Costituzione: su tutti, la portata offensiva nei confronti del bene tutelato e il principio di colpevolezza.

Quest'ultimo, qui valutato sul piano inconsueto della ricognizione della tipicità, e dunque in funzione strutturalmente selettiva, dovendosi escludere la presenza, all'interno della fattispecie, di quanto non ascrivibile all'agente perché insuscettibile di divenire oggetto di un giudizio di rimprovero⁵².

4. Inattese convergenze.

Il *consenso libero* si presenta decisamente bene⁵³. Molto meglio della *volontà contraria*, che ha una cadenza formale, un inconsueto retrogusto giuridico, che è

⁵² Sul punto, sia consentito rinviare a G. BALBI, *Il “decreto sicurezza” e il suo contesto. Il sistema penale nel crepuscolo della democrazia*, in *La legislazione penale*, 22 luglio 2025, p. 56 ss.

⁵³ Anche se probabilmente non va neanche troppo enfatizzato. Come si è efficacemente notato, infatti, non di rado «l'immagine del sì, espressione esteriore o apparente del consenso, è una comoda copertura». Così, P. DI

intimamente inadeguata a fare la Storia, a *épater les bourgeois*, a *enchanter les gauchistes*, a suscitare opinioni convinte e facezie sottili da parte di chi non sappia nulla del sistema penale e dei suoi principi. È peraltro indiscutibile che il modello “consensuale affermativo” possiede un forte significato euristico, in termini di inversione non solo del paradigma normativo di riferimento, ma anche – o forse soprattutto – di quello culturale⁵⁴.

In termini strutturali, peraltro, tra le due opzioni sembrerebbe cogliersi una significativa differenza: *in un caso* – si è notato – «*si fa carico al destinatario di attenzioni sessuali sgradite di esprimere un dissenso, mentre nell’altro si richiede a chiunque voglia intrattenere un rapporto sessuale di constatare la presenza di un consenso pieno ed autentico*»⁵⁵. La proiezione prammatica di tale distinzione, sicuramente sensibile sul piano simbolico e in termini di evoluzione socio-culturale, appare tuttavia ben difficilmente in grado – soprattutto in tipologie fattuali connotate da un’estremamente problematica riscontrabilità *aliunde*⁵⁶ – di spiegare effetti apprezzabili sul piano prammatico.

Se è peraltro strano rilevare come la stampa⁵⁷, ma anche il Ministro Salvini⁵⁸, in relazione al ddl Boldrini abbia frequentemente fatto riferimento al “consenso informato”, con una singolare proiezione della sessualità – incongrua come poche – all’interno del trattamento medico-chirurgico, è comunque innegabile che l’ipostatizzazione normativa del consenso risulterebbe assiologicamente apprezzabile, ma incamminarci sul piano dei valori potrebbe condurci molto lontano, facendoci incontrare, sulla nostra strada, anche l’essenza più profonda, quella libertà che per Socrate deriva dalla conoscenza⁵⁹, per il Vangelo di Giovanni dalla Verità⁶⁰, per Cicerone dal rispetto della legge⁶¹.

Ho tutta l’impressione, però, che non sia affatto il caso di andare in questa direzione, risultando invece necessario concentrarci sui temi, estremamente delicati, che discendono dal consenso una volta proiettato all’interno del fatto tipico. Si tratta di problemi, peraltro, non di rado coincidenti con quelli determinati dalla *impossibilità a manifestare il dissenso* – non declinabile, lo si è visto, in termini esclusivamente “fisici”⁶² – , equiparata dal ddl Bongiorno al dissenso stesso. Perché se si è impossibilitati a dissentire, non è neanche possibile, evidentemente, consentire liberamente. E così, pur a fronte di opzioni normative indiscutibilmente non omologabili sul piano dei valori, la

NICOLA TRAVAGLINI, *Chi tace acconsente?*, cit., p. 141.

⁵⁴ Sul punto, ampiamente, P. DI NICOLA TRAVAGLINI, *Chi tace acconsente?*, cit., p. 163 ss.

⁵⁵ Così, G. M. CALETTI, *Dalla violenza al consenso*, cit., p. 251.

⁵⁶ In questo senso, B. ROMANO, [Il necessario superamento dell’articolo 609-bis del codice penale in materia di violenza sessuale: tra consenso e dissenso](#), in *Sist. pen.*, 29 gennaio 2026.

⁵⁷ V., ad es., *Violenza donne, dalla Camera ok alla proposta di legge sul consenso informato*, in *LaPresse*, 19 novembre 2025.

⁵⁸ *Salvini contro il ddl stupro*, cit.

⁵⁹ SENOFONTE, *Memorabili*, L. III, C. 9, § 4.

⁶⁰ *Conoscerete la verità, e la verità vi farà liberi*, Gv 8,32.

⁶¹ *Legum servi sumus ut liberi esse possimus*. MARCO TULLIO CICERONE, *Pro Cluentio* (146), [1, 3].

⁶² V. *supra*, § 3.

dimensione maggiormente complessa sul piano prammatico finisce, forse inaspettatamente, per convergere.

5. Sulla tipizzazione del consenso.

In effetti il nostro legislatore, quando nella descrizione della fattispecie fa riferimento al consenso, al dissenso o alla volontà contraria, normalmente indica le condizioni in presenza delle quali gli stessi risultano adeguati a incidere sulla tipicità. Si tratta di condizioni, peraltro, differenti a seconda della specificità dell'illecito su cui sono chiamati a incidere. Il consenso nell'aiuto al suicidio, d'altronde, non può che strutturarsi su coordinate totalmente differenti da quelle relative alla "volontà contraria" del *dominus* nella violazione di domicilio.

Se il *consenso* viene normalmente implementato su un concetto non formale di capacità, la contestuale specificazione dei suoi caratteri – oggettivi o soggettivi, individuali o di contesto –, tende a dar luogo a un concetto intimamente ibrido, una sorta di *capacità naturale normativamente orientata*, vincolata a requisiti, fissati *ex lege*, destinati inevitabilmente a riflettersi anche sul piano della tipicità.

È quel che accade, ad esempio, nell'art. 593-ter c.p. – l'interruzione di gravidanza non consensuale –, in cui viene esplicitato che «*si considera come non prestato il consenso estorto con violenza o minaccia ovvero carpito con l'inganno*»; o nell'art. 579 c.p. – l'omicidio del consenziente –, che prevede la medesima regola integrata dal consenso estorto con «*suggestione*», disponendone l'ulteriore irrilevanza se prestato da un minore di anni diciotto, dall'infermo di mente o da persona in condizioni di deficienza psichica determinata da infermità o da abuso di sostanze. Le stesse condizioni sono peraltro richiamate anche dal comma 2 dell'art. 613 c.p. in relazione al delitto di stato di incapacità procurato mediante violenza.

Nella violazione di domicilio (art. 614 c.p.), il dissenso è invece declinato nei termini di contrasto con la volontà, espressa o tacita, del titolare dello *ius excludendi*, oppure di introduzione – o permanenza – «*clandestina o con l'inganno*».

La stessa Corte costituzionale, nel ravvisare la parziale illegittimità dell'istigazione o aiuto al suicidio (art. 580 c.p.), fattispecie in cui il volontario ricorrere all'altrui aiuto si avvicina non poco alle dinamiche psicologiche e modali del consenso, ne ha ridefinito la tipicità richiedendo condizioni "di contesto" tassative, solo in presenza delle quali la volontà conforme del destinatario dell'aiuto escluderà la rilevanza penale del fatto⁶³.

L'art. 609-bis, sia nella versione del ddl Bongiorno sia in quella del ddl Boldrini, si discosta da questo schema. Per quanto riguarda quest'ultimo, va detto che qualificare il consenso in termini di libertà vale molto sul piano simbolico e valoriale, ma non altrettanto sul piano della riconoscibilità, trattandosi di un concetto declinabile in modi tra loro molto diversi. È anche vero che la locuzione ritrova un precedente nell'art. 1,

⁶³ V. Corte cost., sentenza n. 242, 25 settembre 2019.

comma 1, l. n. 219, 22 dicembre 2017⁶⁴: «Nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge»⁶⁵.

Anche se, in termini di razionalità di scopo, non c'è alcun motivo per ritenere che i requisiti di validità del consenso nel fine vita o nel trattamento medico-chirurgico debbano corrispondere a quelli rilevanti in materia di autodeterminazione sessuale, va comunque rilevato, in ossequio all'omologia semantica, che in relazione alla normativa del 2017 sia la dottrina⁶⁶ sia la giurisprudenza⁶⁷ hanno posto l'attenzione essenzialmente sul carattere *informato* del consenso, affrontandone la *libertà* in modo sfuggente, vuoi nei termini di una parziale endiadi – il consenso non è libero se non adeguatamente informato⁶⁸ –, vuoi nella reiterazione, abbastanza acritica, di consuete clausole di stile – non devono essere presenti vizi della volontà, e il soggetto deve possedere una capacità adeguata a fornire il consenso⁶⁹.

È la stessa legge del 2017, però, a fissare regole esplicite in tema di capacità – soprattutto in relazione al consenso di minori o incapaci (art. 3) – totalmente divergenti da quelle che operano in materia di autodeterminazione sessuale ai sensi degli artt. 609-*bis*, comma 2 n. 1, e 609-*quater* c.p.⁷⁰, ponendo nel contempo a fondamento del “consenso libero”, quale regola generale, la presenza della capacità di intendere e di volere in capo a chi lo abbia prestato (art. 4). In sintesi, ci troviamo anche qui al cospetto di un'accentuata normativizzazione di contesto, che risponde bene alle istanze del suo ambito applicativo, ma che non è in alcun modo “esportabile” alla materia sessuale.

In altre parole, posto che i requisiti di efficacia mutano a seconda della specificità della fattispecie, che la locuzione “libero consenso” è intimamente polisemica, che l'impossibilità di dissentire non può essere letta in termini soltanto “fisici”, diviene necessario domandarsi se l'assenza, in entrambi i progetti di riforma, di qualsiasi riferimento implementato sulla specificità – soggettiva, interpersonale o di contesto –

⁶⁴ “Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento”.

⁶⁵ In proposito, va rilevato come l'art. 5 della Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina del 4 aprile 1997, ratificata dall'Italia con L. 28 marzo 2001, n. 145, disponga che «un trattamento sanitario può essere praticato solo se la persona interessata abbia prestato il proprio consenso libero ed informato». Nel contempo, l'art. 3 della Carta di Nizza del 7 dicembre 2000, dispone che nell'ambito della medicina e della biologia deve essere in particolare rispettato, tra gli altri, «il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge».

⁶⁶ Sul tema, per tutti, cfr. L. EUSEBI, *Il consenso informato e le disposizioni anticipate di trattamento*, in M. OLIVA, M. CAPUTO (a cura di), *Itinerari di medicina legale e delle responsabilità in campo sanitario*, Torino, 2021, p. 418 ss.; C. CUPELLI, *Consenso informato, autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: profili penali*, in *Discrimen*, 15 ottobre 2018.

⁶⁷ Sul punto, fondamentale la ricostruzione operata da Corte cost., sentenza n. 438 del 15 dicembre 2008. Per la giurisprudenza di legittimità cfr., tra le tante, Cass., 30 settembre 2022, n. 48944; Cass., 14 settembre 2022, n. 48619.

⁶⁸ Per tutte, Cass., 11 luglio 2001, n. 1572.

⁶⁹ Da ultima, Cass. civ., ord. 10 febbraio 2026, n. 2968.

⁷⁰ Il riferimento a tali disposizioni, oggi vigenti, appare congruente anche se il discorso è qui incentrato sulla normativa che discenderebbe dall'eventuale approvazione definitiva della riforma. La regola di cui all'attuale art. 609-*bis*, comma 2 n. 1, sarebbe infatti recepita dal nuovo testo dell'art. 609-*bis*, e l'art. 609-*quater* non sarebbe modificato dalla riforma.

della violenza sessuale costituisca un *vulnus* nella riconoscibilità del fatto oggetto di incriminazione.

Il problema, tipologicamente riferibile a un dubbio tutt'altro che inconsueto nell'ermeneutica penale, assume connotazioni peculiari, perché la volontà – comunque declinata – qui non assolve solo una funzione dirimente sul piano della tipicità, segnando il confine assiologico, e al contempo il presidio ordinamentale, di una libertà fondamentale. Mai come in questo contesto, insomma, non si dovrebbe sbagliare.

5.1. *Gli incerti limiti del consenso nell'elaborazione giurisprudenziale.*

Sono più di vent'anni che la prassi – pur declinandolo in modo non sempre omogeneo⁷¹ – ha posto il consenso alla base della struttura della violenza sessuale. Eppure, ricercare nel diritto vivente indizi davvero utili a conferire concretezza alla fattispecie è un'impresa non particolarmente produttiva. L'impressione, infatti, è che la nostra giurisprudenza, nel rielaborarne radicalmente la struttura, non abbia tenuto conto del fatto che avocare a sé la funzione legislativa non è un'operazione “a costo zero”, implicando la necessità che il meta-dato normativo risulti comunque conforme ai canoni della determinatezza e, conseguentemente, della riconoscibilità.

In proposito, va innanzitutto rilevato come, nella prassi, si ritrovi non di rado il riferimento al dissenso⁷², ma anche, e più frequentemente, all'assenza di un *consenso libero*, oppure di un *consenso valido*, senza comunque che di tali concetti venga fornita alcuna chiara ricostruzione, né in termini di convergenza né di possibile diversità. Si tratta di riferimenti, infatti, normalmente inseriti in affermazioni abbastanza apodittiche, il cui carattere assertivo – «senza un consenso libero, ma piuttosto frutto di paura»⁷³; «in una situazione in cui non era ipotizzabile alcun consenso libero della ragazza»⁷⁴; «non vi fu da parte della vittima un consenso libero, ma un consenso “coartato”»⁷⁵, e così via – tende a fondare l'avvenuta integrazione della fattispecie sulla base, essenzialmente, del senso comune.

Le cose non cambiano neanche nei casi in cui “validità” e “libertà” del consenso si incontrano, seppur fugacemente – la situazione era tale «da escludere che [...] agisse in piena libertà morale e con un consenso valido»⁷⁶; «esso deve essere “libero” e “validamente” prestato»⁷⁷ –, al punto che la loro convergenza sembra risolversi, ancora una volta, più in un'endiadi che in una reale interazione contenutistica.

Chi dovesse ritenere che il ddl Bongiorno, qualora approvato, risolverebbe il problema, incentrando la tipicità sul – meno problematico – concetto di dissenso, sarebbe decisamente in errore, perché, lo si diceva, la dimensione “critica” non attiene ai casi di

⁷¹ Per tutti, G. M. CALETTI, *Dalla violenza al consenso*, cit., p. 175 ss.

⁷² Tra le altre, Cass. 19 giugno 2002, n. 32513; Cass., 10 dicembre 2003, n. 2969.

⁷³ Corte App. Trento, 6 dicembre 2023, n. 211.

⁷⁴ Cass., 2 settembre 2021, n. 32635.

⁷⁵ Cass., 20 aprile 2011, n. 15637.

⁷⁶ Cass. 15 novembre 2013, n. 45931.

⁷⁷ Cass., 14 novembre 2025, n. 37173.

dissenso manifestato o comunque riconoscibile, che risulteranno infatti penalmente rilevanti a prescindere dallo specifico della declinazione normativa, ma a quelli connotati dall'impossibilità di dissentire, tendenzialmente sovrapponibili a quelli in cui risulti assente la possibilità di esprimere un consenso libero: quella "zona oscura", dunque, in cui né la presenza del consenso, né l'assenza del dissenso, inferiscono la conformità a *ius*. Non è facile delimitarne le coordinate, ma un primo approccio ricostruttivo, quantomeno in termini generali, non è più rinviabile.

Si tratta, peraltro, di un ambito dal contenuto intrinsecamente eterogeneo, che a prima vista sembrerebbe ritrovare il proprio dato connettivo, la trama comune, nella presenza di forti condizionamenti sulla volontà della vittima, tali da incidere in modo decisivo sulle sue scelte, al punto da non farle corrispondere a quelle che avrebbe compiuto in loro assenza. Non sarebbe tuttavia difficile, con un po' di attenzione, cogliere il carattere abbastanza inconsistente di una "perimetrazione" operata in questi termini.

Non solo perché chiama in causa improponibili, ed evidentemente non verificabili, *sliding doors*, ma soprattutto perché è difficile negare – pur senza assumere in alcun modo a riferimento modelli neo o vetero-deterministici – che le nostre scelte, ancor più se coinvolgenti sul piano esistenziale, sono normalmente condizionate da accentuate inferenze di contesto, oggettive o soggettive. E questo sia quando costituiscano l'esito di una valutazione razionale, sia quando discendano da pulsioni accentuatamente emozionali⁷⁸.

Dietro la scelta di compiere atti sessuali può infatti esserci un freddo calcolo, un sentimento sincero, una sensazione piacevole, il desiderio di lasciarsi andare in una romantica sera d'estate, un certo timore, una forte attrazione, un'aspettativa virtuosa oppure opportunistica, una *revanche* lungamente cercata, e così via. È peraltro plausibile, in realtà quasi inevitabile, che le scelte compiute non siano l'esito di un unico fattore "condizionante", ma di un bilanciamento tra una pluralità di motivazioni. In effetti, viene da pensare che la libertà di autodeterminazione consapevole è preservata quando esiste la possibilità di operare questo bilanciamento in piena conformità ai propri valori, alle proprie speranze, alle proprie necessità, ai propri desideri, in sintesi, al proprio "modo di essere", seppure proiettato nello specifico di quel luogo e quell'istante.

Vi sono tuttavia ipotesi in cui uno dei fattori condizionanti è a tal punto "assorbente" da ostacolare, se non impedire, la corretta fisiologia del processo valutativo. Se inizia qui ad avvertirsi la sgradevole sensazione di un plausibile deficit di libertà, è quantomai necessario evitare di giungere a conclusioni affrettate: acconsentire – pur abbandonando le cautele e l'attenta ponderazione di tutta una vita – perché follemente innamorati o perché terribilmente spaventati, sono infatti situazioni che, per quanto accomunate dalla presenza di un'emozione travolgente, non risultano in alcun modo comparabili.

⁷⁸ Sul punto, di particolare interesse, D. KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci* (2011), Milano, 2020.

6. Le prospettive di riforma al confronto con la “zona grigia”. a) L’assunzione di sostanze tra approfittamento e intangibilità sessuale.

Abbiamo visto come la nostra giurisprudenza – qui indiscutibile interlocutore privilegiato – abbia “elaborato” una fattispecie di violenza sessuale dai contorni decisamente vaghi, incentrata su quel consenso sempre evocato e mai oggetto di un adeguato sguardo ricostruttivo⁷⁹. Non stupirà, allora, che la ricognizione della tassatività sia alle volte “sfuggita di mano”, soprattutto in relazione a uno dei casi maggiormente delicati, per quanto tutt’altro che infrequente: i rapporti intrattenuti con persona che abbia assunto “sostanze”.

L’ipotesi, infatti, è stata a volte ricondotta dalla prassi alla violenza sessuale per costrizione di cui al primo comma dell’art. 609-*bis*⁸⁰, che, privata “ermeneuticamente” di tutti i suoi requisiti originari, risulterebbe integrata da ogni atto sessuale realizzato in assenza di un valido/libero consenso; altre volte – ponendosi l’accento sulle «*condizioni di inferiorità fisica o psichica*» in cui versa la vittima – alla diversa fattispecie di cui al secondo comma della disposizione⁸¹.

La differenza non è da poco. Nella struttura di quest’ultima, infatti, la prassi ha sì “soppresso” il requisito dell’induzione⁸², ma non quello dell’abuso delle condizioni di inferiorità. Per la configurabilità dell’illecito, in questa seconda prospettiva, non sarebbe dunque sufficiente che il/la partner abbia assunto sostanze, risultando altresì necessaria la strumentalizzazione, da parte dell’agente, delle conseguenti condizioni di inferiorità⁸³.

Se il problema è estremamente rilevante, dunque, già alla luce del diritto vigente, risulta inevitabile interrogarsi circa l’attitudine delle prospettate opzioni di riforma a modificarne le coordinate.

In proposito – e fermo restando che la giurisprudenza potrebbe continuare a ignorare con *nonchalance* qualsiasi disposizione in materia, indipendentemente dalla loro eventuale modifica –, va detto che i due disegni di legge si caratterizzano per una indiscutibile differenza testuale.

Il ddl Boldrini fa infatti riferimento alla sola assenza di un consenso libero, mentre il ddl Bongiorno richiede che l’agente *abbia approfittato* della impossibilità della vittima di esprimere il dissenso. Nel primo caso solo un dato fattuale, che deve evidentemente essere oggetto di conoscenza da parte dell’agente, senza tuttavia la necessità che si proietti in peculiari dinamiche realizzative del fatto; nel secondo – al contrario – una precisa opzione modale, necessaria per conferire tipicità. La “prima norma”, dunque, avrebbe un’ampiezza decisamente maggiore della seconda.

⁷⁹ Sulla necessità di definire il concetto di consenso, G. L. GATTA, *Sul disegno di legge in tema di violenza sessuale*, cit., § 6. In proposito, di particolare interesse i rilievi di P. DI NICOLA TRAVAGLINI, *Chi tace acconsente?*, cit., p. 141 ss.

⁸⁰ Ad es., Cass., 20 ottobre 2025, n. 34181; Cass., 14 novembre 2025, n. 37173.

⁸¹ Ad es., Cass., 8 maggio 2025, n. 31847; Cass., 29 aprile 2025, n. 23111.

⁸² Tra le altre, Cass., 15 dicembre 2023, n. 11168. In particolare, per la configurabilità dell’illecito anche nell’ipotesi di iniziativa presa dalla vittima, e dunque di assenza di “induzione” da parte dell’agente, v. Cass., 21 agosto 2019, n. 36272.

⁸³ Così, tra le altre, Cass., 8 maggio 2025, n. 31847.

Da essa, infatti, sembrerebbe evincersi l'esistenza di un preciso obbligo di astensione, penalmente sanzionato, dal compimento di atti sessuali con persona che nella lata immediatezza abbia fatto uso di sostanze, o che sia comunque ancora soggetta agli effetti psico-attivi delle relative componenti: se l'assunzione ha posto il soggetto in condizioni di particolare vulnerabilità, alterando in modo significativo le dinamiche del processo decisionale, il suo eventuale consenso non sarebbe infatti "libero", e il fatto acquisirebbe, per ciò solo, rilevanza penale. Questo non accadrebbe, invece, nello "schema Bongiorno", in cui la consapevolezza dovrebbe trasfondersi, secondo il parametro dell'*approfittamento*, nelle modalità realizzative del fatto.

È però anche vero che quello di *approfittamento* è concetto ambiguo, declinabile in termini anche molto diversi tra loro: come *sfruttamento a proprio vantaggio*, ed è quel che accade nell'intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro di cui all'art. 603-bis c.p.⁸⁴; come un semplice *cogliere l'occasione*, lettura consueta dell'aggravante comune della minorata difesa di cui all'art. 61, n. 5, c.p.⁸⁵; oppure, ancora, in termini di mera consapevolezza, come accade nel peculato mediante profitto dell'errore altrui ex art. 316 c.p., in cui i, pur presenti, riferimenti al *cogliere vantaggio* tendono comunque a dissolversi in locuzioni poco più che pleonastiche, perché espressive di un dato ritenuto sostanzialmente *in re ipsa*⁸⁶.

Non è difficile immaginare che la nostra giurisprudenza, che da tempo opera in termini di costante ampliamento dell'ambito di tipicità della violenza sessuale, con ogni probabilità farebbe sua quest'ultima accezione, di fatto elidendo la differenza testuale tra i due progetti, e, quel che è più importante, ritenendo il fatto integrato dalla semplice consapevolezza dell'altrui stato di "inferiorità". Sempre che perfino questo dato, come oggi accade, non venga ritenuto irrilevante perché incongruamente ricondotto all'art. 5 c.p.⁸⁷, o parzialmente irrilevante, nell'altrettanto incongrua riconduzione all'art. 59, comma 4⁸⁸.

Questa soluzione – cui di fatto consegue l'intangibilità sessuale dell'assuntore di sostanze – potrebbe essere ritenuta corretta da chi, trascinato dall'impeto della propria coscienza civile, abbia tuttavia dimenticato di porsi alcune domande. La prima, dal tenore quantomeno imbarazzante: di quali sostanze stiamo parlando?

La questione, a ben vedere, non può essere risolta con un icastico rinvio alle tabelle di cui al D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, il testo unico sugli stupefacenti⁸⁹, perché totalmente estranee al tema qui affrontato. Vi si ritrovano, infatti, molecole che non hanno alcun effetto psicogeno, su tutte gli steroidi, e non, ad esempio, l'alcool, il cui

⁸⁴ In particolare, nell'ipotesi di cui al comma 1, n. 1, di quella disposizione. In questo senso, ad es., Cass., 15 settembre 2022, n. 6339.

⁸⁵ Ad es., Cass., 1 luglio 2020, n. 28322.

⁸⁶ V. Cass., 15 dicembre 2015, n. 6658.

⁸⁷ Tra le altre, Cass., 26 settembre 2025, n. 32031.

⁸⁸ Così, Cass., 30 dicembre 2024, n. 47582.

⁸⁹ Più esattamente, si tratta del *Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza*, peraltro periodicamente aggiornato, sul piano tecnico, con decreto del Ministro della Salute. Per l'attuale formulazione, v. D.M. 28 marzo 2024.

abuso, anche occasionale, può ampiamente incidere – con la sovrapproduzione di endorfine – sull’equilibrio del piano decisionale.

D’altronde, se qui il discorso è declinato in termini di tutela di soggetti fragili, le coordinate da assumere a riferimento sono diametralmente altre rispetto a quelle “consuete”, sulla cui base l’assuntore di sostanze, più che di tutela, è destinatario di stigma, segnalazione al Prefetto e sospensione della patente. Verrebbe da pensare a un’ucronia finalmente virtuosa, ma i punti di riferimento, in un sistema intimamente ostile ai soggetti non allineati, sono davvero pochi.

Tuttavia, a ben vedere, la “domanda” era meno centrata di quanto a prima vista avrebbe potuto sembrare. Ci stiamo pur sempre confrontando, infatti, con una fattispecie “a contesto libero”. La specificità della sostanza assunta – si tratti di alcool, fentanil, ossicodone, eroina o altro –, non ha, in effetti, un rilievo peculiare, né appare rilevante l’assenza di una sua previa tipizzazione; la stessa assunzione, d’altronde, non può essere apprezzata in valore assoluto, interagendo con essa anche dati ulteriori, di ordine vuoi oggettivo – ad esempio la quantità –, vuoi soggettivo – come lo standard individuale di tolleranza o l’eventuale assuefazione alla sostanza.

Quel che rileva, in effetti, non è tanto l’avvenuta assunzione, quanto il conseguente stato di alterazione, tale da incrinare la fisiologia delle dinamiche sottese all’esercizio della libertà di autodeterminazione consapevole. Qualora l’agente non lo colga, il fatto non sarà penalmente rilevante, e questo anche nel caso in cui un agente accorto lo avrebbe ravvisato. Lo scarto tra lo standard di diligenza dell’agente storico e quello di un agente virtuale tipologicamente non dissimile dall’agente modello, è infatti apprezzabile, evidentemente, sull’esclusivo piano della colpa. In assenza di una espressa previsione – che sarebbe quantomai opportuna per garantire alla materia una regolamentazione equilibrata, ma che allo stato non è presente né prevista dai ricordati progetti di riforma –, sarà dunque doveroso concludere per l’irrilevanza penale del fatto. È pur vero che la nostra giurisprudenza è di diverso avviso⁹⁰, e che tale orientamento difficilmente muterà a prescindere dallo specifico della norma che verrà introdotta all’art. 609-bis, ma le regole costituzionali – dal principio di legalità a quello di colpevolezza – conducono inevitabilmente a tale conclusione, e la loro cogenza non si attenua, evidentemente, per il sol fatto che la prassi finora non vi si sia attenuta.

Per il momento, tornando a noi, risulta necessario confrontare le prime conclusioni cui siamo pervenuti in tema di assunzione di sostanze, per quanto parziali e ancora ampiamente incomplete, con la tematica, teleologicamente non dissimile, degli atti sessuali realizzati con persona affetta da infermità di mente.

⁹⁰ V. *infra*, § 7. Sul punto, più ampiamente, G. BALBI, *Legem et iustitiam facere*, cit., p. 23 ss. Cfr. anche I. IOVINELLA, *Problemi e prospettive dell’errore sul consenso nella violenza sessuale ex art. 609-bis c.p.*, in *Pen. dir. proc.*, 15 dicembre 2025.

6.1. b) *L'inferiorità fisica o psichica.*

Come è noto, l'art. 519, comma 2, n. 3, del codice del '30 disponeva la sostanziale intangibilità sessuale delle persone che non «*fossero in grado di resistere a causa della propria inferiorità psichica o fisica*», prevedendo, senza richiedere alcuna altra condizione, la rilevanza penale del rapporto. La soluzione era peraltro estesa dall'art. 521 anche agli atti di libidine. Una scelta di iper-tutela a tal punto esasperata da risultare ampiamente penalizzante per l'infermo, che si vedeva infatti privato del diritto a vivere la propria sessualità.

L'estrema criticità della soluzione, peraltro, era stata diffusamente rilevata⁹¹. Non è dunque un caso che la disciplina introdotta dalla riforma del 1996, nel subordinare la rilevanza penale alla sola ipotesi di strumentalizzazione dell'infermità al compimento di atti sessuali, sia stata diffusamente accolta, sin dalla sua genesi, da valutazioni positive⁹², anche orientate in termini valoriali, in ragione della sua attitudine a comporre in modo equilibrato istanze diverse, ma comunque fondamentali e non sacrificabili.

Se la riforma incentrasse davvero la tipicità sull'assenza di un consenso libero, o sull'impossibilità di dissentire determinata da un fattore impropriamente condizionante, vi sarebbe il rischio di un inatteso passo indietro. La presenza stessa dell'infermità, in questa prospettiva, potrebbe infatti ritenersi di per sé sola adeguata a inferire la tipicità, mettendo nuovamente in discussione un diritto fondamentale sulla base di una valutazione che, pur declinata in termini di tutela, ritroverebbe nel controllo sociale il suo incombente convitato di pietra.

Non ritengo, tuttavia, che questa soluzione sarebbe corretta. Contro di essa depone, infatti, proprio la necessità di modulare la ricostruzione del fatto, controintuitivamente esaltata da una inevitabile "tipicità debole", su coordinate costituzionalmente pregnanti. Il sacrificio di una libertà fondamentale, rilevante ai sensi sia dell'art. 2 sia dell'art. 13 Cost., non potrà mai, infatti, costituire l'esito di un bilanciamento che la veda soccombere a fronte della superfetazione di istanze di protezione quantomeno ambigue, e comunque declinate in modo sicuramente improprio, perché un diritto non si tutela sopprimendolo, trasfigurando in termini liberticidi le esigenze di protezione, ma attraverso una regolamentazione che valorizzi, in modo equilibrato, le possibilità di esercitarlo.

Ecco allora, sulla base di un attento bilanciamento dei valori coinvolti, che la rilevanza penale andrà qui riconosciuta solo a ipotesi connotate da una strumentalizzazione dell'infermità funzionale al compimento degli atti sessuali. Perché l'ordinamento non può sopprimere il diritto dell'infermo a vivere la sua vita, anche, eventualmente, commettendo errori. Ma deve tutelarla in presenza di un'aggressione alla sua libertà, tanto più preziosa perché quantomai fragile.

⁹¹ Per tutti, L. MONACO, *Itinerari e prospettive di riforma del diritto penale sessuale*, in *Stud. Urb.*, 1988-89/1989-90, p. 453.

⁹² Tra gli altri, M. BERTOLINO, *Garantismo e scopi di tutela nella nuova disciplina dei reati di violenza sessuale*, in *Jus*, 1997, p. 63 s.; G. BALBI, voce *Violenza sessuale*, in *Enc. Giur.*, aggiornamento, v. VII, Roma, 1999, p. 12 s.

6.2. *Le due ipotesi a confronto.*

Inevitabile domandarsi, ricongiungendoci così alle premesse – e in realtà rimettendole in discussione –, se le medesime conclusioni debbano essere estese anche all’ipotesi in cui uno dei soggetti abbia riconoscibilmente assunto sostanze.

Si potrebbe obiettare che qui le cose sono molto diverse, essenzialmente per il carattere transitorio del deficit conseguente all’assunzione. Porre in capo ai consociati un obbligo di astensione non darebbe luogo, infatti, a una problematica ipotesi di intangibilità, ma solo alla compressione temporanea di una libertà destinata comunque a riespandersi, peraltro legittimamente operabile perché proporzionata a ragionevoli istanze di tutela⁹³. Nulla sembrerebbe ostare, allora, a ritenere che la tipicità risulti qui integrata dal solo compimento degli atti sessuali.

Le cose, tuttavia, non sono così semplici, e l’esattezza della conclusione tutt’altro che scontata. La prima criticità attiene al caso in cui l’assuntore sia un cronico intossicato da alcool o da sostanze stupefacenti, ipotesi cui il nostro ordinamento riconosce, *ex art.* 95 c.p., valore di malattia. Ritenere che tale omologazione valga quando il soggetto rivesta il ruolo di autore, e non – come qui accade – di potenziale vittima, sarebbe decisamente arbitrario, e invero privo di qualsiasi riconoscibile razionalità sistematica.

Ma a questo punto sorge un problema, perché, *in assenza di strumentalizzazione*, compiere atti sessuali con assuntore “affetto” da cronica intossicazione sarebbe conforme a *ius* – in ragione dell’equiparazione all’infermo di mente e di una libertà destinata a non riespandersi. Se si trattasse invece di un assuntore occasionale, gli estremi della violenza sessuale risulterebbero integrati.

Questa conclusione non convince. Innanzitutto perché incompatibile con il principio di uguaglianza – l’implementazione o meno dell’assunzione di sostanze su di uno stato *lato sensu* patologico non giustifica, infatti, una selezione della tipicità che includa/escluda fattispecie omogenee in termini di incidenza *hic et nunc* sulla libertà di autodeterminazione; ma soprattutto per il contrasto, abbastanza evidente, con il principio di colpevolezza, perché verrebbe posto a carico dell’agente un dato non solo tendenzialmente sfuggente a una plausibile conoscibilità – l’essere il partner assuntore occasionale e non cronico –, ma soprattutto, in quanto estraneo al piano dell’offesa, insuscettibile di divenire oggetto, peraltro dirimente, di un giudizio di rimprovero.

Un’ulteriore, forte, criticità attiene all’ipotesi in cui le sostanze siano state assunte, immaginiamo occasionalmente, da entrambi i soggetti. Qui i punti di riferimento sono strani. Da un lato, infatti, l’assunzione volontaria non incide sulla capacità di intendere e di volere, e dunque sulla responsabilità, dall’altro inciderebbe invece sulla capacità di esprimere un consenso libero, o comunque un dissenso consapevole.

⁹³ Sulla parziale disponibilità del bene della libertà personale, per tutti, v. F. VIGANÒ, *Il delitto di sequestro di persona* (Art. 605), in F. VIGANÒ, C. PIERGALLINI, M. VIZZARDI, A. VERRI, *I Delitti contro la persona. Libertà personale, sessuale e morale*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI, a cura di, *Trattato di Diritto penale*, v. 3, Milano, 2015, p. 15 ss.

È vero che i due piani – quello della tutela e quello della colpevolezza – sono funzionalmente differenti, e che dunque nulla escluderebbe, in astratto, che i relativi parametri ricostruttivi possano divergere, ma se le premesse fossero corrette, il risultato sarebbe che i soggetti – ad esempio due ragazzi di sedici anni che facciano l’amore, oppure si bacino appassionatamente dopo aver bevuto un po’ troppo a una festa – debbano entrambi rispondere di violenza sessuale, con i suoi elevatissimi limiti edittali. E questo perfino nell’ipotesi in cui il giorno successivo, riacquistata piena lucidità, non si dolessero affatto dell’accaduto. La procedibilità sarebbe infatti d’ufficio ai sensi dell’art. 609-*septies*, comma 4, n. 1, e l’art. 609-*bis* è espressamente eccepito dall’art. 131-*bis*, comma 3, n. 3, dai casi in relazione ai quali si può pervenire all’esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto.

Il tema è delicato, e al contempo estremamente sensibile, ma credo che per garantire l’equilibrio del sistema, e non essere travolti da una spirale di incongruente pan-penalizzazione, sia pur ispirata da nobili premesse vittimocentriche, la soluzione più corretta consista nel ritenere⁹⁴ che, anche nel caso di atti sessuali realizzati con chi abbia assunto sostanze, il fatto debba ritenersi tipico solo nel caso di strumentalizzazione, da parte dell’agente, dello stato di alterazione. Da questa prospettiva, il ddl Bongiorno risulta sicuramente meno ambiguo del ddl Boldrini – ripartire da Itaca potrebbe anch’essere, in effetti, una scelta sensata –, anche se sarebbe comunque preferibile, in ragione del carattere insidiosamente fluido del concetto di *profittamento*, utilizzare una formula corrispondente a quella oggi prevista dall’art. 609-*bis*, comma 2, n. 1, esplicitando, dunque, il necessario abuso delle condizioni di inferiorità.

6.3. c) La prevaricazione e l’inganno.

Ritornando all’analisi della “zona grigia”, dovrà riconoscersi – pur con la necessità di alcune precisazioni – la rilevanza penale di tutte le ipotesi in cui il consenso sia stato prestato, o il dissenso non manifestato, in seguito a una prevaricazione dell’agente⁹⁵, come nel caso, ad esempio, del professore universitario che lasci intendere come l’unico modo per superare l’esame sia avere con lui un rapporto sessuale. Lo stesso vale, evidentemente, modificando tipologia di contesto e di protagonisti: un servizio fotografico, una parte in un film, la partecipazione a un reality, e così via.

Dovendosi fornire al concetto di *prevaricazione*, sia pur in modo tendenziale, adeguati coefficienti di riconoscibilità, direi che l’attenzione vada posta non tanto su di una generica attitudine orientativa nei confronti dell’altrui decisione, quanto sul carattere “condizionante” in termini di compressione della libertà di autodeterminazione. Il che sicuramente accade in tutti i casi in cui sottrarsi implichi un significativo *revirement* esistenziale – cambiare città, scuola, Ateneo, lavoro, abitudini di

⁹⁴ In questo senso, peraltro, già Cass., 8 maggio 2025, n. 31847.

⁹⁵ Su questa problematica, con particolare attenzione alla letteratura anglosassone, v. gli interessanti rilievi di F. MACRÌ, *Tipicità e colpevolezza nei reati sessuali di ultima generazione*, cit., p. 27 ss.

vita, obiettivi, perfino rinunciare a un sogno –, ma non quando l’alternativa consista in un *commodus discessus* percorribile senza alcun disagio.

A *fortiori*, la tipicità andrà esclusa nel caso in cui la prospettazione dell’agente non limiti, ma addirittura accresca le possibilità di scelta del suo interlocutore, come accadrebbe se il professore indicasse il rapporto sessuale come una modalità alternativa per superare l’esame, ulteriore rispetto alla normale preparazione. Appena il caso di rilevare come, qualora lo studente optasse per la modalità “anomala”, risulterebbero integrati – a carico di entrambi – gli estremi della corruzione propria *ex art. 319 c.p. o*, a seconda delle peculiarità modali e di contesto, dell’induzione indebita a dare o promettere utilità di cui all’art. 319-*quater*.

Una forma ulteriore di prevaricazione, rilevante in ragione della sua intrinseca attitudine a inquinare la fisiologia del processo motivazionale, è l’inganno⁹⁶.

In proposito, credo che il più delicato tra i problemi sottesi al riconoscerne il ruolo modale svolto nell’ambito della fattispecie siano le resistenze culturali a stigmatizzarne gli effetti distorsivi sulle dinamiche decisionali, velate da una trasfigurazione sessista del *licet mercatoribus*, quasi che in questa materia – *in guerra e in amore...* – l’inganno sia solo un modo fantasioso, ma tutto sommato tollerabile, di vincere le altrui resistenze⁹⁷.

Attribuendo “peso zero” alla trasfigurazione in giocoso *divertissement* di lesioni arrecate alla dignità e alla libertà di autodeterminazione consapevole, quel che resta è la piena adeguatezza dell’inganno a integrare le dinamiche del fatto⁹⁸.

Non può negarsi, tuttavia, l’esistenza di una certa difficoltà a inferirne il reale effetto distorsivo sulla risoluzione, ma si tratta di un tema comunque riconducibile ai consueti schemi della causalità psichica⁹⁹. Il problema, peraltro, è estremamente sfumato quando la portata prevaricatrice si palesi *in obiecto*, come ad esempio nel ricordato caso del ginecologo. Nelle altre ipotesi, che incontrano sulla loro strada, per quanto *off label*, perfino l’insidioso paradigma dell’*omnimodo facturatus*¹⁰⁰, spetterà al giudice valutare, in concreto, l’incidenza dell’inganno sull’esito del processo decisionale.

⁹⁶ Sul punto v. ad es., G. M. CALETTI, *Dalla violenza al consenso*, cit., p. 211 ss.

⁹⁷ Che in materia di reati sessuali è innanzitutto necessario sradicare «*tradizionali e comodi assetti di pensiero, rafforzati da radicati pregiudizi inconsci*», è efficacemente evidenziato da P. DI NICOLA TRAVAGLINI, *Chi tace acconsente?*, cit., p. 118.

⁹⁸ Di diverso avviso, A. CADOPPI, *Violenza sessuale: la svolta verso un modello “consensuale”*, cit., § 5. Sul punto, va peraltro rilevato come la nostra giurisprudenza, in talune occasioni, abbia ricondotto le ipotesi di *inganno* consistenti nella falsa attribuzione, da parte dell’agente, un nome di fantasia, di uno stato che non possedeva, di un ruolo sociale che non ricopriva realmente, e così via, al secondo comma del vigente art. 609-*bis*, *sub specie* della sostituzione di persona. In questo senso, ad es., Cass., 27 giugno 2017, n. 55481. Tale soluzione non è corretta: una cosa è sostituirsi ad altra persona, altra infatti, e ben diversa, attribuirsi qualità che non si posseggono.

⁹⁹ Limitandomi ai contributi più recenti, v. M. LAMANUZZI, *L’accertamento causale nelle interazioni psichiche: percorsi giurisprudenziali*, in *Dir. Pen. Proc.*, n. 11/2025, p. 1371 ss.; G. PONTEPRINO, *Il concorso morale nel reato. Il problematico riscontro della causalità psichica*, Torino, 2024, p. 323 ss. e bibliografia ivi citata. In giurisprudenza, per il noto caso dei fatti de L’Aquila, v. Cass., 19 novembre 2015, n. 12478.

¹⁰⁰ Cfr. H. STEEN, *Die Rechtsfigur Des Omnimodo Facturus. Ein Beitrag Zur Abgrenzung Von Anstiftung Und Beihilfe*, Berlino, 2011. L’estrema problematicità del paradigma è efficacemente evidenziata, nella nostra recente letteratura, da E. BASILE, *Consiglio tecnico e responsabilità penale. Il concorso del professionista tramite azioni “neutrali”*, Torino, 2018, p. 77 ss. In giurisprudenza v., ad es., Cass., 30 ottobre 2018, n. 49728.

6.4. d) *La sperequazione esperienziale e posizionale.*

La sperequazione esperienziale, tendenzialmente riconducibile a una rilevante differenza di età, non è di per sé sola adeguata a inferire la tipicità. Innanzitutto, perché il concetto di “rilevante differenza di età” – comunque declinato o epitomizzato – è privo di qualsiasi valore euristico o orientativo. Sotto le mentite spoglie di un dinamico *case by case*, nella sostanziale dissoluzione della tipicità, la differenza di età diverrebbe una sorta di *passé-partout* pronto a giustificare qualsiasi improvvisazione punitiva *stricto* o *lato sensu* eticizzante. In secondo luogo, perché il tema è affrontato espressamente dall’art. 609-*quater* c.p. – non modificato dalle attuali prospettive di riforma –, anche in termini relazionali. Al di sopra dei 14 anni – 16 o 18 nel rapporto con soggetti qualificati –, il nostro ordinamento riconosce la piena libertà di autodeterminazione in materia sessuale, senza subordinarla a peculiarità soggettive, oggettive, individuali o interpersonali. Una soluzione diversa, anche se con plausibile eterogenesi dei fini, si connoterebbe di valenze intimamente autoritarie, determinando la surrettizia compressione di una libertà.

Più delicata l’ipotesi in cui, tra i soggetti, sia ravvisabile una significativa sperequazione posizionale. In questo caso, ci troveremo al cospetto di un’evidente prevaricazione quando si faccia leva, anche implicitamente, sul carattere obliquo del rapporto per determinare il soggetto debole al compimento di atti sessuali.

Diversamente, quando cioè la “disparità” dei ruoli, pur tale *in obiecto*, non venga in alcun modo strumentalizzata per incidere sul processo decisionale, e sempre che non vi sia una volontà contraria manifestata o comunque riconoscibile, dovrà concludersi per la liceità degli atti sessuali realizzati. Questo, per più ordini di motivi.

Innanzitutto perché, altrimenti, le dinamiche ascrittive risulterebbero essenzialmente modulate sullo schema della responsabilità di posizione – sebbene declinato in termini relazionali –, come tale difficilmente conciliabile con il principio di colpevolezza¹⁰¹. In secondo luogo perché la sperequazione non determina necessariamente una compressione della libertà di autodeterminazione, potendo incidere nei modi più diversi sul piano motivazionale – fonte di fascinazione come di scelte opportunistiche –, al punto da non essere razionalmente riconducibile a uno schema presuntivo, nei termini della *praesumptio hominis* ancor prima che in quelli della *praesumptio legis*. In ultimo, perché trasformando l’inopportunità – sicuramente rilevante sul piano deontologico e su quello disciplinare – in illiceità, introdurremmo nell’ordinamento penale istanze di pedagogia morale difficilmente compatibili con la laicità del sistema.

Discorso analogo per il caso in cui la sperequazione non abbia connotazioni di contesto riferibili alla specificità del rapporto interpersonale, ma discenda da una

¹⁰¹ Sull’incompatibilità dei modelli di responsabilità di posizione con il principio di colpevolezza, per tutti, v. A. ALESSANDRI, *Art. 27, primo comma*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO, a cura di, *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1991, p. 16. In giurisprudenza, v. ad es. Cass., 21 giugno 2017, n. 18334.

peculiare, accentuata, fragilità esistenziale, come nel caso, ad esempio, in cui uno dei soggetti versi in uno stato di estrema indigenza.

Anche qui, *a fortiori*, non c'è nulla che consenta di inferire la compressione della libertà di autodeterminazione – in caso contrario staremmo peraltro evocando una perimetrazione della tipicità strutturalmente classista –, salvo che la fragilità non venga, ancora una volta, strumentalizzata per alterare la fisiologia del processo decisionale.

Le cose non cambiano nel caso in cui le medesime dinamiche si collochino nel contesto dell'esercizio della prostituzione. Conclusione qui anzi rafforzata dal rilievo che, altrimenti, la stessa risulterebbe di fatto consentita alle sole escort benestanti, e la – lecita – fruibilità solo a coloro in grado di pagarne le elevate tariffe.

Dedicando ancora attenzione a questo delicatissimo ambito, estremamente sensibile in ragione della possibile vulnerabilità di uno dei soggetti coinvolti, necessita di peculiare cautela, in termini di ricognizione della tipicità, l'ipotesi in cui la realizzazione degli atti sessuali si inserisca all'interno di un più ampio contesto di sopraffazione, avente ad oggetto non il singolo rapporto con uno specifico cliente, ma la stessa, complessiva, attività di prostituzione.

È quel che accade, ad esempio, nel caso – purtroppo non infrequente – di vittime di tratta internazionale, ridotte in uno stato di sostanziale schiavitù strumentalmente al loro sfruttamento sessuale¹⁰².

In questo caso, il “consenso” al compimento degli atti sessuali è frutto di una evidente, estrema prevaricazione, che tuttavia, a differenza dalle ipotesi con cui ci si siamo finora confrontati, è posta in essere da soggetti diversi rispetto all'autore degli atti sessuali (né con lui in alcun modo concorrenti). Il “cliente” potrebbe non saperlo, oppure non capirlo, ma si tratta di dati che riposano sul piano strutturale della colpevolezza e non su quello della tipicità. L'astratta conoscibilità della compressione “a monte” della libertà di autodeterminazione – riferibile a un fenomeno criminoso tutt'altro che ignoto o irriconoscibile nelle sue esplicazioni – la rende infatti legittimamente ascrivibile alla tipologia di opzioni modali idonee a integrare la fattispecie oggettiva. Qui, peraltro, non risulta neanche necessaria una strumentalizzazione da parte dell'agente, perché decidere di avere rapporti con persona riconoscibilmente impossibilitata a dissentire, sottende un'adesione partecipativa – e attualizzante sul piano dell'offesa – a quella prevaricazione esistenziale cui la vittima è soggetta. Sul piano dei principi, dunque, nulla osta a concludere per la configurabilità del fatto, implementato su di una intangibilità che, questa volta, lungi dal determinare la compressione di un diritto, esprime l'estremo tentativo di preservarlo.

È anche vero che l'attitudine della riconosciuta rilevanza penale ad assolvere una funzione deterrente nei confronti dei potenziali clienti, potrebbe esporre le “vittime” a rischi perfino più gravi – si pensi ad esempio al fenomeno della tratta a scopo di rimozione di organi¹⁰³ –, ma tale rilievo, pur non elidibile nella prospettiva di una politica

¹⁰² V., ad es., M. OMIZZOLO, *Schiavizzate e costrette a prostituirsi. Come funziona la tratta nigeriana*, in *L'Eurispes*, 8 febbraio 2019.

¹⁰³ Su questo fenomeno v. ad es. *End of Mission Statement by the United Nations Special Rapporteur on the human rights of internally displaced persons, Mr. Chaloka Beyani, on his visit to Nigeria, 23 to 26 August 2016*, in

criminale equilibrata e consapevole, non risulta di per sé solo in grado di escludere l'avvenuta integrazione, nel caso esaminato, della violenza sessuale.

7. Riscrivere l'art. 609-bis c.p.: un ombrello sotto il temporale?

Incentrare il discorso sul confronto con le fattispecie concrete, soprattutto con le più delicate, è frutto di una scelta determinata da più motivi. Innanzitutto perché è su questo terreno che si può instaurare un dialogo costruttivo con la giurisprudenza, unica mediatrice – sempre, ma qui anche più che altrove – tra il piano delle regole e quello della realtà fenomenica. Sarebbe stato tuttavia improprio connotare l'analisi in termini esclusivamente casistici, intimamente inadeguati a dar conto di un tema dal carattere accentuatamente politico e assiologico, senza provare a valorizzare la dimensione prammatica dei principi, la loro – preziosa e irrinunciabile – attitudine a orientare il giudizio di conformità al tipo.

C'è però anche un'altra ragione sottesa a questa scelta, apparentemente controintuitiva visto che la presenza di una riforma in atto sembrerebbe suggerire, al contrario, un approccio mirato essenzialmente alla fattispecie astratta nelle sue possibili nuove declinazioni.

In effetti, le prospettive di riforma hanno accompagnato costantemente il discorso, ma senza mai assumere il ruolo di reali protagonisti. Il fatto è che, a dispetto di quanto da più parti ripetuto, non esprimono affatto una “rivoluzione epocale”. Non è una *rivoluzione* perché il consenso è già protagonista indiscusso della violenza sessuale nel diritto vivente, e sarebbe anche stata *epocale*, ma in un'altra epoca, diciamo trenta, forse anche venti anni fa. Oggi, al contrario, assume essenzialmente le sembianze – con tutto l'*appeal* che ne consegue – di una *presa d'atto tardiva*, come tale totalmente incapace di incidere sulla prassi, al punto che, qualora fosse approvato uno dei testi in discussione – irrilevante quale –, non vi sarebbe alcun motivo razionale per cui la giurisprudenza dovrebbe modificare i suoi orientamenti.

Lo stesso se si approvasse una disposizione incentrata sull'assenza di un *consenso riconoscibile*, riferimento totalmente incongruo, eppure, nella generale confusione, tornato al centro del dibattito politico¹⁰⁴. Strutturata su questo parametro, a ben vedere, la norma sarebbe anche “peggiore” delle due con cui ci siamo finora confrontati: nel suo prevedere la rilevanza penale degli atti sessuali realizzati anche in presenza del consenso, purché non adeguatamente riconoscibile – e non di una riconoscibile volontà contraria –, formalizzerebbe infatti un codice di deontologia relazionale il cui massimalismo eticizzante si surrogerebbe, in modo totalmente illegittimo, a un evidente deficit di offensività. Certo, ci sarebbe un riferimento esplicito al consenso – e quindi l'onore sarebbe salvo –, ma la norma risulterebbe veramente insulsa.

www.ohchr.org, 26 agosto 2016. Cfr. anche *Nigeria – Tratta di esseri umani*, Rapporto COI, in *www.giurisprudenza.uniroma3.it*, 19 maggio 2020, p. 23 s.

¹⁰⁴ V. E. MESSINA, *Ddl Stupro, si discute se tornare a «consenso riconoscibile»*. *Ipotesi modifiche anche al concetto di «freezing»*, in *La ventisettesima ora – Corriere*, 15 febbraio 2026.

Comunque cambierebbe poco. Entusiasmarsi per il consenso, indignarsi per la volontà contraria, giocare con la semantica, paventare ora qui ora là incombenti inversioni dell'onere della prova, evocare il *freezing* a caso, stigmatizzare il ddl Boldrini perché *troppo interpretabile*, il ddl Bongiorno perché troppo oscurantista, cercare compromessi “al ribasso”, e così via, sono tutte cose, a essere onesti, sostanzialmente prive di senso e, soprattutto, della benché minima incidenza prammatica.

Intendiamoci, l'art. 609-*bis* deve essere riscritto orientandolo al consenso, ma limitare a questo la riforma è utile quanto avere un ombrello sotto un violento temporale. Meglio averlo che non averlo, ma ci si bagna lo stesso. E qui, per rimanere nella metafora, la pioggia è davvero molto forte.

I tanti, gravi problemi che accompagnano l'attuale regolamentazione delle fattispecie di violenza sessuale non vengono, infatti, in nessun modo sfiorati dai progetti in discussione.

Il concetto di *atti sessuali* è totalmente indeterminato¹⁰⁵, e la sua ricostruzione da parte della prassi – dimidiata tra contatti *corpore corpori* con zone erogene¹⁰⁶ e *animus concupiscendi*¹⁰⁷ – spesso lasciata al caso: se ne sono ravvisati gli estremi perfino nel toccamento di un ginocchio¹⁰⁸, ad esempio, ma non nella sodomizzazione violenta¹⁰⁹. E comunque si tratta di un concetto di genere, al cui interno convergono fatti muniti di indici di offesa tra loro incomparabili, dai tocamenti furtivi allo stupro violento, tutti sottoposti al medesimo quadro sanzionatorio¹¹⁰. D'altronde, è la stessa Corte costituzionale, in modo incidentale ma contenutisticamente pregnante¹¹¹, a rilevare come i delitti di violenza sessuale si caratterizzino «*per una notevole latitudine descrittiva atta a coinvolgere una vasta gamma di condotte dal diversificato disvalore, idonee cioè a compromettere il bene giuridico tutelato in maniera profondamente differente*»¹¹². Ed è difficile che una perequazione di afflittività, a fronte di una sperequazione di offensività, non collida con l'art. 3 Cost.¹¹³

Tuttavia, i problemi – anche se sarebbe ampiamente sufficiente – non si limitano al solo, evidente contrasto con i principi costituzionali di determinatezza e di uguaglianza.

¹⁰⁵ Per tutti, in un'ampissima bibliografia, M. BERTOLINO, *La riforma dei reati di violenza sessuale*, in *St. Iur.*, 1996, p. 403; A. CADOPPI, *La violenza sessuale alla ricerca della tassatività perduta*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2016, p. 1474 ss.

¹⁰⁶ Ad es., Cass., 4 maggio 2018, n. 36742.

¹⁰⁷ Tra le altre, Cass., 8 gennaio 2019, n. 25309.

¹⁰⁸ Cass., 26 ottobre 2011, n. 45950.

¹⁰⁹ Cass., 11 giugno 2015, n. 24683.

¹¹⁰ Cfr., tra gli altri, A. PECORARO-ALBANI, *Violenza sessuale e arbitrio del legislatore*, Napoli, 1997, p. 52 ss.; F. MACRÌ, *Verso un nuovo diritto penale sessuale. Diritto vivente, diritto comparato e prospettive di riforma della disciplina dei reati sessuali in Italia*, Firenze 2010, p. 26 s.; A. M. MAUGERI, *I reati sessualmente connotati e diritto penale del nemico*, Pisa 2021, 97 ss.; G. M. CALETTI, *Dalla violenza al consenso*, cit., p. 265 ss.

¹¹¹ V. Corte cost., sentenza n. 202, 29 dicembre 2025.

¹¹² Il rilievo è operato dalla Corte in relazione all'art. 609-*octies* c.p., ma il discorso, in ragione dell'esplicito richiamo operato da tale disposizione agli *atti di violenza sessuale di cui all'articolo 609 bis*, è immediatamente traslabile, evidentemente, a quest'ultima disposizione.

¹¹³ In questi termini, già M. BERTOLINO, *La riforma dei reati di violenza sessuale*, cit., p. 404.

Se non si inserisce una norma *ad hoc* per il caso di errore sul consenso, o sull'impossibilità a esprimere il dissenso, infatti, la nostra giurisprudenza, salvo inattesa e scarsamente plausibile resipiscenza, continuerà a ricondurre tale ipotesi o all'art. 5¹¹⁴ – concludendo per la responsabilità dolosa anche in assenza di colpevolezza –, o a un peraltro manomesso¹¹⁵ art. 59, quarto comma, c.p.¹¹⁶ – concludendo per la responsabilità dolosa in presenza anche della sola colpa. In questo modo, da un lato l'errore sul fatto viene inopinatamente trasfigurato in errore sul precetto o sulle cause di giustificazione, dall'altro si travolge ampiamente il principio di colpevolezza¹¹⁷.

Lo stesso art. 609-*octies*, che ritrova la ragione del suo più elevato quadro sanzionatorio – se non la sua stessa ragione d'esistenza – nell'implicito riferimento al fenomeno del "branco"¹¹⁸, l'ha in realtà smarrita nel momento in cui la prassi lo ritiene applicabile *tout court* ai fatti di violenza sessuale realizzati da due o più persone in concorso tra loro¹¹⁹, e dunque – per un inarrestabile effetto domino – anche a ipotesi eclatantemente bagatellari¹²⁰. L'esito è un'insostenibile, peculiare estraneità al principio di proporzione.

Ponendo attenzione all'art. 609-*quater*, potremmo invece rilevare le forti cadenze sessuofobiche sottese all'elevata pena in cui ad esempio incorrerebbe un ragazzo di diciassette anni e mezzo che desse un bacio appassionato, felicemente corrisposto, alla sua fidanzatina di tredici anni.

Si potrebbe continuare, ma direi che un dato è emerso in modo abbastanza evidente: la disciplina della violenza sessuale è totalmente disallineata dalle regole costituzionali, necessitando, praticamente in tutte le sue articolazioni, di un ripensamento radicale¹²¹. Limitare la modifica alla sola declinazione del consenso nello schema base dell'art. 609-*bis* – passaggio pur formalmente corretto in termini di convergenza con una prassi apprezzabile – si sostanzia, da qualsiasi altra prospettiva, in un esercizio di rara impalpabilità, consistendo, essenzialmente, nel cambiare l'unico dato che era già stato cambiato.

¹¹⁴ Ad es., Cass., 26 settembre 2025, n. 32031.

¹¹⁵ La disposizione, infatti, prevede l'insorgere di responsabilità – colposa – qualora l'errore sia determinato da colpa e il fatto previsto dalla legge come delitto colposo. Qui, in presenza della colpa, e in assenza della relativa tipizzazione, sorgerebbe invece responsabilità dolosa, sostituendosi in tal modo la disciplina dell'evocato art. 59 con quella dell'art. 5, e continuando a ignorare l'unica disposizione conferente, ovvero l'art. 47, primo comma, c.p.

¹¹⁶ Così, Cass., 30 dicembre 2024, n. 47582.

¹¹⁷ Nella sua unica declinazione legittima, la disposizione dovrebbe prevedere, ferma restando la scusabilità dell'errore non rimproverabile, la tipizzazione, con pena evidentemente ridotta, dell'ipotesi integrata dall'errore determinato da colpa.

¹¹⁸ Sul punto, per tutti, v. già F. MANTOVANI, *I delitti sessuali: normativa vigente e prospettive di riforma*, in *Iustitia*, 1989, p. 27.

¹¹⁹ Per tutte, Cass., 20 giugno 2025, n. 40784.

¹²⁰ Per l'avvenuta integrazione della fattispecie in seguito a un bacio sulla guancia, v. Cass., 13 marzo 2018, n. 11036.

¹²¹ In proposito, un plausibile punto di partenza potrebbe essere rappresentato dall'articolato presentato da un gruppo di lavoro dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, consultabile in www.aipdp.it.

Le attuali prospettive di riforma, le divisioni, gli apprezzamenti, l'intenso dibattito, le polemiche accese, e così via, sembrano allora mostrare una profondità che, al contrario, è in realtà del tutto assente: una sorta di bizzarro *trompe l'oeil* normativo o – per i cinefili – di *falso movimento*¹²².

Né entusiasmo né indignazione, dunque, perché entrambi meritano miglior causa. Ma essenzialmente, e ancora una volta, un certo senso di sconforto.

¹²² Non si fa qui riferimento solo all'omonimo film di Wim Wenders (1975), ma a un tratto caratterizzante buona parte della sua prima filmografia. D'altronde, anche un lungo viaggio verso un non-luogo, quale *Paris, Texas* (1984), ne esprime bene il senso. Sul punto, per tutti, v. R. V. ARCILLA, *Wim Wenders's Road Movie Philosophy: Education Without Learning*, Londra, 2020.

Editore

ASSOCIAZIONE
**"PROGETTO GIUSTIZIA
PENALE"**