

GenIUS

RIVISTA DI STUDI GIURIDICI
SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE E L'IDENTITÀ DI GENERE

LUCIANA GOISIS

La violenza di genere in ottica comparata.
La recente novella spagnola.
Verso la progressiva affermazione di un modello
consensualistico

PUBBLICAZIONE TELEMATICA SEMESTRALE REGISTRATA PRESSO IL TRIBUNALE DI BOLOGNA · ISSN 2384-9495

online first
16 maggio 2023

La violenza di genere in ottica comparata. La recente novella spagnola. Verso la progressiva affermazione di un modello consensualistico

Sommario

1. Premessa. – 2. Uno sguardo comparato. 2.1. Il femminicidio. – 2.2. La violenza sessuale. – 3. La recente novella spagnola in tema di violenza sessuale. – 4. Conclusioni

Abstract

Il saggio si propone di studiare la violenza di genere in ottica comparata. Concentrandosi su due delle più gravi forme di violenza di genere, il femminicidio e la violenza sessuale, il saggio si focalizza sull'esperienza sudamericana, su quella anglosassone, sull'esperienza tedesca e su quella spagnola in quanto particolarmente significative e rappresentative di approcci olistici piuttosto che disorganici alla disciplina della violenza di genere. Da ultimo, il saggio si appunta sulla recente e innovativa riforma spagnola in materia di violenza sessuale, traendo spunti per il legislatore italiano in prospettiva *de lege ferenda*.

The essay aims to study gender violence from a comparative perspective. Considering two of the most serious forms of gender-based violence, femicide and sexual violence, the essay is centered on the South-American experience, the Anglo-Saxon experience, the German and Spanish experiences as particularly significant and representative of holistic rather than disorganized approaches to the discipline of gender-based violence. Lastly, the essay focuses on the recent and innovative Spanish reform in the field of sexual violence, drawing ideas for the Italian legislator in the de lege ferenda perspective.

1. Premessa

Come è stato acutamente sottolineato, la violenza di genere si presenta con modalità comuni in diversi Paesi. Si tratta infatti di un fenomeno trasversale e mondiale che alcuni Stati hanno affrontato in tempi precedenti e con un approccio più sistematico di quanto abbia fatto il legislatore italiano¹.

* Professoressa associata di Diritto Penale, Università di Sassari. Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

¹ Si esprime in tal senso, specie con riferimento alla violenza domestica, M. Bertolino, *Violenza e famiglia: attualità di un antico*

Secondo l'*European Union Agency for Fundamental Rights*, che ha condotto un'indagine sulla violenza contro le donne nei Paesi europei, vi è testimonianza della trasversalità del fenomeno e della sua diffusione nell'area comune. Analogamente, i dati statunitensi sulla incidenza del fenomeno sono eloquenti². Basti infine ricordare che il femminicidio è la principale causa di morte non naturale delle donne e la settima causa di morte prematura delle donne nel mondo³.

Non potendo, nell'economia del presente lavoro, compiere un'indagine comparata a tutto campo, scegliamo di tracciare un affresco delle legislazioni in materia di violenza di genere di alcuni ordinamenti giuridici: richiameremo dunque l'esperienza sudamericana, l'esperienza anglosassone, l'esperienza tedesca e quella spagnola, in quanto particolarmente significative e rappresentative di approcci olistici alla disciplina della violenza di genere (oltre ad un cenno alla esperienza scandinava e a quella francese)⁴, polarizzando l'attenzione sulle due più gravi e diffuse forme di *gender violence*, il femicidio o femminicidio (inteso in senso letterale) e la violenza sessuale.

Dedicheremo, infine, precipua attenzione alla recente novella spagnola in materia di violenza sessuale, con la finalità di trarre spunti utili per il legislatore italiano, in prospettiva *de lege ferenda*,

fenomeno, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1733. Sul ritardo culturale della legislazione italiana in materia di violenza di genere, ci siamo espressi anche noi. Cfr. L. Goisis, *La violenza sessuale: profili storici e criminologici. Una storia di 'genere'*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2012, p. 25.

- 2 Cfr. Fra, *La violenza contro le donne: un'indagine a livello di Unione Europea*, Vienna, 2012, i cui risultati possono essere consultati al sito <https://fra.europa.eu>. Da tale indagine emerge che: circa 13 milioni di donne nell'UE hanno subito violenza fisica nel corso dei 12 mesi precedenti l'indagine condotta con il metodo dell'intervista su 42.000 donne in tutti i 28 Stati membri dell'UE. Questo dato corrisponde al 7% delle donne di età compresa fra i 18 e i 74 anni nell'UE. Quanto alla violenza sessuale, circa 3,7 milioni di donne nell'UE hanno subito violenza sessuale nel corso dei 12 mesi precedenti le interviste dell'indagine. Questo dato corrisponde al 2% delle donne di età compresa tra i 18 e i 74 anni nell'UE. Una donna su 20 (5%) è stata stuprata dall'età di 15 anni. Nell'Unione Europea, il 18% delle donne ha subito atti persecutori dall'età di 15 anni, mentre il 5% ne è stata vittima nei 12 mesi precedenti l'indagine. Questo dato corrisponde a 9 milioni di donne che nell'UE hanno subito atti persecutori in un periodo di 12 mesi. Circa il 12% delle donne ha indicato di avere subito una forma di abuso o atto sessuale da parte di un adulto prima dei 15 anni, percentuale che corrisponderebbe a 21 milioni di donne nell'UE. I risultati mostrano che il 30% delle donne che ha subito vittimizzazione sessuale da parte di un *partner* precedente o attuale ha anche subito violenza sessuale durante l'infanzia, mentre il 10 % delle donne che non ha subito vittimizzazione sessuale durante la relazione attuale o precedente indica di avere subito violenza sessuale durante l'infanzia. Quanto agli U.S.A., un dato su tutti: la percentuale di violenze sessuali e più in generale di aggressioni sessuali denunciate alla polizia è cresciuta dal 23% nel 2016 al 40% nel 2017. Bjs, *Criminal Victimization*, 2017, *Summary*, 2018, al sito www.bjs.org. Così come elevato è il tasso di femminicidi: nel 2007 gli *intimate partners* hanno commesso il 14% di tutti gli omicidi perpetrati negli U.S.A., con una vittimizzazione doppia della donna rispetto all'uomo. Cfr. Bjs, *Female Victims of Violence*, September 2009, al sito www.bjs.org. Dati tutti confermati anche per il presente.
- 3 Cfr. sul punto, e per un inquadramento del fenomeno, H. Dayan, *Femicide and the Law. American Criminal Doctrine*, New York, Routledge, 2018, l'intero Cap. I. Si noti che sul punto si è espresso anche il Rapporto tematico dell'Onu sugli omicidi basati sul genere, presentato a Ginevra il 25 giugno 2012 da Rashida Manjoo, Relatrice Speciale dell'Onu contro la violenza sulle donne, la quale ha affermato che "a livello mondiale, la diffusione degli omicidi basati sul genere, nelle loro diverse manifestazioni, ha assunto proporzioni allarmanti" e che, "essendo culturalmente e socialmente radicati, essi continuano ad essere accettati, tollerati e giustificati e che l'impunità costituisce la norma". Cfr. R. Diaz, L. Garofano, *I labirinti del male. Femminicidio, stalking e violenza sulle donne: che cosa sono, come difendersi*, Modena, Infinito Edizioni, 2013, p. 23 s.
- 4 Ciò in quanto queste esperienze sono emblematiche di diversi modi di affrontare giuridicamente il problema della violenza di genere. In modo organico e strutturato, nei Paesi anglosassoni, in Spagna e da ultimo in Germania. In modo frammentario e non sistematico, in Francia, in Italia e (parzialmente) nei Paesi scandinavi. Cfr. sul punto M. Bertolino, *op. cit.*, p. 1738.

stante l'arcaicità', ampiamente riconosciuta dalla dottrina penalistica, dell'attuale struttura della corrispondente fattispecie del nostro codice penale.

2. Uno sguardo comparato

2.1 Il femminicidio

Scegliamo di volgere la nostra attenzione, in ottica comparata, *in primis* verso la fattispecie di *femminicidio*.

Per ciò che concerne il femminicidio come reato – sull'(in)opportunità di una norma *ad hoc* nel nostro ordinamento ci sarebbe molto da dibattere, ma ragioni di brevità non consentono la relativa tematizzazione – è il contesto americano, o meglio sud-americano, ad assumere un ruolo da protagonista (mentre non si rinvengono fattispecie analoghe nel contesto europeo)⁵.

Indagini comparatistiche recenti consentono di ricostruire il panorama latino-americano, costellato di legislazioni che prevedono quale autonoma fattispecie criminosa l'uccisione della vittima femminile⁶.

La genesi del termine femminicidio – nelle diverse e talvolta confuse varianti che tale termine assume nei Paesi di lingua spagnola: *femicide*, *feminicidio*, *femicidio*, e *femmicidio*, ad indicare, in quest'ultima letterale accezione, l'uccisione del soggetto femminile – si colloca, negli anni Settanta, nell'alveo della criminologia femminista e si afferma, negli anni Novanta, sull'onda della scoperta dei ben noti fatti di Ciudad Juarez in Messico. Non deve stupire dunque che negli ordinamenti sud-americani si sia giunti a prevedere una norma apposita per l'uccisione della donna "in quanto donna"⁷.

- ⁵ Sul modo in cui la dottrina nord-americana affronta il fenomeno, benché non esista una norma che preveda il femminicidio come fattispecie penale, al pari di quanto avviene in Sud-America, si veda H. Dayan, *Femicide and the Law*, cit., Capp. II e ss., anche con particolare riferimento all'operare degli istituti della provocazione, della *felony murder doctrine* e della legittima difesa in favore della vittima femminile che si difenda dalla furia omicida maschile. Sull'opportunità di creare una norma che preveda il femminicidio come reato e sulla sua problematizzazione, sia consentito il rinvio a L. Goisis, *Crimini d'odio. Discriminazioni e giustizia penale*, Napoli, Jovene, 2019, p. 447 ss. In proposito, si concorda con chi evidenzia le difficoltà di tipizzazione del fatto punibile. La stessa nozione sociologica di femminicidio si caratterizza per una spiccata vaghezza e imprecisione: sarebbe dunque impossibile tradurre in termini giuridici una tale nozione. Ci pare che la contrarietà ad un tale inserimento riposi sul principio di legalità e in particolare sul principio di tassatività o sufficiente determinatezza (o di precisione). Se dunque il rispetto del principio di legalità sconsiglia l'introduzione di una fattispecie autonoma di reato rubricata femminicidio, anche alla luce delle deludenti esperienze comparatistiche, risoltesi spesso in mere norme manifesto, resta aperto l'interrogativo in ordine alla possibile previsione di una circostanza aggravante di femminicidio, quale aggravante di reati *gender-neutral*. Rimane, tuttavia, il dubbio su come potrebbe essere strutturata e delineata una siffatta circostanza aggravante. Cfr. Ead., *op. cit.*, p. 452 s.
- ⁶ E. Corn, *Il femminicidio come fattispecie penale. Storia, comparazione, prospettive*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, p. 113 ss. Cfr. altresì sul tema di recente F. Macrì, *Femicidio e tutela penale di genere*, Torino, Giappichelli, 2018, *passim*.
- ⁷ Cfr., sulla confusione semantica propria dei Paesi sud-americani, M. Bertolino, *op. cit.*, p. 1735; nonché, sui distinti significati, B. Spinelli, *Femminicidio. Dalla denuncia globale al riconoscimento giuridico internazionale*, Milano, Franco Angeli, 2008, p. 29 ss., v. altresì A. Merli, *Violenza di genere e femminicidio*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Cont.*, 2015, 1, p. 452 ss., oltre a L. Goisis, *La "violenza di genere" alla luce della Convenzione di Istanbul e della recente legislazione italiana. Una prima lettura critica*, in Matulo-

Pressoché tutti gli ordinamenti giuridici sud-americani prevedono attualmente una siffatta – anche se diversamente costruita – norma *ad hoc*, con la sola eccezione dell’Uruguay e di Cuba. Si distinguono, in particolare, in tale contesto, legislazioni penali che hanno scelto una tecnica di tipizzazione dell’uccisione della vittima femminile di tipo restrittivo, o meglio, hanno innestato la fattispecie su precedenti fattispecie di parricidio (Costa Rica e Cile), e legislazioni che, diversamente, hanno adottato una tecnica estensiva, prevedendo la fattispecie di femminicidio, quale fattispecie autonoma, all’interno di leggi sulla violenza contro le donne (Guatemala, El Salvador, e Panama) oppure all’interno del codice penale (Messico, Honduras, Perù, Ecuador), nonché legislazioni che hanno scelto la strada della circostanza aggravante prevedendo il femminicidio come aggravante dell’omicidio (Colombia, Argentina e Brasile)⁸.

Richiamando brevemente tali legislazioni, si può osservare come la prima normativa a contemplare l’ipotesi del femminicidio in ordine di tempo sia stata quella della Repubblica di Costa Rica. La previsione dell’art. 21 della *Ley* n. 8.589 del 2007, legge finalizzata a criminalizzare la violenza contro le donne, rubricato *Femicidio*, è molto semplice: improntandosi alla struttura della fattispecie di parricidio, la norma punisce con la pena da 20 a 35 anni chi cagiona la morte di una donna con cui si intratteneva una relazione matrimoniale o un’unione di fatto, sia o meno civilmente dichiarata. Elemento distintivo è dunque legato al sesso della vittima che deve essere femminile, nonché al contesto familiare, anche *more uxorio*. Analoga tecnica è seguita dalla norma cilena (art. 390 *c.p.*) che si innesta direttamente all’interno della norma sul parricidio, prevedendo che, laddove la vittima del reato sia o sia stata la coniuge o la convivente dell’autore, il reato prenderà il nome di *femicidio*⁹. Una norma giudicata di mero valore simbolico (non si commina una pena più severa rispetto al parricidio) e destinata a tutelare, più che la vittima femminile, la famiglia.

Di precipuo interesse, a nostro avviso, si dimostrano piuttosto le legislazioni che hanno previsto la fattispecie autonoma di reato e la circostanza aggravante ossia, rispettivamente, la legislazione guatemalteca e la legislazione argentina.

La prima legislazione, come è stato sottolineato, “è quella che con maggiore spregiudicatezza si propone di trasferire in una norma giuridica con effetti penali la formula sociologica di Diana Russell”¹⁰. La previsione, infatti, introdotta nel maggio del 2008, grazie alla *Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer*, punisce l’uccisione della donna “in quanto donna”, secondo la concezione di femminicidio esplicitata dalla criminologa americana, poiché afferma chiaramente che “commette il reato di *femicidio* chi, nel contesto delle diseguali relazioni di potere tra uomini e donne, uccide una donna a causa della sua condizione di donna”, avvalendosi di determinate circostanze minuziosamente descritte nella fattispecie¹¹.

vić M. - Kunštek E., *Kazneno Pravo, Kazneno Postupovno Pravo I Kriminalistika*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2014, p. 161 ss.

⁸ E. Corn, *op. ult. cit.*, pp. 113, 116 ss., 136 ss. Sul contesto messicano, si veda anche L. Melgar, *Femicidio en México: insuficiencias dela ley, impunidad e impacto social*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Cont.*, 2017, 5, p. 166 ss.

⁹ Si veda altresì, su tali legislazioni, M. Bertolino, *op. cit.*, p. 1735 s., nonché E. Corn, *op. ult. cit.*, p. 118, p. 123.

¹⁰ Così Id., *cit.*, p. 139.

¹¹ “A) Aver preteso, infruttuosamente, stabilire o ristabilire una relazione di coppia o di intimità con la vittima. B) Aver, all’epoca in cui si perpetra il fatto, o aver avuto con la vittima relazioni familiari, coniugali, di convivenza, di intimità o di fidanzamento, amicizia o fraternità o relazioni di lavoro. C) Come risultato della reiterata azione di violenza ai danni della vittima. D) Come risultato di riti collettivi usando o no armi di qualsiasi tipo. E) Con disprezzo del corpo della vittima, per soddisfare istinti sessuali o commettendo atti di mutilazione genitale o qualsiasi altro tipo di mutilazione. F) Per misoginia. G) Quando il fatto si realizzi in presenza delle figlie o dei figli della vittima. H) In presenza di qualsiasi circostanza qualificativa tra quelle indicate nell’art. 132 del codice penale”. La norma prosegue, al comma II, chiarendo che la pena detentiva,

Una disposizione, dunque, che si segnala per una aperta rottura con la neutralità rispetto al genere, tipica delle disposizioni penali di molti Paesi, costruite, in nome del principio dell'uguaglianza formale, indistintamente per uomini e donne, e che mostra una piena consapevolezza della realtà su cui va ad incidere, ossia la realtà di una forma di violenza riconducibile al sessismo, precisando esplicitamente che la condotta si deve manifestare all'interno delle diseguali relazioni di potere fra uomo e donna.

La legislazione argentina si palesa ancor più interessante per un originale avvicinamento del femminicidio alla categoria del crimine d'odio¹². La norma sul femminicidio assume la forma della circostanza aggravante dell'omicidio, introdotta dalla *Ley* 26.791 del dicembre 2012, attraverso una riforma dell'art. 80 del codice penale. La norma prevede infatti un accostamento fra la violenza di genere e il *gender hate crime*, un accostamento – lo stesso dibattito sul femminicidio in America, si noti, è nato originariamente dalla tematizzazione dei crimini d'odio¹³ – perfettamente calzante.

L'art. 80 c.p.arg., rubricato *homicidios agravados*, recita infatti: “*Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare: 1° A su ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia. (omissis) 4° Por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión. (omissis). 11. A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género. 12. Con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación en los términos del inciso 1. Cuando en el caso del inciso 1 de este artículo, mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación, el juez podrá aplicar prisión o reclusión de ocho (8) a veinticinco (25) años. Esto no será aplicable a quien anteriormente hubiera realizado actos de violencia contra la mujer víctima*”¹⁴.

Rilevano in particolare, quanto alla violenza di genere, le circostanze aggravanti, introdotte dalla legge 26.791, contemplate nei numeri 1, 4, 11 e 12, oltre al disposto del secondo comma, dell'art. 80, sopra riportati. Mi soffermo brevemente su tali previsioni aggravatorie. Al numero 1 è prevista una estensione della norma sul parricidio quanto ai soggetti passivi, individuati anche nell'ex coniuge e nella persona con cui si sia avuta una relazione di coppia anche senza convivenza, così prevedendo l'aggravamento di pena per l'omicidio che scaturisce dalla violenza domestica o comunque dalla c.d. *intimate partner violence*. Significativa anche la disposizione di cui al numero 4 che contempla l'aggravante dell'odio razziale e religioso, cui la novella del 2012 ha aggiunto anche il genere, l'orientamento sessuale, l'identità di genere o la sua espressione, così recependo l'indirizzo che si è ampiamente manifestato nel continente nord-americano e in molti altri Paesi europei, volto ad includere tali categorie di gruppo fra quelle meritevoli di protezione. Preme osservare che tale aggravante è strettamente legata alla circostanza di cui al numero 11: l'uccisione di una donna quando il fatto è

non ridicibile, è compresa tra 25 e 50 anni, e che le persone processate per tale reato non potranno godere di misure sostitutive”. Cfr. per il testo della legge in lingua originale, il sito <https://www.oas.org/>, nonché la traduzione di E. Corn, *op. ult. cit.*, p. 136.

¹² Cfr. per un'ampia tematizzazione, L. Goisis, *Crimini d'odio*, cit., *passim*.

¹³ Cfr. Ead., *op. cit.*, p. 32 ss., nonché E. Corn, *op. cit.*, p. 44 ss. Il dibattito statunitense sui crimini d'odio, promosso negli anni Ottanta dagli stessi movimenti per i diritti civili e che ha portato all'approvazione dell'*Hate Crime Statistics Act* nel 1990, interessò anche le discriminazioni di genere. In particolare, fu proprio in occasione di un episodio di uccisione di vittime femminili nell'Università di Montreal avvenuto nel 1989 – un caso noto sotto il nome di caso *Lépine*, dal nome del giovane che uccise numerose vittime femminili proprio in ragione dell'odio di genere, apertamente dichiarato dallo stesso *Lépine* – che le due criminologhe Jane Caputi e Diana Russell, fautrici della teorica del femminicidio, accostarono femminicidio e *hate crimes*, ritenendo questo episodio un chiaro esempio di *gender hate crime*.

¹⁴ Cfr. il testo del codice penale argentino, al sito del *Ministerio de Justicia*: www.servicios.infoleg.gob.ar.

commesso da un uomo e si è in presenza di violenza di genere: come sottolinea Corn, nel dibattito penalistico argentino, tale ipotesi viene identificata come reato di *femicidio*, mentre trattasi, in realtà, di circostanza in senso tecnico (il femminicidio come reato potrebbe rientrare, tra l'altro, nella lettera del numero 4)¹⁵. A nostro avviso, tale previsione avvicina e quasi consente di identificare la violenza di genere al crimine d'odio, fondato sul genere.

Si osservi, infine, che il legislatore argentino ha previsto, al numero 12, un'aggravante in caso di vendetta trasversale e ha escluso la possibilità di applicare attenuazioni di pena per chi abbia già in precedenza commesso atti di violenza contro la vittima. In definitiva, come già osservato per la legislazione guatemalteca, anche le scelte legislative argentine si confermano effettuate nel segno di un'ottica *gender oriented* che, in nome dell'uguaglianza sostanziale, ripudia l'equiparazione, sul terreno penalistico, dell'uomo alla donna.

Benché l'esperienza sudamericana del femminicidio sia ritenuta "sostanzialmente deludente", essa tuttavia costituisce un esempio di come si possano pensare e strutturare fattispecie non *gender neutral* laddove l'uguaglianza formale rispetto al genere possa tradursi in disuguaglianze di fatto, come lo stesso *Tribunal Constitucional* spagnolo, lo vedremo, ha sottolineato pronunciandosi sulla legittimità costituzionale della *Ley Organica* n. 1/2004, intitolata precipuamente alla violenza di genere¹⁶.

2.2. La violenza sessuale

Veniamo alla *violenza sessuale*, cui dedicheremo più ampia trattazione, anche in ragione della sua incidenza statistica elevata. L'aspetto più qualificante che emerge dal panorama comparatistico in materia di violenza sessuale è la rinnovata impostazione, in molte recenti legislazioni, del rapporto fra *violenza sessuale e consenso*, che sappiamo essere al centro del dibattito anche con riferimento alla disposizione italiana di cui all'art. 609-*bis* c.p., ancora imperniata sulle condotte di violenza e minaccia e dunque sul c.d. onere di resistenza, chiaro retaggio del passato¹⁷. Analizzeremo, sia pur sinteticamente, le diverse legislazioni straniere da questo angolo visuale, in quanto il più rilevante, a nostro avviso, in ottica *de iure condendo* per il legislatore italiano.

Quanto all'*ordinamento statunitense*, in materia di violenza sessuale, rileva la disciplina del *Model Penal Code*, quale modello cui si ispirano, come noto, le diverse legislazioni statali¹⁸. La disposizione di riferimento è la Sezione 213.1. intitolata *Rape and Related Offences*, che recita: "(1) An ac-

15 Cfr. E. Corn, *op. ult. cit.*, p. 158 e s.

16 Per questo giudizio, E. Corn, *op. ult. cit.*, p. 170 e p. 144 s. Lo studioso sottolinea come il pregiudizio della dottrina penalistica nei confronti di un inserimento del "genere" sul terreno codicistico, come avvenuto in Spagna, sia mosso "dal nobile e condivisibile intento di difendere i valori del liberalismo penale dalla sempre più presente minaccia dell'espansionismo penale (...)", evidenziando, tuttavia, come la struttura del liberalismo penale del XIX secolo non possa, sulle questioni di genere, essere considerata "quel prezioso punto di riferimento, che è, ancora oggi, in tanti altri ambiti di questo settore dell'ordinamento". *Ivi*, p. 145.

17 Ci sia consentito il rinvio sul punto a L. Goisis, *La violenza sessuale*, cit., p. 15. Si veda altresì A. Colli, *La tutela della persona nella recente legge sulla violenza sessuale all'epilogo di un travagliato cammino legislativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1163 ss.

18 Nel 1962, l'ALI, l'*American Law Institute*, costituito da un gruppo di studiosi ed esperti di diritto penale impegnati a formulare proposte di riforma della giustizia da attuare nei vari Stati della confederazione, sotto la guida del Prof. Herbert Wechsler, preparò il disegno di un codice penale-modello per tutte le legislazioni statali, il *Model Penal Code*, il quale resta il codice penale cui si ispirano i singoli legislatori nazionali. Cfr. J. F. Anderson-P. Mell, *Criminal Law*, Durham (N. C.), Carolina Academic Press, 2007, p. 605 ss.

*tor is guilty of rape, a felony of the second degree, if he or she knowingly or recklessly: (a) uses physical force, physical restraint, or an implied or express threat of physical force, bodily injury, or physical restraint to cause another person to engage in an act of sexual intercourse with anyone; or (b) causes another person to engage in an act of sexual intercourse by threatening to inflict bodily injury on someone other than such person or by threatening to commit any other crime of violence; or (c) has, or enables another person to have, sexual intercourse with a person who, at the time of such act of sexual intercourse: (i) is less than 12 years old; or (ii) is sleeping, unconscious, or physically unable to express nonconsent to engage in such act of sexual intercourse; or (iii) lacks the capacity to express nonconsent to engage in such act of sexual intercourse, because of mental disorder or disability, whether temporary or permanent; or (iv) lacks substantial capacity to appraise or control his or her conduct because of drugs, alcohol, or other intoxicating or consciousness-altering substances that the actor administered or caused to be administered, without the knowledge of such other person, for the purpose of impairing such other person's capacity to express nonconsent to such act of sexual intercourse"*¹⁹.

Esimendoci da una dettagliata analisi della fattispecie, ci preme sottolineare la struttura della stessa, imperniata sui concetti di violenza e minaccia quali elementi costitutivi del reato, una struttura simile a quella di molte legislazioni in materia di delittuosità sessuale, tra cui quella italiana.

Occorre tuttavia osservare che, nell'ordinamento statunitense, si registra in anni recenti una tendenza a svincolare la violenza sessuale da questi elementi di fattispecie per imperniarla sul consenso, un consenso affermativo, cosciente e volontario, secondo lo *slogan* meglio noto sotto la formula "Yes means Yes". All'origine di tali proposte di riforma della disciplina dei reati sessuali vi è l'allarmante crescita degli episodi di violenza sessuale all'interno dei *campus* universitari americani che ha indotto alcuni legislatori a novellare i testi normativi degli *Education Codes*²⁰. Un primo esempio di legislazione statale che si è posta in questa nuova prospettiva è dato dalla legislazione californiana. Nel 2014, infatti, attraverso il *Senate Bill* n. 967, del 28 settembre 2014, intitolato espressamente *Student Safety: Sexual Assault*, è stato introdotto il suddetto principio nell'ambito dei Codici etici delle università californiane. Nel provvedimento di legge è stata prevista la disposizione 67.386, la quale impone una precisa *policy* da seguire in materia di *sexual assaults* da parte delle istituzioni universitarie: "The policy shall include all of the following: (1) An affirmative consent standard in the determination of whether consent was given by both parties to sexual activity. "Affirmative consent" means affirmative, conscious, and voluntary agreement to engage in sexual activity. It is the responsibility of each person involved in the sexual activity to ensure that he or she has the affirmative consent of the other or others to engage in the sexual activity. Lack of protest or resistance does not mean consent, nor does silence mean consent. Affirmative consent must be ongoing throughout a sexual activity and can be revoked

¹⁹ Model Penal Code, Section 213.1. Prosegue la norma: "(2) An actor is guilty of aggravated rape, a felony of the first degree, if he or she violates subsection (1) of this Section and: (a) uses a deadly weapon to cause the other person to engage in such act of sexual intercourse; or (b) acts with the active participation or assistance of one or more other persons who are present at the time of the act of sexual intercourse; or (c) knowingly or recklessly causes serious bodily injury to the other person or to anyone else for the purpose of causing such other person to engage in the act of sexual intercourse; or (d) the act of sexual intercourse in violation of subsection (2) of this Section is a commercial sex act". Il testo del codice penale modello è consultabile al sito dell'*American Law Institute*, <https://www.ali.org>.

²⁰ In particolare, l'*Association of American Universities* emanava un allarmante rapporto sulle violenze sessuali perpetrate nei *campus* universitari, nel 2015, dal quale emergeva che più del 20% delle studentesse in un ampio campione di eminenti università americane dichiaravano di essere state vittime, nel corso del medesimo anno, di *sexual assault* e *rape*. Cfr. N. Anderson, S. Svrluga, *What a Massive Sexual Assault Survey Found at 27 Top U.S. Universities*, in *The Washington Post*, 21 September 2015. Si veda altresì il sito dell'Associazione delle Università Americane per consultare integralmente gli esiti del sondaggio, condotto su un campione di 150.000 studenti universitari.

at any time. The existence of a dating relationship between the persons involved, or the fact of past sexual relations between them, should never by itself be assumed to be an indicator of consent". La disposizione prosegue precisando che il consenso affermativo non può ritenersi esplicitato nel caso in cui il soggetto sia dormiente o incapace a causa dell'assunzione di alcool o sostanze stupefacenti.

Nonostante, all'evidenza, il principio dell'"affirmative consent" – ossia di un consenso positivamente e verbalmente espresso, consapevole e volontario – valga solo sul terreno disciplinare, all'interno del procedimento disciplinare instaurato a carico dello studente autore di reato da parte delle istituzioni universitarie, esso costituisce una novità significativa nel panorama della possibile disciplina dei reati sessuali nell'ordinamento nord-americano. Tuttavia, eminenti studiosi, quali Alan Dershowitz dell'Università di Harvard, additano i difetti di una simile regola: per quanto il richiedere che l'assenso all'atto sessuale sia previamente ottenuto verbalmente ed anche discusso fra i *partners* possa essere, sotto il profilo interpersonale, il modo più sicuro perché l'atto sia pienamente consensuale e voluto, dal punto di vista probatorio, stante il non rispetto da parte delle istituzioni universitarie del principio della prova *beyond a reasonable doubt*, tipico invece dal sistema penale, si ha, nell'ambito dei procedimenti disciplinari a carico degli studenti universitari, una palese violazione della *rule of law* e del *principle of fairness*²¹, imponendo, tra l'altro, all'autore di reato un onere probatorio eccessivo, così come avverrebbe anche in sede di processo penale.

Analoghi provvedimenti – che recepiscono il c.d. *affirmative consent model* sul terreno della violenza di genere nell'ambito delle istituzioni universitarie – sono stati adottati nello Stato di New York e dell'Illinois²². Proposte di legge in tale direzione sono attualmente all'esame di quasi tutti i parlamenti statali nord-americani, benché non sia chiaro quali siano i risvolti che questi provvedimenti di legge avranno sul sistema della giustizia penale²³.

Significativamente un modello consensualistico vige già, sul terreno penalistico, in Gran Bretagna ove il *Sexual Offences Act* inglese del 2003 incrimina, alle Sezioni 1 e seguenti, gli atti sessuali, siano essi il toccamento sessuale o lo stupro, quando non vi sia consenso e quando l'autore ritenga ragionevolmente che la vittima non acconsenta²⁴.

Speculare rispetto al c.d. "*Yes means Yes*" è l'opposto principio del "*No means No*", ossia "No significa No", un principio affermatosi assai di recente nell'ordinamento tedesco nell'ambito della riforma dei reati sessuali, sull'onda della richiesta da parte dell'opinione pubblica, specie dei movimenti

21 A. Dershowitz, *Innocent until Proven Guilty? Not under 'Yes means Yes'*, in *The Washington Post*, 14 October 2015.

22 Nello Stato di New York, per esempio, il *Bill A8244-2015* ha introdotto nei Codici etici universitari analoghe disposizioni. In particolare la Sezione 6441 di tale provvedimento di legge definisce *l'affirmative consent to sexual activity*: "1. Every institution shall adopt the following definition of affirmative consent as part of its code of conduct: "affirmative consent is a knowing, voluntary, and mutual decision among all participants to engage in sexual activity. Consent can be given by words or actions, as long as those words or actions create clear permission regarding willingness to engage in the sexual activity. Silence or lack of resistance, in and of itself, does not demonstrate consent. The definition of consent does not vary based upon a participant's sex, sexual orientation, gender identity, or gender expression. 2. Each institution's code of conduct shall reflect the following principles as guidance for the institution's community: A. consent to any sexual act or prior consensual sexual activity between or with any party does not necessarily constitute consent to any other sexual act. B. consent is required regardless of whether the person initiating the act is under influence of drugs and/or alcohol". La norma prosegue escludendo il consenso nel caso di soggetti incapaci, tra l'altro perché addormentati o sotto l'effetto di alcool o sostanze stupefacenti e quando il consenso sia stato estorto mediante coercizione o minaccia.

23 Cfr., per una mappatura delle proposte di legge americane sull'*affirmative consent*, il sito www.affirmativeconsent.com.

24 Cfr. <https://www.legislation.gov>. Nonché sul punto F. Macrì, *La riforma dei reati sessuali in Germania. Centralità del dissenso e "tolleranza zero" verso le molestie sessuali tra diritto penale simbolico e potenziamento effettivo della tutela della sfera sessuale*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2017, p. 3.

femministi, di una disciplina maggiormente capace di tutelare la vittima femminile, a seguito dei noti fatti del Capodanno del 2016 a Colonia e ad Amburgo, quando si verificarono aggressioni sessuali ai danni di centinaia di donne, rimaste parzialmente impunte a causa della mancata prova processuale della violenza e della minaccia richiesta dalla legislazione tedesca in materia di delittuosità sessuale²⁵.

In *Germania*, nel novembre del 2016, è stata varata una riforma dei reati sessuali che si impernia sul § 177 *StGB* (ora rubricata aggressione sessuale, costrizione sessuale, stupro), una norma che scolpisce il principio della punibilità degli atti meramente dissensuali, ossia commessi contro la volontà riconoscibile della vittima, senza che debbano ricorrere violenza, minaccia o altre modalità di condotta, una norma considerata di forte impatto non solo sul piano giuridico, ma anche su quello simbolico²⁶. Il codice penale tedesco è stato modificato altresì al fine di prevedere la fattispecie autonoma di molestie sessuali (§ 184i), nonché una fattispecie relativa ai c.d. atti sessuali commessi “a sorpresa”. Infine, la riforma contempla anche una fattispecie accessoria (§184j *StGB*) che punisce la mera partecipazione ad un gruppo, quando il gruppo induca un soggetto a commettere un reato sessuale, a prescindere da un contributo morale o materiale, norma ritenuta di carattere eminentemente simbolico, posto il suo derogare ai principi generali in materia di concorso di persone nel reato, e segnatamente finalizzata a rispondere ai bisogni emotivi di pena originati dai fatti di Colonia ed Amburgo.

La disciplina tedesca della violenza sessuale secondo il “modello del dissenso”, in forza del quale è sufficiente superare il dissenso della vittima ai fini della rilevanza penale della violenza, a prescindere da particolari modalità di costrizione, sembra costituire pressoché un *unicum* nel panorama dei Paesi di *civil law*²⁷ e dunque rappresenta una novità significativa.

L’adozione del modello consensualistico – o meglio dissensualistico, essendo a rigore consensualistico il modello anglosassone, inglese in particolare, come anticipato²⁸ – si evidenzia nel comma primo del § 177 *StGB*, ove il delitto base di “costrizione sessuale” si impernia sul compimento di atti sessuali “*gegen den erkennbaren Willen*”, ossia “contro la volontà riconoscibile” della vittima,

25 Si veda F. Macrì, *La riforma dei reati sessuali in Germania*, cit., p. 1 ss.

26 “(1) Wer gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person sexuelle Handlungen an dieser Person vornimmt oder von ihr vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft. (2) Ebenso wird bestraft, wer sexuelle Handlungen an einer anderen Person vornimmt oder von ihr vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt, wenn 1. der Täter ausnutzt, dass die Person nicht in der Lage ist, einen entgegenstehenden Willen zu bilden oder zu äußern, 2. der Täter ausnutzt, dass die Person auf Grund ihres körperlichen oder psychischen Zustands in der Bildung oder Äußerung des Willens erheblich eingeschränkt ist, es sei denn, er hat sich der Zustimmung dieser Person versichert, 3. der Täter ein Überraschungsmoment ausnutzt, 4. der Täter eine Lage ausnutzt, in der dem Opfer bei Widerstand ein empfindliches Übel droht, oder 5. der Täter die Person zur Vornahme oder Duldung der sexuellen Handlung durch Drohung mit einem empfindlichen Übel genötigt hat”. La norma si compone di altri sette commi, a seguito della riforma, in cui sono previste diverse ipotesi a coprire tutto l’arco delle condotte sessuali penalmente rilevanti, ad eccezione delle molestie sessuali, contemplate nel § 184i. Si veda, per la legislazione penale tedesca, il sito del Ministero della Giustizia tedesco, in part. la pagina <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb>.

27 Cfr. per tale giudizio sulla norma in oggetto, Id., *op. cit.*, p. 2. Legislazioni consensualistiche si riscontrano, tuttavia, anche in Belgio, Lussemburgo e a Cipro.

28 Così è strutturato il *Sexual Offences Act* inglese del 2003. Anche l’ordinamento irlandese segue il modello consensuale. Sull’ordinamento irlandese, K. McDaniel-Miccio, *An American in St. Patrick’s Court: Gender Violence, Gender Inequality and the Irish Feminist Response*, in R. Goel, L. Goodmark, (Eds.), *Comparative Perspectives on Gender Violence. Lessons from Efforts Worldwide*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 115 ss. *Ivi*, si veda, per un approfondimento sull’ordinamento australiano in materia di violenza di genere, soprattutto di violenza domestica e familiare, M. Dragiewicz, *Family Law Reform and Domestic Violence. Lessons from Australia*, p. 127 ss.

un'espressione criticata da una parte della dottrina tedesca sia in ragione dell'indeterminatezza della formula sia per l'uso simbolico del diritto penale operato dalla riforma²⁹. Si evidenzia altresì nella previsione, al § 177, comma 2, n. 3 *StGB*, dell'ipotesi delittuosa degli atti sessuali repentini, ossia sfruttando un momento di sorpresa ("*ein Überraschungsmoment ausnutzt*"). Entrambe le ipotesi sono punite con la pena da 6 mesi a 5 anni di reclusione.

Significativa altresì la previsione di una fattispecie autonoma di molestie sessuali, secondo l'indicazione che proviene anche dalla ben nota Convenzione di Istanbul: si tratta del § 184i *StGB*³⁰. La norma prevede, al primo comma, la pena della reclusione fino a due anni in alternativa alla multa per chiunque molesti un'altra persona toccandola fisicamente "in maniera sessualmente connotata". Al secondo comma, si contempla una fattispecie di molestie sessuali aggravata, prescrivendo una pena detentiva da 3 mesi a 5 anni "nei casi di particolare gravità", menzionando fra questi il compimento del fatto da parte di una pluralità di persone. Si tratta di norma residuale, poiché è prevista una clausola di sussidiarietà rispetto alla fattispecie di cui al § 177 *StGB*.

Una norma (pur non pienamente precisa) da salutare con favore, destinata a punire fatti in precedenza non ritenuti penalmente rilevanti nell'ordinamento tedesco (baci, toccamenti, abbracci intensi non graditi) e che tuttavia andava forse estesa anche alle molestie sessuali che non comportino coinvolgimento corporeo della vittima, come prescritto dalla Convenzione di Istanbul³¹. Una norma che il legislatore italiano potrebbe tenere in considerazione quale potenziale modello per strutturare, dovendo ottemperare sotto questo profilo al dettato della Convenzione di Istanbul, una eventuale fattispecie autonoma di molestie sessuali.

In definitiva, la riforma tedesca si presenta come un modello cui potrebbero ispirarsi i Paesi di *civil law* e segnatamente il legislatore italiano – si tratta infatti, lo ricordiamo, del primo ordinamento di *civil law* ad aver adottato un sistema pienamente consensualistico – al fine di espungere dalla disciplina dei reati sessuali il persistente riferimento a modalità costrittive quali la violenza e la minaccia, imperniandola invece sulla volontà del soggetto passivo.

Veniamo all'*esperienza spagnola*, cui dedicheremo nella trattazione che segue un paragrafo autonomo, in ragione di una recente e interessante riforma della violenza sessuale che va nella direzione dell'accoglimento proprio del principio "*Yes means Yes*".

Guardando a tale ordinamento, ove i dati statistici dimostrano un'incidenza significativa della violenza di genere³², esso si segnala per un approccio integrato e olistico al tema della *violencia de gé-*

29 F. Macrì, *op. ult. cit.*, p. 3 e p. 20 ss. In particolare, la dottrina tedesca segnala il rischio di punire di fatto condotte colpose, laddove l'agente in buona fede non riconosca la volontà contraria della vittima. La norma novellata, traducendo, così recita, al primo comma: "Chiunque contro la volontà riconoscibile di un'altra persona compie sulla stessa, o fa compiere dalla stessa atti sessuali, oppure la determina a compiere o subire atti sessuali con/da una terza persona, è punito con la reclusione da 6 mesi a 5 anni". Il comma 2, n. 3 prevede l'ipotesi in cui l'autore di reato sfrutti un momento di sorpresa. La disciplina è altresì rivolta a determinare i casi in cui il consenso non si possa validamente formare, nonché le ipotesi più gravi, quali lo stupro.

30 § 184i *Sexuelle Belästigung*: "(1) Wer eine andere Person in sexuell bestimmter Weise körperlich berührt und dadurch belästigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn nicht die Tat in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist. (2) In besonders schweren Fällen ist die Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn die Tat von mehreren gemeinschaftlich begangen wird. (3) Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt, es sei denn, dass die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hat!". Cfr. il sito del Ministero di Giustizia per il testo dello *StGB*.

31 Cfr. Ead., *op. ult. cit.*, p. 29.

32 Nel 2012 si registravano oltre 30.000 denunce per violenza di genere, dati decisamente aumentati per il presente se si pensa che per il primo trimestre 2019 si contano 40.319 denunce per *violencia de género*. Cfr. M. Bertolino, *op. cit.*, p. 1730 per i dati

nero³³.

Un simile giudizio origina dalla emanazione della *Ley Organica* n. 1/2004, del 28 dicembre, intitolata specificamente *Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*. Benché la legge non contenga alcun riferimento all'ipotesi dell'uccisione della vittima femminile, ossia non preveda una fattispecie autonoma di femminicidio, essa si caratterizza per una esplicita declinazione delle fattispecie del *diritto penale classico alla luce del genere*: in particolare, il codice penale spagnolo, a seguito della novella del 2004, prevede differenze sanzionatorie tra uomini e donne, nel caso di reati quali le lesioni, i maltrattamenti, le minacce o la violenza privata lievi se tra i soggetti, all'epoca dei fatti o anteriormente, era intercorsa una relazione affettiva³⁴.

La legge ha significativamente introdotto il *Juzgado sobre la violencia de género*, organo giudiziario con competenza esclusiva per tutte le ipotesi di aggressione da parte del coniuge o ex coniuge, del convivente o ex convivente o comunque scaturite da un rapporto affettivo anche non più in essere (oltre che per violenze contro minori ed incapaci conviventi in caso di recidiva). Tale giudice può emettere ordini di protezione civilistici. Nel complesso, la legge si segnala per una strategia integrata di contrasto alla violenza di genere: accanto all'arsenale sanzionatorio penalistico si affianca anche una serie di misure di prevenzione del fenomeno (in ambito scolastico e di assistenza psicologica alle vittime di violenza)³⁵.

Il recepimento della Convenzione di Istanbul nell'ambito dell'ordinamento spagnolo, nonché la stessa Direttiva dell'Unione europea 2012/29/UE, la c.d. Direttiva Vittime, hanno condotto alla promulgazione della *Ley* n. 4/2015, del 27 aprile, sullo statuto della vittima di reato, e soprattutto ad una proposta di riforma della *Ley Organica* n. 1/2004, la quale è contenuta nel *Pacto de Estado en materia de violencia de género "por el Gobierno de la Nación, las Comunidades Autónomas y Ciudades con Estatuto de Autonomía y la Federación Española de Municipios y Provincias"*. Un provvedimento ratificato dal Parlamento in data 28 settembre 2017.

Il Patto, benché discutibilmente non elaborato con l'intervento di giuristi di estrazione penalistica, bensì solo con quello di cattedratici civilisti e processualisti³⁶, si segnala per un numero elevato di proposte riformistiche, molte delle quali rivolte all'ambito educativo, alla sensibilizzazione e alla prevenzione. Una proposta estremamente significativa è costituita dalla misura, prevista nel numero 51 del provvedimento, di combattere l'apologia della violenza di genere e l'incitamento all'odio per motivi di genere: a tal fine vengono previste sanzioni amministrative nei confronti di *clubs* sportivi che permettano l'apologia *de qua*, anche attraverso una riforma della *Ley* n. 19/2007, dell'11 luglio 2007, contro la violenza, il razzismo, la xenofobia e l'intolleranza nello sport, al fine di inserirvi le forme di violenza di connotazione sessista.

Una siffatta proposta non può stupire se pensiamo che l'ordinamento spagnolo si segnala per le disposizioni di cui agli artt. da 510 a 521 del codice penale, le quali contemplano una dettagliata disciplina che incrimina gli atti di discriminazione, tra gli altri, per motivi sessisti o di genere³⁷. Anche tale

più risalenti e il sito <https://www.epdata.es>. per i dati più aggiornati provenienti dall'Agenzia Europa Press.

33 Per questo giudizio, Ead., *cit.*, p. 1738.

34 Si tratta degli artt. 148, comma 5, 153, comma 1, 171 comma 5 e 172, comma 2 del codice penale iberico. Cfr. sul punto E. Corn, *Il femminicidio come fattispecie*, *cit.*, p. 144, nonché M. A. Sánchez, *Aspectos penales del pacto de Estado Español contra la violencia de género de 2017*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Cont.*, 2018, 1, p. 5 ss., in part. p. 6.

35 Cfr. M. Bertolino, *op. cit.*, p. 1737, nonché P. Faraldo Cabana y M. de los Ángeles Catalina Benavente, *La Formación y especialización de los agentes implicados en el tratamiento penal de la violencia de género. La situación en España*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Cont.*, 2017, 1, p. 101 ss., in part. p. 112 ss.

36 M. A. Sánchez, *Aspectos penales del pacto de Estado Español contra la violencia de género*, *cit.*, p. 10.

37 Cfr., sulla disciplina dei crimini d'odio nell'ordinamento spagnolo, si veda L. Goisis, *Crimini d'odio*, *cit.*, p. 120 ss.

disciplina sui crimini d'odio a sfondo sessista e per odio di genere predisposta in Spagna si inquadra nella efficace e strutturata politica criminale attuata da tempo dal legislatore spagnolo in materia di violenza di genere e testimonia dell'approccio olistico sul tema abbracciato in questo Paese.

Il Patto poi amplia il concetto di violenza di genere, previsto nella precedente *Ley* n. 1/2004, limitato alla violenza domestica e affettiva, per avvicinarlo alla nozione presente nella Convenzione di Istanbul, al fine di contemplare all'interno della violenza di genere anche la violenza al di fuori del contesto familiare e soprattutto al fine di considerare le varie forme della violenza di genere, che è da intendersi, per la Convenzione, quale violenza fisica, sessuale, psicologica o economica e si manifesta nei numerosi reati di genere contemplati dalla Convenzione³⁸. Tale obiettivo di ampliamento della nozione è esplicitato nel numero 84 del citato Patto.

Il Patto contiene disposizioni in ordine alla necessità di disciplinare la c.d. violenza vicaria, ossia quella violenza esercitata da un soggetto maltrattante sui figli al fine di colpire la madre, che viene dunque riconosciuta in tali casi vittima di violenza di genere.

Si conferma la scelta di punire più gravemente i reati comuni (lesioni, maltrattamenti, minacce e violenza privata lievi) commessi tra soggetti legati da attuale o precedente relazione sentimentale. La proposta n. 88 va nella direzione della soppressione di alcune circostanze attenuanti nel caso della violenza di genere. In particolare, la circostanza attenuante della confessione quando le circostanze del fatto permettano di individuare inconfutabilmente l'autore, sempre che siano rispettati gli *standards* di costituzionalità in relazione al principio di uguaglianza. E altresì la circostanza attenuante della riparazione del danno, che, ai sensi della disposizione n. 89 del Patto, non dovrà operare in caso di violenza di genere, previsione che promana dalla Convenzione di Istanbul (art. 48) ed è oggi contemplata anche nel codice penale italiano con riferimento allo *stalking*³⁹.

Infine, accanto ad alcune proposte in materia di conseguenze giuridiche del delitto, in caso di violenza di genere (estendere la pena accessoria della privazione del porto d'armi non solo al delitto di lesioni, come già previsto, bensì anche alle minacce; prevedere la misura della libertà vigilata per il soggetto che opera i maltrattamenti, quando la vittima sia poco protetta), sul terreno del diritto penale sostanziale, si segnala la proposta n. 90 del Patto in esame. La proposta prevede la generalizzazione dell'applicazione della circostanza aggravante di cui all'art. 22, comma 4 del *código penal* – che disciplina l'aggravante “del motivo d'odio” (razzista, antisemita, ideologico o legato a convinzioni personali, religioso, omofobico, transfobico, sessista o di genere e in relazione alla disabilità o infermità della vittima)⁴⁰ – anche al reato di mutilazione degli organi genitali femminili. La proposta n. 92, analogamente, raccomanda l'applicazione dell'aggravante – trattasi di aggravante comune – in tutti i casi in cui risulta provato l'elemento soggettivo dei motivi maschilisti o discriminatori verso la donna, o per ragioni di genere, nei casi di aggressione o abuso sessuale di cui agli artt. da 178 a 183-*bis* c.p.⁴¹.

La specificazione nasce dalla concezione secondo la quale, nel caso dei reati sessuali, frutto della sopraffazione di genere, a differenza che nel caso dell'omicidio o delle minacce gravi, contestare l'aggravante dell'odio di genere costituirebbe una violazione del principio del *ne bis in idem*. La proposta intende superare questo ostacolo, frapposti nella prassi applicativa della circostanza aggravante. Tale apertura sembra essere il frutto di una sentenza della *Audiencia Provincial de Oviedo* n. 18/2017 che ha condannato per omicidio (*asesinado*) aggravato per la premeditazione e per il motivo

38 Cfr. sul punto, M. A. Sánchez, *Aspectos penales*, cit., p. 12 ss.

39 *Ibidem*, p. 18.

40 La norma recita: “*son circunstancias agravantes: (...) Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenencia, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad*”.

41 M. A. Sánchez, *Aspectos*, cit., p. 19 e p. 27 ss. *Ivi*, per le riforme processuali proposte nel Patto, p. 21 ss.

discriminatorio o d'odio di genere oltre che per il rapporto di parentela, in un caso di omicidio di una donna da parte di un uomo che aveva con la medesima una relazione sentimentale. Di fatto, una sentenza di condanna per femminicidio, benché la fattispecie non sia autonomamente prevista come reato nell'ordinamento spagnolo⁴².

In definitiva, pur con il rischio di alcune duplicazioni di disciplina, la legislazione spagnola sembra quella che meglio di altre si è posta nella direzione di un approccio strutturato ed organico nella lotta contro la violenza di genere. Una normativa, quest'ultima, che il *Tribunal Constitucional* ha ritenuto costituzionalmente legittima in più occasioni, in ragione della necessità di superare la profonda disuguaglianza sostanziale fra uomo e donna, la quale si cela dietro il velo di un'apparente uguaglianza formale⁴³.

Un esempio, dunque, al pari delle legislazioni latino-americane, di un diritto penale non neutrale rispetto al genere che può essere ritenuto, nonostante ciò, compatibile con la Costituzione e in particolare con il principio di uguaglianza, se declinato alla luce dell'idea di un "trattamento differenziato delle situazioni oggettivamente differenti"⁴⁴.

Si osservi incidentalmente che un diverso approccio, disorganico e frammentario, alla violenza di genere si registra in altri Paesi, tra i quali, oltre all'Italia, come diremo, spicca la *Francia*.

Si segnalano infatti in questo ordinamento giuridico interventi legislativi isolati e non coordinati fra loro: a partire da un provvedimento risalente al 2004 che ha previsto *mesures d'urgence* per i casi di violenza coniugale, si è passati nel tempo ad ulteriori riforme, maggiormente incisive, come una legge del 2006 dedicata alla prevenzione e alla repressione della violenza all'interno della coppia o attuata sui minori, attraverso una revisione dell'art. 222-22 del codice penale, finalizzata a chiarire che la violenza sessuale si integra anche quando sia commessa all'interno di una relazione coniugale o sentimentale, nonché attraverso un ampliamento delle circostanze aggravanti per la violenza intra-familiare, oltre alla previsione di ordini di protezione. Tale provvedimento ha aperto la strada ad una politica più organica di lotta alla violenza di genere, culminata nella legge 9 luglio 2010, n. 769 "*Loi cadre contre les violences fait aux femmes*", finalizzata a prevedere misure non solo repressive, ma anche preventive e di protezione delle vittime, finalità che animano anche una successiva legge sulla parità di genere, del 23 luglio 2014⁴⁵. Sino ai più recenti progetti di legge, del marzo 2018, volti ad introdurre la possibilità di multare qualcuno per "oltraggio sessista", cioè per il fatto di imporre a una persona delle osservazioni o degli atteggiamenti a connotazione sessuale che abbiano un carattere degradante o umiliante o che intimidiscano, offendano e creino un'atmosfera ostile. Il progetto di legge è divenuto legge nell'agosto 2018, la *Loi* n. 2018/703 del 3 agosto, e prevede attualmente una fattispecie autonoma, all'art. 222-33 *c.p.*, di *harcèlement sexuel*, ossia di molestia sessuale, che è così definita: "*est le fait d'imposer à une personne, de façon répétée, des propos ou comportements à connotation sexuelle ou sexiste qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante*"⁴⁶.

42 Per questo giudizio, si veda Ead., *cit.*, p. 28.

43 Si vedano le sentenze n. 59/2008, del 14 maggio; n. 52/2010, del 4 ottobre; n. 41/2010, del 22 luglio e n. 45/2010, del 28 luglio. Si veda il sito della Corte Costituzionale spagnola: <https://www.tribunalconstitucional.es.>, nonché E. Corn, *op. ult. cit.*, p. 145.

44 Cfr. G. Dodaro, *Eguaglianza e diritto penale, Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 81.

45 Sull'ordinamento francese, si veda la ricostruzione di M. Bertolino, *op. cit.*, p. 1738 e s.

46 Prosegue la norma: "*L'infraction est également constituée: 1° Lorsque ces propos ou comportements sont imposés à une même victime par plusieurs personnes, de manière concertée ou à l'instigation de l'une d'elles, alors même que chacune de ces personnes n'a pas agi de façon répétée; 2° Lorsque ces propos ou comportements sont imposés à une même victime, successivement, par plusieurs personnes qui, même en l'absence de concertation, savent que ces propos ou comportements caractérisent une répétition. II. - Est assimilé au*

Nel contesto europeo, da ultimo, una strada intermedia, nel contrasto alla violenza di genere, si rintraccia negli *ordinamenti scandinavi*. Si parla a proposito di questi ordinamenti di “paradosso nordico”⁴⁷. Benché infatti le politiche e le misure per la parità di genere siano molto diffuse e messe in campo a livello governativo con impegno fattivo, in questi Paesi si assiste ad un elevato tasso di incidenza della violenza di genere, specie di *intimate partner violence*.

Si prenda ad esempio l’ordinamento norvegese. Nonostante il tasso di violenza complessiva nel Paese sia relativamente contenuto, si conta che una donna su quattro abbia subito violenza da parte di un *partner* nel corso della vita, un tasso elevato e in linea con quello degli altri Paesi europei. Se si considerano lo stupro e il tentato stupro, si stima che fra le 8.000 e le 16.000 donne vengano aggredite ogni anno, fatti per i quali si riscontra un tasso minimo di condanne e di indagini di polizia⁴⁸. Questi dati sembrano sconfiggere l’ipotesi, spesso avanzata in dottrina, secondo la quale ordinamenti ispirati a politiche di *gender equality* presentano tassi di violenza di genere più contenuti. Non solo. Nonostante il recepimento della CEDAW e della stessa Convenzione di Istanbul all’interno dell’ordinamento giuridico, nel 2013 la Corte Suprema norvegese ha sentenziato che la Norvegia ha violato l’obbligo di rispetto della CEDU per aver fallito nel tutelare alcune vittime femminili di ripetuti abusi, minacce di morte e violenze pari alla tortura⁴⁹.

Dati analoghi, secondo le stime di Amnesty International, si registrano negli altri Paesi scandinavi. Finora la Svezia è l’unico dei quattro Stati del Nord-Europa che, nel tentativo di contrastare l’emergenza della violenza sessuale ai danni di vittime femminili, ha adottato una legge basata sul modello consensualistico. La Danimarca ha recentemente affermato il sostegno a una normativa simile e in Finlandia è in gestazione una riforma complessiva “per rafforzare l’importanza del consenso” nella legislazione sui reati di natura sessuale⁵⁰.

Ci si sofferma dunque sulla legge svedese, che si allinea, piuttosto che al modello dissensualistico tedesco, al modello consensualistico, secondo il principio, già ricordato e accolto dalla legislazione californiana nell’ambito dei codici etici universitari (oltre che nello Stato di New York e dell’Illinois), nonché dall’ordinamento inglese, “*Yes means Yes*”. La condotta di violenza sessuale, secondo il capitolo 6, Sezione 1 del codice penale svedese, si impernia non più sulla violenza o sulla minaccia, bensì sul consenso della vittima, che potrà essere desunto da parole o atti o in qualche altro modo. Un consenso dunque affermativo ed espresso. La pena minima è di due anni e quella massima di sei anni. La

harcèlement sexuel le fait, même non répété, d’user de toute forme de pression grave dans le but réel ou apparent d’obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l’auteur des faits ou au profit d’un tiers. III. - Les faits mentionnés aux I et II sont punis de deux ans d’emprisonnement et de 30 000 € d’amende. Ces peines sont portées à trois ans d’emprisonnement et 45 000 € d’amende lorsque les faits sont commis: 1° Par une personne qui abuse de l’autorité que lui confèrent ses fonctions; 2° Sur un mineur de quinze ans; 3° Sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de leur auteur; 4° Sur une personne dont la particulière vulnérabilité ou dépendance résultant de la précarité de sa situation économique ou sociale est apparente ou connue de leur auteur; 5° Par plusieurs personnes agissant en qualité d’auteur ou de complice; 6° Par l’utilisation d’un service de communication au public en ligne ou par le biais d’un support numérique ou électronique; 7° Alors qu’un mineur était présent et y a assisté; 8° Par un ascendant ou par toute autre personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait”. Cfr. www.legifrance.gouv.fr.

⁴⁷ E. Gracia-J. Merlo, *Intimate Partner Violence Against Women and the Nordic Paradox*, in *Social Science & Medicine*, 2016, 157, p. 27 ss., nonché Cfr. J. Goldscheid, *The Economics of Gender Violence in Norway. A Comparative Approach*, in R. Goel, L. Goodmark, (Eds.), *Comparative Perspectives on Gender Violence. Lessons from Efforts Worldwide*, cit., p. 141 ss.

⁴⁸ Cfr. Id., *op. cit.*, p. 142.

⁴⁹ Su tale decisione, Id., *cit.*, p. 144.

⁵⁰ Amnesty International, *Stati del Nordeuropa: sopravvissute allo stupro unite per la fine dell’impunità per gli stupratori*, 3-4-2019, Rapporto consultabile al sito <https://www.amnesty.it>.

vittima che versi in una situazione particolarmente vulnerabile, per esempio se in stato di intossicazione da alcool o stupefacenti, viene tutelata. Vengono altresì previste due nuove fattispecie di violenza sessuale e abuso sessuale colposo, punite con la pena detentiva fino a un massimo di quattro anni⁵¹.

Condotto questo *excursus* comparatistico, occorre ora procedere ad un bilancio complessivo che consenta di trarre indicazioni utili per il legislatore italiano, secondo la ben nota finalità propria della comparazione.

Ebbene, si può dunque concludere, in definitiva, che il modello consensualistico e dissensualistico si stanno imponendo nel panorama comparato – a prescindere dagli *slogans* politici con cui vengono nominati per finalità simboliche – quali strumenti per una più penetrante protezione delle vittime femminili dinanzi alla violenza di genere a sfondo sessuale⁵².

51 Section 1. A person who carries out sexual intercourse or some other sexual act that in view of the seriousness of the violation is comparable to sexual intercourse with a person who is not participating voluntarily is guilty of rape and is sentenced to imprisonment for at least two and at most six years. In assessing whether the participation is voluntary or not, particular consideration shall be given to whether the voluntariness was expressed through words or deed or in some other way. A person can never be considered to be participating voluntarily if: 1. their participation is a consequence of assault, other violence or a threat of a criminal act, a threat to prosecute or report another person for an offence or a threat to provide detrimental information about another person; 2. the perpetrator improperly exploits the fact that the person is in a particularly vulnerable situation due to unconsciousness, sleep, grave fear, intoxication or other drug influence, illness, bodily injury or mental disturbance or otherwise in view of the circumstances; or 3. the perpetrator induces the person to participate by seriously abusing the person's position of dependency on the perpetrator. If in view of the circumstances associated with the offence, the offence is considered less serious, the person is guilty of rape and is sentenced to imprisonment for at most four years. If the offence referred to in the first paragraph is considered gross, the person is guilty of gross rape and is sentenced to imprisonment for at least five and at most ten years. In assessing whether the offence is gross, particular consideration shall be given to whether the perpetrator used violence or a threat that was of a particularly serious nature or whether more than one person abused the victim or took part in the abuse in some other way or whether, in view of the method used or the low age of the victim or otherwise, the perpetrator exhibited particular ruthlessness or brutality. - Section 1 a. A person who commits an act referred to in Section 1 and is grossly negligent regarding the fact that the other person is not participating voluntarily is guilty of negligent rape and is sentenced to imprisonment for at most four years. If, in view of the circumstances, the act is less serious, the person shall not be held responsible. - Section 2. A person who carries out a sexual act not referred to in Section 1 with a person who is not participating voluntarily is guilty of sexual abuse and is sentenced to imprisonment for at most two years. In assessing whether the participation is voluntary or not, the provision in Section 1, first paragraph, second and third sentences applies. If the offence is considered gross, the person is guilty of gross sexual abuse and is sentenced to imprisonment for at least six months and at most six years. In assessing whether the offence is gross, particular consideration shall be given to whether the perpetrator used violence or a threat that was of a particularly serious nature or whether more than one person abused the victim or took part in the abuse in some other way or whether, in view of the method used or the low age of the victim or otherwise, the perpetrator exhibited particular ruthlessness or brutality. - Section 3. A person who commits an act referred to in Section 2 and is grossly negligent regarding the fact that the other person is not participating voluntarily is guilty of negligent sexual abuse and is sentenced to imprisonment for at most four years. If, in view of the circumstances, the act is less serious, the person shall not be held responsible. Cfr. il sito del Ministero della Giustizia svedese per il testo del codice riformato, <https://www.government.se>.

52 Più in generale, e da ultimo, si osservi che sotto il profilo della tutela della donna rispetto alla violenza di genere, numerose sono anche le norme di carattere processuale previste dai diversi ordinamenti giuridici considerati. Gli ordinamenti anglosassoni, specie l'ordinamento nordamericano, si caratterizzano per la previsione di *Family Justice Centers*, ossia di organi di giustizia deputati alla trattazione delle aggressioni sessuali, oltre all'accoglienza delle vittime femminili, guidati dai pubblici ministeri, nonché dalla previsione dell'arresto obbligatorio da parte delle forze di polizia in casi di violenza di genere, una misura che tuttavia parte della dottrina statunitense ritiene ineffettiva, oltre alla previsione di ordini di protezione. Al modello americano delle misure processuali di contrasto alla violenza di genere si sono ispirati pressoché tutti i Paesi occidentali e anche diversi Paesi extra-europei. Poco sviluppato in quasi tutti gli ordinamenti è, invece, l'istituto della ripara-

In questa stessa direzione si è posta la Spagna ancor più decisamente con la recente legge di riforma in materia di violenza sessuale, la Legge Organica n. 10/2022.

3. La recente novella spagnola in tema di violenza sessuale

La *Ley Organica n. 10/2022 de Garantía integral de la libertad sexual*, meglio conosciuta come legge del “*solo Sí è Sí*”, ha riformato profondamente i delitti contro la persona nell’ordinamento giuridico spagnolo, innovando la disciplina dei reati contro la libertà sessuale⁵³.

Il dibattito che ha accompagnato la gestazione della legge si è incentrato sul ruolo del *consenso* nella struttura della fattispecie ed è stato caratterizzato da numerose critiche dottrinali: una parte della dottrina penalistica spagnola ha infatti qualificato la riforma come espressione di ‘populismo punitivo’⁵⁴.

Come sottolinea Sánchez, si tratta di una “legge ampia che affronta la riforma dell’ordinamento nel suo insieme con l’obiettivo di garantire pienamente la libertà sessuale di fronte alla violenza sessista”⁵⁵, una forma di violenza che assume, come si diceva, dimensioni preoccupanti, nonostante un grosso problema di cifra oscura (solo l’8% delle violenze sessuali vengono denunciate), come emerge da un’indagine del 2020 condotta dalla Delegazione di Governo contro la violenza di genere, da cui si evince altresì che la denuncia della violenza sessuale spesso non comporta che il processo prosegua fino al suo termine e si concluda con una sentenza di condanna, nella misura in cui, date le difficoltà probatorie esistenti in materia, in molti casi viene pronunciata una sentenza di assoluzione.

L’interesse della società verso tale legge è stato forte in ragione dei noti fatti accaduti durante la notte di San Firmino a Pamplona nel 2016. Il dibattito sociale sulla gravità e sull’intensità

zione del danno subito dalle vittime. Cfr. L. Goodmark, *Exporting Without License. The American Attempt to End Intimate Partner Violence*, in R. Goel, L. Goodmark, (Eds.), *Comparative Perspectives*, cit., p. 4 e p. 5 s. Si tratta di una misura voluta dal *United States’ Violence Against Women Act*.

⁵³ La novella definisce un concetto ampio di violenza sessuale, nel Preambolo della legge e definisce i beni giuridici in gioco: “*Se consideran violencias sexuales los actos de naturaleza sexual no consentidos o que condicionan el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, lo que incluye la agresión sexual, el acoso sexual y la explotación de la prostitución ajena, así como todos los demás delitos previstos en el Título VIII del Libro II de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, orientados específicamente a proteger a personas menores de edad. La presente ley orgánica pretende dar respuesta especialmente a las violencias sexuales cometidas en el ámbito digital, lo que comprende la difusión de actos de violencia sexual a través de medios tecnológicos, la pornografía no consentida y la extorsión sexual. Asimismo, entre las conductas con impacto en la vida sexual, se consideran violencias sexuales la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el acoso con connotación sexual y la trata con fines de explotación sexual. Por último, en coherencia con las recomendaciones de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre violencia contra las mujeres, sus causas y sus consecuencias, se incluye el homicidio de mujeres vinculado a la violencia sexual, o feminicidio sexual, como la violación más grave de los derechos humanos vinculada a las violencias sexuales, que debe ser visibilizada y a la que se ha de dar una respuesta específica. Las violencias sexuales vulneran el derecho fundamental a la libertad, a la integridad física y moral, a la igualdad y a la dignidad de la persona y, en el caso del feminicidio sexual, también el derecho a la vida. Estas violencias impactan en el derecho a decidir libremente, con el único límite de las libertades de las otras personas, sobre el desarrollo de la propia sexualidad de manera segura, sin sufrir injerencias o impedimentos por parte de terceros y exentas de coacciones, discriminación y violencia”.*

⁵⁴ Su tale riforma si veda M. A. Sánchez, *La nueva protección de la libertad sexual en España tras la reforma operada por la ley orgánica 10/2022 de garantía integral de la libertad sexual*, in *Criminal Justice Network*, 2022, p. 1 ss., al sito www.criminaljusticenetwork.eu.

⁵⁵ Ead., cit., p. 2.

dell'aggressione ai beni giuridici tutelati, in occasione di questi eventi, ha rivelato la mancata coincidenza fra la considerazione sociale dei fatti medesimi e la valutazione che ne aveva dato l'Alta Corte in applicazione di un codice penale ritenuto, da una parte della dottrina, foriero di una interpretazione controversa dei limiti delle diverse figure criminose.

Analizziamo i contenuti della novella spagnola, prima di descrivere lo stato del dibattito dottrinale. Nella sostanza, non esisterà più la precedente distinzione tra la fattispecie di 'aggressione sessuale,' atti contro la libertà sessuale commessi con violenza e intimidazione, associati a pene più gravi, e la fattispecie di 'abuso sessuale', che non contempla violenza o intimidazione ed è associata a pene più lievi, rimanendo in vigore solo il primo reato, tuttavia profondamente modificato.

Il tenore del nuovo reato di violenza sessuale dopo la riforma operata dalla L.O. n. 10/2022 permette di comprendere meglio la struttura della fattispecie: si tratta di una aggressione sessuale ad un soggetto *senza il suo consenso*. Questa concezione evoca all'evidenza la ben nota posizione di Tamar Pitch la quale da sempre sottolinea che la violenza inizia dove non c'è consenso⁵⁶. Non è più dunque la violenza a rivelare la mancanza di consenso, ma piuttosto è la mancanza di consenso che definisce una relazione sessuale come violenta.

Rilevano in particolare gli artt. 178-180 della Legge Organica, i quali intervengono a modificare il codice penale in relazione ai delitti contro la libertà sessuale. L'art. 178 è la disposizione chiave e così recita: "1. *Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como responsable de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona **sin su consentimiento. Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona.*** 2. *A los efectos del apartado anterior, se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad.* 3. *El órgano sentenciador, razonándolo en la sentencia, y siempre que no concurran las circunstancias del artículo 180, podrá imponer la pena de prisión en su mitad inferior o multa de dieciocho a veinticuatro meses, en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable*".

Il successivo art. 179 chiarisce che: "*Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de cuatro a doce años*". L'art. 180, infine, prevede delle ipotesi aggravate di violenza sessuale⁵⁷.

⁵⁶ T. Pitch, *Un diritto per due. La costruzione giuridica di genere, sesso e sessualità*, Milano, Il Saggiatore, 1998, *passim*.

⁵⁷ "1. *Las anteriores conductas serán castigadas con la pena de prisión de dos a ocho años para las agresiones del artículo 178.1 y de siete a quince años para las del artículo 179 cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias, salvo que las mismas hayan sido tomadas en consideración para determinar que concurren los elementos de los delitos tipificados en los artículos 178 o 179: 1. Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas. 2. Cuando la agresión sexual vaya precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad o de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio. 3. Cuando los hechos se cometan contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, salvo lo dispuesto en el artículo 181. 4. Cuando la víctima sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. 5. Cuando, para la ejecución del delito, la persona responsable se hubiera prevalido de una situación de convivencia o de parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, o de una relación de superioridad con respecto a la víctima. 6. Cuando el responsable haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 194 bis. 7. Cuando para la comisión de estos hechos el autor haya anulado la voluntad de la víctima sumini-*

Seguono le disposizioni relative alla violenza sessuale su minori che lasciamo sullo sfondo, in ragione della scelta di considerare precipuamente la violenza di genere su soggetti adulti.

Nonostante la novella si ponga, come abbiamo visto, nella direzione intrapresa da molti Paesi europei ed extra-europei, ossia quella dell'accoglimento del modello consensualistico, con la finalità precipua di garantire una maggiore tutela della vittima femminile, parte della dottrina penalistica spagnola, come accennato, ha fortemente criticato la riforma. Quintero Olivares e Portilla Contreras definiscono la riforma "populista", un "sabotaggio della legge", altri accusano la riforma di additare al pubblico "le vie della sessualità", affermando che la legge "costringe a riscrivere "l'arte di amare"⁵⁸.

La dottrina spagnola, in effetti, è scettica rispetto al fatto che la legge abbia seguito le rivendicazioni sociali, manifestatesi a seguito delle prime pronunce giudiziarie sul caso Pamplona. Il governo, in effetti, comprese ben presto, a seguito delle proteste popolari rispetto all'esito giudiziario dei casi relativi agli abusi sessuali occorsi a Pamplona, che era necessario modificare la lettera della legge la cui ristrettezza aveva consentito una sostanziale impunità degli autori di quelle violenze.

In questo senso, la dottrina penalistica parla di "populismo punitivo", descrivendolo come una reazione della società a crimini che provocano grande allarme sociale e che si caratterizzano per la loro gravità, perché colpiscono fondamentalmente le vittime indifese e per le quali la società rivendica il proprio diritto a punire di più severamente l'autore di reato, a fronte di quello che considera un trattamento troppo benevolo riservato dalla legge ai medesimi crimini⁵⁹.

In realtà, la novella spagnola in materia di violenza sessuale – per quanto, per certi versi, sia effettivamente frutto di "populismo penale" – si iscrive perfettamente nel recente "movimento consensualista", affermatosi, come abbiamo visto, nel panorama comparato delle discipline penalistiche di contrasto ai delitti sessuali.

La modernità di questa novella, dunque, a dispetto della sua discutibile origine e gestazione, non può essere messa in discussione. E ciò innanzitutto dal punto di vista squisitamente penalistico: le stesse critiche sotto il profilo probatorio, che le legislazioni consensualistiche spesso pongono, sembrano superate dalla novella spagnola laddove essa prevede espressamente quando sussiste il consenso, precisando che "si intenderà che vi è consenso solo quando esso sia stato liberamente espresso attraverso atti che, date le circostanze del caso, esprimano chiaramente la volontà della persona". Occorrerà cioè una attenta ricostruzione delle circostanze di fatto che caratterizzano la violenza sessuale, ma non più la dimostrazione della violenza e della minaccia, come in precedenza.

Tra l'altro, sempre dal punto di vista penalistico, a dispetto del presunto carattere simbolico della riforma, se si effettua un attento studio delle pene con cui venivano sanzionati i vecchi reati di aggressione e abuso sessuale e di quelle stabilite dalla Legge Organica n. 10/2022 per i reati di violenza sessuale, si può apprezzare lo sforzo compiuto per contenere i limiti edittali della nuova figura vicini ai precedenti.

Come affermato icasticamente, nell'ambito della dottrina spagnola, "il rifiuto estetico che questa legge ha provocato ha impedito ad alcuni di analizzarne il contenuto, dal quale si può dedurre una riforma del codice penale, coerente con gli obblighi internazionali assunti dalla Spagna dopo la firma della Convenzione di Istanbul, che l'ha affiancata ai Codici più classici del diritto penale europeo, co-

strándole fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto. 2. Si concurrieren dos o más de las anteriores circunstancias, las penas respectivamente previstas en el apartado 1 de este artículo se impondrán en su mitad superior. 3. En todos los casos previstos en este capítulo, cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años". Per il testo della legge, si veda il sito <https://www.boe.es/eli/es/lo/2022/09/06/10/con>.

58 Cfr. su tali reazioni dottrinali, M. A. Sánchez, *La nueva protección de la libertad sexual*, cit., p. 5.

59 Sul punto EAd., *op. cit.*, p. 6.

me quello tedesco o italiano, che la dottrina spagnola si è tradizionalmente preposta di considerare come l'avanguardia del diritto penale moderno, per cui, prima di ogni altra cosa, il diritto risultante è il frutto di un *iter* legislativo durante il quale è giunta a maturazione una riforma approvata all'interno di un Parlamento democraticamente eletto. Questa è la base del principio di legalità penale⁶⁰.

Un'altra critica mossa avverso la riforma, per vero più nell'opinione pubblica che in ambito dottrinale, è che si tratta di una legge discriminatoria in quanto si pone contro gli uomini la cui presunzione di innocenza è violata. Va evidenziato, tuttavia, che se si presta attenzione alla riforma oggetto di critica si capisce che nulla è stabilito in merito al sesso dei soggetti attivi e passivi: soggetto attivo e soggetto passivo dei reati di violenza sessuale può essere chiunque. Solo nell'art. 180, comma 4, è stata inserita una circostanza aggravante specifica, come quella già esistente in altre figure criminali presenti nel codice penale spagnolo, applicabile se la vittima è o era sposata o legata sentimentalmente all'aggressore con o senza convivenza, oppure se la vittima è una persona particolarmente vulnerabile che convive con l'autore del reato. Ulteriore oggetto di censura della legge spagnola "*solo Si è Si*", mossa per vero verso tutte le discipline consensualistiche della violenza sessuale, attiene al fatto che essa presupporrebbe la colpevolezza dell'imputato se non c'è il "contratto di consenso": tuttavia la censura non coglie nel segno nella misura in cui le presunzioni di colpa sono vietate dalla legge e la colpevolezza deve essere sempre provata⁶¹. In particolare, secondo il Consiglio Generale del Potere Giudiziario, questa modifica obbligherebbe l'accusato a dimostrare la volontà della presunta vittima, contraddicendo il principio secondo cui dovrebbe essere l'accusa a presentare le prove.

A dispetto delle molte critiche suscitate, la novella spagnola si segnala, a nostro avviso, per originalità e lungimiranza.

Il pregio della riforma spagnola si apprezza anche e soprattutto sotto il profilo sistemico. Si tratta, infatti, di una legge che non si limita ad intervenire opportunamente sulla struttura della fattispecie di violenza sessuale, nella direzione consensualistica, ma che accompagna questa riforma del codice penale spagnolo con un insieme molto vasto di interventi di prevenzione primaria, nonché di protezione delle vittime di reato, e di più: di interventi di contrasto, a monte, della violenza sessista. Risulta opportuno ricordare le disposizioni essenziali – che precedono quelle penalistiche in senso stretto – come le disposizioni in materia di *Investigación y producción de datos*, di *Prevención y detección*, ossia di sensibilizzazione in campo educativo, sanitario e sociale, con campagne istituzionali di prevenzione e informazione, in ambito digitale e della comunicazione, in ambito lavorativo e pubblicitario, della amministrazione pubblica e degli organi costituzionali e pubblici; disposizioni in materia di *Detección de las violencias sexuales*, in materia di formazione degli operatori sociali e degli operatori del diritto, in materia di *Derecho a la asistencia integral especializada y accesible*, ossia disposizioni relative alla tutela integrale e specializzata delle vittime di reato, disposizioni in materia di *Autonomía económica, derechos laborales y vivienda*, ossia di autonomia economica, diritti al lavoro e alla casa, disposizioni in materia di *Actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*, ossia di azione delle Forze e dei Corpi di Sicurezza, in materia di *Acceso y obtención de justicia*, ossia di accesso alla giustizia, e misure di accompagnamento, protezione e sicurezza delle vittime, in materia di diritto alla riparazione, aspetto questo di grande innovatività della riforma, perché assai raro negli altri Paesi europei, infine misure di attuazione della stessa Legge Organica.

Una riforma, dunque, ad ampio spettro (ragioni di economia non ne consentono un'analisi integrale) che promette di garantire una tutela effettiva delle vittime di violenza di genere.

60 *Ivi*, p. 8.

61 Per queste ulteriori critiche mosse alla riforma, si veda *ivi*, pp. 9-10.

4. Conclusioni

La lezione comparatistica – in particolare quella anglosassone, tedesca e da ultimo spagnola – induce a concludere nel senso della affermazione progressiva del modello consensualistico nella disciplina penalistica della violenza sessuale.

Questa lezione dovrebbe essere tenuta ben presente anche dal legislatore italiano, il quale, come abbiamo evidenziato, rimane ancora oggi ancorato, con l'art. 609-*bis* c.p., ad una visione arcaica e patriarcale della violenza sessuale, imperniata sugli elementi della violenza, della minaccia e dell'abuso di autorità, fattispecie, tra l'altro, ai limiti della incostituzionalità per la sua imprecisione, stante i confini elastici della nozione di "atto sessuale" (e la dubbia applicazione dell'attenuante dei casi di minor gravità), e ove l'interpretazione giurisprudenziale contribuisce, attraverso la "spiritualizzazione" del requisito della violenza, a "slabbrare" ulteriormente i confini della norma, di fatto equiparando la violenza alla mancanza di consenso⁶².

La legge n. 66/1996, con l'art. 609-*bis* c.p., ha mantenuto infatti la scelta, propria della normativa precedente, di imperniare la condotta incriminata sugli elementi della violenza e della minaccia quali mezzi tipici di coercizione al rapporto sessuale, così implicitamente lasciando sopravvivere il tradizionale "onere di resistenza"⁶³, retaggio di un antico passato, laddove avrebbe dovuto invece elevare ad oggetto della tutela la libertà in sé, indipendentemente da coartazioni che si traducano in violenza o minaccia. Come autorevolmente osservato, "da questo punto di vista la riforma non può che considerarsi fallimentare, a dispetto dei tanti trionfalismi che ne hanno accompagnato la nascita. Se si pensa che altri interessi individuali, quale ad esempio l'inviolabilità del domicilio, sono protetti solo sulla base del dissenso, si capisce quanto arretrata sia la tutela della libertà di autodeterminazione sessuale realizzata con la legge simbolo n. 66 del 1996"⁶⁴.

Ci si chiede dunque se non fosse assai più opportuno compiere il salto proposto in sede di riforma del codice penale preferendo la formulazione "contro la volontà" o "contro il consenso della vittima" ed eliminando ogni riferimento a violenza e minaccia, di fatto adottando un modello consensualistico. Come abbiamo visto, in questa direzione si sono orientate di recente le legislazioni anglosassoni (compresa quella irlandese), nonché lo stesso legislatore tedesco (secondo il modello dissensualistico), i legislatori scandinavi (oltre che del Belgio, del Lussemburgo, di Cipro) e, da ultimo, il legislatore spagnolo.

Quest'opzione riposerebbe finalmente sul postulato di un consenso femminile libero di formarsi ed esprimersi, consentendo di superare definitivamente quella concezione settecentesca di una donna incapace di volere e di responsabilità. Ciò in piena coerenza con il fatto che spetti solo alla donna nominare come violento l'atto non voluto⁶⁵. Come è stato sottolineato, "le esigenze di tutela della persona nella sfera della sessualità possono essere soddisfatte, infatti, solo imperniando la fattispecie di violenza sessuale sul requisito della costrizione, indipendentemente dalle modalità di aggressione violenta".

⁶² Per questi profili di criticità della norma italiana, sia consentito il rinvio a L. Goisis, *La violenza sessuale*, cit., *passim*, nonché Ead., *Crimini d'odio*, cit., p. 412 ss.

⁶³ A. Colli, *La tutela della persona nella recente legge sulla violenza sessuale all'epilogo di un travagliato cammino legislativo*, cit., p. 1163 s. Sottolinea come "inascoltata è rimasta la sollecitazione della dottrina maggioritaria di rinunciare, a livello di tipizzazione del reato, ai requisiti della violenza e della minaccia", M. A. Ruffo, *Famiglia allargata e violenza sessuale. Oggetto e tecniche della tutela penale*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 51.

⁶⁴ G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto Penale, Parte Speciale, I delitti contro la persona*, Vol. II, Tomo I, Torino, Zanichelli, 2020, p. 312.

⁶⁵ M. Virgilio, *Corpo di donna e legge penale. Ancora sulla legge sulla violenza sessuale?!*, in *Democrazia e diritto*, 1996, p. 166.

te o minacciose, poiché la lesione al bene giuridico protetto consegue semplicemente alla condotta sessuale realizzata contro la volontà della vittima⁶⁶.

Si pensi in particolare ai casi più recenti e problematici del c.d. *date rape*, cioè della violenza sessuale fra soggetti legati da vincoli di conoscenza, così come il sempre noto caso della violenza del coniuge o comunque del *partner*: se non possono sussistere problemi nel valutare come violenta e dunque criminosa la violenza ad opera di un estraneo, nel caso di persone legate da vincoli pregressi – il caso statisticamente più frequente e grave – le dinamiche interpersonali e la consuetudine alla frequentazione possono lasciare un maggior margine di ambiguità che l'attribuzione di rilevanza al mero dissenso potrebbe almeno in parte eliminare.

Senonché ciò potrebbe portare con sé il rischio, spostando il fuoco sulla vittima e sul suo volere, di una negativa conseguenza: dal punto di vista processuale l'indagine si concentrerebbe sulla vittima, con una sorta di inversione dell'onere della prova per cui sarebbe la vittima a dover provare di non avere acconsentito, con tutti i rischi della c.d. doppia violenza e di vittimizzazione secondaria⁶⁷. A dispetto di questo possibile inconveniente, la lezione comparatistica induce, in materia di violenza sessuale, a considerare con attenzione l'opportunità di una simile soluzione legislativa – in direzione consensualistica o dissensualistica – in funzione di una piena tutela della libertà di autodeterminazione nella sfera sessuale della vittima femminile. In questa direzione si pone, del resto, lo stesso GREVIO, nel Rapporto sulla violenza di genere in Italia, ove, al par. 191, esorta vivamente le autorità italiane a considerare di modificare la propria legislazione in modo che il reato di violenza sessuale si basi sulla nozione di consenso prestato liberamente, come richiesto dall'Articolo 36, comma 1 della Convenzione di Istanbul⁶⁸.

Ci auguriamo che il legislatore italiano non resti sordo dinanzi ai moniti preziosi e forieri di un approccio moderno – oltre che di maggiore razionalità rispetto alla attuale fattispecie di violenza sessuale – che vengono dalle esperienze straniere sul terreno della disciplina della delittuosità sessuale, adottando altresì finalmente una visione olistica della violenza di genere e, sull'esempio spagnolo, una legge organica ad essa dedicata

66 Così A. Ruffo, *Famiglia allargata e violenza sessuale*, cit., p. 51, nonché, ampiamente, per la tematizzazione della questione, L. Goisis, *Crimini d'odio*, cit., p. 418 s.

67 M. Virgilio, cit., p. 166 s., nonché L. Goisis, *op. ult. cit.*, p. 419.

68 Cfr. Grevio, *Rapporto di valutazione di base Italia*, al sito www.criminaljusticenetwork.eu. Ivi, v. il commento di N. M. Cardinale, *Il rapporto del GREVIO sull'applicazione in Italia della Convenzione di Istanbul: il lavoro ancora da fare*, 13 maggio 2021.