

LA VIOLENZA SESSUALE (ART. 609-BIS C.P.) NELLA GIURISPRUDENZA DELLA SUPREMA CORTE DEL 2015

*Analisi di 110 sentenze di inammissibilità e rigetto
tra orientamenti esegetici di legittimità e opzioni sanzionatorie di merito*

di Francesco Macrì

Abstract. Il presente scritto è incentrato sull'analisi dogmatica ma altresì statistica di tutte le sentenze di inammissibilità e rigetto emesse dalla Corte di Cassazione in materia di "Violenza sessuale" (art. 609-bis c.p.) nel corso dell'anno 2015. Particolare attenzione è stata dedicata alle 110 sentenze (su 340 totali pubblicate sul sito istituzionale) suscettibili di elaborazione statistica con riferimento alle pene irrogate e alle condotte criminose accertate in via definitiva. L'indagine "tradizionale" sulle opzioni esegetiche accolte dalla Corte ha rivelato un sostanziale consolidamento degli orientamenti – spesso emersi nei primi anni di applicazione della riforma del 1996 – in materia di "atti sessuali" e di "violenza" costrittiva. Sul concetto di "inferiorità psichica", inoltre, si è riscontrata un'accentuazione del percorso di allontanamento dal paradigma medico-psichiatrico, in un'ottica di maggiore tutela delle persone in stato di debolezza che però si pone in tensione col principio di tassatività. Gli spunti di maggiore interesse sono stati invece offerti dall'indagine statistica – accademicamente meno consueta in materia penale – sulle scelte sanzionatorie operate dalle corti di merito (e rese definitive nel 2015 dalla Suprema Corte). Dall'analisi sono difatti emerse rilevanti criticità relative all'esercizio della discrezionalità giudiziaria in materia di commisurazione della pena, tali da configurare un possibile grave vulnus a quella che si potrebbe definire "legalità sanzionatoria".

SOMMARIO: 0. Introduzione. Criteri di scelta delle sentenze e metodologia statistica utilizzata. – 1. I principali orientamenti di legittimità emersi in relazione all'art. 609-bis c.p. – 1.1. L'esegesi della nozione di "atto sessuale". – 1.2. Violenza, minaccia, abuso di autorità e "costrizione ambientale". – 1.3. L'abuso di inferiorità fisica o psichica. – 1.4. Le ipotesi di minore gravità (comma 3°). – 1.5. Il discrimine con la violenza sessuale di gruppo: il concetto di "persone riunite". – 2. Sentencing e scelte sanzionatorie dei giudici di merito (confermate e rese definitive dalla Corte di Cassazione nel 2015). – 2.1. Sguardo d'insieme ai livelli sanzionatori medi. – 2.2. Atti penetrativi, molestie sessuali e applicazione dell'art. 609-bis/3 c.p. – 2.3. Le scelte sanzionatorie relative alle violenze sessuali contro minori. – 2.4. L'incidenza del rito abbreviato. – 2.5. Sproporzioni di pena e "legalità sanzionatoria". – 3. Considerazioni conclusive.

0. Introduzione. Criteri di scelta delle sentenze e metodologia statistica utilizzata(*) .

Il presente articolo si basa su un'analisi complessiva delle sentenze emesse nel 2015 dalla Suprema Corte di Cassazione in materia di "Violenza sessuale" (art. 609-bis c.p.), e pubblicate per esteso sul sito internet istituzionale della Corte di Legittimità¹.

Le pronunce prese in considerazione sono le 340 emesse dalla Sezione III (quella competente in materia di reati sessuali, nell'anno in questione le Sezioni Unite non hanno pronunciato sentenze in materia) e pubblicate online.

Nell'ambito delle suddette 340 sentenze, oggetto di particolare analisi – anche in un'ottica statistica – sono state le 110 pronunce aventi i seguenti connotati:

Confermano le condanne pronunciate in appello, vale a dire che trattasi di sentenze di rigetto o declaratoria di inammissibilità del ricorso proposto².

Dal testo delle medesime emerge la pena irrogata, e – pur se non dettagliatamente – la tipologia di condotta / atto sessuale su cui si fonda la condanna.

In caso di concorso di reati, il delitto di cui all'art. 609-bis è quello principale, sul quale si è computato l'aumento di pena ex art. 81 c.p..

Ai fini dello studio, in ogni caso, sono state altresì esaminate le sentenze di annullamento, e le altre non aventi le caratteristiche di cui sopra, pur se le stesse non sono state utilizzate per l'elaborazione delle statistiche.

Sono state poi considerate talune decisioni in cui la condanna confermata è stata pronunciata per il delitto di "Violenza sessuale di gruppo" (art. 609-octies c.p.) oppure di "Atti sessuale con minorenni" (art. 609-quater c.p.), al fine di approfondire i criteri adottati in sede giurisprudenziale per differenziare i tre principali reati sessuali contemplati nel nostro ordinamento.

Sotto il profilo meramente statistico, preme sottolineare che la presente ricerca, e le tabelle allegate, presentano un margine di errore leggermente superiore a quello di analoghe indagini operate da istituti di statistica accreditati (soprattutto all'estero), anche perché le sentenze utilizzate per elaborare i dati – pur selezionate su base 'random', dunque senza una vera discrezionalità – sono solo quelle dalle quali emerge sia la pena, sia – pur non dettagliatamente – la condotta criminosa. Sono dunque escluse dalla rilevazione statistica un ampio – seppur minoritario – numero di pronunce di "conferma" emesse dalla Suprema Corte nel 2015.

* La presente indagine rientra nel programma di ricerca "Prevenzione e repressione della violenza di genere e del femminicidio: nuovi scenari e nuovi strumenti di tutela" (1. dicembre 2015 – 30 novembre 2016), condotta presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Firenze sotto la supervisione del Prof. Michele Papa, e cofinanziato dal Comitato Pari Opportunità del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Firenze, e dalla Cassa di Risparmio di Firenze.

¹ Tutte le sentenze citate relativamente all'anno 2015 possono essere consultate collegandosi all'indirizzo <http://www.itagliure.giustizia.it/sncass/>, inserendo il testo "609 bis" nella stringa di ricerca "Parole o Numero/Anno sentenza" (in alto a sinistra), e poi selezionando come "sezione" la terza, e come anno della decisione "2015". Per le sentenze emesse in anni precedenti, a partire dall'anno 2011 incluso, basta selezionare un diverso "anno della decisione".

² Alle quali sono state equiparate una ristretta minoranza di sentenze di annullamento parziale senza rinvio per declaratoria di prescrizione relativa a reati concorrenti diversi dal delitto sessuale "principale".

Si tenga peraltro presente, ad ogni modo, che sarebbe illogico – vista la consistenza (110) delle sentenze alla base delle tabelle – presumere che le altre non recanti l'indicazione della pena e/o del fatto siano caratterizzate da scelte sanzionatorie notevolmente differenziate: ragion per cui si è ritenuto utile, visto il margine di errore comunque basso, riportare le elaborazioni statistiche dei dati raccolti sulle pene irrogate.

1. I principali orientamenti di legittimità emersi in relazione all'art. 609-bis c.p.

1.1. L'esegesi della nozione di "atto sessuale".

Nei venti anni di vigenza delle nuove norme in materia di diritto penale sessuale (artt. 609-bis ss. c.p., introdotti nel codice penale dalla legge di riforma n. 66 del 15 febbraio 1996), il concetto di "atto sessuale" è stato sicuramente uno dei profili più dibattuti in dottrina e in giurisprudenza.

Svariate sono state le opzioni esegetiche proposte in dottrina, nell'ambito delle quali maggiormente accolta è stata senz'altro quella 'oggettivo-anatomica'³, seguita dalla teoria 'oggettivo-contestuale'⁴. Rinviando agli autori appena citati in nota per ulteriori approfondimenti, si può in sintesi rinvenire il fulcro della tesi anatomica nella selezione degli atti penalmente rilevanti mediante il parametro della zona del corpo attinta dagli stessi, adoperandosi all'uopo il concetto di 'zona erogena', e richiamandosi la scienza medica in *primis*, e poi le scienze psicologica, antropologica e sociologica. Secondo i 'contestualisti', invece, si dovrebbero considerare il contesto e le varie circostanze nelle quali l'atto viene commesso, al fine di determinarne la natura sessuale (ad es. viene spesso citata la "pacca" sui glutei della bidella, o la natura di saluto dei baci sulla bocca in talune culture).

Per quanto concerne le corti penali, ed in particolare la Cassazione, dopo i primi anni di "assestamento" del secolo scorso è emerso un chiaro accostamento alla proposta "oggettivo-anatomica", affiancato però da frequenti richiami alla teoria "contestuale" in funzione di estensione della tipicità penale sessuale ad atti (es.: bacio "aberrante" terminato sulla guancia o tocco delle cosce) per i quali risulterebbe altrimenti problematico pervenire ad una qualificazione come "atto sessuale" sulla base del solo richiamo al concetto di "zona erogena", e dunque a parametri meramente anatomici⁵.

Dall'analisi di tutte le sentenze in materia di violenza sessuale emesse dalla Suprema Corte nel 2015, emerge sicuramente un consolidamento delle direttrici

³ In particolare la proposizione della suddetta si deve a CADOPPI, *Commento art. 609-bis c.p.*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, a cura di Cadoppi, Padova, 2006, p. 458 ss.

⁴ Al riguardo il principale fautore è senz'altro FIANDACA, *Violenza sessuale* (voce), in *Enc. dir.*, aggiorn., vol. IV, Milano, 2000, p. 1153 ss.

⁵ Sia consentito il rinvio a MACRÌ, *Verso un nuovo diritto penale sessuale*, Firenze, 2010, p. 22 ss.

esegetiche pretorie appena descritte. Al riguardo è da rilevare l'esiguo numero di sentenze contenenti ampie parti dedicate al concetto di "atto sessuale", dato che si ritiene costituisca conferma del consolidato accoglimento dell'orientamento interpretativo (che si potrebbe definire "panpenalistico") summenzionato: è comunque da non sottovalutare il fatto che le sentenze "confermative" emesse dalla Cassazione nel 2015 solo al 30% riguardano condotte sessuali classificate ai sensi dell'art. 609-bis/3 c.p. (cioè casi di minore gravità), ovvero quelle ipotesi suscettibili di sollecitare una riflessione esegetica sul concetto di "atto sessuale" ⁶.

È ad ogni modo da menzionare come una sentenza, la n. 964/2015⁷, sia degna di trattazione autonoma in quanto affronta in modo approfondito il nodo problematico della determinazione del confine "inferiore" degli atti sessuali ex art. 609-bis c.p. con riferimento a condotte (abbraccio vigoroso, bacio superficiale ecc.) che presenterebbero criticità ermeneutiche utilizzando il consueto parametro della "zona erogena". Tale pronuncia, che dedica circa 4 pagine su 15 della motivazione a siffatta questione, si pone in diretta ed espresa correlazione con la sentenza n. 10248/2014 ⁸, concorrendo con essa a determinare l'orientamento della Suprema Corte in materia di condotte difficilmente qualificabili come atti sessuali adottando il mero criterio della "zona erogena".

Tali sentenze invero evidenziano come, ad avviso della Corte di Nomofilachia, oltre ad aree del corpo indubbiamente classificabili come "zone erogene", ve ne siano altre «non chiaramente definibili come erogene», ma il cui tocco potrebbe, nel caso concreto, comunque ledere la libertà sessuale delle vittime ed essere dunque criminalizzato ai sensi dell'art. 609-bis c.p.. Da tali sentenze sembra peraltro emergere una certa critica – coerente altresì con le precedenti posizioni espresse nel presente secolo dalla Suprema Corte – alla teoria "anatomica pura" degli atti sessuali, mediante la presa d'atto che esistano zone del corpo "non chiaramente erogene": tali zone, da quel che si evince, dovrebbero essere distinte da altre aree – del tutto prive di "erogenità" – determinate per esclusione.

Partendo orbene dal caso concreto, onde sganciarsi dall'estrema astrattezza di quanto appena asserito, il caso esaminato dalla Sezione III con la sentenza 964/2015 riguarda un medico che, entrato velocemente nella sala di una casa di riposo ove sedeva al tavolo una operatrice sanitaria, si avvicinava alla p.o. e la baciava sulla bocca appoggiando le proprie labbra con una forte pressione. A seguito di tale "repentino agguato", la donna «reagiva allontanando l'agente, respingendolo con le mani e,

⁶ Per ulteriori dettagli sulle statistiche rilevate in materia di tipologia di atti sessuali oggetto delle sentenze esaminate, v. *infra* § 2.2. - Atti penetrativi, molestie sessuali e applicazione dell'art. 609-bis/3 c.p..

⁷ Cass. Pen., Sez. III, n. 964/2015, R., ud. 26/11/2014, reperibile – come tutte le altre sentenze analizzate nel presente scritto – sul sito istituzionale della Suprema Corte (www.cortedicassazione.it), nella sezione *servizio online* (attualmente all'indirizzo <http://www.italgiure.giustizia.it/sncass/>).

⁸ Cass. Pen., Sez. III, n. 10248/2014, M., ud. 12/2/2014, reperibile anch'essa sul sito istituzionale della Suprema Corte (www.cortedicassazione.it), nella sezione *servizio online* (attualmente all'indirizzo <http://www.italgiure.giustizia.it/sncass/>) seguendo le istruzioni di cui alla nota n. 1.

contestualmente, pronunciando al suo indirizzo le seguenti parole "ma come si permette di fare certe smancerie, vada a vedere dei pazienti"».

La Corte, pur potendo avvalersi di una serie ininterrotta (*post* riforma del 1996) di precedenti del tutto conformi in materia di rilevanza penale sessuale del bacio – anche fugace – sulle labbra⁹, procede peraltro ad un'approfondita disamina della questione, sollevata dal ricorrente, inerente la qualificabilità come "atto sessuale" della condotta appena descritta.

I Giudici di Legittimità, difatti, dopo aver richiamato il costante orientamento in materia di bacio appena esposto, vanno oltre e, citando la sentenza – di pochi mesi precedente – n. 10248/2014 della medesima sezione, sostengono l'impossibilità di operare distinzioni con riferimento all'intensità del bacio tali da escludere la natura di atto sessuale a quelli superficiali e meno penetranti. Ciò in quanto «entrambe le tipologie [di bacio] sono idonee a ledere la libertà e l'integrità sessuale del soggetto passivo, concretandosi in un atto idoneo a invadere la sua sfera intima (...), tranne nel caso in cui si tratti di baci leggeri scambiati in contesti non erotici che ne escludano la connotazione sessuale (...)».

Continuando nella riflessione, e allargando la stessa anche oltre il caso concreto del bacio, il Collegio richiama la sentenza del 2014 appena menzionata per evidenziare come – in conformità al *decisum* di tale pronuncia – la natura di atto sessuale vada riconosciuta anche all'abbraccio, il quale ad avviso degli scriventi potrebbe talvolta dimostrarsi maggiormente invasivo rispetto al bacio, potendo coinvolgere l'intero corpo della p.o. e potenzialmente causare un contatto anche con zone indubbiamente erogene, sebbene «in altre circostanze si risolve in una condivisa manifestazione di affetto e confidenza del tutto avulsa da connotazioni tipicamente sessuali».

Emerge pertanto una apparente tripartizione delle zone del corpo che potremmo così sintetizzare: 1) "assolutamente erogene"; 2) "relativamente erogene"; 3) "non erogene". La reale sussistenza della terza categoria, peraltro, è incerta: la stessa si otterrebbe per esclusione, evincendosi solo in via logica dall'esame della sentenza in esame (e della plurimenzionata 10248/2014), nella quale si fa riferimento unicamente alle prime due. In realtà ciò è verosimilmente dovuto alla volontà, da parte della Corte, di non privarsi della possibilità di ricondurre alla sfera penale sessuale anche ulteriori condotte che, al di là del grado di "erogenità" della zona attinta, assumano un chiaro significato sessuale alla luce delle circostanze e dell'eventuale contesto coartante concretamente verificatesi.

Il passaggio più importante della sentenza n. 964/2015, nel quale siffatto orientamento emerge in modo cristallino, è dunque quello in cui si afferma che «non essendo possibile classificare aprioristicamente come atti sessuali tutti quelli che, in quanto non direttamente indirizzati a zone chiaramente individuabili come erogene,

⁹ Si tenga presente che in un caso la Suprema Corte era addirittura giunta a qualificare come violenza sessuale (consumata) la condotta consistente nel c.d. "bacio aberrante", attribuendo valenza sessuale – come tra l'altro ricordato dalla stessa sentenza n. 964/2015 – al bacio indirizzato sulla bocca ma finito, a causa dello scostamento della persona offesa, sulla guancia (Cass. Pen., Sez. III, n. 6651/1998, Di Francia, in *Foro it.*, 1998, II, p. 510).

possono essere rivolti al soggetto passivo con finalità diverse, come nel caso del bacio o dell'abbraccio, la loro valutazione deve essere attuata mediante accertamento in fatto da parte del giudice del merito, evitando improprie dilatazioni (...) contrarie alle attuali condizioni di sviluppo sociale e culturale ma valorizzando ogni altro elemento fattuale significativo, tenendo conto della condotta nel suo complesso, del contesto in cui l'azione si è svolta, dei rapporti intercorrenti tra le persone coinvolte ed ogni altro elemento eventualmente sintomatico di una indebita compromissione della libera determinazione della sessualità del soggetto passivo».

Tali statuizioni confermano pertanto la tendenziale applicazione della teoria "contestuale" ai toccamenti di zone "relativamente erogene", ove una considerazione meramente anatomica non sarebbe sufficiente a qualificare la condotta. I fattori da tenere presenti, secondo la Suprema Corte, sarebbero dunque:

1) *Le modalità della condotta nel suo complesso*: e al riguardo ovviamente rileveranno in primis il gradiente di forza fisica adoperato, e la durata temporale del contatto corporeo.

2) *Il contesto in cui l'azione si è svolta*: qui il focus va posto soprattutto sulla natura del luogo ove la condotta viene realizzata (pubblico, privato, affollato, isolato ecc.), ed in secondo luogo sull'orario di svolgimento dei fatti.

3) *I rapporti intercorrenti tra le persone coinvolte*: tale elemento, di cruciale rilevanza, implica ad esempio che la natura sessuale dell'atto sarà più agevolmente ravvisabile ove tra il soggetto attivo e quello passivo non sussista un rapporto personale stretto, tale da qualificare – ad es. – un abbraccio caloroso come una mera manifestazione di affetto amicale.

4) *Altri elementi eventualmente sintomatici di una indebita compromissione della libera determinazione della sessualità del soggetto passivo*: la suddetta formula lascia ampi margini ermeneutici al giudice, giusto a titolo esemplificativo si possono menzionare talune condizioni o caratteristiche della persona offesa, quali l'ingenuità, l'immaturità ecc. (ove note all'agente).

In applicazione di tali principi, i Giudici della Sezione III hanno ritenuto dunque che – nel caso sottoposto al loro vaglio – il bacio superficiale sulle labbra dato dall'imputato alla parte offesa costituisca "atto sessuale" in quanto innanzitutto legato da qualunque rapporto di familiarità o amicizia tra i due soggetti, i quali invece erano colleghi di lavoro la cui interazione umana si era per anni limitata a cortesi saluti quali "buongiorno" e "buonasera".

Tra le altre – poche, come già accennato – sentenze che affrontano la questione, va in particolare citata la decisione n. 21021/2015¹⁰, nella quale una intera pagina della motivazione viene dedicata al concetto di "atto sessuale", riproponendo peraltro quasi alla lettera quanto già statuito nella sentenza 964/2015 appena commentata. La pronuncia della Suprema Corte n. 24895/2015¹¹ ribadisce, invece, la distinzione tra gli

¹⁰ Cass. Pen., Sez. III, n. 21021/2015, G., ud. 28/10/2014, reperibile come tutte le altre sul sito www.cortedicassazione.it, nella sezione già menzionata nella nota n.7.

¹¹ Cass. Pen., Sez. III, n. 24895/2015, M., ud. 7/10/2014, consultabile altresì sul sito www.cortedicassazione.it, nella sezione già citata.

atti sessuali di cui all'art. 609-bis c.p. e le molestie ex art. 660 c.p. (delitto impropriamente menzionato col nome di "molestia sessuale"). All'uopo viene infatti riproposto il pacifico orientamento in base al quale, per aversi la contravvenzione di cui all'art. 660 c.p., occorre che si ravvisi l'assenza di qualunque «toccamento a sfondo sessuale», come si verifica nelle ipotesi di mere espressioni verbali a sfondo sessuale e/o di atti di corteggiamento invasivo ed insistito¹².

In conclusione, proprio dall'impropria – forse frutto di un lapsus “freudiano” – menzione delle molestie sessuali sorge lo spunto per ribadire in questa sede la necessità dell'introduzione di un nuovo reato di "Molestie sessuali" tale da consentire un'adeguata e proporzionata criminalizzazione di “atti sessuali minori”, i quali sotto il profilo del disvalore sono di regola senz'altro più assimilabili ad atti di corteggiamento invasivo o alle più gravi espressioni verbali a sfondo sessuale, che non ad ipotesi di stupro violento e prolungato. Le ipotesi di atti sessuali penetrativi, sovente a danni di minori degli anni 14 se non addirittura di infradecenni, ricorrono in circa la metà delle sentenze di rigetto / inammissibilità pronunciate dalla Corte di Cassazione nel 2015, e proprio dalla comparazione con tali casi si coglie l'incongruenza – al di là della differenziazione sanzionatoria consentita dall'art. 609-bis/3 – di accomunare sotto la stessa fattispecie incriminatrice condotte caratterizzate da gradi di decurtazione della libertà sessuale della vittima del tutto incomparabili¹³.

1.2. *Violenza, minaccia, abuso di autorità e “costrizione ambientale”.*

Un altro profilo esegetico di grande rilevanza dogmatica e, prima ancora, applicativa del delitto di “Violenza sessuale” è quello relativo all'interpretazione dei concetti di minaccia, abuso di autorità, e soprattutto – vista la netta prevalenza riscontrata nella prassi – di violenza. Tali modalità di condotta sono richieste invero dall'art. 609-bis/1 c.p. ai fini della tipicità penale delle aggressioni sessuali c.d. “costrittive”: il legislatore italiano del 1996 – come molti altri dell'Europa continentale – non ha difatti avuto il “coraggio” di adottare un modello di tipizzazione basato sulla centralità normativa del consenso della vittima, sulla falsariga dei principali ordinamenti di *Common Law*¹⁴. In assenza di tale scelta di “rottura”, è stata invece la giurisprudenza della Suprema Corte ad optare chiaramente per il modello “consensualistico”, optando per un'esegesi del concetto di violenza incentrata sul

¹² Si ritiene peraltro opportuno evidenziare come – anche se nella sentenza ciò non viene menzionato – atti di corteggiamento invasivo ed insistito possono integrare la più grave (rispetto all'art. 660 c.p.) fattispecie di “Atti persecutori”, ove ricorrano i requisiti di cui all'art. 612-bis c.p..

¹³ Per approfondimenti sia di nuovo consentito il rinvio a MACRÌ, *Verso un nuovo diritto penale sessuale*, cit., p. 170 s., che include altresì una proposta organica di riforma dei reati sessuali, incentrata sulla suddivisione in tre distinti delitti delle condotte sessuali illecite ora contemplate dall'art. 609-bis c.p..

¹⁴ Sul punto v., nella dottrina italiana, PAVARANI, *Il mero dissenso della vittima nella violenza sessuale: profili di diritto italiano e anglosassone*, in *Ind. pen.*, II, 2002, p. 771 ss.

vulnus alla volontà del soggetto passivo piuttosto che sull'esercizio di una forza fisica (*vis corporis corpori data*) strumentale agli atti sessuali¹⁵.

Dall'analisi delle sentenze emesse dalla Corte di Legittimità nel 2015 in materia di "Violenza sessuale", del resto, viene fuori una piena conferma di tale oramai consolidata esegesi del concetto di violenza.

Si ritiene, all'uopo, degna di considerazione e approfondimento una pronuncia in particolare, la n. 21452/2015¹⁶, la quale entra nel vivo della spinosa questione della c.d. "costrizione ambientale", e dei rapporti tra "Violenza sessuale" e "Maltrattamenti contro familiari e conviventi" (art. 572 c.p., reato comunemente noto come "Maltrattamenti in famiglia"¹⁷). Nel caso concreto oggetto della decisione al ricorrente erano stati imputati i due delitti di cui sopra in quanto, oltre a sottoporre la coniuge a molteplici atti di violenza fisica e psicologica (da qui l'addebito dell'ipotesi criminosa di cui all'art. 572 c.p.), costringeva in più occasione la donna a subire e compiere rapporti sessuali completi, «mediante minacce consistite nel farle intendere che avrebbe reagito con violenza ad eventuali rifiuti alle sue insistenze per avere rapporti sessuali».

Con la suddetta pronuncia viene ribadito un ulteriore tassello di quella che si potrebbe definire "vocazione consensualista" della Massima Corte italiana nell'interpretazione della principale incriminazione sessuale del nostro ordinamento (cui, in altri sistemi, corrispondono 3,4 o financo oltre 10 diverse fattispecie). Si afferma infatti – richiamando tra l'altro una precedente sentenza del 1994¹⁸ – come integri violenza/minaccia anche il mero approfittamento «dello stato di prostrazione, angoscia o diminuita resistenza in cui la vittima è ridotta»: in tal modo si attesta la criminalizzazione, attuata mediante un'esegesi estensiva che tende a trasmodare in analogia *in malam partem*, della costrizione ambientale quale ulteriore modalità vincolata di realizzazione del delitto di "Violenza sessuale".

Per "costrizione ambientale agli atti sessuali" si designa invero una situazione nella quale il soggetto passivo, pur dissentendo, non si oppone agli atti sessuali a causa di uno stato di soggezione psicologica¹⁹, stato di diminuita resistenza che però non è dovuto ad una attuale minaccia (intesa come prospettazione di un male dipendente dalla volontà del minacciante). Trattasi, all'evidenza, di una condizione psicologica che

¹⁵ La Corte di Legittimità aveva comunque iniziato sin dagli anni '80 un percorso di progressiva dilatazione della nozione di "violenza" ai fini dell'art. 609-bis c.p., capovolgendo la vetusta giurisprudenza che richiedeva l'esercizio di forza fisica massiccia (applicando il retribito brocardo *vis grata puellae*) per giungere ad assestarsi su una visione del tutto "smaterializzata" della stessa (MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale I. I delitti contro la persona*, Padova, 2014, p. 429 s.). Sul punto, per approfondimenti, v. PALUMBIERI, *Introduzione (ai reati contro la libertà sessuale)*, in *I reati contro la persona, III. Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori*, a cura di Cadoppi, Milano, 2011, p. 6 s..

¹⁶ Cass. Pen., Sez. III, n. 21452/2015, L., ud. 29/1/2015, reperibile come tutte le altre sul sito www.cortedicassazione.it, nella sezione già menzionata nella nota n.7.

¹⁷ La rubrica della fattispecie criminosa ex art. 572 c.p. era infatti, fino alla sua sostituzione – decorrente dal 23/10 2012 – ad opera dell'art. 4 della Legge n. 172/2012, "Maltrattamenti in famiglia o verso i fanciulli".

¹⁸ Cass. Pen., Sez. III, n. 3141, Ascari, Rv. 198709.

¹⁹ PALUMBIERI, *Violenza sessuale*, in *I reati contro la persona, III. Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori*, a cura di CADOPPI, Milano, 2011, p. 69 s..

è equiparabile a quella vissuta dalle vittime in presenza di una esplicita minaccia di violenza, ma che in termini giuridici tende a configurarsi come una minaccia “putativa”, cioè presente solo soggettivamente nella mente della persona offesa.

Nell'ipotesi concreta, il timore della donna era ricollegato ai precedenti maltrattamenti, fisici e psicologici, che inducevano la vittima a presagire, razionalmente, che un'eventuale opposizione avrebbe causato la perpetrazione di ulteriori gravi violenze: trattasi pertanto di una costruzione dogmatica assolutamente condivisibile nella sostanza, e a conferma di ciò si tenga presente che nel codice penale tedesco nel 1997 è stata introdotta una variante apposita del delitto di "Costrizione sessuale"²⁰.

Gli atti sessuali perpetrati in un contesto di "costrizione ambientale" costituiscono un'ulteriore “sotto-fattispecie” del reato di cui all'art. 609-bis c.p., introdotta in via giurisprudenziale dalla Corte di Nomofilachia per supplire al criticabile mantenimento di violenza, minaccia e abuso di autorità quali requisiti tipici della violenza sessuale per costrizione. Tale ipotesi si affianca, del resto, a quella degli atti sessuali “repentini” e “insidiosi”: sotto-fattispecie nella quale il tocco (consistente sovente in un bacio, o in una “pacca” sui glutei) avviene in modo rapido senza l'estrinsecazione di alcuna forza fisica distinta dall'atto stesso. La sotto-fattispecie in questione, dall'analisi completa effettuata, è risultata anche dalle sentenze di legittimità del 2015 una costante del diritto vivente in materia, come dimostrato dalla sentenza commentata nel precedente paragrafo (alla luce di tale dato si è perciò ritenuta non necessaria un'autonoma trattazione).

Nel complesso, dunque, la giurisprudenza della Suprema Corte del 2015 in materia di atti sessuali violenti e minacciosi conferma ulteriormente la necessità di una svolta “consensualistica” del diritto penale sessuale italiano ex artt. 609-bis c.p. ss..

Da ultimo, occorre analizzare gli orientamenti di legittimità emersi sugli atti sessuali commessi con abuso di autorità, modalità vincolata di condotta che è stata condotta, con la riforma del 1996, nell'alveo della violenza sessuale per costrizione (art. 609-bis/1 c.p.).

Come già riscontrato nella precedente prassi applicativa posteriore alla novella del 1996, l'abuso di autorità – e, in misura minore, la minaccia – anche nella giurisprudenza di legittimità del 2015 ha avuto un'implementazione statisticamente minoritaria, quasi marginale, nell'ambito delle sentenze definitive di condanna per "Violenza sessuale": nella stragrande maggioranza dei casi, come già accennato, la pena è stata difatti irrogata per atti sessuali costrittivi “violenti”, seguiti a debita distanza dagli atti sessuali induttivi commessi mediante abuso delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della vittima. Sono in ogni caso degne di approfondimento due

²⁰ Trattasi della c.d. “Ausnützungsvariante”, tipizzata dal § 177, Abs. 1 nr. 3 dello StGB tedesco (emendato in tal senso dalla 33. StAeG del 1° luglio 1997), che incrimina quale modalità vincolata di commissione del delitto di “Costrizione sessuale/Stupro” altresì «l'approfittarsi di una situazione in cui la vittima si trova indifesa alla mercé dell'agente». Sia consentito, sul punto, il rinvio a MACRÌ, *Costrizione “ambientale” agli atti sessuali: la tutela del dissenso tra legalità ed esigenze repressive in un raffronto tra codice penale italiano e StGB tedesco*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, p. 1493 ss.

sentenze della Sezione III, dalle quali emergono spunti di riflessione interessanti in relazione alle questioni maggiormente dibattute sul punto.

In *primis* è da citare la sentenza n. 15443/2015²¹, la quale riveste altresì particolare interesse da un punto di vista criminologico, posto che è forse l'unico caso riscontrato nel 2015 in cui i due imputati (colpevoli di condotte autonome, non collegate ex art. 110 c.p., la seconda commessa unicamente mediante violenza) condannati in via definitiva sono entrambi di sesso femminile²² (così come la vittima). La condotta addebitata al primo soggetto attivo, datrice di lavoro della persona offesa (assunta come baby sitter), consisteva nell'averle accarezzato la schiena e i glutei introducendosi "abusando della propria autorità" nella stanza da letto ove la vittima dormiva: stando alla ricostruzione delle Corti di merito avallata in Cassazione, la baby sitter, «spaventata, restò immobile come fingendo di dormire, e la M. dopo un paio di minuti desistette dal proseguire».

Tali essendo i fatti processualmente accertati, non vi è dubbio che in questo caso gli atti sessuali non siano costrittivi, posto che – anche in presenza di un dissenso interiore della persona offesa – l'agente li aveva realizzati inizialmente approfittandosi della repentinità del gesto, e successivamente sfruttando l'apparente incapacità di reazione della baby sitter in quanto dormiente. La posizione di autorità, dunque, in tale contesto non assume rilevanza (piuttosto rileva il rapporto di coabitazione), se non in relazione al timore incusso nella persona offesa, che l'aveva portata a non palesare il suo stato di veglia. Trattasi dunque di atti sessuali realizzati in assenza di consenso, i quali comunque sono ricondotti dalla Suprema Corte alla sfera dell'illiceità penale ex art. 609-bis c.p. mediante la già esaminata fattispecie, di conio giurisprudenziale, degli "atti sessuali repentini o insidiosi", per quelli iniziali, e attraverso l'applicazione degli atti sessuali induttivi con abuso di inferiorità fisica o psichica, per i successivi²³: ciò che sicuramente è inconfigurabile, in tale ipotesi, è la sussistenza di un abuso costrittivo ex art. 609-bis/1.

Altro profilo degno di nota della pronuncia in commento è la netta, sia pur stringata, presa di posizione – sollecitata dal ricorso dell'imputata – della Suprema Corte sull'esegesi dell'espressione "abuso di autorità". Il ricorso difensivo, infatti, sosteneva l'insussistenza del medesimo, assumendosi necessaria la natura pubblica del potere autoritativo esercitato dall'agente, di tutta evidenza mancante nel caso concreto (datrice di lavoro privata). I Giudici di Legittimità, al contrario, ricollegandosi alla

21 Cass. Pen., Sez. III, n. 15443/2015, M., ud. 26/11/2014, consultabile come tutte le altre sul sito www.cortedicassazione.it, nella sezione già menzionata nella nota n.7.

22 Nella maggioranza delle sentenze che condannano una donna per violenza sessuale – ipotesi comunque non frequente – la condotta contestata è quella di concorso omissivo (artt. 40/2 e 110 c.p.) negli atti sessuali costrittivi o induttivi posti in essere da un soggetto di sesso maschile (cui la donna è di regola legata da vincolo matrimoniale o comunque da relazione affettiva).

23 In realtà trattasi anche in questo caso di "giurisprudenza ortopedica", posto che l'art. 609-bis/2 c.p. impone che l'abuso di inferiorità avvenga mediante induzione, concetto che – pur adottando un'interpretazione la più ampia possibile – non può essere esteso fino a coincidere con il "far subire" l'atto al soggetto passivo, pena la violazione del principio di legalità. Per approfondimenti sul punto v. comunque MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale I. I delitti contro la persona*, Padova, 2014, p. 441 ss.).

sentenza – sempre della Sez. III – n. 49990/2014²⁴, hanno rigettato tale assunto, evidenziando come l'abuso di autorità ex art. 609-bis/1 c.p. ricomprenda «non solo le posizioni autoritative di tipo pubblicistico, ma anche ogni potere di supremazia di natura privata, di cui l'agente abusi per costringere il soggetto passivo a compiere o a subire atti sessuali».

Una ulteriore decisione della Corte di Cassazione nella quale viene confermata una condanna per violenza sessuale mediante abuso di autorità è la n. 16790/2015²⁵, riguardante un maresciallo dei carabinieri ritenuto colpevole di due distinte aggressioni sessuali ai danni di due diverse donne. Nel suddetto caso, che sarà altresì analizzato più avanti in relazione al tema della “discrezionalità sanzionatoria” ex art. 133 c.p., il militare in un primo episodio “costringeva” – dopo essersi recato per ragioni di servizio a casa della donna – la prima vittima a «tollerare che egli si denudasse, chiedendole di toccare il pene in erezione», mentre in un secondo si denudava di fronte alla seconda persona offesa presso la caserma ove egli prestava servizio, e dopo averle mostrato il proprio pene in erezione, prendeva la mano della donna e costringeva quest'ultima a toccargli il membro.

Ad avviso dello scrivente, l'ipotesi in cui taluno prenda la mano del soggetto passivo e la porti sui propri genitali costituisce un chiaro caso di atto sessuale violento anche secondo l'esegesi tradizionale “materializzata” della violenza-mezzo, acclarato che vi è un chiaro esercizio di forza fisica (*vis corporis corpori data*).

In riferimento all'altro episodio, ove il tocco da parte della vittima era avvenuto su richiesta del pubblico ufficiale intervenuto per ragioni di servizio, si configura un evidente abuso di autorità, il quale peraltro assume una connotazione induttiva: la donna infatti fu persuasa, mediante richiesta non corroborata – stando a quanto si evince dal testo – da alcuna prospettazione di un male (in tal caso vi sarebbero stati gli estremi della minaccia), a compiere l'atto sessuale, per cui è arduo, e comunque non dirimente, posto l'innegabile disvalore della condotta, stabilire se vi fosse o meno un vero e proprio *metus* costrittivo. Tale caso, dunque, conferma nuovamente l'incongruenza della scelta legislativa del 1996 di inserire l'abuso di autorità nel novero della modalità costrittive di perpetrazione della “Violenza sessuale” (cioè nel comma 1°, e non nel comma 2°, dell'art. 609-bis c.p.).

1.3. L'abuso di inferiorità fisica o psichica.

La seconda ipotesi criminosa di cui all'art. 609-bis c.p. maggiormente presente nella prassi applicativa – dopo quella violenta – è la violenza sessuale commessa mediante abuso di inferiorità fisica o psichica (art. 609-bis/2 n.1) c.p.). Ciò è emerso altresì dal presente studio su tutte le sentenze pronunciate dalla Corte di Cassazione

²⁴ Cass. Pen., Sez. III, n. 49990/2014, G., 30/4/2014, pubblicata altresì su www.cortedicassazione.it.

²⁵ Cass. Pen., Sez. III, n. 16790/2015, M., ud. 25/3/2015, reperibile come tutte le altre sul sito www.cortedicassazione.it, nella sezione già menzionata nella nota n.7.

nel 2015, sebbene la variante violenta sia numericamente preponderante. È da rilevare, invece, come non sia stata rinvenuta alcuna decisione relativa all'altra ipotesi di violenza sessuale induttiva, quella commessa mediante inganno da sostituzione di persona (art. 609-bis/2 n.2) c.p.).

Sotto il profilo ermeneutico, l'analisi effettuata evidenzia, anche in materia di atti sessuali con abuso di inferiorità fisica o psichica, l'assenza nella giurisprudenza nomofilattica del 2015 di grandi scossoni o innovazioni esegetiche, sebbene si possa ravvisare la tendenza – in atto già da alcuni anni in vari ambiti della prassi applicativa penale – a rafforzare la tutela dei soggetti più deboli, slegando il concetto di inferiorità psichica dalla sussistenza di patologie psichiche o psichiatriche di accentuata gravità.

La sentenza che si ritiene degna di maggiore attenzione, tra quelle emesse dalla Sezione III nel 2015, è la n. 5728/2015²⁶, la quale va commentata in connubio con la n. 7805/2015²⁷, avendo entrambe ad oggetto ricorsi promossi da imputati condannati per abusi sessuali (anche rapporti completi) commessi separatamente ai danni delle medesime due vittime (sorelle), la cui condizione di vulnerabilità alla prevaricazione sessuale era divenuta ampiamente nota, negli anni 2005 e 2006, ai ragazzi di un piccolo comune della Puglia.

Le due sorelle, come accertato dalle Corti di merito, erano all'epoca delle condotte sessuali contestate affette da ritardi mentali non gravissimi, ma comunque tali da determinare «un quadro patologico delle due vittime caratterizzato da “irrefrenabile desiderio sessuale”», la cui criticità era aggravata da un contesto socio-familiare «multiproblematico, anche a causa della riferita condizione di disagio dei genitori con esse conviventi» (Sentenza n. 7805/2015).

Chiamata a esaminare ricorsi in cui gli imputati asserivano la liceità dei rapporti sessuali contestati, sostenendo che le ragazze, a fronte di una “lieve forma di ritardo mentale”, aderivano pienamente agli atti sessuali, traendone piacere ed esercitando quel diritto alla sessualità riconosciuto loro dal legislatore del 1996, la Suprema Corte ha pienamente confermato le condanne irrogate, ponendo in primo piano le esigenze di piena tutela delle vittime, soggetti spiccatamente vulnerabili. In particolare, la Sezione III ha optato per un'interpretazione estensiva dei requisiti dell'abuso sessuale ex art. 609-bis/2 n.1) c.p., rifiutando in *primis* una ricostruzione “meramente clinica” del concetto di “condizioni di inferiorità fisica o psichica”, e optando all'inverso per un'esegesi dello stesso tale da valorizzare altresì la concreta condizione di disagio vissuta dalle persone offese al momento dei fatti, nella quale il deficit mentale si coniugava con un contesto socio-familiare particolarmente degradato. Per quanto concerne gli ulteriori requisiti dell'induzione del soggetto passivo, e dell'abuso delle condizioni di inferiorità, i Giudici di Legittimità li hanno ritenuti pienamente integrati nella condotta consistente nello «stimolare e assecondare quella particolare spinta impulsiva delle due sorelle, promettendo e/o, poi, dando compensi irrisori ed irridenti, col fare così leva sulla assenza nelle due donne di

²⁶ Cass. Pen., Sez. III, n. 5728/2015, R., 8/1/2015, reperibile anch'essa su www.cortedicassazione.it.

²⁷ Cass. Pen., Sez. III, n. 7805/2015, Q., 28/1/2015, consultabile su www.cortedicassazione.it.

qualsiasi consapevolezza del valore della sfera sessuale e, quindi, su un consenso del tutto viziato, perché frutto di una scelta priva di logica e razionale volontà».

Sotto un profilo più squisitamente dogmatico, la massima principale (Sentenza n. 5728/2015) si pone in linea di continuità con l'orientamento ormai consolidato della Corte di Nomofilachia sul punto, statuendo che «l'abuso penalmente rilevante, quindi, si concretizza nel caso in cui ci sia approfittamento delle condizioni di menomazione della persona offesa per accedere alla sfera intima della stessa, la quale, versando in situazione di *deminutio* mentale, viene ad essere ridotta al rango di un mezzo per il soddisfacimento della sessualità altrui (Cass. 9/9/2013 n. 36896): l'agente fruisce del corpo della persona, la quale, per effetto di tale comportamento, da soggetto di una relazione sessuale, viene ridotta ad oggetto dell'atto o di più atti sessuali».

In aggiunta a questi due arresti della Suprema Corte appena citati, si ritiene degna di autonoma trattazione altresì la sentenza n. 5171/2015²⁸: tale decisione, pur in assenza di una elaborazione dogmatica paragonabile alle precedenti, è di rilievo fors'ancora maggiore sotto il profilo dell'estensione della tutela penale sessuale a vantaggio delle persone in condizioni di vulnerabilità, allontanandosi ancora di più da una concezione “meramente clinica” delle condizioni di inferiorità fisica o psichica.

Nel caso in questione il ricorso esaminato proveniva da un imputato condannato – sia in primo che in secondo grado – per aver approfittato economicamente (truffa aggravata) e sessualmente di donne, tutte in stato di profonda prostrazione psicologica, a lui rivoltesi nella sua sedicente qualità di “mago” per risolvere gravi problemi personali. Sotto il profilo sessuale, l'addebito del reato previsto e punito dall'art. 609-bis/2 n. 1) c.p. si fondava sul fatto che il ricorrente «facendo leva su ignoranza e superstizione, ma soprattutto su condizioni di estrema debolezza psicologica, aveva indotto le persone offese a sottoporsi a riti “propiziatori” o volti ad allontanare il “malocchio”», consistenti in atti di masturbazione a suo vantaggio, e in un caso anche in un rapporto sessuale completo.

I giudici di legittimità, al riguardo, aderiscono pienamente all'impostazione esegetica delle precedenti sentenze di condanna, confermando la sussistenza dell'abuso sessuale induttivo di condizioni di inferiorità (psichica) nell'essersi l'agente «profittato con notevole meschinità e turpitudine dello stato di disperazione altrui»²⁹.

In tale sentenza, il concetto di “condizioni di inferiorità psichica” viene – ancor di più che nel precedente caso, in cui comunque vi era un “deficit intellettuale” medicalmente attestato – del tutto slegato da un parametro clinico/medico, e fondato sulla fragilità caratteriale delle vittime, unita allo stato di prostrazione psicologica delle medesime.

Pur condividendosi pienamente le esigenze di tutela alla base di tale orientamento, è d'obbligo rilevare che qui ci si pone probabilmente già oltre i limiti dell'interpretazione estensiva, inserendosi tale arresto in quell'ampio filone di

²⁸ Cass. Pen., Sez. III, n. 5171/2015, U., 8/1/2015, pubblicata anch'essa su www.cortedicassazione.it.

²⁹ Condotta ritenuta altresì integrante l'aggravante dei “motivi abietti” di cui all'art. 61, n. 1), c.p..

“giurisprudenza ortopedica” caratterizzante le sentenze della Corte di Cassazione in materia di “Violenza sessuale”.

Il delitto in questione, dunque, ha assunto nel diritto vivente una configurazione ben diversa da quella cristallizzata dal legislatore riformista del 1996 nella norma codicistica di cui all'art. 609-bis/2: nel caso di specie, è come se fosse stata creata una nuova fattispecie di violenza sessuale induttiva mediante inganno, consistente però non nella già tipizzata – e sostanzialmente inutile – sostituzione di persona, quanto nell'uso di artifici e raggiri per carpire fraudolentemente il consenso agli atti sessuali da parte di persona in stato di debolezza e/o prostrazione psicologica (difficilmente qualificabile come “inferiorità psichica” in senso clinico).

1.4. Le ipotesi di minore gravità (comma 3°).

La disciplina codicistica dei reati sessuali post 1996, come detto, non contempla più la tipizzazione di fattispecie differenziate sulla base del grado di “intrusività sessuale” delle condotte, incentrandosi invece i tre delitti sessuali di “Violenza sessuale”, “Atti sessuali con minorenne” e “Violenza sessuale di gruppo” sull'onnicomprendente – e già debitamente approfondito – concetto di “atto sessuale”. Considerando peraltro la vasta gamma di condotte concrete riconducibili a tali fattispecie, il legislatore riformista ha ritenuto necessario mantenere una certa gradualità e diversificazione sanzionatoria introducendo una circostanza attenuante con efficacia mitigatrice fino al 66,6% (due terzi) della pena. La suddetta, spesso etichettata nella prassi come “super-attenuante”, può essere concessa dal Giudice ove ravvisi un “caso di minore gravità”, con esclusione del reato di “Violenza sessuale di gruppo” (art. 609-octies c.p.)³⁰.

Con riguardo all'applicazione pretoria della circostanza attenuante ricollegata dal comma 3° dell'art. 609-bis c.p. alle violenze sessuali di minore gravità, la stessa si rinviene nel 31% delle sentenze di legittimità del 2015 (emesse nella pressoché totalità a fronte di ricorsi su sentenze di appello del 2013 e 2014).

³⁰ Si è difatti ritenuto che, in presenza di aggressioni sessuali perpetrate da almeno due persone riunite, il fatto criminoso di per sé non potesse essere in nessun caso qualificato come “di minore gravità”, posto che la violenza di gruppo implica un'offesa più profonda delle prerogative della vittima, che da soggetto diventa “oggetto” dell'interazione sessuale, venendo pertanto reificata; senza menzionare le ripercussioni in termini di minorata difesa, rafforzamento (dato dall'agire in gruppo) della determinazione delittuosa, e il maggiore rischio di *escalation* criminosa. La scelta del legislatore del 1996 non è peraltro immune da critiche: si consideri ad esempio il caso di una “pacca” sui glutei posta in essere da un diciottenne su incitamento di un suo coetaneo, la quale – stante l'assenza della summenzionata attenuante – verrebbe ad essere sanzionata con una pena minima di 6 anni di reclusione. Ciò è dovuto probabilmente al fatto che, al momento della – pur apprezzabile – introduzione dell'art. 609-octies c.p., non ci si è resi conto della potenzialità espansiva del concetto di “atto sessuale” in assenza di un'autonoma incriminazione delle c.d. “molestie sessuali”: è del tutto evidente, del resto, che una molestia sessuale di gruppo non presenta – o presenta in grado ampiamente minore – quelle componenti di disvalore “specifico” delle aggressioni sessuali di gruppo (ad esempio la reificazione della vittima).

Sotto il profilo più squisitamente ermeneutico, anche relativamente a tale tematica l'analisi complessiva degli arresti cassazionistici del 2015 non ha fatto emergere particolari "scossoni" dogmatici, rilevandosi anche in tale ambito una continuità con la giurisprudenza precedente. Talune decisioni, ad ogni modo, sono degne di autonoma considerazione, a partire dalla sentenza – emessa anch'essa, come le altre analizzate, dalla Sezione III – n. 5169/2015³¹. La presente pronuncia conferma la pesante condanna irrogata dalle Corti di merito ad un padre riconosciuto colpevole di aver maltrattato e sottoposto ad atti sessuali di massima gravità i propri figli minori per molti anni, ma che malgrado ciò aveva ritenuto opportuno impugnare la mancata concessione dell'attenuante di cui all'art. 609-bis/3 c.p.

La Corte di Nomofilachia, confutando in modo deciso le argomentazioni del ricorrente, redige una massima dettagliata tale da incardinare i principi sul punto emersi dalla giurisprudenza di legittimità dei precedenti due anni: statuizione seguita altresì (talvolta con specificazioni "stimolate" dall'analisi dei casi concreti) da tutte le altre sentenze occupatesi della tematica nel 2015. Si afferma invero (p.10) che «ai fini della configurabilità della diminuzione in esame, deve farsi riferimento ad una valutazione globale della vicenda, nella quale assumono rilievo i mezzi, le modalità esecutive, il grado di coartazione esercitato sulla vittima, le condizioni fisiche e mentali di questa, le sue caratteristiche psicologiche in relazione all'età, così da potere ritenere che la libertà sessuale della persona offesa sia stata compressa in maniera non grave, e che il danno arrecato alla stessa, anche in termini psichici, sia stato significativamente contenuto»³².

Da tale massima si evince un'ulteriore conferma di come la Suprema Corte, ponendosi sulle orme del legislatore riformista del 1996, adoperi parametri applicativi dell'art. 609-bis/3 c.p. che trascendono la mera bipartizione atti penetrativi / non penetrativi: ai fini della concessione dell'attenuante, difatti, non è sufficiente l'assenza di penetrazione sessuale della vittima, ma occorrerà considerare anche tutti gli altri elementi del caso concreto incidenti sulla libertà sessuale della vittima, a partire dall'intensità della violenza, minaccia ecc. adoperati dall'agente e dalle condizioni psichiche e fisiche del soggetto passivo.

A tal riguardo, vanno menzionate tre ulteriori arresti della Cassazione che, seguendo anch'essi la direttrice dogmatica appena evidenziata, mostrano casi interessanti di applicazione concreta dei suddetti principi.

Innanzitutto viene in rilievo la decisione della Sezione III n. 4927/2015³³, con la quale i Giudici di Legittimità hanno proceduto ad annullare (con rinvio) una sentenza emessa in primo grado a seguito di ricorso *per saltum* dal competente Procuratore della Repubblica. La sentenza cassata, infatti, concedeva all'imputato la "super-attenuante" della minore gravità pur condannandolo per avere costretto una donna a «subire atti

³¹ Cass. Pen., Sez. III, n. 5169/2015, D., 8/1/2015, consultabile integralmente su www.cortedicassazione.it, nella sezione già menzionata nella nota n.7.

³² Vengono richiamate, al riguardo, le sentenze (sempre della stessa Sezione), n. 23913/2014, n. 6623/2013 e n. 18662/2013, tutte integralmente pubblicate sul più volte menzionato sito www.cortedicassazione.it.

³³ Cass. Pen., Sez. III, n. 4927/2015, J., 27/11/2014, altresì reperibile su www.cortedicassazione.it.

sessuali, con violenza e minaccia, dopo essersi introdotto nottetempo nel letto di questa; così, peraltro, procurandole lesioni personali al collo ed al seno sinistro, giudicate guaribili in cinque giorni». La Corte di terzo grado, invero, ha ritenuto censurabile la motivazione adottata all'uopo dal Giudice di prime cure, sostanzialmente incentrata sul carattere non penetrativo e sulla breve durata degli atti sessuali commessi, rilevando sul punto che «l'imputato si sarebbe introdotto notte tempo nel suo [della vittima] letto, l'avrebbe afferrata per il collo e minacciata di morte, si sarebbe steso su di lei strofinandosi con il suo corpo, avrebbe tentato di sfilarle gli slip e, alle urla della ragazza, l'avrebbe colpita con uno schiaffo, le avrebbe schiacciato il cuscino sul volto, insieme palpeggiandole il seno, il sedere e la vulva. Tutto ciò, fino a desistere per l'intervento di altri inquilini dell'appartamento».

Nella stessa ottica possono inquadrarsi altresì le ultime due sentenze che si ritiene utile menzionare sul tema, pur occupandosi della “opposta” questione della possibilità di qualificare come “casi di minore gravità” ipotesi di condotte sessualmente penetrative.

In *primis*, va menzionata la sentenza della Cassazione n. 5733/2015³⁴, la quale, pur riguardando la speculare circostanza attenuante prevista per il delitto di “Atti sessuali con minorenne” dall'art. 609-*quater*/4 c.p., richiama espressamente i medesimi parametri sopra esposti con riferimento alla fattispecie di “Violenza sessuale”: si tenga unicamente presente che nel caso degli atti sessuali con minorenne è molto più frequente l'applicazione della norma mitigatrice in esame, posto che ci si trova dinnanzi a condotte sessuali “consensuali” (*rectius*, non connotate da violenza, minaccia ecc. ex art. 609-*bis*), in relazione alle quali, soprattutto ove la persona offesa abbia un'età vicina alla soglia di “validità” del consenso sessuale (14 anni in linea generale³⁵), è più agevole riscontrare una “compressione ridotta della libertà sessuale dell'offesa” anche in presenza di atti penetrativi. Con tale pronuncia n. 5733/2015, difatti, la Corte di Legittimità annulla (con rinvio) la sentenza di merito impugnata, che non aveva concesso l'attenuante *de quo* motivandone il diniego unicamente sulla base della natura penetrativa della condotta sessuale e della differenza anagrafica tra l'agente e la tredicenne vittima: la Sezione III statuisce del resto, con grande chiarezza, che ai fini del riconoscimento dell'attenuante della minore gravità «non rileva di per sé la “natura” e “l'entità” dell'abuso, essendo necessario valutare il fatto nel suo complesso; sicché deve escludersi che la sola “tipologia” dell'atto possa essere sufficiente per ravvisare o negare la circostanza».

³⁴ Cass. Pen., Sez. III, n. 5733/2015, J., ud. 8/1/2015, pubblicata anch'essa sul sito www.cortedicassazione.it, nella sezione già menzionata nella nota n.7.

³⁵ Soglia che però è elevata agli anni 16 nei casi di cui all'art. 609-*quater*/1 n. 2), cioè ove il colpevole sia l'ascendente, il genitore, il tutore o altra persona legata al minore da rapporti di cura, educazione ecc.. Si tenga altresì presente che, con L. 38/2006, il legislatore ha innalzato (comma 2°) la soglia anagrafica di cui sopra a 18 anni ove il colpevole sia uno dei soggetti menzionati, richiedendo però un abuso dei poteri connessi alla sua posizione: in tale caso, in realtà, si tratterebbe di una ipotesi di abuso sessuale, che andava probabilmente tipizzata quale ipotesi peculiare di “Violenza sessuale”.

Da ultimo, l'arresto di legittimità n. 7807/2015³⁶, sempre relativo ad un caso di rapporto sessuale completo, ma questa volta configurato come atto sessuale violento ex art. 609-bis/1 c.p., fa evincere come – ferma restando la non sufficienza della penetrazione ai fine della negazione dell'attenuante, concetto ribadito pur in questa sentenza – sia comunque tendenzialmente ardua la configurazione dell'ipotesi mitigatrice di cui al comma 3° ove al rapporto sessuale si accompagni una condotta pervicacemente diretta alla sopraffazione sessuale del soggetto passivo. Con la menzionata decisione, i Giudici della Sezione III hanno invero confermato la negazione dell'attenuante operata in sede di merito, evidenziando segnatamente che, nel caso di specie, «l'uomo aveva appartato con l'inganno in un luogo isolato la sua vittima e (...) le aveva personalmente abbassato i pantaloni elasticizzati e lo schienale del sedile, dopodiché, “sfruttando la situazione di terrore nella quale si trovava la donna e che le impediva di opporre tutta la resistenza che avrebbe voluto”, era pervenuto al rapporto sessuale». Quanto appena sostenuto, tra l'altro, trova conferma nel fatto che dall'analisi statistica (sulla quale ci si soffermerà nella seconda parte di questo scritto) emerge come nel 2015 i casi di condanna (confermata in Cassazione) con concessione dell'attenuante siano stati statisticamente molto inferiori (31%) rispetto alle ravvisate ipotesi di atti sessuali non penetrativi (52%).

1.5. Il discrimine con la violenza sessuale di gruppo: il concetto di “persone riunite”.

Un'ulteriore questione che si è ritenuta degna di essere approfondita nell'ambito dell'analisi della giurisprudenza di legittimità del 2015 in materia di “Violenza sessuale”, è quella del discrimine tra il suddetto delitto e la fattispecie criminosa di “Violenza sessuale di gruppo” (art. 609-octies c.p.). Quest'ultima più grave incriminazione è stata modellata, in sede di riforma del 1996, in tutto e per tutto sul reato “principale” di cui all'art. 609-bis, da cui a livello di tipicità della condotta si distingue unicamente per la necessità che la stessa venga realizzata da più persone riunite: considerando che la pluralità di persone caratterizza altresì il “concorso in violenza sessuale” ex artt. 110, 609-bis c.p., è di tutta evidenza come il concetto di “persone riunite” sia l'unico vero discrimine.

Distinguere adeguatamente i campi applicativi dei due delitti sessuali menzionati, del resto, non risponde unicamente a finalità ermeneutico-classificatorie, ma si ricollega al contrario a consistenti esigenze pragmatico-sostanziali, posto che:

1) La “Violenza sessuale” ex art. 609-bis è punita con la reclusione da 5 a 10 anni, mentre per la “Violenza sessuale di gruppo” è contemplata la reclusione da 6 a 12 anni.

³⁶ Cass. Pen., Sez. III, n. 7807/2015, Z., ud. 28/1/2015, consultabile altresì su www.cortedicassazione.it.

2) Nei casi in cui ricorrano le circostanze aggravanti ex art. 609-ter c.p., per le violenze di gruppo la pena può essere aumentata fino a 16 anni di reclusione, mentre per quelle “monosoggettive” il massimo è 12 anni (14 ove la vittima sia infradecenne)³⁷.

3) La “super-attenuante” della minore gravità, con riduzione fino a 2/3 della pena, non è prevista dall'art. 609-octies c.p. per gli atti sessuali di gruppo, per cui un tocco rapido dei glutei o del seno sarà punibile con pena minima di 6 anni invece di 1 anno e 8 mesi, ove commesso da almeno due persone riunite.

Sul concetto di “persone riunite”, vi è un orientamento ormai consolidato della Suprema Corte, emerso sin dalle prime sentenze successive alla riforma codicistica del 1996, e che è sintetizzato dalla seguente massima:

«È sufficiente e necessario [per applicarsi l'art 609-octies e non il 609-bis c.p.] che almeno due persone siano presenti sul luogo ove la vittima è abusata ed al momento in cui gli atti di violenza sessuale sono compiuti da uno di loro, traendo costui forza dalla presenza degli altri, non è tuttavia richiesto, per l'integrazione della fattispecie incriminatrice, che tutti i componenti del gruppo compiano gli atti di violenza o che assistano ad essi, bastando che abbiano apportato un contributo causale all'esecuzione del reato, potendo durante l'iter criminis intervenire in qualsiasi momento»³⁸.

A livello di prassi giurisprudenziale, al riguardo, è rilevante però verificare in concreto quando, secondo la Corte di Nomofilachia, si possa affermare che le persone siano “presenti sul luogo ove la vittima è abusata ed al momento in cui gli atti sono compiuti”. Ciò in quanto il concetto di luogo è caratterizzato di per sé da una certa elasticità, tale che, dando per scontata la “riunione” ove i soggetti agenti siano entrambi nella stessa stanza con la vittima nel momento di commissione degli atti sessuali, *quid iuris* ove la seconda persona inciti da dietro la porta? Oppure inciti dal piano di sotto (ove la casa sia disposta su più livelli)? O, da ultimo, sia collegato via webcam in modo visibile alla vittima?

Sul punto, la giurisprudenza di legittimità del 2015 si è caratterizzata senz'altro per una certa tendenza “estensiva”, tale da ridurre gli spazi applicativi del concorso in violenza sessuale “monosoggettiva” ex art. 110, 609-bis c.p.. In primo luogo, si consideri l'arresto della Sezione III n. 948/2015³⁹, che ha sancito la sussistenza del suddetto requisito ove la persona diversa dall'esecutore materiale degli atti sessuali, dopo aver condotto la vittima al cospetto del violentatore e avergli messo a disposizione un luogo privato per la realizzazione degli atti sessuali, abbia lasciato la

³⁷ Ciò si deve al rimando che l'art. 609-octies/3 c.p. fa alle circostanze aggravanti di cui all'art. 609-ter c.p., disponendo al contempo che “la pena sia aumentata” al concorrere delle stesse (il che, sulla base delle regole di parte generali, implica un incremento fino ad 1/3, cioè 33%). Si noti, tra l'altro, che a causa della mancata specifica considerazione dell'ipotesi “super-aggravata” della vittima infradecenne, l'aumento di pena per la violenza sessuale di gruppo ai danni di infradecenni è anch'esso pari al 33%, contro il 40% di quello contemplato ove gli stessi siano vittime di violenza sessuale “monosoggettiva”.

³⁸ Tale massima è da ultimo citata in Cass. Pen., Sez. III, n. 948/2015, F., ud. 7/10/2014, consultabile altresì su www.cortedicassazione.it, che però menziona espressamente altre sentenze contemplanti la medesima a partire dall'anno 2000 (Cass. Pen., Sez. III, n. 6464/2000, Giannuzzi, Rv. 216978, e Cass. Pen., Sez. III, n. 15089/2010, Rossi, Rv. 246614).

³⁹ Sentenza i cui estremi sono citati nella nota precedente.

camera da letto su sollecitazione del correo prima dell'inizio della violenza, trattenendosi però nell'abitazione. Sulla stessa linea ermeneutica si pone, fors'anche in modo più marcato, la sentenza di legittimità n. 23272/2015⁴⁰, con la quale i Giudici di terzo grado hanno confermato la condanna per violenza sessuale di gruppo a carico di una madre che, pur senza un accordo esplicito con l'agente avente ad oggetto la commissione degli atti sessuali con la di lei figlia, era stata notata, con atteggiamento tranquillo e per niente turbato, posizionata appena fuori dalla porta del bagno ove il soggetto attivo stava realizzando un rapporto sessuale con la figlia: si è ravvisato, difatti, che l'imputata si fosse piazzata lì «con funzioni di sorveglianza del regolare svolgimento del convegno sessuale e per imprimere il proprio stigma sul convegno stesso», ritenendosi pertanto che la vittima fosse pienamente consapevole di tale ruolo attivo assunto dalla madre, tale da configurare quest'ultima come “persona riunita”, e dunque giustificare la condanna ex art. 609-*octies* c.p..

2. Sentencing e scelte sanzionatorie dei giudici di merito (confermate e rese definitive dalla Corte di Cassazione nel 2015).

2.1. Sguardo d'insieme ai livelli sanzionatori medi.

Ribadendo le avvertenze sulle metodologie di selezione ed indagine delle sentenze (già menzionate *supra*, v. Introduzione), si deve senz'altro iniziare la trattazione concernente le scelte sanzionatorie dalle tabelle concernenti le pene medie irrogate, disgregate altresì per tipologia di rito prescelta (abbreviato/ordinario⁴¹), e con riferimento alla sanzione comminata dai giudici di prime cure (dato che emerge nella quasi totalità delle pronunce).

In relazione ai dati riportati, è bene ad ogni modo precisare che, pur essendo i suddetti relativi a sentenze (di inammissibilità o rigetto) pronunciate dalla Suprema Corte nel 2015, ed ergo in tale anno passate in giudicato, gli stessi riflettono opzioni sanzionatorie effettuate dai giudici d'appello negli anni 2013/2014 (salvo un 6% del 2012) e dalle corti di primo grado per lo più negli anni 2012/2013 (rito abbreviato) o 2010/2011 (rito ordinario).

⁴⁰ Cass. Pen., Sez. III, n. 23272/2015, O., ud. 30/4/2015, reperibile come tutte le altre sul sito www.cortedicassazione.it, nella sezione già menzionata nella nota n.7.

⁴¹ In riferimento al c.d. “Patteggiamento” (art. 444 c.p.p.: “Applicazione della pena su richiesta delle parti”), è da rilevare come – alla luce tra l'altro dei limiti sanzionatori di cui all'art. 444 c.p.p. - tale rito non sia di frequente applicato alla sfera dei reati sessuali, e comunque quasi sempre in relazione a condotte ritenute – in accordo tra le parti – sussumibili nella previsione di cui all'art. 609-*bis*/3 (minore gravità). É altresì da evidenziare come, in tali ipotesi, raramente vengano proposti ricorsi in Cassazione e, dall'analisi svolta, nel 2015 i pochi effettivamente esperiti siano stati respinti. In ogni caso, potrebbe ragionevolmente presumersi una possibile lieve incidenza di tale rito sul dato complessivo delle pene medie irrogate da sentenze passate in giudicato, con un tendenziale abbassamento – pur marginale - dei livelli sanzionatori.

La commisurazione della pena, ex art. 133 c.p., è difatti materia “relativa al fatto”, e dunque le scelte discrezionali dei giudici di prime cure sono insindacabili in Cassazione: i giudici di legittimità possono incidere sulla pena irrogata solo in pochi casi, ad esempio dichiarando la prescrizione di uno dei reati o statuendo per ragioni di violazione di legge su istituti giuridici aventi impatto sanzionatorio (come le circostanze del reato). Nei casi, peraltro, in cui la Corte di Nomofilachia abbia dichiarato, con sentenza di annullamento parziale senza rinvio, la prescrizione di uno dei reati (in caso di concorso) diverso dal delitto sessuale principale, ai fini statistici si è ritenuto di computare altresì tale ammontare sanzionatorio (e non quello “al lordo” della prescrizione) nelle statistiche delle pene irrogate dalle CdA, posto che in tal caso non vi è un esercizio dei poteri discrezionali di commisurazione della pena.

Si ritiene poi utile ribadire come le sentenze prese in considerazione a fini di analisi (ermeneutica e statistica) siano solo quelle pronunciate della Sezione III⁴², la quale è la sezione cui vengono assegnati i ricorsi in materia di reati sessuali: sul sito istituzionale della Suprema Corte sono pubblicate altresì ulteriori sentenze riguardanti l'art. 609-bis c.p. (pari al 16% di quelle della Sez. III, ed in gran parte emesse dalla Sez. IV), le quali però riguardano nella quasi totalità ipotesi di concorso di reati in cui l'incriminazione ex art. 609-bis non costituisce il reato principale (sulla cui pena si operano gli aumenti sanzionatori ex art. 81 c.p.).

Uno dei dati che spicca è l'alta percentuale di procedimenti definiti a seguito di rito abbreviato, la quale spiega come in svariati casi l'intero procedimento (dalla commissione del fatto alla sentenza definitiva della Suprema Corte) si sia potuto concludere in 3 anni (talvolta addirittura in 2), ben al di sotto della durata media complessiva del procedimento penale nell'ordinamento italiano (che è 5 anni circa, tenendo conto comunque che non tutti i procedimenti si estendono per tre gradi di giudizio)⁴³. Per ulteriori considerazioni sul punto, si rimanda *infra* al paragrafo specifico (2.4).

Tabella 1: Dati generali

TIPOLOGIA DI DATO		2015 - 110 sentenze	
		%	PENA <i>detentiva</i>
PENA MEDIA IRROGATA TUTTE LE SENTENZE		100	4 anni e 8 mesi
PENA MEDIA IRROGATA	RITO ABBREVIATO	44	4 anni e 6 mesi
	RITO ORDINARIO	56	4 anni e 9 mesi

⁴² Quelle pubblicate sul sito istituzionale della Corte, pronunciate da tale sezione nel 2015, sono 340, di cui 110 caratterizzate dai succitati requisiti per l'elaborazione delle statistiche in materia sanzionatoria.

⁴³ ILLUMINATI, [Le ultime riforme del processo penale: una prima risposta all'Europa](#), in *questa Rivista*, 26 marzo 2015.

PENA MEDIA IRROGATA SENTENZE 1° GRADO*				100	5 anni e 1 mese				
PENA IRROGATA PER "FASCIA SANZIONATORIA"	10-18 anni	8-9 anni	6-7 anni	TOT oltre 6 anni	5 anni	4 anni	3 anni	TOT 3-5 anni	TOT 0-2 anni
	7,3%	6,4%	9,1%	32,8%	6,4%	7,3%	17,3 %	31%	36,2%

* Si tenga presente che nel 13% delle sentenze esaminate non è riportata la pena irrogata dai giudici di prime cure: in relazione ad esse, peraltro, si evidenzia come spesso viene espressamente menzionata la circostanza che la C.d.A. ha proceduto a ridurre l'ammontare rispetto al primo grado, dunque in tali – comunque limitati – casi si è operato un aumento presuntivo basato sulla mitigazione sanzionatoria media risultante dalle altre sentenze di appello che alla stessa hanno proceduto.

° Da intendersi come se fosse: "da 8 anni fino a 9 anni e 11 mesi di reclusione".

Dall'elaborazione statistica emerge che la pena media riscontrata, nelle 110 sentenze del 2015 computate, è stata di 4 anni e 8 mesi di reclusione, cioè di poco inferiore al minimo edittale (5 anni) contemplato dall'art. 609-bis c.p..

È peraltro da considerare il fatto che, come si vedrà nel prossimo paragrafo, nel 30% delle decisioni l'ipotesi criminosa ravvisata è quella attenuata ("casi di minore gravità") dell'art. 609-bis/3 c.p., la cui pena minima è, alla luce della diminuzione massima possibile di due terzi (66,6%), 1 anno e 8 mesi di reclusione. Ciò traspare del resto dall'analisi delle "fasce sanzionatorie", la quale mostra una tripartizione abbastanza equilibrata delle pene tra quelle comprese nella fascia sotto i 3 anni⁴⁴, quelle tra 3 anni e 5 anni e 11 mesi e quelle oltre 6 anni⁴⁵. Si rileva altresì come l'applicazione

⁴⁴ La pronuncia "confermativa" della pena più bassa è Cass. Pen., Sez. III, n. 21021/2015, G., ud. 28/10/2014, consultabile, come tutte le altre, su www.cortedicassazione.it, nella sezione già menzionata nella nota n.7. Nel caso di specie, la CdA aveva deliberato l'irrogazione della suddetta pena a fronte di un tocco dei glutei della vittima da parte dell'imputato.

⁴⁵ Sul fronte opposto, la sentenza della Suprema Corte "confermativa" della pena più alta è Cass. Pen., Sez. III, n. 2857/2015, S., ud. 29/10/2014, anch'essa pubblicata integralmente su www.cortedicassazione.it, e relativa ad un caso di violenze sessuali penetrative (di tipo orale, anale e vaginale) protratte per anni ai danni di tre minori di età inferiore ad anni 10: è da rilevare, tra l'altro, che la pena comminata in primo grado era stata addirittura di anni 24, cioè pari al massimo previsto per il delitto di omicidio volontario ex art. 575 c.p., e non distante dal massimo assoluto (anni 30) previsto dall'ordinamento italiano per la pena della reclusione. Ciò a conferma che la "discrezionalità sanzionatoria" del giudice può essere, ove lo si ritenga opportuno, esercitata anche nel senso della severità sanzionatoria, potendosi in tal caso dichiarare la prevalenza delle eventuali circostanze aggravanti (ove concorrenti con le attenuanti), e valorizzare le potenzialità degli incrementi sanzionatori consentiti dall'art. 81 c.p. (ove vengano integranti i requisiti del concorso formale di reato o del reato continuato)

di pene inferiori a 3 anni (soglia di tendenziale “non carcerazione”⁴⁶) sia in taluni casi avvenuta anche in assenza del riconoscimento dell'ipotesi “super-attenuata”, bensì a seguito della plurima mitigazione sanzionatoria conseguente alla diminuzione di pena per il rito abbreviato (un terzo / 33,3 %) e a quelle derivanti dalla concessione di più circostanze attenuanti.

Altro dato rilevante da menzionare è quello relativo alla differenza tra la pena media irrogata in primo grado (5 anni e 1 mese) e quella (poi confermata in Cassazione) deliberata dal giudice di appello (4 anni e 8 mesi), che è pari a circa il 7%. Si registra, invero, una grande maggioranza di pronunce in cui il giudice di seconde cure conferma pienamente la quantificazione sanzionatoria operata dal giudice della sentenza gravata: al contrario, accanto ad un 30% ca di ipotesi di riduzione della pena, si registra solo un 5% di pronunce in cui la Corte d'Appello abbia elevato la suddetta (o emesso una sentenza di condanna a fronte dell'impugnazione di un'assoluzione).

2.2. Atti penetrativi, molestie sessuali e applicazione dell'art. 609-bis/3 c.p.

Alla luce di quanto si è detto *supra*, nei paragrafi sul concetto di “atto sessuale” e sulla circostanza attenuante dei casi di minore gravità, è di primario interesse procedere ad una disaggregazione statistica degli esiti sanzionatori – si ripete, frutto di scelte operate dalle corti di merito – delle 110 sentenze di legittimità oggetto dell'indagine.

Posto che il codice penale italiano, a seguito della riforma del 1996, non contempla distinte fattispecie (a gravità crescente) incentrate sulla tipologia di condotte sessuali poste in essere, a differenza di quasi tutti i principali ordinamenti sia di *Civil* che di *Common Law*⁴⁷, occorre procedere all'adozione di una congrua differenziazione delle condotte sessuali, onde pervenire ad una analisi “significativa” delle emergenze statistiche così disaggregate.

All'uopo, si ritiene opportuno non replicare la vetusta bipartizione del codice pre-riforma tra “congiunzione carnale” e “atti di libidine”, ma piuttosto, in linea con le più avanzate legislazioni europee, adottare la seguente tripartizione:

1) Atti di penetrazione sessuale, considerando tali – in ossequio alla dottrina francese denominata [toute pénétration](#) – quegli atti implicanti una penetrazione, anche di breve durata, anale, vaginale (entrambe anche con le dita) o orale (col pene, non con oggetti) della persona offesa.

⁴⁶ In considerazione dell'applicazione – quasi automatica – della sospensione condizionale della pena sotto i 2 anni, e dell'affidamento in prova ai servizi sociali “ordinario” fino ai 3 anni di reclusione (mentre non automatica è senz'altro la concessione dell'affidamento per pene fino a 4 anni, introdotto dal d.l. n. 146/2013, c.d. “svuotacarceri”).

⁴⁷ Sia permesso ancora una volta il rinvio a MACRÌ, *Verso un nuovo diritto penale sessuale*, cit., p. 67 s., ove è contenuta una ampia analisi dei criteri di selezione e differenziazione delle condotte sessualmente rilevanti negli ordinamenti inglese, tedesco, francese e portoghese.

2) Atti sessuali non penetrativi, intesi come tutti quegli atti di natura sessuale tali da ledere incisivamente la libertà sessuale della vittima, determinati adottando le già menzionate teorie oggettivo-anatomiche e focalizzandosi sul concetto di zone erogene (inteso in modo più restrittivo rispetto alla giurisprudenza della Suprema Corte, vista la sussistenza di una terza categoria classificatoria, ovvero le molestie sessuali) integrato, ove non si tratti di genitali in senso stretto, dalla necessaria sussistenza di fattori coartanti (e dunque dalla teoria oggettivo-contestuale). A titolo esemplificativo, rientrano in tale categoria la masturbazione dei genitali dell'agente imposta alla vittima, il tocco della vagina o dell'ano (anche brevi) della vittima, il tocco insistito dei glutei e del seno, il bacio francese non fugace ecc..

3) Molestie sessuali, tali essendo tutte quelle condotte (in un'ottica *de iure condendo* anche non implicanti un coinvolgimento della corporeità sessuale della vittima, ad esempio la masturbazione dell'agente imposta alla visione di quest'ultima) tali da non ledere, se non in misura molto limitata, la libertà sessuale della vittima, ma incidenti sulla c.d. "tranquillità sessuale" della stessa. A titolo esemplificativo, rientrano in tale novero il tocco repentino dei glutei, brevi baci sulle labbra immediatamente interrotti a fronte della reazione della vittima, abbracci tali da debordare in tocamenti (non duraturi e profondi) del seno ecc.

Tabella 2: Pene per tipologia di atti sessuali

TIPOLOGIA DI DATO		2015 - 110 sentenze	
		%	PENA <i>detentiva</i>
PENA MEDIA IRROGATA	"MAGGIORE" GRAVITÀ	70	5 anni e 11 mesi
	MINORE GRAVITÀ	30	1 anno e 10 mesi
PENA MEDIA IRROGATA	ATTI DI PENETRAZIONE	49	6 anni e 4 mesi
	ATTI SESSUALI NON PENETRATIVI	38	3anni e 8 mesi
	MOLESTIE SESSUALI	13	1anno e 4 mesi

Dai rilevamenti statistici, disaggregati per tipologia di atto sessuale, si evince in modo incontrovertibile che la "intrusività" della condotta sessualmente rilevante è elemento centrale, pur se con variazioni anche sorprendenti a seconda del Giudicante, nel guidare il procedimento di individualizzazione della pena ex art. 133/1 c.p. ("gravità del reato", con precipuo riguardo ai nn. 1) e 2)). Si nota, difatti, una netta divaricazione sanzionatoria tra gli atti di penetrazione sessuale, cui è associata una pena superiore a 6 anni, e le molestie sessuali, le quali sono di media punite ben sotto quei 2 anni di reclusione costituenti il limite per la concessione del beneficio della sospensione condizionale (che invero, ove normativamente permesso, è stata sempre

concessa nelle pronunce esaminate). Pur in presenza di tale dato, va comunque constatato che in 3 sentenze su 110 l'attenuante della minore gravità sia stata concessa anche a fronte di condotte sessualmente penetrative, mentre non si registra nessun caso di molestia sessuale nel quale non sia stata concessa la suddetta mitigazione dell'art. 609-bis/3 c.p..

Siffatta discrepanza induce del resto a rafforzare la convinzione, in capo allo scrivente, della necessità di scindere l'unitaria fattispecie di "Violenza sessuale" in almeno due nuovi reati, o ancora più auspicabilmente in tre, sulla scia di quanto già avviene nell'ordinamento inglese (dove anzi vi è una quadripartizione)⁴⁸, e altresì in quello francese⁴⁹.

L'estesa indagine giurisprudenziale, del resto, dimostra chiaramente come le indagini "imbarazzanti" sui dettagli degli atti sessuali realizzati sono una costante, anche in presenza di un'ipotesi criminosa unitaria, e altresì del tutto incongrua appare essere – alla luce di essa – l'opinione femminista in base alla quale una differenziazione dei reati porterebbe ad una dimidiata tutela della libertà sessuale delle donne nei casi non-penetrativi. Ciò che traspare dalle tante sentenze esaminate è, piuttosto, che la tendenza giurisprudenziale – spesso mediaticamente amplificata, e sovente financo distorta – a ricondurre all'art. 609-bis ipotesi di molestie sessuali blande (come toccamenti dei glutei o baci repentini, talvolta commessi da rimproverabili, ma tutto sommato innocui, corteggiatori maldestri) agisca in senso opposto. Si assiste, cioè, ad un depotenziamento della percezione sociale del disvalore caratterizzante la stragrande maggioranza delle aggressioni sessuali, che solo nel 13% consistono in molestie ma che al contrario nel 49% delle ipotesi vagliate dalla Suprema Corte nel 2015 si sono rivelate essere stupri, commessi circa metà delle volte – come si vedrà nel prossimo paragrafo – ai danni di minori, sovente abusati dagli stretti familiari (*in primis* il padre) per lunghi periodi.

2.3. Le scelte sanzionatorie relative alle violenze sessuali contro minori.

La tutela dell'integrità sessuale e – oltre gli anni 14 – della libertà sessuale dei minori si pone da sempre come finalità centrale del diritto penale sessuale. Tale esigenza, peraltro, si è anzi acuita negli ultimi anni, alla luce delle numerose convenzioni internazionali a tutela di tali soggetto, atti che – in connubio con

⁴⁸ In Inghilterra e in Galles, infatti, il *Sexual Offences Act 2003* contempla le distinte ipotesi delittuose (*offences*) di "Stupro" ("*Rape*", Sec. 1), "Aggressione sessuale penetrativa" ("*Assault by penetration*", Sec. 2) e "Aggressione sessuale" ("*Sexual assault*", Sec. 3), alle quali si affiancano quasi 80 altre fattispecie in materia sessuale (contro le 5 – contando anche la corruzione e l'adescamento di minorenni, reati di scarsissima rilevanza nella prassi giudiziaria – del nostro ordinamento): ad esse, occorre aggiungere le fattispecie, in materia di molestie, contemplate dal *Protection from Harassment Act 1997*.

⁴⁹ Il codice penale transalpino, soggetto a svariati interventi emendativi in materia sessuale (l'ultimo con la *Loi n° 2012-954*), punisce infatti in modo differenziato lo "Stupro" ("*Viol*", art. 222-23), le "Altre aggressioni sessuali" ("*Autres agressions sexuelles*", art. 222-27) e le "Molestie sessuali" ("*Harcèlement sexuel*", art. 222-33)

l'accresciuta sensibilità sociale in materia – hanno indotto tutti i legislatori europei a inasprire le norme penali a protezione dei minori, sia sotto il profilo della formulazione (ad esempio, si pensi alla criminalizzazione del sesso mercenario con minori di anni 18⁵⁰) che a livello sanzionatorio.

Per quanto concerne più specificamente i reati sessuali in senso stretto (artt. 609-*bis* ss. c.p.), il nostro ordinamento prevede, accanto all'incriminazione degli atti sessuali "consensuali"⁵¹ con minori di anni 14 (o 16, ove vi sia un certo legame preesistente tra i soggetti), altresì un inasprimento della risposta sanzionatoria proporzionata all'età del minore. Nel dettaglio, l'art. 609-*ter*/1 c.p. qualifica come circostanza aggravante con aumento del 20% (da 6 a 12 anni il compasso edittale) l'età della vittima inferiore agli anni 14 (o 16, nei casi di tutore, genitore o ascendente), mentre il 2° comma del medesimo art. 609-*ter* contempla un incremento di pena del 40% (da un minimo di 7 a un massimo di 14 anni) ove gli atti sessuali siano commessi ai danni di vittima infradecenne.

I suddetti limiti edittali maggiorati – al di là dell'assenza, all'epoca di tali fatti, di un'aggravante ove la vittima avesse avuto tra 14 (16 per genitore, tutore ecc.) e 18 anni, poi colmata nel 2013⁵² – presentano però la rilevante criticità di essere esposti all'ampio potere discrezionale che hanno le corti di bilanciare ex art. 69 c.p. le circostanze aggravanti dell'art. 609-*ter* c.p. con altre di segno opposto (anche solo le generiche), potendo financo dichiarare prevalenti le/a attenuanti/e. Il legislatore ha infatti commesso la svista di non conferire a tali fondamentali circostanze la natura c.d. "privilegiata", prevista invece negli ultimi anni per numerose altre (si pensi a quelle in materia di terrorismo, mafia, tratta di persone ecc.): siffatta qualificazione avrebbe infatti impedito la potenziale vanificazione del compasso edittale innalzato in caso di concorso di circostanze attenuanti, imponendo comunque di operare le mitigazioni di pena per queste ultime sulla pena già aggravata (ad es., da 7 a 14 anni per atti sessuali violenti con minore di anni 10)⁵³. Tale scelta, come si vedrà sin da subito – ma con

⁵⁰ Trattasi dell'ipotesi criminosa di cui all'art. 600-*bis*/2 c.p., la quale ha vissuto un "esemplare" (ai fini dell'affermazione di cui sopra) processo di irrigidimento e ampliamento sia a livello di tipicità che di sanzione: tale delitto, introdotto con la l. 269/1998, originariamente incriminava unicamente la condotta di realizzazione di atti sessuali dietro compenso con minori di anni 16. Successivamente, con la l. 38/2006, si è estesa la tutela ai minori di anni 18, con una pena però ridotta ove il minore avesse compiuto gli anni 16. Da ultimo, poi, la l. n. 172/2012, emanata a seguito della Convenzione di Lanzarote, ha espunto la mitigazione sanzionatoria appena menzionata, e ha uniformato le pene per gli atti sessuali coi minori da 14 a 18 anni, fissando un livello edittale massimo di 6 anni di reclusione, cioè superiore ai 5 anni precedentemente contemplati per gli atti sessuali con minore di anni 6 (oltre i 16 il massimo di pena era fissato in anni 3 di reclusione).

⁵¹ *Rectius*: commessi senza avvalersi delle modalità vincolate tipizzate dall'art. 609-*bis* c.p..

⁵² Il D.l. n. 93/2013, convertito in L. n. 119/2013, ha infatti introdotto la nuova circostanza aggravante comune (incremento sanzionatorio fino al 33%, seppur applicabile solo a taluni gruppi di reati) di cui all'art. 61, n. 11-*quinqies*) c.p., ove un delitto non colposo contro la vita e l'incolumità individuale, contro la libertà personale o di maltrattamenti (art. 572 c.p) venga commesso in presenza o in danno di un minore di anni 18 [ovvero in danno di persona in stato di gravidanza].

⁵³ Al riguardo v. l'ampio approfondimento di PECCIOLI, *Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento*, Torino, 2010, p. 3 s.

ancora maggiore evidenza nell'ultimo paragrafo, relativo alle “sperequazioni” di pena tra le varie sentenze esaminate – ha comportato in molti casi un abbassamento inaccettabile delle pene irrogate, oltre che una, talvolta anche estrema, disparità di trattamento per condotte tra loro indubbiamente simili di abuso sessuale pedofilo.

Tabella 3: Pene per fascia anagrafica della vittima.

TIPOLOGIA DI DATO		2015 - 110 sentenze	
		%	PENA <i>detentiva</i>
PENA MEDIA IRROGATA	VITTIMA MAGGIORENNE	49	3 anni e 7 mesi
	VITTIMA MINORENNE	51	5 anni e 8 mesi
PERSONA OFFESA MINORENNE			
PENA MEDIA IRROGATA	VITTIMA 14-17enne	11	3 anni e 11 mesi
	VITTIMA 10-13enne	24	5 anni e 11 mesi
	VITTIMA MINORE DI ANNI 10	16	6 anni e 3 mesi

Dalle elaborazioni contenute nella tabella 3, incentrata sulla disaggregazione dei dati sanzionatori a seconda dell'età della vittima, emerge anzitutto l'allarmante circostanza che in oltre la metà dei casi di violenza sessuale definiti dalla Corte di Cassazione nel 2015 la vittima è un soggetto di età inferiore agli anni 18, ed addirittura nel 40% delle 110 decisioni esaminate l'età del soggetto passivo è inferiore agli anni 14. Dall'analisi delle pene irrogate – sulle quali va evidenziata sin da ora l'incidenza del rito abbreviato, che si approfondirà nel prossimo paragrafo – si evince che, l'ammontare medio della pena irrogata si innalza percettibilmente solo nelle ipotesi aggravate ex art. 609-ter c.p., pur non registrandosi un cospicuo differenziale (solo 7%) tra le sentenze con vittima infraquattordicenne e quelle con vittima infradecenne.

In conclusione, l'irrogazione di pene detentive medie di 6 anni e 3 mesi ai colpevoli di abusi sessuali su bambini di anni 10, a fronte di un minimo edittale di anni 7 ex art. 609-ter/2 c.p. appare sicuramente insufficiente: dallo studio di tali sentenze emerge difatti che gran parte di tali abusi sono di natura penetrativa, e perpetrati spesso per anni; in aggiunta la metà circa dei colpevoli sono familiari della vittima, e nel 30% dei casi il colpevole è addirittura il padre stesso. Alla luce della gravità media riscontrata nelle ipotesi con vittima infradecenne, si ritiene che un livello sanzionatorio medio congruo dovrebbe attestarsi sugli 8/9 anni di reclusione (la sentenza con la pena più elevata, tra l'altro, ha irrogato una pena di 18 anni, ridotta dai 24 del primo grado), e su durate leggermente inferiori per gli abusi ai danni di infraquattordicenni.

2.4. L'incidenza del rito abbreviato.

Passando invece all'analisi dell'incidenza della scelta del rito sulla scelte sanzionatorie, si denota una altissima percentuale (44% del totale) di sentenze relative a casi giudicati con il rito abbreviato ai sensi degli artt. 438 ss. c.p..

Ciò è sicuramente giustificato dal fatto che, in numerose ipotesi concrete di condotte sessualmente illecite contestate dalla Pubblica Accusa, non vi siano per l'imputato – come emerge dall'analisi integrale delle pronunce – ampi margini di dimostrazione della propria non colpevolezza: circostanza che tendenzialmente spinge a optare per la definizione del procedimento in sede di udienza preliminare, con conseguente economia processuale compensata da una decurtazione di pena (33,3%) a favore dell'agente.

Ed è del resto acclarato che sovente le condotte giudicate con tale rito speciale siano quelle più gravi, posto che la pena media irrogata a seguito di rito abbreviato (4 anni e 6 mesi), è solo del 5% inferiore a quella comminata al culmine di procedimento ordinario (4 anni e 9 mesi). Si è riscontrato, inoltre, che nei casi di rito abbreviato l'attenuante dell'art. 609-bis/3 è stata concessa unicamente nel 10% dei casi, contro l'oltre 40% registrato per il rito ordinario.

Pur non potendo fornire dati precisi al riguardo⁵⁴, è da considerare che evidenti sono d'altro canto i benefici del rito abbreviato in termini di economia processuale e definizione del procedimento in tempi ragionevoli (entro 6 anni, secondo la Corte di Giustizia della UE⁵⁵), posto che, dalle sentenze in cui è menzionata la scansione temporale delle fasi del procedimento, si denota per il rito abbreviato una durata dell'intero procedimento di 3/5 anni, e in taluni casi addirittura di 2, mentre per il rito ordinario numerose sentenze hanno definito nel 2015 vicende processuali iniziate nel 2007 o 2008 (cioè 7/8 anni prima). Si ritiene dunque che, in un'ottica *de iure condendo*, in assenza di adeguate misure per la riduzione dei tempi di durata del procedimento ordinario (o per l'incentivazione di altri riti speciali), un giusto temperamento delle diverse esigenze in gioco potrebbe essere quello di ridurre, per determinate fattispecie di una certa gravità (come gli abusi sessuali di natura pedofila), la mitigazione di pena conseguente alla scelta del rito abbreviato da un terzo (33,3%) a un sesto (16,6%).

2.5. Sperequazioni di pena e "legalità sanzionatoria".

Il diritto penale deve il proprio nome (e lo stesso avviene in francese, spagnolo, polacco ecc.) proprio alla caratteristica che più lo differenzia da altre branche del diritto (civile, amministrativo ecc.): la sanzione, denominata espressamente "pena" per

⁵⁴ Posto che non sempre viene riportata la data di emissione della sentenza di primo grado, e ancora più di rado dalle pronunce della Cassazione emerge la data di avvio dell'intero procedimento penale.

⁵⁵ Precisamente 3 anni per il primo grado, 2 anni per l'appello e un anno per l'eventuale vaglio finale di legittimità (ILLUMINATI, *Le ultime riforme del processo penale*, cit., p. 2.).

sottolinearne quell'afflittività⁵⁶ che però con l'umanizzazione penale avviata dall'Illuminismo si è – quanto meno in Europa – sicuramente affievolita. Ciò nonostante, gran parte della dottrina penalistica italiana (e in generale dell'Europa continentale, a partire dalla Germania) tende a dedicare un'attenzione nettamente superiore al fatto di reato (e *in primis* alla tipicità) piuttosto che alle conseguenze sanzionatorie dello stesso.

Uno degli scopi di questa indagine, dunque, è quello di “accendere i fari” sul concreto esercizio di quel potere discrezionale che gli artt. 132 ss. del codice penale italiano attribuiscono al giudice. Pur se l'argomento si presta a ben più ampie ed approfondite riflessioni, si può sin da ora affermare che il cittadino, tenuto a rispettare le norme penali, ha sicuramente il diritto a esigere non solo la legalità nella tipizzazione del fatto di reato, ma altresì la legalità dell'entità di pena irrogata in conseguenza dello stesso (che si potrebbe definire “legalità sanzionatoria”, intendendo tale espressione come sinonimo di “legalità della dosimetria sanzionatoria”, e non invece di “legalità della pena”)⁵⁷.

La legalità sanzionatoria si raccorda anzitutto al principio di uguaglianza (art. 3 Cost.), sebbene la stessa abbia certamente una natura più flessibile della legalità del fatto in quanto la sanzione penale, ex art. 133 c.p., oltre a fondarsi della gravità del reato (comma 1°), dipende altresì dalla capacità a delinquere dell'agente (comma 2°).

In concreto, semplificando e limitandoci a considerare solo il divieto per il giudice di analogia *in malam partem*, la tesi sostenuta è che un cittadino subisca una violazione della legalità sia quando venga condannato dal giudice per una condotta non tassativamente prevista dalla legge, sia quando venga punito con una pena irragionevolmente sproporzionata in eccesso rispetto ad un altro cittadino che abbia commesso una condotta analoga, e non vi siano adeguate motivazioni tali da giustificare tale discrepanza secondo gli indici dell'art. 133/2 c.p..

Il concetto appena esposto si ricollega dunque al tema della discrezionalità giudiziaria in materia di commisurazione della pena, cioè in quella fase terminale del giudizio che i giuristi anglosassoni denominano *sentencing*. Il potere discrezionale del giudice italiano è particolarmente ampio, dato che costui – mediante lo strumento del bilanciamento delle circostanze di cui all'art. 69 c.p. – può ad esempio irrogare per il delitto di “Violenza sessuale” una pena che va da un minimo inferiore ad un anno di

⁵⁶ Sebbene il criterio distintivo “classico” della sanzione penale dato dal necessario collegamento (effettivo o potenziale) con la privazione della libertà personale – in passato, e ancora oggi in tanti ordinamenti del mondo, altresì della vita – oggi non è più sicuramente utilizzabile, per quanto la detenzione rimanga pena centrale (pur con rilevanti differenze tra paesi) quasi ovunque, quanto meno per i più gravi reati violenti (omicidio, stupro, rapina a mano armata ecc.).

⁵⁷ La legalità della pena (intesa come tipologia della stessa), rientra infatti nel concetto “tradizionale” di legalità, imponendo al giudice il divieto assoluto di irrogare pene diverse da quelle espressamente previste dalla legge, e al di fuori dei limiti normativamente consentiti (che però nel sistema italiano sono molto ampi, vista la grande discrezionalità conferita alle corti in materia di circostanze del reato ex art. 69 c.p. e di reato continuato / concorso formale di reati ex art. 81 c.p., come si è già evidenziato).

reclusione ad un massimo di oltre 20 anni⁵⁸, ed inoltre gode di estesi margini di discrezionalità nel determinare, ex art. 81 c.p., l'effettivo aumento sanzionatorio nei casi di reato continuato e concorso formale di reati.

Sul punto, è da rilevare come la funzione nomofilattica della Suprema Corte non si espliciti in materia di *sentencing*, posto che l'esercizio della commisurazione della pena è considerata una prerogativa del giudice di merito, sulla quale solo in casi limitati (es.: violazione di legge per applicazione di una circostanza aggravante in assenza dei presupposti normativamente prescritti) i giudici di legittimità possono incidere. Si rileva altresì come – a differenza ad esempio dell'Inghilterra – non sia contemplato dal nostro ordinamento l'istituto delle c.d. “*sentencing guidelines*”, consistenti in tabelle legislative (o sub-legislative) recanti dei “sub-compassi edittali”, di natura cogente, per varie sotto-fattispecie (es.: aggressione sessuale penetrativa ai danni di minore di anni 18, di anni 16 ecc.), tabelle dirette ad “imbrigliare” la discrezionalità giudiziaria.

Sulla rilevanza della questione, si consideri che per un cittadino mai entrato in un carcere sarà, in concreto, sovente più grave la violazione della “legalità sanzionatoria” consistente nell'applicargli una pena detentiva non sospesa (né suscettibile di affidamento in prova, es. 4 anni) invece di una pena detentiva sospesa (magari applicata ad un altro cittadino per una medesima condotta, e senza fondamento ex art. 133/2), piuttosto che la violazione della “legalità del fatto” consistente nel condannarlo ad una pena sospesa anziché assolverlo perché la sua condotta non integra gli estremi reato (es., perché l'atto non è sessuale, o non è violento ai sensi dell'art. 609-bis c.p.).

Dall'indagine compiuta sulle 110 sentenze emesse nel 2015 dalla Corte di Cassazione, tutte confermate delle scelte sanzionatorie – oltre che in materia di accertamento e qualificazione della condotta criminosa – dei giudici di prime cure, si evince come le varie corti della penisola esercitino il potere discrezionale adottando spesso parametri e criteri del tutto differenziati da sede a sede, e talvolta financo non uniformi nell'ambito del medesimo distretto. Acclarato che è la Corte d'Appello l'organo giurisdizionale cui spetta la scelta “definitiva” in materia di determinazione della pena, si sono registrate ampie differenziazioni sanzionatorie (difficilmente giustificabili ex art. 133/2 c.p.) per condotte di gravità assimilabile non solo tra diverse corti territoriali, ma altresì tra diverse sentenze dello stesso collegio⁵⁹.

⁵⁸ Nel primo caso applicando (e dichiarando – ove occorra – le stesse prevalenti sulle circostanze di segno opposto) tutte le circostanze attenuanti, e nel secondo applicando invece tutte le circostanze aggravanti. Si richiama peraltro quanto già detto nel paragrafo precedente sull'obbligatoria diminuzione di un terzo (33,3%) della pena nel caso di rito abbreviato, la quale nel 2015 è risultata applicata nel 44% dei casi oggetto di analisi statistica.

⁵⁹ Sarebbe senza dubbio interessante procedere ad uno studio statistico sulla durata media della pena irrogata (con ulteriori disgregazione dei dati a seconda della tipologia di atto sessuale, età della vittima ecc.) a seconda della Corte d'Appello di provenienza della sentenza, ma si ritiene che il numero limitato del campione (ad es. solo 7 sentenze della CdA di Roma, o 5 della CdA di Milano) renda poco indicativo ed affidabile il suddetto dato, pur riservandosi la possibilità di procedere sul punto a ricerche più ampie (magari attraverso l'analisi delle stesse sentenze di merito, e non solo di quelle di legittimità).

Non potendo approfondire nel dettaglio tutte le sentenze in cui la commisurazione della pena è apparsa incongrua (almeno un terzo, di solito con una ritenuta “eccessiva “mitezza” sanzionatoria, ma a volte anche con dubbi sulla severità della pena irrogata), ci si concentrerà su tre pronunce.

Al riguardo, due sentenze in particolare sono emblematiche della sussistenza di marcate sperequazioni sanzionatorie, ed evidenziano pertanto la non marginalità della problematica della “legalità sanzionatoria” nell'ordinamento penale italiano. Trattasi delle sentenze n. 26192/2015 e n. 26193/2015⁶⁰ della Sezione III, confermativa di due pronunce di condanna ex art. 609-*bis* c.p. entrambe emesse, a seguito di rito abbreviato, dalla Corte d'Appello di Napoli (a distanza di soli venti giorni l'una dall'altra): in ambo i casi la pena irrogata agli imputati – resa poi definitiva dalla Suprema Corte – era di 3 anni e 4 mesi di reclusione.

Si ritiene utile, all'uopo, accostare graficamente in una tabella comparativa i principali dettagli delle due sentenze in esame prima di procedere al commento delle medesime.

Tabella 4: Comparazione sentenze Cass. Pen. n. 26193/2015 e n. 26192/2015.

Sentenza definitiva	Cass. Pen., Sez. III, n. 26193/2015 Ud. 19/5/2015 – 3 anni e 4 mesi	Cass. Pen., Sez. III, n. 26192/2015 Ud. 19/5/2015 – 3 anni e 4 mesi
Dettagli delitto	Artt. 609- <i>bis</i> /1 e 609- <i>ter</i> /1 c.p. (violenza sessuale su minore di anni 14)	Artt. 609- <i>bis</i> /1 e 609- <i>ter</i> /2 c.p. (violenza sessuale su minore di anni 10)
Descrizione della condotta criminosa	«dopo avere contattato ripetutamente (...) minore degli anni 14, con sms e telefonate a contenuto erotico; dopo avere fissato un appuntamento telefonico con la ragazza ed averla invitata a salire sulla sua auto, costringeva la stessa a subire atti sessuali, consistiti in un bacio e in toccamenti al seno e all'inguine (...)»	«l'abuso sessuale è stato inflitto dallo zio alla nipote per ben cinque anni, a partire dal febbraio 2008, quando la bambina non aveva neppure dieci anni, dapprima quattro o cinque volte al mese, e poi ancor più frequentemente, e fino a quando la vittima (...) raggiungeva un'età in cui riusciva a superare la persistente condizione psicologica di subornazione»
Sentenza di primo grado	GIP Benevento, 24/10/2013 4 anni e 4 mesi	GIP Napoli, 6/12/2013 3 anni e 8 mesi

⁶⁰ Cass. Pen., Sez. III, n. 26192/2015, G., ud. 19/5/2015, e Cass. Pen., Sez. III, n. 26193/2015, F., ud. 19/5/2015, entrambe riportate integralmente sul sito www.cortedicassazione.it.

Sentenza di appello	CdA Napoli, n. 2855/2014 13/6/2014 - 3 anni e 4 mesi	CdA Napoli, n. 2996/2014 8/7/2014 – 3 anni e 4 mesi
------------------------	---------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------

La chiara descrizione delle condotte sessuali penalmente illecite realizzate dai due soggetti agenti rende immediata la comprensione della gravità nettamente maggiore degli atti sessuali perpetrati nel caso giudicato in primo grado dal GIP di Benevento (Cass. Pen. n. 26193/2015) rispetto a quelli vagliati in prime cure dal GIP di Napoli (Cass. Pen., n. 26192/2015). L'incongruità dell'identità delle pene irrogate si palesa ancora più marcata se si considera che nel caso di Benevento il GIP (con statuizione confermata anche nei gradi successivi di giudizio) aveva concesso all'imputato l'attenuante del risarcimento del danno ex art. 62 n. 6) c.p., mentre nel caso di Napoli la stessa attenuante non era stata concessa, con decisione sul punto pienamente confermata dalla Suprema Corte, la quale ha ritenuto l'assoluta inadeguatezza dei 2.000€ versati dall'imputato alla vittima a risarcire cinque anni di gravissimi abusi ai danni di una bambina che inizialmente era infradecenne.

Se dunque l'irrogazione – nel caso di Benevento – di una pena di 3 anni e 4 mesi di reclusione (5 anni decurtati di un terzo per la scelta del rito) può considerarsi tendenzialmente congrua a fronte di un bacio e di toccamenti del seno e dell'inguine realizzati con violenza – seppur non intensiva – su una minore di età inferiore ai 14 anni, posta l'unicità e non protrazione dell'episodio criminoso contestato, lo stesso certamente non si può dire per la medesima pena inflitta nell'altra vicenda penale in commento.

Nell'altro caso difatti, quello vagliato in prime cure dal GIP del Tribunale di Napoli, dalla sentenza di legittimità si evince subito (pur non emergendone chiaramente la natura penetrativa) l'estrema gravità degli atti sessuali realizzati dallo zio nei confronti della nipote a partire da quando la vittima non aveva neppure 10 anni, e protratti con rilevante frequenza per ben cinque anni. Anche considerando i 5 anni di reclusione irrogati al lordo della mitigazione sanzionatoria prescritta in caso di rito abbreviato, si tenga presente *in primis* che l'art. 609-ter/2 c.p. contempla una pena da 7 a 14 anni ove la vittima sia infradecenne, e che nell'ipotesi di specie si tratta di reato continuato, per il quale l'art. 81/2 c.p. consente una elevazione sanzionatoria fino al triplo: il giudicante poteva quindi teoricamente applicare una pena ben superiore agli anni 20 di reclusione. Anche ipotizzando la natura non penetrativa degli abusi sessuali realizzati e neutralizzando l'aggravante dell'art. 609-ter/2 c.p. con le circostanze attenuanti generiche ex art. 62-bis c.p.⁶¹, ergo partendo da una pena per la violazione più grave di soli 6 anni di reclusione⁶², la perpetrazione con frequenza per ben 5 anni degli abusi sessuali doveva quanto meno portare a una pena base di 10 anni reclusione,

⁶¹ Di cui verosimilmente è stata dichiarata addirittura la prevalenza, vista l'entità della pena inflitta, e considerando un sicuro – seppur poco cospicuo aumento applicato per la continuazione.

⁶² Il minimo edittale ex art. 609-bis c.p. è 5 anni (posta l'esclusione, operata sin dal primo grado, della “super-attenuante” di cui all'art. 609-ter c.p.), ma in tal caso il rapporto di parentela non può essere considerato influente in sede di commisurazione della pena, con la conseguenza di innalzare di almeno il 20% la pena di base per la violazione più grave.

su cui poi computare la diminuzione per il rito e giungere pertanto ad una sanzione detentiva non inferiore 6 anni e 8 mesi di reclusione. Tale entità di pena, peraltro, sarebbe congrua solo ove tutti i fattori di cui all'art. 133/2 c.p. (condotta post-delittuosa ecc.) fossero valutati in senso favorevole all'imputato nel massimo grado: si tenga infatti presente che in 7 sentenze del 2015 (delle 110 oggetto di indagine)⁶³, la Corte di Cassazione ha confermato, in casi di abuso sessuale ai danni di minori, pene eguali o superiori ad anni 10 di reclusione, fino ad un massimo di anni 18.

In chiusura, è degna di approfondimento in punto di opzioni sanzionatorie anche la pronuncia della Sez. III n. 16790/2015⁶⁴, la quale ha confermato la pena di 7 anni e 6 mesi con cui la CdA di Genova – riformando in *peius* la sentenza di prime cure del Tribunale di Sanremo – aveva sanzionato due episodi di violenza sessuale commessi con abuso di autorità⁶⁵ da un maresciallo dei carabinieri. Nel caso in esame, gli atti sessuali erano consistiti, nei due distinti episodi:

1) nel farsi toccare brevemente il pene in erezione dalla prima vittima, dopo essersi recato per ragioni di servizio presso l'abitazione della stessa;

2) nel costringere la seconda persona offesa a toccargli il pene in erezione, dopo essersi denudato più volte davanti alla stessa all'interno della caserma dei carabinieri ove prestava servizio.

Pur se per tali tipologie – non penetrative – di atto sessuale le statistiche sanzionatorie (§ 2.2, tabella 2) indicano una pena media irrogata molto inferiore (3 anni e 8 mesi) nelle sentenze confermate dalla Corte di Legittimità nel 2015, la suddetta entità sanzionatoria è del tutto condivisibile, valorizzando adeguatamente – attraverso l'aggravante di cui all'art. 61 n. 9) c.p. – la gravità dell'abuso commesso, nell'esercizio delle sue funzioni da un membro gerarchicamente apicale (nell'ambito della caserma) di un corpo di pubblica sicurezza deputato a tutelare la sicurezza dei cittadini.

La circostanza che suscita invece riflessioni di natura maggiormente critica è la natura “ondivaga” e non prevedibile delle scelte sanzionatorie in materia di “Violenza sessuale” operate dai giudici nell'ordinamento italiano, ad iniziare dalla totale discrepanza tra la pena irrogata – nel procedimento *de quo* – in appello (7 anni e 6 mesi) rispetto a quella della sentenza di primo grado (2 anni e 4 mesi). Trattasi tra l'altro, dell'unico caso riscontrato – in quel 5% di ipotesi di *reformatio in peius* rispetto al primo grado rilevate – di consistente (5 anni e 2 mesi) inasprimento sanzionatorio in seconde cure⁶⁶.

⁶³ Solo le decisioni (tutte ovviamente della Sezione III) n. 951/2015 (10 anni, CdA Brescia), n. 5169/2015 (15 anni, CdA Palermo, n. 951/2015 (10 anni, CdA Brescia), n. 21468/2015 (10 anni, CdA Napoli), n. 24910/2015 (14 anni e 2 mesi, CdA Roma), n. 30461/2015 (10 anni, CdA Brescia), ed infine n. 32336/2015 (10 anni, CdA Genova) ,tutte pubblicate per esteso sul sito www.cortedicassazione.it

⁶⁴ Cass. Pen., n. 16790/2015, già citata nella nota n. 25.

⁶⁵ Sebbene la suddetta ricostruzione ermeneutica sia stata criticata *supra*, nel paragrafo (§1.2) relativo alla violenza, minaccia e abuso di autorità quali condotte vincolate ex art. 609-bis/1 c.p..

⁶⁶ Negli altri casi riscontrati, due assoluzioni erano state convertite in condanne con pene sospese (Cass. Pen., Sez. III, n. 21021/2015 e n. 21462/2015), una sanzione di 4 mesi di reclusione era stata sostituita con un'altra – anch'essa sospesa – di 1 anno e 8 mesi (Cass. Pen., Sez. III, n. 1709/2015), ed infine una pena di 4 anni e 8 mesi era stata elevata a 6 anni e 10 mesi (Cass. Pen., Sez. III, n. 19180/2015).

Estendendo l'indagine, è da evidenziare come nelle altre sentenze simili esaminate – soprattutto di abusi commessi da personale medico/sanitario – non si sia mai riscontrata tale valorizzazione sanzionatoria – ad avviso dello scrivente assolutamente congrua – dei profili di gravità connessi all'abuso della propria pubblica funzione con finalità di prevaricazione sessuale. Emerge invece, nell'esercizio del potere discrezionale in materia sanzionatoria da parte delle corti di merito, una tendenza a non discostarsi in maniera rilevante dai livelli medi di pena irrogata (riportati nei paragrafi precedenti).

3. Considerazioni conclusive

In conclusione, il dato – in parte anche sorprendente – di maggiore rilevanza penalistica che si evince dall'ampia analisi del “diritto vivente” italiano in materia di “Violenza sessuale” del 2015 è la sussistenza di un chiaro deficit di “legalità sanzionatoria”, ribadendo come con tale concetto ci si riferisca alle esigenze di garanzia, e di certezza del diritto, nel procedimento di commisurazione della pena.

Dalle 110 sentenze oggetto di elaborazione statistica è emersa la natura sovente insondabile dell'esercizio in concreto di quegli ampi margini di discrezionalità in capo alle corti di merito, che già la semplice lettura delle norme codicistiche in materia di criteri di commisurazione (art. 133 c.p.), di concorso di circostanze di segno diverso (art. 69), e di reato continuato (art. 81/2 c.p.) attesta.

Le ampie discrepanze rilevate, soprattutto in casi di pedofilia (abusi sessuali su minori almeno infraquattordicenni), tra condotte di gravità del tutto simile, rappresenta sicuramente una delle principali criticità riscontrate. Al riguardo, comunque, si pone come ineludibile l'esigenza di condurre indagini sulle sentenze emesse dalle corti di merito, onde verificare quali siano nella prassi giurisprudenziale i fattori, tra quelli di cui al comma 2° dell'art. 133 c.p. (carattere del reo, condotta processuale dello stesso ecc.), ad avere maggiore influenza concreta nella fase di commisurazione.

Un altro nodo problematico è quello – nel quale si intersecano profili sostanziali e processuali – della possibile incidenza sulle scelte sanzionatorie delle difficoltà probatorie che spesso si incontrano nei casi di abusi sessuali a danno di minori in tenera età, ove la pronuncia di condanna si basi essenzialmente sulle dichiarazioni della persona offesa. Lo studio della giurisprudenza di legittimità del 2015 sull'art. 609-bis c.p. ha infatti rivelato come in molteplici ipotesi la Suprema Corte abbia annullato (con rinvio) sentenze di condanne pronunciate in doppia conforme dai giudici di merito: in tali casi, le censure riscontrate si sono focalizzate per lo più sulla valutazione delle dichiarazioni accusatorie dei minori. Alla luce di ciò, si prospetta la possibilità che in taluni casi la scelta di irrogare una pena all'apparenza troppo mite derivi dal residuo di dubbi sulla colpevolezza ogni oltre ragionevole dubbio dell'imputato. Inutile precisare come tale dinamica configurerebbe un rilevante *vulnus* alle prerogative processuali dei soggetti coinvolti, e pertanto si auspica che

l'approfondimento delle sentenze di merito smentisca una tale prospettiva ricostruttiva.

Ulteriori profili problematici emersi riguardano, in aggiunta, le conseguenze – talvolta incongrue sotto il profilo della legalità sanzionatoria – dell'esercizio dell'ampio potere discrezionale in materia di bilanciamento delle circostanze e di aumento di pena per la continuazione criminosa. Segnatamente, si è riscontrata in molteplici pronunce una scarsa valorizzazione dell'aggravamento di pena contemplato per le violenze sessuali ai danni di minori di età inferiore ai 14 (comma 1°) e ai 10 anni (comma 2°) dall'art. 609-ter c.p., e altresì una frequente inadeguatezza dell'incremento sanzionatorio di cui all'art. 81/2 c.p. (fino al triplo della violazione più grave) per abusi sessuali talvolta protratti sovente anche per molti anni. Le criticità inerenti tali norme codicistiche, così come quelle relative all'art. 133 c.p., non sono specifiche dei reati sessuali, per cui sarà senz'altro utile estendere le indagini anche oltre il delitto ex art. 609-bis c.p. Si potrebbe all'uopo, ad esempio, vagliare empiricamente ed ermeneuticamente l'opportunità, in un'ottica *de iure condendo*, di introdurre un limite normativo (ad esempio un terzo, un quarto) all'incidenza dei parametri commisurativi di cui all'art. 133/2 c.p., onde riaffermare la centralità della valutazione sulla gravità, oggettiva e soggettiva, del reato commesso in quanto tale.

Il tema della “legalità sanzionatoria”, dunque, si pone come centrale nello studio del diritto penale vivente, e tale da meritare senz'altro l'avvio di un ampio dibattito non solo accademico, ma anche giurisprudenziale e politico.

Passando invece agli orientamenti esegetici sul delitto di “Violenza sessuale” riscontrati nella giurisprudenza di legittimità del 2015, le stesse non hanno rivelato particolari scossoni o innovazioni rispetto agli orientamenti precedentemente emersi. Volendo porsi in una prospettiva temporale più ampia, si può senz'altro sostenere come dal 2000 in avanti la Suprema Corte abbia seguito un lineare percorso di tendenziale ampliamento della tipologia di condotte sessuali penalmente rilevanti ex art. 609-bis c.p. Oramai consolidato è invero l'orientamento che qualifica come “violenti” tutti gli atti sessuali realizzati senza il consenso della vittima, così come l'applicazione della “Violenza sessuale” a numerose condotte che in altri ordinamenti sono incriminate quali semplici “molestie sessuali” (stante l'assenza di un siffatto reato nel nostro codice penale).

In punto di scelte esegetiche, peraltro, ciò che appare di maggiore rilevanza è la tendenza – emergente da svariate sentenze analizzate nel paragrafo sull'abuso di inferiorità – a dilatare il concetto di “inferiorità psichica” ben oltre un paradigma rigidamente medico/psichiatrico, al condivisibile fine di ampliare la tutela della libertà sessuale delle persone in stato di debolezza, ma a costo di un'evidente tensione con il principio di tassatività della fattispecie penale.