



2/2017

## LA QUALIFICAZIONE DELLE “VIOLENZE” PRIVE DI UN CONTATTO CORPORE CORPORUM ALLA PROVA DELLA RECENTE GIURISPRUDENZA IN TEMA DI ATTI SESSUALI

Nota a [Cass., Sez. III, sent. 19 novembre 2015 \(dep. 5 maggio 2016\),  
n. 18679, Pres. Amoresano, Rel. Aceto](#)

di Michele Cappai

SOMMARIO: 1. La decisione della Suprema Corte. – 2. I diversi orientamenti della dottrina sulla nozione di “atti sessuali”. – 3. La posizione della giurisprudenza di legittimità. – 4. La valutazione della sentenza in commento alla luce del quadro illustrato. – 5. Un ulteriore, auspicabile, passo in avanti della Cassazione. La possibile rilevanza ai sensi dell’art. 609 bis c.p. delle violenze che non implicano un contatto *corpore corporum*. – 5.1. Gli atti di autoerotismo compiuti all’indirizzo di un minore di quattordici anni e i rapporti tra la violenza sessuale ex artt. 609 bis e ter e la corruzione di minorenni ex art. 609 *quinquies* c.p.. – 6. Conclusioni.

### 1. La decisione della Suprema Corte.

Con la sentenza n. 18679 del 5 maggio del 2016 (ud. 19 novembre 2015), la III sezione della Cassazione è intervenuta nuovamente sul tema della configurabilità del delitto di violenza sessuale nell’ipotesi di bacio dato “a tradimento”, ossia contro la volontà della vittima<sup>1</sup>.

Nel caso di specie, un uomo si era invaghito di una ragazza di quindici anni, che non conosceva, ed aveva iniziato a seguirla all’uscita del liceo, appostandosi dietro alberi e auto in sosta, lungo il tragitto che questa faceva sino alla fermata dell’autobus. L’uomo aveva reiteratamente tentato di baciare la liceale sulla guancia, ponendo in essere

---

<sup>1</sup> Si tratta, come è noto, di un tema sul quale la Suprema Corte si è più volte pronunciata e che ha da sempre suscitato l’attenzione dei commentatori. Sul punto v. G. FIANDACA, *La rilevanza penale del «bacio» tra anatomia e cultura*, in *Foro it.*, n. 2/1998, pp. 505 e ss.; A. GUIDI, [Sulla configurabilità del delitto di violenza sessuale in caso di bacio sulla guancia \(nota a Cass. Sez. III, 15.11.2012, n. 44480\)](#), in questa *Rivista*, 21 gennaio 2013; A. CADOPPI, “Un bacio è solo un bacio”. *Alla ricerca di una più appropriata tipizzazione dei reati sessuali*, in *L’Indice penale*, n. 1/2012, pp. 31 e ss.; R. LOTIERZO, *Sulla configurabilità del reato di violenza sessuale nel caso di un bacio sulla bocca limitato al semplice contatto delle labbra (nota a Cass. sez. III pen. 13 febbraio 2007, n. 25112)*, in *Cass. pen.*, n. 3/2008, pp. 1041 e ss.; M. VIZZARDI, *Bacio sulle labbra e diritto penale: ancora sulla nozione di “atto sessuale”*, in *Cass. pen.*, n. 2/2008, pp. 755 e ss.; A. FANELLI, *Sulla rilevanza penale del bacio*, in *Riv. giur. pol.*, 1998, pp. 749 e ss.; M. AMATO, *Se è chiara la direzione sessuale dell’atto anche il bacio sulla guancia è reato. Sussiste il delitto anche se la vittima reagisce e l’approccio «cade» su una zona non erogena*, in *Guida al dir.*, n. 25/1998, pp. 134 e ss.; e S. TABARELLI DE FATIS, *Sulla rilevanza penale del «bacio» come atto di libidine prima e dopo la riforma dei reati sessuali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1997, pp. 965 e ss..

movimenti repentini, riuscendoci solo in alcune occasioni, e quando era stato arrestato dai Carabinieri aveva la cerniera dei pantaloni parzialmente abbassata.

Nei giudizi di merito era stato condannato a titolo di violenza sessuale, sul presupposto della riconosciuta e plateale finalità concupiscente della propria azione, basata sull'osservazione del suo comportamento e sulla circostanza che avesse la cerniera abbassata.

La Cassazione non ha condiviso l'impianto argomentativo della sentenza della Corte d'appello e ha riqualificato il fatto in violenza privata ai sensi dell'art. 610 c.p.. Ha osservato la Suprema Corte che il delitto di violenza sessuale di cui all'art. 609 *bis* c.p. tutela la libertà sessuale, che costituisce espressione della personalità dell'individuo e, come tale, gode di una protezione assoluta e incondizionata, su cui non può influire l'intenzione o lo stato d'animo di un terzo. In altre parole, al centro della tutela penale apprestata dall'art. 609 *bis* c.p. vi è la persona offesa, sicché, ai fini della sussistenza del reato, è sufficiente che l'aggressore ponga consapevolmente in essere un atto avente natura sessuale, mentre è del tutto irrilevante che sia animato da una qualche finalità concupiscente.

Ha osservato la Corte che la finalità concupiscente dell'agente (cui aveva dato rilievo la sentenza della Corte di appello), non necessaria ai fini dell'integrazione del reato allorché sia stato compiuto un atto obiettivamente sessuale, per converso, non può di per sé essere ritenuta sufficiente nelle ipotesi in cui manchi un atto che possa essere definito come "sessuale".

Per stabilire se la condotta dell'imputato possa integrare il delitto di violenza sessuale, secondo la S.C., occorre svolgere una indagine sul piano oggettivo, chiedendosi se il bacio, nella nostra cultura e nell'attuale momento storico, in conformità ai costumi e le usanze vigenti, possa essere considerato come atto "sessuale". Orbene, proprio facendo leva sul significato "sociale" della condotta, la Cassazione ha osservato che il bacio sulla guancia, secondo consuetudine, è percepito come manifestazione di affetto o come segno di saluto, sicché, in assenza di ulteriori elementi concreti che possano far ritenere lesa la sfera sessuale della persona offesa (es. l'aver l'agente trattenuto la vittima per i fianchi o l'averle rivolto apprezzamenti per il suo aspetto fisico), deve ritenersi che nella specie non ricorrano gli estremi del delitto di violenza sessuale ma, piuttosto, di quello di violenza privata.

## **2. I diversi orientamenti della dottrina sulla nozione di "atti sessuali".**

Per valutare la correttezza delle conclusioni cui è pervenuta la Cassazione nel caso di specie non si può prescindere da un sia pur breve richiamo alle principali teorie elaborate in dottrina a proposito della nozione di atti sessuali.

Al riguardo occorre tenere presente che l'individuazione della esatta portata della nozione di "atti sessuali" è stata storicamente influenzata, nel dibattito dottrinario, dalla questione se la nuova fattispecie di cui all'art. 609 *bis* c.p. abbia o meno esteso l'area della rilevanza penale in precedenza affidata alle incriminazioni di cui agli artt. 519 (violenza carnale) e 521 (atti di libidine) c.p.. Nel ripercorrere i principali orientamenti

sviluppatasi a proposito della latitudine del concetto di “atti sessuali” si dovrà pertanto considerare che le diverse impostazioni dottrinarie sono sorte per sostenere l’accresciuta o diminuita ampiezza dell’area della rilevanza penale rispetto al sistema precedente.

Secondo un primo orientamento, c.d. soggettivo, per “atti sessuali” devono intendersi tutti gli atti aventi significato erotico, anche solo nella dimensione soggettiva dei rapporti tra soggetto attivo e persona offesa. Secondo questa impostazione, che si riallaccia alla teoria del dolo come strumento di qualificazione della condotta e che mira ed estendere l’area della rilevanza penale dell’art. 609 *bis* c.p. rispetto ai vecchi artt. 519 e 521 c.p., per stabilire la natura “sessuale” o meno di un atto occorre fare riferimento all’intenzione del soggetto agente: se l’atto non è compiuto con concupiscenza, ma, ad esempio, allo scopo di nuocere alla persona offesa, non potrà essere qualificato come atto sessuale ma potrà essere considerato, eventualmente, come disturbo o molestia alle persone *ex art. 660 c.p.*<sup>2</sup>. Al contrario, ogni atto che, per i motivi che lo ispirano, le modalità di realizzazione o le finalità perseguite, sia riconducibile alla sfera della sessualità umana, andrà considerato come violenza sessuale. In questa prospettiva, si ritiene che ai fini della integrazione del delitto di cui all’art. 609 *bis* c.p. non sia strettamente necessario che vi sia un contatto fisico diretto tra l’agente e la persona offesa.

L’impostazione soggettiva non è condivisa dalla dottrina dominante, in quanto considerata in contrasto con uno dei criteri informativi della l. n. 66/1996 – richiamato anche nella sentenza sopra menzionata –, ossia con la centralità della posizione della vittima nella struttura dell’art. 609 *bis* c.p.. Al riguardo occorre infatti ricordare che, nella prospettiva originaria del Codice Rocco, i reati di violenza carnale e di atti di libidine erano rivolti alla tutela di un bene giuridico di carattere pubblicistico, la pubblica moralità, e l’offesa derivante dalla coercizione fisica nell’atto sessuale non si riteneva direttamente arrecata alla persona che la subiva. Questo sistema rifletteva l’interesse dell’ordinamento non già alla tutela della persona, ma alle conseguenze pubbliche del fatto, e cioè alla tutela della procreazione, all’interno della famiglia legittima, e della potestà del padre. Questa impostazione, già superata dalla prassi interpretativa dopo l’entrata in vigore della Costituzione, è stata definitivamente abbandonata con la riforma del 1996, con la quale si è inteso individuare il bene giuridico della violenza sessuale nella libertà di autodeterminazione sessuale di ogni singolo individuo, come confermato dalla previsione della (ordinaria) perseguibilità a querela del reato.

La centralità della vittima nel delitto di violenza sessuale, voluta dal legislatore del 1996, impedisce pertanto di sostenere, come ritiene la teoria soggettiva, che possa essere considerato “sessuale” l’atto che sia percepito come tale solo dall’agente, e non anche dalla vittima.

Più precisamente, la tipicità del reato di violenza sessuale richiede che venga posto in essere un atto che possa essere oggettivamente considerato “sessuale”, indipendentemente da qualsiasi valutazioni soggettiva o inclinazione personale

---

<sup>2</sup> In questo senso G. MARINI, *Delitti contro la persona*, 2° ed., Torino, 1997, pp. 296 e ss.; e M. VESSICHELLI, *Con l’aumento del minimo edittale a cinque anni, ora più difficile la strada del «patteggiamento»*, in *Guida al dir.*, n. 9/1996, pp. 21 e ss.

dell'agente. Come infatti non rilevarebbe, ai fini della sussistenza dell'elemento oggettivo del reato, che un atto sia percepito come sessuale esclusivamente dal soggetto agente, allo stesso modo non potrebbe dirsi insussistente il reato nei casi in cui venga posto in essere un atto di contenuto obiettivamente sessuale, non accompagnato da concupiscenza o atteggiamento libidinoso dell'agente, il quale lo ponga in essere, ad esempio, per spirito di vendetta.

La centralità della vittima impone dunque di ritenere rilevante solo la proiezione che la vittima possa avere dell'atto sulla propria sfera sessuale, secondo parametri obiettivi che consentano di ritenere che quell'atto verrebbe percepito come sessuale dalla maggior parte dei consociati.

Muovendo da questo presupposto, la prevalente dottrina si è impegnata ad individuare i parametri cui fare riferimento per ritenere provata la natura obiettivamente sessuale di un certo atto.

Secondo un primo approccio, c.d. anatomico culturale, il parametro cui occorre avere riguardo nella selezione degli atti penalmente rilevanti è quello della zona del corpo attinta<sup>3</sup>. In particolare, secondo questa tesi, che muove dall'esigenza di assicurare una interpretazione tassativa della fattispecie di violenza sessuale e di arginare il *deficit* di determinatezza insito nella nozione di atti sessuali, può dirsi posto in essere un atto "sessuale" quando la zona del corpo attinta può essere considerata "erogena" alla stregua della scienza medica-psicologica e antropologica-sociologica. Alla luce di tali scienze, ritiene tale dottrina che nell'attuale contesto storico e sociale possano essere ritenuti atti sessuali solo "*il contatto fisico tra una parte qualsiasi del corpo di una persona con una zona genitale (compresa la mammella nella donna), anale od orale del partner*"<sup>4</sup>.

Una seconda tesi, c.d. oggettivo contestuale, contesta la tesi anatomico culturale rilevando che essa riduce l'atto sessuale ad un mero e predeterminato elenco di atti, così rinunciando, per un verso, a misurare l'intensità degli atti che effettivamente attingano una zona erogena, e, per l'altro, tralasciando alcuni atti dotati di una intrinseca capacità di ledere l'autodeterminazione sessuale della vittima<sup>5</sup>. Questa seconda impostazione, che intende assicurare una quanto più ampia tutela al bene giuridico tutelato ma risulta meno attenta al rispetto dei principi di tassatività e determinatezza, affida all'attività ermeneutica l'individuazione, nel caso di specie, degli atti suscettibili di essere

<sup>3</sup> A. CADDOPPI, *Art. 609 bis c.p. (Violenza sessuale)*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, 4° ed., Padova, 2007, pp. 465 e ss.

<sup>4</sup> Così A. CADDOPPI, *Art. 609 bis c.p. (Violenza sessuale)*, cit., p. 466, secondo cui potranno conseguentemente essere considerati atti sessuali "*i tocamenti (attuati con l'organo genitale, con una mano, con la bocca, o anche con altra parte del corpo) sia dell'organo genitale in ogni sua parte anche periferica (oltre che, naturalmente, della mammella ove la persona offesa sia una donna), sia dell'ano, che della bocca*". Restano invece fuori dalla nozione di atti sessuali "*i semplici abbracci (anche se forti), i tocamenti in parti del corpo diverse da quelle sopra elencate, glutei compresi, i baci anche sulle labbra ma non «profondi», ecc., atti che prima della riforma venivano dalla giurisprudenza spesso ricondotti nella nozione di atti di libidine, nei casi in cui fossero accompagnati dall'impulso concupiscente del reo, o fossero atti ad eccitare tale concupiscenza*".

<sup>5</sup> Così G. FIANDACA, *Relazione di sintesi*, in AA.VV., *La violenza sessuale a cinque anni dall'entrata in vigore della legge n. 66/96, Profili giuridici e criminologici*, a cura di A. CADDOPPI, Padova, 2001, p. 242, che definisce la teoria oggettiva anatomica una concezione "*da laboratorio anatomico*".

considerati come “sessuali”, demandando all’interprete il compimento di una operazione di tipo “sintetico”, volta “a desumere il significato della violenza sessuale (...) da una «complessiva valutazione di tutta la vicenda» sottoposta a giudizio”<sup>6</sup>. Nello svolgere questa attività, viene richiesto all’interprete di utilizzare quali parametri quello del contesto e delle circostanze nelle quali l’atto viene commesso, senza farsi condizionare dalla zona del corpo attinta, che viene considerata solo un primo indizio – comunque non esaustivo – della natura sessuale dell’atto posto in essere.

Una terza impostazione, anch’essa più attenta agli aspetti inerenti la situazione nella quale si svolge l’azione criminosa, a prescindere dalla zona del corpo attinta, è quella definita come relazionale, la quale si concentra sull’aspetto inerente al tipo di relazione instaurata tra i soggetti<sup>7</sup>. In particolare, questa tesi, più isolata in dottrina, critica l’impostazione prevalente nella parte in cui individua l’area di applicazione della violenza sessuale facendo esclusivo riferimento all’ampiezza da attribuire alla nozione di “atti sessuali”. Questa idea, si osserva, muove dall’errato presupposto che il disvalore penale della fattispecie di violenza sessuale sia interamente incentrato sulla nozione di atti sessuali. Gli “atti sessuali” avrebbero invece solo la funzione di indicare il campo di rilevanza, sul piano della corporeità sessuale, del rapporto instaurato tra il soggetto attivo e la vittima. Ed è solo il tipo di rapporto instaurato tra le parti che integrerebbe l’oggettiva offesa della libertà della vittima di disporre del proprio corpo in relazioni di carattere sessuale. In questa prospettiva, si dovrebbe ritenere che la nozione di atti sessuali abbia una ampiezza diversa a seconda della fattispecie penale che viene in rilievo e del tipo di situazione tipica nella quale il legislatore la ha inserita. Nella violenza sessuale, in particolare, occorrerebbe fare riferimento al parametro del tipo di rapporto instaurato dall’autore del reato con la persona offesa, sicché è solo quando il tipo di rapporto può considerarsi “illecito” alla stregua dell’art. 609 *bis* c.p. (perché l’agente ha usato violenza, minaccia, abuso o inganno), che potranno essere ritenuti penalmente rilevanti tutti gli atti che incidano sulla corporeità della vittima<sup>8</sup>.

Una dottrina più recente, anch’essa attenta alle modalità tipiche della condotta descritte dalle diverse fattispecie incriminatrici, ha infine condivisibilmente richiamato l’attenzione sulla necessità di selezionare le condotte penalmente rilevanti a partire dalla verifica dell’incidenza che queste abbiano avuto sul bene giuridico tutelato<sup>9</sup>. In questa prospettiva, si è sostenuto che gli atti sessuali penalmente rilevanti debbano essere ricostruiti attorno a due fondamentali pilastri. In primo luogo è necessario accertare che il comportamento del reo sia oggettivamente sessuale e dunque possieda una inequivoca

---

<sup>6</sup> Così sempre G. FIANDACA, *La rilevanza penale del “bacio” tra anatomia e cultura*, cit., p. 509.

<sup>7</sup> Si tratta della impostazione sostenuta da L. PICOTTI, *Profili generali di diritto penale sostanziale*, in AA.VV., *La violenza sessuale a cinque anni dall’entrata in vigore della legge n. 66/96, Profili giuridici e criminologici*, cit., pp. 19 e ss..

<sup>8</sup> Secondo l’autore “considerando (...) il reato come rapporto intersoggettivo (...), è necessario ed anche sufficiente, ai fini della consumazione della violenza sessuale, l’instaurarsi effettivo di un rapporto di rilevanza sessuale con la vittima, che ne invada realmente (anche se momentaneamente) la sfera di autodeterminazione e disposizione del suo corpo”.

<sup>9</sup> È la tesi di M. VIZZARDI, *La violenza sessuale (art. 609-bis)*, in *I delitti contro la persona*, vol. X, in *Trattato di diritto penale, parte speciale*, a cura di G. MARINUCCI e E. DOLCINI, Padova, 2015, pp. 168 e ss.

attinenza alla sfera sessuale, riscontrabile dall'esterno, con esclusione degli atti neutri, ossia di quelli compiuti dall'agente nel rispetto delle *leges artis* del proprio ambito di competenza professionale (es. del ginecologo che compia una visita medica o del *personal trainer* che aiuti l'allieva a compiere esercizi di ginnastica). In secondo luogo occorre verificare se vi è stata una effettiva lesione dell'interesse protetto dalle diverse fattispecie incriminatrici, che nel caso della violenza sessuale, individuale o di gruppo (609 *bis* e *octies* c.p.), è quello della libertà sessuale del soggetto passivo, mentre nel caso degli atti sessuali con minorenni o della corruzione di minorenni (609 *quater* e *quinquies* c.p.) è quello della salvaguardia del corretto sviluppo sessuale dei soggetti di età minore.

### 3. La posizione della giurisprudenza di legittimità.

La nozione di atti sessuali accolta in giurisprudenza è ben più ampia di quelle elaborate in dottrina. La Cassazione appare invero incline ad accogliere una nozione oggettiva di atti sessuali che, in qualche misura, è costituita dalla sommatoria tra le prevalenti impostazioni anatomica e contestuale e che per questo è stata enfaticamente – e condivisibilmente – definita come “pansessualista”<sup>10</sup>.

In diverse pronunce la S.C. ha infatti qualificato come “sessuali” tutti gli atti che incidono su una zona erogena, così come individuati dalla teoria anatomica ed indipendentemente da ogni considerazione attinente al contesto nel quale si svolge l'azione. In altri casi, allorché l'atto subito dalla persona offesa non incida su una zona “erogena”, per recuperare la natura sessuale dell'atto, la Cassazione ha invece fatto frequentemente ricorso a considerazioni attinenti al contesto nel quale si svolge l'azione<sup>11</sup>.

Un esempio della prima tendenza è costituito dalla sentenza Cass., Sez. III, 21 maggio 2015 (ud. 28 ottobre 2014), n. 21020, che, in un caso nel quale, nel corso di un litigio alla presenza di altre persone, un uomo aveva palpeggiato e schiaffeggiato i glutei di una donna, ha affermato che la finalità ingiuriosa che aveva animato l'agente non potesse escludere la natura sessuale dell'atto, rilevando che: “*In tema di reati sessuali, la condotta vietata dall'art. 609-bis cod. pen. comprende, oltre ad ogni forma di congiunzione carnale, qualsiasi atto idoneo, secondo canoni scientifici e culturali, a soddisfare il piacere sessuale o a suscitargli lo stimolo, a prescindere dalle intenzioni dell'agente, purché questi sia consapevole della natura oggettivamente “sessuale” dell'atto posto in essere con la propria condotta cosciente e volontaria*”.

---

<sup>10</sup> L'espressione è di F. MACRÌ, *La giurisprudenza di legittimità sugli atti sessuali tra interpretazione estensiva e analogia in malam partem*, in *Dir. pen. proc.*, n. 1/07, pp. 109 e ss.. Con riferimento all'orientamento estensivo della giurisprudenza in tema di violenza sessuale si veda altresì C. MULLIRI, *Sub art. 609 bis c.p.*, in *Codice Penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, vol. VII, Milano, agg. 2015, pp. 797 e ss..

<sup>11</sup> Per una panoramica dei più recenti orientamenti della Cassazione in materia di violenza sessuale v. F. MACRÌ, *La violenza sessuale (art. 609-bis c.p.) nella giurisprudenza della Suprema Corte del 2015*, in *questa Rivista*, 5 maggio 2016.



2/2017

Un esempio della seconda tendenza, a fare riferimento al contesto nel quale si è svolta l'azione, allorché l'atto non abbia inciso su una zona strettamente erogena, è rappresentato dalla pronuncia Cass., Sez. III, 4 marzo 2014 (ud. 12 febbraio 2014), n. 10248 che, confermando la sentenza di condanna a carico di un preside che aveva abbracciato e baciato sulle guance un'alunna in luoghi appartati, trattenendola per i fianchi, chiedendole di baciarlo e rivolgendole apprezzamenti per il suo aspetto fisico, ha affermato: *“Ai fini della configurabilità del delitto di violenza sessuale, la rilevanza di tutti quegli atti che, in quanto non direttamente indirizzati a zone chiaramente definibili come erogene, possono essere rivolti al soggetto passivo, anche con finalità del tutto diverse, come i baci o gli abbracci, costituisce oggetto di accertamento da parte del giudice del merito, secondo una valutazione che tenga conto della condotta nel suo complesso, del contesto in cui l'azione si è svolta, dei rapporti intercorrenti fra le persone coinvolte e di ogni determinazione della sessualità del soggetto passivo”*.

#### **4. La valutazione della sentenza in commento alla luce del quadro illustrato.**

La rassegna dei diversi orientamenti dottrinali e, in particolare, della posizione estensiva della prevalente giurisprudenza in tema di atti sessuali, consente di apprezzare la correttezza della soluzione adottata dalla S.C. nella sentenza 18679/2016.

La sentenza sopra menzionata, infatti, si è sforzata di selezionare e circoscrivere il più possibile l'area di incidenza della fattispecie di cui all'art. 609 *bis* c.p., dimostrando così un approccio decisamente innovativo alla tematica in esame. In particolare, in contrasto con la tendenza estensiva illustrata nel precedente paragrafo, la Cassazione nel caso di specie, esclusa ogni possibilità di fare riferimento alla zona – non erogena – del corpo attinta (l'agente si era limitato a dare dei baci sulla guancia della persona offesa) ha considerato il contesto nel quale si è svolta l'azione non per estendere l'area del penalmente rilevante, ma, al contrario, per negare la sussistenza del reato. Ha al riguardo significativamente affermato la S.C. che *“va perciò esclusa l'interpretazione secondo la quale la nozione di “atto sessuale” deve essere circoscritta ai soli tocamenti delle zone (immediatamente) erogene del corpo, con esclusione di tutte le altre, ma vanno escluse anche improprie dilatazioni dell'ambito di operatività della fattispecie penale contrarie alle condizioni di sviluppo sociale e culturale nel quale l'atto si colloca”*.

Su queste premesse la Corte ha analizzato le circostanze in cui si è svolta l'azione, evidenziando che l'imputato avesse agito in maniera repentina ed insidiosa; che egli non avesse alcun tipo di rapporto con la vittima; che provava attrazione nei suoi confronti; che avesse la cerniera dei pantaloni abbassata.

Tutti questi elementi di contesto, tuttavia, non sono stati ritenuti sufficienti a condurre a un giudizio di responsabilità. Ha osservato infatti la Cassazione che la repentinità dell'azione è elemento idoneo a rivelare la natura violenta della condotta posta in essere dall'imputato, ma non anche la sua natura sessuale; che l'attrazione provata verso la vittima involge aspetti soggettivi irrilevanti ai fini della sussistenza del reato; e che non era stato dimostrato che la cerniera, trovata abbassata in un secondo momento dai Carabinieri, lo fosse anche al momento dell'aggressione alla vittima.



2/2017

Esclusa, dunque, la sussistenza di qualsiasi elemento “di contesto” che potesse far assumere natura sessuale al bacio dato dall’imputato, di per sé socialmente non considerabile come atto di carattere erotico, la Corte, coerentemente, ha concluso per l’insussistenza del reato. Significativa della piena adesione della Corte alla teoria contestuale – e dell’abbandono del denunciato orientamento “pansessualista” – è la considerazione secondo cui *“ognuno vede, infatti, che una cosa è baciare repentinamente (ma puramente e semplicemente) una persona sulla guancia, altra è – per esempio – baciare un’alunna in luoghi appartati, trattenendola per i fianchi, chiedendole di essere baciati e rivolgendole apprezzamenti per il suo aspetto fisico (questo il caso oggetto della sentenza Sez. 3, n. 10248 del 12/02/2014, Rv. 258588) o il bacio sulla guancia dato nel tentativo di raggiungere la bocca”*.

##### **5. Un ulteriore, auspicabile, passo in avanti della Cassazione. La possibile rilevanza ai sensi dell’art. 609 bis c.p. delle violenze che non implicano un contatto corpore corpori.**

La piena e coerente adesione alla teoria contestuale, ad opera della sentenza in rassegna, potrebbe offrire alla Cassazione la possibilità di ripensare l’orientamento elaborato a proposito di un’altra situazione di cui, similmente al bacio, è discussa la qualificazione giuridica, ossia delle violenze prive di un contatto *corpore corpori*. Il riferimento è ai casi in cui l’agente compia atti manifestazione di impulsi sessuali (es. masturbazione) alla presenza della vittima, senza tuttavia entrare in contatto diretto con il suo corpo.

Emblematico al riguardo è il caso oggetto della sentenza Cass., Sez. III, 3 novembre 1999 (ud. 28 settembre 1999), n. 2941, prima a pronunciarsi sul punto dopo la riforma attuata con la legge n. 66 del 1996. Era accaduto che l’imputato, rivolgendo apprezzamenti sessuali alla vittima (“sei carina, è tanto che ti sto osservando, mi piaci”), le aveva esibito l’organo sessuale, masturbandosi e cercando di entrare nell’autovettura ove nel frattempo la persona offesa si era rifugiata. Altrettanto emblematico è il caso oggetto della successiva sentenza Cass., Sez. III, Cass., 8 giugno 2011 (ud. 11 maggio 2011), n. 23094, nel quale l’imputato, dopo essersi denudato, si era mostrato ad una adolescente di quindici anni mentre era intento a masturbarsi e l’aveva poi pedinata con la propria auto, tentando di toccarla e di trascinarla all’interno del proprio veicolo.

In queste ipotesi, secondo la Suprema Corte, non ricorre l’ipotesi di violenza sessuale, bensì quella di violenza privata di cui all’art. 610 c.p.<sup>12</sup>. Ciò poiché l’art. 609 bis c.p. richiede che siano compiuti o subiti “atti sessuali”, e dunque utilizza una espressione linguistica che implicherebbe il coinvolgimento necessario della corporeità sessuale della persona offesa. Oltre a tale argomento letterale, sul piano teleologico, ha affermato la Cassazione che deve ritenersi configurato il delitto di violenza privata perché il mutamento dell’oggetto giuridico del reato di violenza sessuale, ad opera della l. 66/96,

---

<sup>12</sup> Si tratta di una posizione largamente prevalente anche in dottrina. Si veda, tra tutti, M. PICCARDI, *Il necessario coinvolgimento della corporeità sessuale della vittima nel reato di violenza sessuale (nota a Cass., Sez. III, 15/6/2006, n. 33464)*, in *Cass. pen.*, n. 9/2008, pp. 3293 e ss..



e la sua inclusione nella categoria dei delitti contro la libertà individuale, non avrebbe obliterato la distinzione tra le due sottocategorie della libertà individuale rappresentate dalla libertà di autodeterminazione sessuale e dalla libertà morale. Ed è evidente, ha osservato la S.C., che gli atti manifestazione di impulso sessuale non connotati da contatto fisico tra agente e p.o. non siano idonei ad offendere la libertà di autodeterminazione sessuale, ma solo, eventualmente, la libertà morale, presidiata dall'art. 610 c.p.. Ne consegue che *“un gesto di esibizionismo sessuale o un atto di autoerotismo compiuti davanti a terze persone costrette ad assistervi, come tali (e quindi senza contatto con gli organi genitali o le zone erogene della persona presente) non integrano il reato di violenza sessuale (di cui all'art. 609-bis c.p.), ma alle dovute condizioni possono integrare il delitto di atti osceni (art. 527 c.p.) o quello di violenza privata (art. 610 c.p.)”*. Ritenere il contrario, ha osservato la Cassazione *“contrasta evidentemente con il senso comune, oltre che con i principi suesposti che governano la soggetta materia. Significa anche trasferire impropriamente la natura sessuale del comportamento dell'agente (esibizionista, voyeur, ecc.) alla natura non sessuale (ma morale) del bene offeso nel soggetto passivo<sup>13</sup>”*.

Con successive pronunce la Cassazione ha in qualche misura ristretto l'ambito applicativo di tale orientamento, precisando che esso non vale con riferimento alle ipotesi in cui, pur non sussistendo alcun contatto tra il corpo dell'agente e della vittima, sia comunque coinvolta la corporeità di quest'ultima. Si tratta, in particolare, delle ipotesi di c.d. autoerotismo indotto, nelle quali cioè l'agente costringa la vittima a compiere atti sessuali su se stessa, contro la sua volontà<sup>14</sup>, ovvero dei casi in cui il soggetto agente costringa due persone a compiere tra loro atti sessuali, contro la loro volontà, senza prendere parte all'azione sessuale<sup>15</sup>.

A prescindere da tale (solo parziale) ridimensionamento del principio, a parere di chi scrive gli argomenti addotti dalla Suprema Corte a sostegno della tesi che esclude dall'alveo dell'art. 609 bis c.p. le condotte non caratterizzate da un contatto fisico tra agente e p.o. sono tutt'altro che insuperabili e, anzi, una coerente applicazione della teoria contestualistica consente di pervenire – almeno nei casi in cui la condotta dell'agente sia stata particolarmente intrusiva – ad una soluzione opposta.

Il primo argomento utilizzato dalla Cassazione, di carattere asseritamente letterale, appare del tutto tautologico e dà per provato proprio ciò che deve essere dimostrato, ossia che gli atti sessuali, richiamati dall'art. 609 bis c.p., possano essere solo quelli che implicino il contatto tra il corpo dell'agente e quello della p.o.. Si è visto infatti in precedenza come intorno alla nozione di atti sessuali vi sia ancora profonda divisione e come gli interpreti, nonostante i numerosi sforzi, non siano ancora riusciti a pervenire ad una soluzione condivisa circa l'esatto perimetro di tale definizione.

L'argomento “letterale”, cui ha fatto riferimento la Cassazione, poteva – al più – essere richiamato ove la Suprema Corte avesse dimostrato di fare propria la teoria anatomica, la quale, come visto, effettivamente individua un numero tassativo di atti

<sup>13</sup> Così Cass., Sez. III, n. 2941 del 3/11/1999 (ud. 28/9/1999), citata in precedenza.

<sup>14</sup> Cfr. Cass., Sez. III, n. 11958 del 22/12/2010 (ud. 24/3/2011) e Cass., Sez. III, n. 25822 del 12/6/2013 (ud. 9/5/2013).

<sup>15</sup> Cfr. Cass., Sez. III, n. 18847 del 22/4/2003 (ud. 27/2/2003).

suscettibili di essere considerati come “sessuali”, tra i quali sono ricompresi solo atti che implicano il coinvolgimento diretto della corporeità della vittima. Si è visto tuttavia come tale tesi, pur autorevolmente sostenuta in dottrina, non sia stata mai effettivamente applicata in modo coerente dalla Corte di legittimità che, invece, ha spesso dilatato il novero degli atti sessuali ben oltre quelli individuati dalla teoria anatomica.

Escluso, dunque, il rilievo del primo argomento utilizzato dalla Cassazione, rimane solo il secondo, teleologico, basato sulla distinzione tra offesa alla libertà di autodeterminazione sessuale e alla libertà morale.

Al riguardo, tuttavia, non si può fare a meno di ricordare come la distinzione tra le due libertà sia considerata come assai “precaria” e “artificiosa” da chi, in dottrina, ha criticato la stessa scelta del legislatore di prevedere una tutela autonoma della libertà morale. Si è infatti condivisibilmente sostenuto che tutti i profili di tutela della libertà morale siano in realtà già presenti anche nell’ambito della protezione penale predisposta a difesa delle altre libertà, ivi compresa quella alla autodeterminazione sessuale<sup>16</sup>. La libertà morale riguarda invero la sfera psichica interiore della persona e garantisce, in termini assoluti, la libertà di scelta, sicché essa non può poi che concretizzarsi, in relazione alle diverse situazioni di vita, nelle singole libertà di coscienza, di affetto, sessuali, di relazione, ecc. dell’individuo. In questa prospettiva, la migliore dottrina ha da tempo messo in luce la criticità della previsione normativa, quale categoria autonoma di bene giuridico, della libertà morale, in aggiunta alle altre libertà tutelate dal Codice penale.

Stante, dunque, l’illustrata criticità della stessa ragion d’essere della distinzione tra libertà morale e libertà di autodeterminazione sessuale, sembra evidente che non si possa dare ad essa rilievo decisivo al fine di considerare tutte le condotte che non implicano il coinvolgimento della corporeità della vittima come capaci di ledere esclusivamente la libertà morale.

A ben vedere, affermare che in tutti i casi, indistintamente, in cui non sia coinvolto direttamente il corpo della vittima, non si configuri una lesione della libertà di autodeterminazione sessuale, ma solo della più generale libertà morale, significa rinunciare aprioristicamente a svolgere qualsiasi indagine circa gli effetti che l’iniziativa dell’agente ha avuto sulla vittima. Ritenere che in tal caso si verifichi unicamente una generica lesione della libertà di scelta della vittima, costretta solo a “tollerare” una situazione nella quale non si sarebbe voluta trovare<sup>17</sup>, senza indagare su che tipo di ripercussioni soggettive ne siano derivate, vuol dire sminuire il trauma subito dalla p.o., che in alcune occasioni non può che incidere – specificamente – sulla sfera della sua autodeterminazione sessuale.

---

<sup>16</sup> G. FIANDACA E. MUSCO, *Diritto penale, parte speciale, Vol. II, I delitti contro la persona*, Bologna, 2011, pp. 200 e s.

<sup>17</sup> La libertà morale, come rilevato da F. VIGANÒ, *I delitti di violenza privata (artt. 610-611)*, in *I delitti contro la persona, vol. X, in Trattato di diritto penale, parte speciale*, a cura di G. MARINUCCI e E. DOLCINI, cit., p. 595, non è infatti altro che la “generale libertà di agire dell’individuo”, “che consiste in buona sostanza nella libertà di fare ciò che si vuole, e di non fare ciò che non si vuole”.

In questo senso, negare la configurabilità della violenza sessuale di cui all'art. 609 *bis* c.p. solo perché non è stato coinvolto il corpo della vittima, si pone in contrasto con una delle direttrici di fondo della riforma del 1996, che è stata proprio quella di porre la vittima stessa al centro del sistema sanzionatorio in materia di reati sessuali. Come osservato in precedenza, infatti, la riforma ha delineato un sistema "vittimo-centrico", modificando il bene giuridico tutelato dai reati in materia sessuale, da quello pubblicistico della moralità pubblica a quello individuale della libertà di autodeterminazione sessuale.

Si pone inoltre in contrasto con la stessa scelta di abolire la distinzione tra violenza carnale e atti di libidine, ispirata (oltre che all'esigenza di evitare antipatiche intrusioni nella sfera più intima della p.o.) all'idea che la libertà sessuale costituisce un valore in sé, che prescinde dal grado di intrusione corporale patito dalla vittima.

Per queste ragioni, a parere di chi scrive non si può automaticamente escludere la configurabilità del delitto di cui all'art. 609 *bis* c.p. in tutte quelle ipotesi in cui l'agente, pur senza toccare fisicamente la vittima, abbia posto in essere condotte gravemente intrusive della sua sfera di autodeterminazione sessuale, come quella di masturbazione alla presenza della p.o., alla quale non venga lasciata altra scelta se non quella di assistere a una simile condotta, perché ad esempio si trova a stretto contatto con l'agente, nello stesso ambiente o nello stesso veicolo<sup>18</sup>.

Con questo, ovviamente, non si vuole dire che in tutti i casi di autoerotismo possa dirsi integrata la fattispecie di violenza sessuale. Perché ciò avvenga, deve essere infatti evidente che l'atto sessuale che l'agente compie sul proprio corpo sia realizzato in modo tale da incidere – specificamente – sulla sensibilità della vittima, e che dunque possa dirsi oggettivamente compiuto all'indirizzo di una ben individuata persona<sup>19</sup>. In questa prospettiva, non possono che rilevare parametri oggettivi, quali ad esempio la distanza alla quale si trova l'agente rispetto alla vittima, la possibilità per quest'ultima di allontanarsi dal luogo ove si trova l'agente o l'assenza di altre persone. La presenza di più persone, infatti, è indicativa della configurabilità della diversa fattispecie di atti osceni in luogo pubblico, ancora applicabile, pur dopo le modifiche introdotte dal d.lgs. n. 8 del 2016, in presenza delle condizioni previste dal comma 2 dell'art. 527 c.p..

Alcun rilievo può essere invece attribuito alla concupiscenza coltivata dall'agente, se non nei limiti in cui si sia tradotta in un atteggiamento esteriore, percepito dalla vittima perché obiettivamente manifestatosi in atti, comportamenti o espressioni effettivamente posti in essere dall'agente. La concupiscenza, in altri termini, non può

---

<sup>18</sup> Si pensi al caso – riscontrato nella prassi giudiziaria – del conducente del taxi che, fatta salire una passeggera, si masturba platealmente con il veicolo in moto, guardandola insistentemente dallo specchietto retrovisore.

<sup>19</sup> Dello stesso avviso sembra essere R. BORGOGNO, *Il delitto di violenza sessuale*, in *I reati sessuali*, a cura di F. COPPI, Torino, 2000, p. 95, secondo cui, ai fini della configurabilità del reato, non può non essere data rilevanza alla «*valutazione dal punto di vista della vittima circa l'effettiva natura «sessuale» degli atti subiti; del resto in un'ottica di valorizzazione della dimensione personale dell'offesa, la convinzione della vittima di aver subito un'aggressione sessuale anche in presenza di atti obiettivamente non univoci potrà contribuire ad illuminare il contesto sociale o relazionale in cui si è svolta l'azione, fornendo così all'interprete un utile ausilio nella qualificazione normativa del fatto*».

rilevare nella sua dimensione meramente soggettiva, pena l'adesione alla – non accettabile – teoria soggettiva della nozione di atti sessuali, ma solo se risulta concretamente idonea a pregiudicare la sensibilità sessuale della vittima. In tal caso, nella misura in cui ricorrano gli indicati presupposti, di carattere rigorosamente oggettivo, potrà dirsi configurata l'ipotesi della violenza sessuale anche nel caso degli atti di autoerotismo.

*5.1 Gli atti di autoerotismo compiuti all'indirizzo di un minore di quattordici anni e i rapporti tra la violenza sessuale ex artt. 609 bis e ter e la corruzione di minorenni ex art. 609 quinquies c.p..*

A prima vista, la conclusione proposta potrebbe esporsi all'obiezione che, nel caso di atti di autoerotismo compiuti all'indirizzo di un minorenni, l'applicazione della fattispecie di violenza sessuale, aggravata ex art. 609 ter c.p., invaderebbe lo spazio riservato dal legislatore all'ipotesi di corruzione di minorenni, di cui all'art. 609 quinquies c.p., che punisce chiunque, al fine di farlo assistere, commetta atti sessuali in presenza di soggetto minore di quattordici anni, così di fatto impedendo ogni possibilità di applicazione di tale norma.

Sennonché la suddetta obiezione può essere superata sotto tre diversi profili.

In primo luogo deve essere rilevato che la violenza sessuale, sia essa commessa nei confronti di soggetti maggiorenni (609 bis) o minorenni (609 ter c.p.), a differenza della corruzione di minorenni presuppone sempre una condotta costringitiva (ossia violenza, minaccia o abuso di autorità), ovvero, secondo quella che è l'interpretazione giurisprudenziale prevalente, che gli atti sessuali siano compiuti senza il consenso del soggetto passivo<sup>20</sup>. Ne consegue che, anche se si applica l'art. 609 ter c.p. all'ipotesi degli atti di autoerotismo commessi all'indirizzo del minore, residuerà comunque un significativo campo di applicazione, riservato all'art. 609 quinquies c.p., in tutti i casi in cui non risulti il dissenso del minore rispetto agli atti sessuali, perché ad esempio quest'ultimo non è in grado di cogliere a pieno il significato dell'azione sessuale che avviene in sua presenza, ovvero addirittura mostri interesse e voglia assistervi (si tratta dell'ipotesi del minore c.d. "moralmente corrotto").

Deve infatti rilevarsi, sotto un secondo profilo, che il delitto di corruzione di minorenni protegge un bene giuridico diverso rispetto a quello della libertà di autodeterminazione sessuale della vittima, tutelato dal delitto di violenza sessuale, che è quello della salvaguardia del corretto sviluppo sessuale del minore. E tale interesse dovrà considerarsi leso anche nel caso in cui il minore non comprenda a pieno il significato degli atti sessuali compiuti in sua presenza, ovvero nel caso in cui voglia espressamente assistervi, in quanto ai fini della configurabilità di tale reato non hanno alcuna rilevanza il punto di vista o la reazione del minore rispetto a tali atti. Più in

---

<sup>20</sup> Si tratta di un indirizzo consolidato, da ultimo espresso dalla sentenza Cass., Sez. III, n. 49597 del 22/11/2016 (ud. 9/3/2016).

particolare, i diversi beni giuridici coinvolti qualificano la violenza sessuale come delitto di danno, che richiede necessariamente la lesione della autodeterminazione sessuale della vittima, e la corruzione di minorenni come reato di pericolo, per la cui integrazione è sufficiente che gli atti sessuali possano (concretamente) mettere in pericolo il corretto sviluppo sessuale del minore<sup>21</sup>. Pertanto, anche nell'ipotesi di atti di autoerotismo commessi all'indirizzo di un minore, così come avviene quando la persona offesa sia adulta, potrà ritenersi integrato il delitto di violenza sessuale, aggravato *ex art. 609 ter c.p.*, solo nei casi in cui risulti il dissenso del minore rispetto alla iniziativa sessuale del terzo e possa per l'effetto dirsi lesa la sua libertà di autodeterminazione sessuale. Negli altri casi, invece, a differenza di quanto avviene con riferimento agli adulti, troverà applicazione l'art. 609 *quinqüies c.p.*, prevista per garantire una tutela rafforzata della sfera sessuale del minore.

Esiste, peraltro, un terzo profilo di distinzione tra violenza sessuale e corruzione di minorenne, che consente di ritenere che la fattispecie di cui all'art. 609 *quinqüies c.p.* conservi una propria – significativa – sfera di applicazione. La Cassazione, invero, nel delimitare l'ambito applicativo della corruzione di minorenne, ha recentemente fatto riferimento a una nozione di "atti sessuali" ancora più estensiva di quella adottata con riferimento al delitto di violenza sessuale, ritenendo configurabile il reato anche in un'ipotesi in cui l'agente, senza mai esibire il proprio organo sessuale, si era limitato a toccarlo più volte, guardando al contempo con insistenza delle persone di età inferiore ai quattordici anni<sup>22</sup>. Una simile dilatazione della nozione di "atti sessuali", giustificata – nella prospettiva della S.C. – dalla necessità di apprestare una tutela quanto più ampia ai soggetti di minore età, consente ulteriormente di affermare che mentre la violenza sessuale, aggravata *ex art. 609 ter c.p.*, potrà trovare applicazione – oltre che al ricorrere di tutte le condizioni indicate in precedenza – solo nel caso l'agente abbia posto in essere atti dotati di indubbia valenza sessuale (come, certamente, gli atti di auto-masturbazione), qualora gli atti non manifestino una connotazione altrettanto chiaramente sessuale, potrà comunque trovare applicazione la corruzione di minorenne *ex art. 609 quinqüies c.p.*, se si dimostra che essi risultano concretamente idonei a mettere in pericolo il sereno sviluppo sessuale del minore.

## 6. Conclusioni.

Alla luce di quanto sin qui detto può conclusivamente ritenersi che, nelle ipotesi in cui l'agente ponga in essere atti di autoerotismo obiettivamente indirizzati nei confronti di una ben individuata persona (perché si trova a distanza ravvicinata dalla vittima, ovvero nello stesso ambiente, perché la vittima non ha alcuna possibilità di allontanarsi dal luogo ove si trova l'agente ovvero perché non vi sono altre persone), possa ricorrere una ipotesi di violenza sessuale.

---

<sup>21</sup> Così M. VIZZARDI, *La violenza sessuale (art. 609-bis)*, in *I delitti contro la persona, vol. X, in Trattato di diritto penale, parte speciale*, a cura di G. MARINUCCI e E. DOLCINI, cit., p. 171 e s..

<sup>22</sup> Si tratta di Cass., Sez. III, n. 24417 del 13/6/2016 (ud. 09/3/2016).



2/2017

Appare del tutto evidente che una simile opzione, nel dare rilievo agli elementi propri del contesto nel quale si svolge l'azione delittuosa, rappresenta una coerente applicazione della teoria oggettiva contestuale.

Né si può obiettare, sul piano della considerazione sociale del disvalore insito nella condotta, che masturbarci all'indirizzo di una persona sia meno invasivo di baciarla o abbracciarla "a tradimento", ovvero di palpeggiarla o di costringerla al compimento di atti di auto-erotismo, tutte condotte da tempo ritenute dalla Cassazione compatibili con l'ipotesi della violenza sessuale *ex art. 609 bis c.p.*.

Si tratta solo, come negli altri casi, di effettuare una corretta applicazione dei criteri elaborati dalla preferibile teoria oggettiva contestuale, così come ha fatto la Cassazione nella sentenza n. 18679/2016, che ha rappresentato il punto di partenza delle presenti riflessioni e potrà in futuro costituire un valido punto di riferimento per la corretta delimitazione dell'area di applicazione del delitto di violenza sessuale.