

La scelta di interrogare la disciplina costituzionale sul rapporto tra corpo delle donne e mercato è parsa fin da subito sfidante perché si confronta, da un lato, con la mancata presa di coscienza giuridica delle diversità dei due sessi e, dall'altro lato, con la posizione di soggezione della donna all'uomo. Tale circostanza impone di costruire un assetto ordinamentale peculiare perché sussistono condizioni (si pensi a violenza sessuale, prostituzione, procreazione) che riguardano precipuamente un sesso e che dunque devono essere analizzate, disciplinate e tutelate non in maniera asessuata ma attraverso le lenti di quel sesso.

Quando l'ordinamento costituito non garantisce, sia pur implicitamente, la tutela di alcuni diritti fondamentali o supremi come dignità, eguaglianza, salute, cade nell'errore di permettere una organizzazione gerarchica fra gli esseri umani nella società. Non riconoscere la pari dignità sociale della componente femminile della società consentendo – o comunque tacendo sul – la mercificazione del corpo che le stesse abitano, significa trattare non *quelle* donne, ma *tutte* le donne come se fossero meno degne di considerazione rispetto all'essere umano in generale.

L'obiettivo che le Autrici e gli Autori auspicano venga raggiunto è la presa di coscienza anche giuridica del tema perché non è solo la donna vittima di una qualche forma di violenza il soggetto che subisce la violazione della (propria) dignità, ma è la società intera a veder evaporare, di volta in volta, un po' di dignità.

€ ??,00



5

A. Apostoli (a cura di) – DONNE, CORPO E MERCATO DI FRONTE ALLE CATEGORIE DEL DIRITTO COSTITUZIONALE



COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BRESCIA

I Quaderni

DONNE, CORPO E MERCATO DI FRONTE ALLE CATEGORIE DEL DIRITTO COSTITUZIONALE

a cura di

Adriana Apostoli



G. Giappichelli Editore – Torino



COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BRESCIA

I Quaderni

Prima Serie – 5

DONNE, CORPO E MERCATO DI FRONTE ALLE CATEGORIE DEL DIRITTO COSTITUZIONALE

a cura di

Adriana Apostoli



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2021 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-4021-9

ISBN/EAN 978-88-921-9738-1 (ebook - pdf)

La Direzione scientifica, in qualità di Comitato valutatore non anonimo, ha espresso parere ampiamente favorevole circa l'inserzione del presente volume nella sezione I Quaderni della Collana del Dipartimento di Giurisprudenza.

Il presente volume è pubblicato con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia.

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

INDICE

	<i>pag.</i>
<i>Autori</i>	XI
<i>Introduzione</i>	XIII

PARTE 1

“QUESTIONI DI GENERE” TRA COSTITUZIONE E CORPO DELLE DONNE	3
<i>Adriana Apostoli</i>	
1. Il ruolo del valore dignitario nel campo della presente indagine	3
2. I (troppi) “utilizzi” del corpo femminile	6
3. Quanta confusione sotto il cielo delle “questioni di genere” ...	10
LA CORTE COSTITUZIONALE, LA “LEGGE MERLIN” E LA “LEGGE” DI FILUMENA MARTURANO	17
<i>Carmela Salazar</i>	
1. La sent. n. 141/2019 sulla “legge Merlin” e la questione di costituzionalità proposta dalla Corte di appello di Bari	17
2. La “legge” di Filumena Marturano e la “legge Merlin”	20
3. Il rigetto della censura relativa all’art. 2 Cost.	24
4. <i>Segue</i> : l’infondatezza delle altre censure	27
5. Conclusioni	33

	<i>pag.</i>
IL SESSISMO TRA (POST)FEMMINISMO, (POST)CAPITALISMO E (POST)COSTITUZIONALISMO	37
<i>Ilenia Massa Pinto</i>	
1. Premesse: l'ipotesi di ricerca è la corrispondenza tra i concetti veicolati dalle espressioni <i>(post)femminismo</i> , <i>(post)capitalismo</i> e <i>(post)costituzionalismo</i>	37
2. Il dato di fatto: il <i>sessismo</i>	38
3. <i>(Post)femminismo</i> e <i>(post)capitalismo</i>	39
4. <i>(Post)costituzionalismo</i>	44
5. Conclusioni: è nel momento della elaborazione delle regole che deve essere assicurata la prospettiva di genere	53
DONNE, CORPO E MERCATO DI FRONTE ALLE CATEGORIE DEL DIRITTO COSTITUZIONALE: LA LEGGE MERLIN NELLA PROSPETTIVA COSTITUZIONALE ANTISUBORDINAZIONE DI GENERE	55
<i>Barbara Pezzini</i>	
1. Considerazioni preliminari sul metodo (e in particolare sul prin- cipio antisubordinazione di genere)	55
2. Qualcosa di nuovo, anzi di antico: donne, corpo e mercato della prostituzione nella giurisprudenza costituzionale recente	60
3. La dimensione costituzionale della prostituzione al "tempo delle <i>escort</i> "	63
4. Tornando alla novità, e alla perdurante attualità, della legge Merlin	68
5. Il tempo delle case chiuse: l'approvazione della legge Merlin (1948-1958)	70
6. La prostituzione dopo la legge Merlin	72
7. Una legge permanentemente contro il mercato della prostituzione	77
PARTE 2	
SUL DIRITTO SESSUALE MASCHILE, OVVERO PERCHÉ LA PROSTITUZIONE NON È ESPRESSIONE DELL'AUTODETERMINAZIONE FEMMINILE	83
<i>Mia Caielli</i>	
1. Premessa linguistica	83

	<i>pag.</i>
2. La Legge Merlin oggi e il riemergere del dibattito giusfemminista sulla prostituzione	85
3. “Che cosa c’è che non va nella prostituzione?”. Una lettura costituzionalmente orientata	88
4. Un compromesso tra “neo-regolamentarismo” e astensione del diritto: in difesa del modello “neo-abolizionista”	95

DIGNITÀ UMANA E STATO DI VULNERABILITÀ NELLA PROSTITUZIONE LIBERA E CONSAPEVOLE: NOZIONI ANACRONISTICHE O IN EVOLUZIONE?	99
--	----

Benedetta Liberali

1. Le questioni decise dalle sentenze nn. 141 e 278 del 2019 e i profili di interesse nella prospettiva del giudizio costituzionale	99
2. Esiste il diritto fondamentale di prostituirsi liberamente e volontariamente?	102
3. La libertà di iniziativa economica può declinarsi nella prostituzione libera e volontaria?	104
3.1. Quale rilievo per la «naturale riluttanza verso una “scelta di vita” quale quella di offrire prestazioni sessuali contro mercede» e la condizione di «vulnerabilità» delle persone che si prostituiscono?	104
3.2. La dignità umana nella sua accezione oggettiva non suscettibile di evoluzione a fronte del mutato contesto sociale quale forma di anacronismo legislativo?	108
4. Il fenomeno della prostituzione libera e consapevole: quali prospettive future?	113

OPZIONI ETICHE E SCELTE INDIVIDUALI: LA CRIMINALIZZAZIONE DELLA PROSTITUZIONE FRA GIUDICI E LEGISLATORI NELL’“EUROPA LATINA”	115
--	-----

Alessandro Lauro

1. Premessa	115
2. Libertà personale versus dignità: la ricerca del bene giuridico da tutelare	116
3. Spazio del legislatore e sindacato del giudice	119
4. La “coscienza sociale”, terzo incomodo fra giudice e legislatore (con particolare riguardo alla recente giurisprudenza italiana)	122
5. La neutralità etica degli ordinamenti democratici di fronte al mutamento sociale: un teorema da verificare?	128

IL MERCATO E I SUOI CORPI. RIFLESSIONI ATTORNO ALLO SFRUTTAMENTO DEI CORPI FEMMINILI	131
<i>Anna Lorenzetti</i>	
1. Introduzione	131
2. Il diritto municipale sui corpi prostituiti	131
2.1. L'istituzione delle "zone rosse"	131
2.2. Le ordinanze anti-prostituzione	133
3. Le bambole di silicone: il caso "LumiDolls"	138
4. Giochi di ruolo e corpi femminili	140
5. Prostituzione e genere: dinamiche oppressive e di dominazione	141
LA «LEGGE» DI FILUMENA O LA "LEGGE" DI GRAZIANA? CONSIDERAZIONI SU DIGNITÀ E PROSTITUZIONE TRA ITALIA E SPAGNA	153
<i>Gabriele Maestri</i>	
1. Introduzione, a passi accorti	153
2. La prostituzione secondo la Corte costituzionale: né diritto in- violabile, né attività economica "degnà"	154
3. La Spagna e la scelta "abolizionista"	160
4. La «legge» di Filumena e la "legge" di Graziana	165
5. Della dignità e di altri concetti scivolosi (provando a concludere)	167
IL CORPO DELLA DONNA SECONDO COSTITUZIONE	171
<i>Alessandra Mazzola</i>	
1. Il valore costituzionale della dignità	171
2. <i>Pater semper certus est, mater ... numquam!</i>	176
3. La possibilità di "costruire" il principio di antisubordinazione anche attraverso il corpo della donna	183
PROSTITUZIONE E VIOLENZA SESSUALE: IL CASO DEL CLIENTE CHE OMETTE IL PAGAMENTO BREVI CONSIDERAZIONI A PARTIRE DALLA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 141 DEL 2019	191
<i>Flavia Pacella</i>	
1. Introduzione	191

	<i>pag.</i>
2. Violenza sessuale, consenso e abuso di autorità: il quadro normativo e giurisprudenziale	194
2.1. La violenza sessuale nel diritto positivo	194
2.2. La violenza sessuale nel diritto vivente	197
2.3. <i>Segue</i> : L'abuso di autorità (Sezioni unite 2020)	201
3. Vulnerabilità e prostituzione: la sentenza n. 141 del 2019 della Corte costituzionale	204
4. Le implicazioni della sentenza n. 141 del 2019 nell'ambito della violenza sessuale: il caso del cliente che non paga la persona che si prostituisce	207
5. Conclusione	211

RIFLESSIONI SULL'EDUCAZIONE SESSUALE E AFFETTIVA IN ITALIA A MARGINE DELLE SENTENZE N. 141 DEL 2019 E N. 278 DEL 2019 DELLA CORTE COSTITUZIONALE IN TEMA DI PROSTITUZIONE FEMMINILE	213
---	-----

Arianna Pitino

1. Prostituzione e «libertà di autodeterminazione sessuale» delle donne	213
2. L'insegnamento dell'educazione sessuale nel contesto internazionale	217
3. L'educazione sessuale a scuola secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo	221
4. L'insegnamento dell'educazione sessuale a scuola nell'ordinamento italiano	225
5. Dall'educazione sessuale all'educazione di genere (e ritorno): problemi e prospettive (poco incoraggianti)	228
6. Osservazioni conclusive	230

RIFLESSIONI IN ORDINE SPARSO TRA MERCIFICAZIONE DEL CORPO, DIGNITÀ, AUTODETERMINAZIONE E TENTAZIONI MORALISTICHE	233
--	-----

Francesca Rescigno

GENERE, SALTO DI SPECIE ED ECO-COSTITUZIONALISMO	249
--	-----

Laura Ronchetti

1. Le impari conseguenze della pandemia in ottica di genere	249
2. Il lavoro di cura non retribuito nonostante il suo valore	252

	<i>pag.</i>
3. Pandemia e autonomia delle donne	253
4. Il salto di specie e gli interrogativi che apre la “pandemia ombra”	255
5. Noi <i>antropos</i> siamo solo una parte dell’ecosistema	258
6. La matrice androcentrica della visione dicotomica Uomo/Natura	260
7. La prospettiva intersezionale tra sesso, razza e condizioni economiche e sociali per comprendere le diseguaglianze causate dal degrado ambientale	261
8. Per un eco-costituzionalismo in ottica di genere	263

PARTE 2

PROSTITUZIONE E VIOLENZA SESSUALE: IL CASO DEL CLIENTE CHE OMETTE IL PAGAMENTO. BREVI CONSIDERAZIONI A PARTIRE DALLA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 141 DEL 2019

Flavia Pacella

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Violenza sessuale, consenso e abuso di autorità: il quadro normativo e giurisprudenziale. – 2.1. La violenza sessuale nel diritto positivo. – 2.2. La violenza sessuale nel diritto vivente. – 2.3. *Segue*: L'abuso di autorità (Sezioni unite n. 27326 del 2020). – 3. Vulnerabilità e prostituzione: la sentenza n. 141 del 2019 della Corte costituzionale. – 4. Le implicazioni della sentenza n. 141 del 2019 nell'ambito della violenza sessuale: il caso del cliente che non paga la persona che si prostituisce. – 5. Conclusione.

1. *Introduzione*

Secondo una prospettiva tradizionale, violenza sessuale e prostituzione presentano ben pochi tratti in comune. In via di prima approssimazione, infatti, la violenza sessuale consiste in un'intrusione non consensuale da parte del soggetto attivo nella sfera sessuale del soggetto passivo; la prostituzione invece identifica un accordo tra due soggetti – pienamente capaci di agire – avente ad oggetto lo scambio sinallagmatico tra prestazione sessuale e corrispettivo economico. Laddove, dunque, si accettino le premesse, tipicamente liberali, secondo cui «il sesso è un'attività [giuridicamente] neutra e la prostituzione è una transazione tra eguali»¹, la questione del mancato pagamento del cliente rileverà essenzialmente sul piano civilistico dell'inadempimento contrattuale e dei suoi rimedi².

¹ B. COOPER, *Prostitution: A Feminist Analysis*, in *Women's Rights Law Reporter*, 11, 1989, p. 114.

² Sul punto, la giurisprudenza civile – anche di legittimità – è costante nel ritenere che il contratto prostitutivo sia nullo per illiceità della causa. Si ritiene, in particolare, che la prestazione sia contraria al buon costume, con conseguente applicazione dell'art. 2035 c.c.

Eppure, la critica femminista ha da tempo messo in evidenza la stretta connessione tra questi due fenomeni. Nello specifico, si è evidenziato come le relazioni (etero)sessuali, lungi dall'essere attività neutre, siano espressione di un preciso assetto di potere tra i generi, che vede il maschile in una posizione di dominio e il femminile in una posizione di subalternità³. Non è un caso, del resto, che la violenza sessuale e la prostituzione forzata – così come il suo sfruttamento – siano ormai pienamente riconosciute come forme di *gender-based violence*⁴. Ciò che preme rilevare in questa

(c.d. *soluti retentio*). Pertanto, sotto il profilo puramente civilistico, «il rifiuto del cliente di pagare una prestazione sessuale ricevuta è un atto consentito poiché non è riconosciuto dall'ordinamento giuridico il diritto di pretendere il pagamento da parte di chi si prostituisce» (P. DI NICOLA-V. BONFANTI, *I reati in materia di prostituzione*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 150). L'unico diritto riconosciuto alla persona che si prostituisce è quello di trattenere quanto conseguito, evitando la restituzione del pagamento. Sul punto v., *ex multis*, Cass., Sez. V, 13 maggio 2011, n. 10578.

³Nelle parole di Catharine MacKinnon, «[i]n feminist analysis, a rape is not an isolated event or moral transgression or individual interchange gone wrong but an act of terrorism and torture within a systemic context of group subjection» (C. MACKINNON, *Toward a Feminist Theory of the State*, Harvard University Press, Cambridge-London, 1989, p. 172); sul punto si veda anche A. DAVIS, *Donne, razza e classe*, Alegre, Roma, 2018, p. 221 ss. Come rilevato da attenta dottrina, «[d]all'inizio dell'umanità la violenza sessuale entra nel diritto come un delitto commesso contro la *proprietà* di un altro uomo, cioè la donna, priva di indipendenza e volontà, ma dotata della capacità di procreare unica a garantire la stirpe e la prosecuzione del potere tanto da imporre il controllo sul suo corpo», corsivo originale (P. DI NICOLA TRAVAGLINI-F. MENDITTO, *Codice Rosso. Il contrasto alla violenza di genere: dalle fonti sovranazionali agli strumenti applicativi*, Giuffrè, Milano, 2020, p. 214). Con riferimento alla prostituzione, Carole Pateman scrive che «the problem of prostitution then becomes encapsulated in the question why men demand that women's bodies are sold as commodities in the capitalist market. The story of the sexual contract also supplies the answer; prostitution is part of the exercise of the law of male sex-right, one of the ways in which men are ensured access to women's bodies» (C. PATEMAN, *The Sexual Contract*, Polity Press, Cambridge, 1988, p. 194). Si veda anche B. PEZZINI, *Il diritto e il genere della violenza: dal Codice Rocco al Codice Rosso (passando per la Convenzione di Istanbul)*, in B. PEZZINI-A. LORENZETTI (a cura di), *La violenza di genere dal Codice Rocco al Codice Rosso*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 1 ss. Il diritto internazionale dei diritti umani e il diritto internazionale penale hanno avuto un ruolo propulsivo in merito a questa nuova concettualizzazione della violenza sessuale e della prostituzione. Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, agli artt. 7, lett. g) e 8, para. 2, lett. b), num. xxii dello Stato della Corte penale internazionale, che incriminano la violenza sessuale e la prostituzione forzata come crimini contro l'umanità e crimini di guerra. Sul punto, si vedano, *ex multis*, S. ZAPPALÀ, *Riduzione in schiavitù, tortura, stupro e violenza carnale come crimini di guerra e contro l'umanità*, in *Dir. pen. proc.*, 5, 2001, p. 648 ss. e G. ROMEO, *La violenza di genere durante la liberazione come "questione sociale": una prospettiva costituzionale*, in B. PEZZINI-A. LORENZETTI (a cura di), *70 anni dopo tra uguaglianza e differenza. Una riflessione sull'impatto del genere nella Costituzione e nel costituzionalismo*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 403 ss.

⁴Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Rashida Manjoo*, 28 maggio 2014, A/HRC/26/38; in chiave critica si vedano S.J. BRISON, *Justice and Gender-Based Violence*, in *Revue internationale de philosophie*, 1, 2006, p. 259 ss. e I. RADAČIĆ, *The European Court of Human Rights as a Mechanism of Justice for Rape Victims*, in A. POWELL-N. HENRY-A. FLYNN (eds.), *Rape Justice. Beyond the Crimi-*

sede è, quindi, che tanto la violenza sessuale quanto la prostituzione *lato sensu* intesa⁵ sono espressione di una realtà socio-culturale caratterizzata da profonde disuguaglianze, anzitutto – ma non solo – di genere. Disuguaglianze che sono state ampiamente valorizzate dalla Corte costituzionale in due recenti sentenze (nn. 141 e 278 del 2019), in cui si è proposta una nuova concettualizzazione della prostituzione c.d. volontaria. A parer di chi scrive, l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale culminata in queste decisioni potrebbe incidere in maniera significativa proprio nell'ambito dei rapporti tra violenza sessuale e prostituzione. Ci si riferisce, in particolare, al caso paradigmatico del cliente che, dopo aver compiuto – o comunque ottenuto – la prestazione sessuale nell'ambito di un rapporto prostitutivo⁶, non corrisponda il dovuto pagamento.

Occorre preliminarmente ricordare che, in materia di prostituzione, il nostro ordinamento ha adottato un approccio di tipo abolizionista⁷. Nello specifico, la legge n. 75 del 1958 (d'ora in avanti, legge Merlin) punisce non l'attività prostitutiva in sé, ma le cc.dd. condotte parallele, ovvero sia tutte quelle condotte variamente agevolative della prostituzione (altrui) poste in essere da terzi. Pertanto, non incorrono in responsabilità penale né la persona che cede sul mercato prestazioni sessuali né la persona che quelle prestazioni acquista.

Nel presente lavoro ci si chiederà se, nonostante la liceità penale di tale

nal Law, Palgrave MacMillan, London-New York, 2015, p. 127 ss. Sul punto occorre tenere a mente la distinzione tra *prostituzione come violenza e violenza nella prostituzione* proposta da G. SERUGHETTI, *Prostituzione e gestazione per altri: problemi teorici e pratici del neo-proibizionismo*, in *Studi sulla questione criminale*, 2, 2016, p. 43.

⁵ Ci si riferisce, in maniera onnicomprensiva, alle tre estrinsecazioni comunemente – ancorché non unanimemente – riconosciute dalla dottrina: (i) la prostituzione volontaria (ovverosia quella esercitata al di fuori di qualsiasi rapporto di prossenetismo), (ii) la prostituzione di bisogno (cioè quella condizionata da circostanze di indigenza) e (iii) la prostituzione coattiva (ovverosia quella derivante da una diretta coercizione da parte di terzi nei confronti della persona che si prostituisce). Sul punto v., *ex multis*, M. PICCHI, *La legge Merlin dinanzi alla Corte costituzionale. Alcune riflessioni sulla sentenza n. 141/2019 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 8 settembre 2019, p. 2; A. CADOPPI, *Dignità, prostituzione e diritto penale*, in *Archivio Penale*, 1, 2019, p. 5; *Contra* F. GIUNTA, *Le prostituzioni: tra fatto e diritto*, in *La giustizia penale*, 2, 2013, p. 476.

⁶ In questo lavoro ci si riferisce in particolare alla prostituzione volontaria e alla prostituzione di bisogno. Il caso della prostituzione coattiva, infatti, pone problematiche parzialmente diverse in punto di consenso agli atti sessuali, che non possono essere trattate nel presente contributo.

⁷ F. PARISI, *Prostituzione. Aporie e tabù di un nuovo diritto penale tutorio*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 100 ss.; S. NICCOLAI, *La legge Merlin e i suoi interpreti*, in D. DANNA-S. NICCOLAI-L. TAVERNINI-G. VILLA, *Né sesso né lavoro. Politiche sulla prostituzione*, VandAepublishing, Milano, 2019, p. 78. Per un'analisi comparata delle diverse politiche in materia di prostituzione si veda P. PASSAGLIA, *Un (sommario) inquadramento comparatistico della disciplina della prostituzione*, in *Consulta Online*, III, 2019, p. 770 ss.

scambio⁸ e alla luce della più recente evoluzione giurisprudenziale, il cliente possa astrattamente incorrere in responsabilità per violenza sessuale nell'ipotesi – evidentemente patologica – in cui lo stesso rifiuti il pagamento in favore della persona che si prostituisce. Come si vedrà, tale responsabilità potrebbe trovare giustificazione nella considerazione per cui l'omissione del pagamento sia idonea a viziare *ex post facto* il consenso dato dalla persona che si prostituisce all'atto sessuale.

Al fine di analizzare tale questione, è opportuno, in primo luogo, ricostruire la disciplina e gli elementi essenziali della fattispecie di violenza sessuale e, successivamente, destrutturare il rapporto che si insatura tra cliente e *sex worker* alla luce dell'interpretazione evolutiva adottata dalla Corte costituzionale.

2. Violenza sessuale, consenso e abuso di autorità: il quadro normativo e giurisprudenziale

2.1. La violenza sessuale nel diritto positivo

Ai sensi dell'art. 609 *bis* c.p., introdotto dalla legge 15 febbraio 1996, n. 66⁹, la fattispecie di violenza sessuale si configura allorché il soggetto attivo costringa o induca il soggetto passivo a compiere o subire atti sessuali. Mentre la condotta costringitiva presuppone l'assenza di consenso da parte della vittima, la condotta induttiva presuppone la presenza di un consenso viziato¹⁰.

La norma in parola, inoltre, richiede che le condotte di costrizione e di

⁸La liceità è stata riconosciuta sia da Corte cost., 6 marzo 2019, n. 141 sia da una rilevante parte della dottrina: v. A. MANNA, *La legge Merlin e i diritti fondamentali della persona: la rilevanza penale della condotta di favoreggiamento*, in *Archivio Penale*, 3, 2013, p. 13 ss.; F. GIUNTA, *Le prostituzioni: tra fatto e diritto*, in *La giustizia penale*, 2, 2013, p. 476 ss. Vi sono, tuttavia, altre opinioni dottrinarie che ricostruiscono il rapporto prostitutivo come un atto semplicemente tollerato, e quindi contrassegnato da disvalore ma non punibile, se commesso *manu propria*, per ragioni di opportunità politica (F. MANTOVANI, *Diritto penale. Delitti contro la persona*, Cedam, Padova, 2016, pp. 128-129).

⁹Ai fini che qui interessano, occorre brevemente evidenziare le innovazioni più importanti della legge n. 66 del 1996 rispetto alla disciplina previgente. In primo luogo, si segnala l'unificazione in un unico titolo di reato – quello di violenza sessuale *ex art. 609 bis c.p.* – condotte che in precedenza integravano due diverse fattispecie, ovvero la violenza carnale (art. 519 c.p.) e gli atti di libidine violenti (art. 521 c.p.), il cui *discrimen* era costituito dalla penetrazione del soggetto passivo. In secondo luogo, la novella del 1996 ha inserito i reati sessuali tra i delitti contro la persona, così abbandonando definitivamente la concezione pubblicistica che individuava il bene giuridico protetto da queste fattispecie nella moralità pubblica e nel buon costume.

¹⁰*Ex multis*, Cass., Sez. Un., 1° ottobre 2020, n. 27326.

induzione siano qualificate da specifiche modalità realizzative. Per quanto riguarda la costrizione, essa deve avvenire mediante violenza, minaccia o abuso di autorità. L'induzione, invece, deve essere qualificata dall'abuso delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa ovvero dall'inganno della stessa.

Ai fini che qui interessano, ci si concentrerà sulla fattispecie costrittiva di cui al comma 1 dell'art. 609 *bis* c.p. Si tratta, nello specifico, di un reato a forma vincolata imperniato sulla necessaria esistenza di precisi indici di costrizione (violenza, minaccia e abuso di autorità), cui corrisponde, per l'effetto, un onere di resistenza da parte del soggetto passivo¹¹. Di conseguenza, ai fini della configurazione del reato non è sufficiente la mera assenza di consenso della persona offesa rispetto agli atti sessuali, ma è necessario altresì che la condotta costrittiva sia stata posta in essere mediante violenza, minaccia o abuso di autorità¹². Il bene giuridico protetto è la libertà di autodeterminazione sessuale¹³; il dolo è generico e consiste nella coscienza e volontà di compiere un atto invasivo e lesivo della libertà ses-

¹¹ L. GOISIS, *La violenza sessuale: profili storici e criminologici*, in *Dir. pen. cont.*, 31 ottobre 2012, p. 15; G. BALBI, *I reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale in una prospettiva di riforma*, in *Sistema penale*, 3 marzo 2020, p. 2; B. ROMANO, *Prospettive di riforma nei delitti contro la sfera sessuale della persona*, in *Dir. pen. cont.*, 29 novembre 2018, p. 5.

¹² C. PUZZO, *I reati sessuali*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2010, p. 51.

¹³ *Ex multis*, Cass., Sez. III, 22 novembre 2016, n. 49597. In tema di libertà sessuale, si ricorderà Corte cost., 10 dicembre 1987, n. 561 con cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità della normativa in materia di pensioni di guerra nella parte in cui non prevedeva l'indennizzabilità dei danni non patrimoniali patiti dalle vittime di violenze carnali perpetrate in occasione di fatti bellici. Nello specifico, in quella decisione si è affermato che «la violenza carnale costituisce [...] la più grave violazione del fondamentale diritto alla libertà sessuale. Essendo la sessualità uno degli essenziali modi di espressione della personalità umana, il diritto di disporre liberamente è senza dubbio un diritto soggettivo assoluto, che va ricompreso tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione ed inquadrato tra i diritti inviolabili della persona umana che l'art. 2 Cost. impone di garantire» (§ 2 *Cons. dir.*). La decisione in parola risulta certamente condivisibile nella parte in cui configura, per la prima volta, la libertà sessuale come diritto fondamentale della persona (v. L. MANNELLI, *Della libertà sessuale e del suo fondamento costituzionale*, in *Foro it.*, 112, 1989, c. 2113 ss.). Tuttavia, autorevole dottrina ha opportunamente messo in rilievo le criticità di questa decisione, nella parte in cui ha rinvenuto nell'art. 2 Cost., e non anche nell'art. 13 Cost., l'ancoraggio costituzionale di tale diritto di libertà (A. PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quad. cost.*, 1, 2001, p. 35 ss.). Inoltre, si è evidenziata anche l'assenza, nell'impianto motivazionale della sentenza, della dimensione positiva della libertà sessuale. In altri termini, la pronuncia ha riconosciuto «una tutela "in negativo", scaturente dall'aggressione di un bene giuridico (seppure fondamentale), idonea a provocare la reazione del sistema giuridico» (L. TRUCCO, *Introduzione allo studio dell'identità individuale nell'ordinamento costituzionale italiano*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 191 ss.; così anche F. ANGELINI, *Orientamento sessuale nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Dig. disc. pubbl.*, Utet, Torino, 2010, p. 364 ss.). Occorre in ogni caso notare che nella sentenza n. 141 del 2019, di cui si parlerà diffusamente *infra*, la Corte costituzionale ha esplicitamente preso in considerazione entrambe le declinazioni – positiva e negativa – della libertà sessuale (§ 5.1. *Cons. dir.*).

suale della persona non consenziente¹⁴. Sotto il profilo dogmatico è bene ricordare che, secondo la prevalente opinione giurisprudenziale¹⁵ e dottrina¹⁶, il non-consenso della persona offesa è un elemento essenziale della fattispecie incriminatrice. Pertanto, la presenza del consenso del soggetto passivo esclude la tipicità del fatto¹⁷.

Adottando questa peculiare configurazione della fattispecie incriminatrice, il legislatore del 1996 ha inteso aderire al c.d. modello vincolato (*coercion model*)¹⁸, tipico degli ordinamenti continentali e caratterizzato per l'appunto dal fatto che la mera assenza di consenso, nonché la presenza di un dissenso, di per sé non siano idonee ad integrare l'illecito¹⁹.

Al contrario, il modello consensualistico (c.d. *consent model*) si fonda sul riconoscimento del consenso (o del dissenso) quale elemento necessario e sufficiente a configurare il reato, in aggiunta – evidentemente – al compimento di atti sessuali. Secondo questa impostazione, poiché la condotta criminosa non risulta più qualificata, il reato di violenza sessuale è a forma libera.

All'interno del modello consensualistico è possibile distinguere due diversi approcci: il modello consensuale puro (c.d. *affirmative consent model*)²⁰ e il modello consensuale limitato (c.d. *veto model*)²¹. Il primo richiede che, ai fini della qualificazione dell'atto sessuale come consensuale (dunque lecito), le parti debbano avere previamente espresso – in forma esplicita, implicita o tacita a seconda delle opinioni – il proprio consenso

¹⁴ Si veda, *ex multis*, Cass., Sez. III, 14 aprile 2013, n. 20754.

¹⁵ Si veda, *ex multis*, Cass., Sez. III, 5 ottobre 2017, n. 2400.

¹⁶ *Ex multis*, L. GOISIS, *op. cit.*, p. 15.

¹⁷ D. FALCINELLI, *Il consenso dell'avente diritto nei percorsi del diritto penale "umano"*, in *Dir. pen. cont.*, 3-4, 2014, p. 289 ss.

¹⁸ In una prospettiva comparata si vedano, *ex multis*, T. HÖRNLE, *The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment*, in *German Law Journal*, 6, 2017, p. 1309 ss.; N.J. LITTLE, *From No Means No to Only Yes Means Yes: The Rational results of an Affirmative Consent Standard in Rape Law*, in *Vanderbilt Law Review*, 58, 2005, p. 1321 ss.; A. WERTHEIMER, *Consent to Sexual Relations*, Cambridge University Press, New York, p. 11 ss.; C. PAVARANI, *Il mero dissenso della vittima nella violenza sessuale: profili di diritto italiano e anglosassone*, in *Ind. pen.*, 2, 2002, p. 771 ss.

¹⁹ F. MACRÌ, *Verso un nuovo diritto penale sessuale*, Firenze University Press, Firenze, 2010, p. 9. Sul punto si veda anche T. PADOVANI, *Violenza carnale e tutela della libertà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 1989, p. 1301 ss.

²⁰ Adottato, ad esempio, nel Regno Unito (v. *Sexual Offences Act*, 2003, § 1(1) (U.K.). Significativi sono anche i §§ 74-76, che danno una precisa definizione di consenso e specificano altresì i casi di consenso presunto).

²¹ Adottato, ad esempio, in Germania (v. *Fünfzigstes Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches-Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung*, Bundesgesetzblatt, Teil I, 4 novembre 2016, p. 2460).

(*only yes means yes*)²². L'elemento materiale del reato consiste dunque nell'atto sessuale (elemento positivo) e nell'assenza di consenso (elemento negativo) – ivi inclusa, *a fortiori*, la presenza di un dissenso –; l'elemento psicologico consiste nella consapevolezza del fatto che non sia stato chiaramente manifestato il consenso al compimento dell'atto sessuale. In applicazione del secondo modello, invece, l'atto sessuale risulta illecito di fronte all'espressione di un dissenso del soggetto passivo (*no means no*). In applicazione di tale principio, in capo a costui residuerebbe un onere di espressione del dissenso. Conseguentemente, l'elemento soggettivo in queste ipotesi consiste nella consapevolezza del fatto che sia stato manifestato il dissenso da parte del soggetto passivo.

2.2. La violenza sessuale nel diritto vivente

La sintetica ricostruzione dei diversi modelli di disciplina della violenza sessuale appare utile al fine di mettere in prospettiva i recenti sviluppi della giurisprudenza italiana sul tema. Come già osservato da attenta dottrina²³, infatti, nonostante l'adozione nel nostro ordinamento del modello vincolato, l'art. 609 *bis*, comma 1, c.p. è ormai interpretato dalla prevalente giurisprudenza di legittimità in senso eminentemente consensualistico. Tale evoluzione si fonda su una nuova concettualizzazione delle nozioni di violenza e consenso.

Con riferimento alla violenza, la Suprema corte è ormai costante nel sostenere la necessità di un'interpretazione estensiva e teleologicamente orientata, che ricomprenda anche i casi di c.d. violenza impropria²⁴. Si tratta, in particolare, di tutte le condotte insidiose e repentine che, quantunque non connotate dall'impiego di forza fisica, nondimeno risultino in una coartazione idonea ad annullare o limitare la libertà di autodeterminazione della persona offesa²⁵. Pertanto, in ossequio a tale *standard* er-

²² N.J. LITTLE, *op. cit.*, p. 1345.

²³ F. MACRÌ, *La violenza sessuale (art. 609 bis c.p.) nella giurisprudenza della suprema corte del 2015*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2016, p. 162 ss.

²⁴ P. ONORATO, *Giurisprudenza di legittimità in tema di violenza sessuale*, in *Cass.*, 10, 2010, p. 3658 ss. Si vedano, *ex multis*, *Cass.*, Sez. III, 1° febbraio 2006, n. 233315; *Cass.*, Sez. I, 19 marzo 2003, n. 224919; *Cass.*, Sez. III, 24 novembre 2000, n. 218540. In termini generali, è utile ricordare che la violenza (sulla persona) in senso proprio consiste nell'utilizzo di una forza fisica idonea ad annullare o limitare la libertà di autodeterminazione della vittima (F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 141-142). In una prospettiva critica si veda M. VIZZARDI, *Bacio sulle labbra e diritto penale: ancora sulla nozione di "atto sessuale"*, in *Cass. pen.*, 2, 2008, p. 755 ss.

²⁵ Si vedano, *ex multis*, *Cass.*, Sez. V, 5 settembre 2017, n. 40291; *Cass.*, Sez. V, 26 marzo 2010, n. 11907; *Cass.*, Sez. V, 24 agosto 2018, n. 38910; *Cass.*, Sez. III, 10 maggio 2018, n. 20712; F. ANTOLISEI, *op. cit.*, pp. 141-142.

meneutico, la violenza richiesta per l'integrazione del reato in esame non è (più) soltanto «quella che pone il soggetto passivo nell'impossibilità di opporre tutta la resistenza voluta, [...] ma anche quella che si manifesta nel compimento insidiosamente rapido dell'azione criminosa, così venendo a superare la contraria volontà del soggetto passivo»²⁶ o comunque «prevenendone la manifestazione di dissenso»²⁷.

Parallelamente al concetto di violenza, anche la nozione di consenso ha subito, nella recente evoluzione giurisprudenziale, un rilevante ampliamento, sia quantitativo che qualitativo.

Dal punto di vista quantitativo, riveste particolare importanza il principio, ormai costantemente affermato dalla Corte di cassazione, secondo cui il reato di violenza sessuale è integrato allorché «il consenso della vittima, originariamente prestato, venga poi meno a causa di un ripensamento ovvero della non condivisione delle forme o delle modalità di consumazione del rapporto, ciò in quanto il consenso [...] deve perdurare nel corso dell'intero rapporto senza soluzione di continuità»²⁸.

Sotto il profilo qualitativo, che la giurisprudenza nazionale abbia intrapreso un percorso interpretativo volto a valorizzare il concetto di consenso – e, per il suo tramite, la libertà sessuale della persona offesa – è testimoniato dalla recente pronuncia della Corte di cassazione n. 42118 del 2019²⁹, che sembra aver avallato proprio il modello dell'*affirmative consent*. In particolare, la Corte ha in quella sede affermato tre importanti principi di diritto.

In primo luogo, ha confermato che «integra [...] l'elemento oggettivo del reato di violenza sessuale non soltanto la condotta invasiva della sfera della libertà ed integrità sessuale altrui realizzata in presenza di una manifestazione di dissenso della vittima, ma anche quella posta in essere in assenza del consenso, non espresso neppure in forma tacita, della persona offesa, come nel caso in cui la stessa non abbia consapevolezza della ma-

²⁶ Cass., Sez. III, 1° febbraio 2001, n. 3990; si vedano anche Cass., Sez. III, 17 febbraio 2006, n. 6340; Cass., Sez. III, 14 luglio 2010, n. 27273.

²⁷ Cass., Sez. III, 19 febbraio 2004, n. 6945. Si veda anche Cass., Sez. III, 4 aprile 2017, n. 16609. È utile notare che, secondo la categorizzazione di Mantovani, quella dei reati sessuali è una violenza-mezzo. Infatti, essa deve essere eziologicamente collegata a vincere la resistenza del soggetto passivo e quindi a porre in essere l'atto sessuale (F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 323 ss.).

²⁸ Cass., Sez. III, 29 gennaio 2008, n. 4532. Si veda anche Cass., Sez. III, 6 febbraio 2014, n. 5768.

²⁹ Cass., Sez. III, 15 ottobre 2019, n. 42118. In senso conforme si veda anche Cass., Sez. III, 23 ottobre 2019, n. 43423, secondo cui il reato di violenza sessuale «è posto a presidio della libertà personale dell'individuo che deve poter compiere o ricevere atti sessuali in assoluta autonomia e nella pienezza dei propri poteri di scelta, contro ogni possibile condizionamento, fisico o morale, e contro ogni non consentita e non voluta intrusione nella propria sfera intima».

terialità degli atti compiuti sulla sua persona». In secondo luogo, si è ribadito che «non è ravvisabile alcun indice normativo che possa imporre, a carico del soggetto passivo del reato, un onere, neppure implicito, di espressione del dissenso all'intromissione di soggetti terzi all'interno della sua sfera di intimità sessuale. Al contrario, si deve piuttosto ritenere che tale dissenso sia da presumersi, laddove non sussistano indici chiari ed univoci volti a dimostrare l'esistenza di un, sia pur tacito ma in ogni caso inequivoco, consenso»³⁰. In terzo luogo, «ai fini della sussistenza dell'elemento soggettivo del reato di violenza sessuale, è sufficiente che l'agente abbia la consapevolezza del fatto che non sia stato chiaramente manifestato il consenso da parte del soggetto passivo al compimento degli atti sessuali a suo carico»³¹.

A questo punto risulta evidente come l'elaborazione giurisprudenziale in tema di violenza e consenso, sopra sinteticamente ripercorsa, abbia portato ad un radicale mutamento della nozione stessa di violenza sessuale, spostando il fulcro dell'incriminazione dalla violenza della condotta alla mancanza di (un valido) consenso³².

In tale configurazione, risulta chiaro che la violenza sessuale concettualmente si configura allorché venga compiuto un atto sessuale senza il consenso del soggetto passivo (ovvero in presenza di un consenso viziato o di un dissenso)³³. Si noti, peraltro, che tale conclusione è positivamente suffragata dall'art. 36 della Convenzione di Istanbul³⁴, che impone agli Stati di perseguire penalmente coloro che pongono in essere atti sessuali in presenza del dissenso o in mancanza di consenso dell'altra parte. Infine, il modello dell'*affirmative consent* sembra essere stato avallato anche dalla Corte EDU³⁵.

Orbene, se da un lato il suddetto mutamento di paradigma presenta l'incontestabile merito di valorizzare la libertà di autodeterminazione sessuale della persona offesa – che è il bene protetto dalla norma incriminatrice –, dall'altro lato non si può non notare che tale cambiamento risulterebbe irrimediabilmente sterilizzato qualora non fosse accompagnato da

³⁰ Sul punto si veda anche Cass., Sez. III, 22 novembre 2016, n. 49597.

³¹ Cass., Sez. III, 15 ottobre 2019, n. 42118. Sul punto si veda anche Cass., Sez. III, 22 novembre 2016, n. 49597.

³² Così anche P. DI NICOLA TRAVAGLINI-F. MENDITTO, *op. cit.*, p. 219.

³³ Così anche F. VIGANÒ, *Reati contro la persona*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 294.

³⁴ Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, 11 maggio 2011, ratificata in Italia con legge 27 giugno 2013, n. 77.

³⁵ Corte EDU, *MC c. Bulgaria*, 4 dicembre 2003, n. 39272/98; I. RADAČIĆ, *op. cit.*, p. 138. Si noti che l'8 marzo 2020 la Segretaria generale del Consiglio d'Europa ha espressamente chiesto agli Stati membri di modificare la struttura della fattispecie di violenza sessuale in senso eminentemente consensualistico (<https://www.coe.int/en/web/portal/-/sex-without-consent-is-rape-european-countries-must-change-their-laws-to-state-that-clearly->).

un penetrante scrutinio delle condizioni concrete in cui il consenso stesso si è formato ed è stato espresso.

A ben vedere, infatti, in un ordinamento di ispirazione liberale e contrattualistica quale è il nostro, il consenso rappresenta la massima espressione della libertà di autodeterminazione, non solo nel campo sessuale³⁶. Tale impostazione, tuttavia, presuppone che le parti – astrattamente considerate – si collochino in una posizione di parità ed equilibrio. Di conseguenza, spostare il fuoco dell'incriminazione dalla violenza al consenso, senza al contempo tenere conto delle condizioni concrete di sperequazione in cui quel consenso si forma, rischierebbe non solo di vanificare lo sforzo di tutela della libertà sessuale del soggetto passivo, ma anche di perpetuare le disuguaglianze – prima fra tutte quella di genere – che costituiscono il sostrato della violenza sessuale, intesa come fenomeno socio-culturale³⁷.

È stata così affermata la necessità di un c.d. *context-sensitive approach* nella valutazione del consenso. Pioniera, in tal senso, è stata la giurisprudenza internazionale dei tribunali *ad hoc*³⁸, avallata successivamente dalla

³⁶ Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, agli artt. 41 Cost., 1321 e 1322 c.c., nonché alla legge 22 dicembre 2017, n. 219 in materia di consenso informato in ambito sanitario.

³⁷ In proposito, C. MACKINNON, *Defining Rape Internationally: A Comment on Akayesu*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 44, 2006, p. 940 ss., scrive che «rape laws fail because they do not recognize the context of inequality in which they operate, focusing as they so often do on isolated proof of nonconsent against a false background presumption of consent in the context of a presumed equality of power that is not socially real». Sul punto, si vedano anche V.E. MUNRO, *Constructing Consent: Legislating Freedom and Legitimizing Constraint in the Expression of Sexual Autonomy*, in *Akron Law Review*, 41, 2008, p. 923 ss. Per una critica al modello consensualistico si vedano, *ex multis*, L. DU TOIT, *From Consent to Coercive Circumstances: Rape Law Reform on Trial*, in *South African Journal on Human Rights*, 3, 2012, p. 380 ss.; D. SUBOTNIK, *Copulemus in Pace: a Meditation on Rape, Affirmative Consent Sex, and Sexual Autonomy*, in *Akron Law Review*, 4, 2008, p. 847 ss.

³⁸ ICTY, Trial Chamber, *Prosecutor v. Kunarac et al*, 22 febbraio 2001, n. IT-96-23-T & IT-96-23-1-T, § 460, secondo cui «the *actus reus* of the crime of rape in international law is constituted by the sexual penetration, however slight: (a) of the vagina or anus of the victim by the penis of the perpetrator or any other object used by the perpetrator; or (b) the mouth of the victim by the penis of the perpetrator; where such sexual penetration occurs without the consent of the victim. Consent for this purpose must be consent given voluntarily, as a result of the victim's free will, assessed in the context of the surrounding circumstances. The *mens rea* is the intention to effect this sexual penetration, and the knowledge that it occurs without the consent of the victim». È interessante anche notare come la Camera di Appello, nel confermare l'impostazione della sentenza di primo grado, abbia specificato che «the circumstances giving rise to the instant appeal and that prevail in most cases charged as either war crimes or crimes against humanity will be almost universally coercive. That is to say, true consent will not be possible» (ICTY, Appeals Chamber, *Prosecutor v. Kunarac et al*, 12 giugno 2002, n. IT-96-23-T & IT-96-23-1-T, § 130). Si tratta, all'evidenza, di una vera e propria presunzione di mancanza di consenso, legittimata dalle circostanze di intrinseca coercizione tipiche dei contesti bellici. Tale principio, peraltro, era stato precedentemente affermato dal Tribunale per il

Convenzione di Istanbul (art. 36) e dalla Corte EDU³⁹. A livello nazionale, la necessità di una valutazione concreta e onnicomprensiva del consenso della persona offesa ha trovato espresso riconoscimento da parte della Corte di cassazione, la quale costantemente afferma che l'idoneità della condotta a coartare la volontà della vittima «non va esaminata secondo criteri astratti e aprioristici, ma valorizzando in concreto ogni circostanza oggettiva e soggettiva»⁴⁰.

Proprio nell'ottica di dare rilievo alle condizioni concrete in cui il consenso all'atto sessuale viene formato ed espresso, risulta di particolare importanza una recente decisione delle Sezioni unite in tema di abuso di autorità *ex art. 609 bis*, comma 1, c.p.

2.3. Segue: *l'abuso di autorità (Sezioni unite n. 27326 del 2020)*

Come osservato in precedenza, l'art. 609 *bis*, primo comma, c.p. prevede tre distinte e alternative modalità di consumazione del reato di violenza sessuale costrittiva: violenza, minaccia e abuso di autorità. Se da un lato risulta intuitiva l'idoneità della violenza – anche impropria⁴¹ – e della minaccia a coartare la libertà di autodeterminazione del soggetto passivo, la nozione di abuso di autorità presenta inevitabilmente dei tratti più sfumati⁴².

In particolare, una recente pronuncia delle Sezioni unite affronta la questione se l'abuso di autorità presupponga nell'agente una posizione autoritativa di tipo formale e pubblicistico o se, invece, possa riferirsi anche a poteri di supremazia di natura privata di cui l'agente abusi per

Ruanda (v. ICTR, *Prosecutor v. Akayesu*, 2 settembre 1998, ICTR-96-4-T, § 688). Sul punto, si vedano le osservazioni critiche di L. POLI, *La tutela dei diritti delle donne e la violenza sessuale come crimine internazionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 3, 2009, p. 396 ss.

³⁹ Corte EDU, *MC c. Bulgaria*, 4 dicembre 2003, n. 39272/98, § 177. V. anche I. BOIANO, *Femminismo giuridico tra pratica forense e teoria. Caso di studio: la violenza sessuale nei conflitti dinanzi alle corti regionali per i diritti umani*, in A. SIMONE-I. BOIANO, *Femminismo ed esperienza giuridica. Pratiche, argomentazione, interpretazione*, Edizioni Efesto, Roma, 2018, p. 93 ss.

⁴⁰ Cass., Sez. III, 7 luglio 2017, n. 33049. Si vedano anche Cass., Sez. III, 18 marzo 2015, n. 9221; Cass., Sez. III, 26 marzo 2016, n. 14085.

⁴¹ V. *supra*.

⁴² Si vedano, tra i tanti, S. R. PALUMBIERI, *Violenza sessuale*, in A. CADOPPI-S. CANESTRARI-M. PAPA (a cura di), *I reati contro la persona. Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori*, Utet, Milano, 2006, p. 74 ss.; Y. PARZIALE, *Abuso di autorità dell'insegnante privato nei confronti del minorenne: per le Sezioni Unite è violenza sessuale*, in *PDP*, 4, 2020, p. 835 ss.

costringere il soggetto passivo a compiere o subire atti sessuali⁴³. A ben vedere, le Sezioni unite si erano già espresse sul punto con una pronuncia ormai risalente⁴⁴. In quell'occasione, esse avevano stabilito – in maniera alquanto laconica, peraltro – che l'abuso di autorità di cui all'art. 609 *bis*, primo comma, c.p. «presuppone nell'agente una posizione autoritativa di tipo formale e pubblicistico»⁴⁵. Il fulcro della motivazione ruotava attorno al rapporto di continuità normativa ritenuto sussistente tra l'art. 609 *bis* c.p. e la previgente normativa in materia di violenza sessuale. Poiché, infatti, l'abrogato art. 520 c.p. incriminava la congiunzione carnale commessa con abuso della qualità di pubblico ufficiale, le Sezioni unite concludevano che l'abuso di autorità *ex* art. 609 *bis*, comma 1, c.p. coincidesse con l'abuso della qualità di pubblico ufficiale *ex* art. 520 c.p., con conseguente restrizione del perimetro applicativo della nuova fattispecie⁴⁶.

Tuttavia, la tesi della natura formale e pubblicistica dell'autorità è stata messa in discussione da una parte della giurisprudenza di legittimità, fino ad essere formalmente superata dalla recente sentenza n. 27326 del 2020 delle Sezioni Unite. Facendo leva su un'interpretazione teleologicamente orientata della norma incriminatrice, si è affermato che l'abuso di autorità deve essere interpretato nel senso di ricomprendervi anche posizioni di natura privatistica e fattuale⁴⁷. Secondo questo indirizzo interpretativo, la violenza sessuale mediante abuso di autorità si configurerebbe ogniqualvolta il soggetto attivo strumentalizzi la propria posizione di supremazia – sia essa di natura pubblicistica, privatistica o di fatto –, esercitando una forma di influenza o suggestione sul soggetto passivo idonea a coartarne la volontà o a condizionarne il comportamento⁴⁸. Nello specifico, «la co-

⁴³ Cass., Sez. III, 24 gennaio 2020, ord. n. 2888; Cass., Sez. Un., 1° ottobre 2020, n. 27326.

⁴⁴ Cass., Sez. Un., 5 luglio 2000, n. 13.

⁴⁵ *Ivi.*, § 6.

⁴⁶ In ossequio al *dictum* nomofilattico, la giurisprudenza di legittimità successiva ha aderito all'interpretazione restrittiva e pubblicistica dell'abuso di autorità, specificando che (i) esso consiste nella strumentalizzazione del proprio potere, realizzata attraverso una subordinazione tale per cui la vittima viene costretta al rapporto sessuale (Cass., Sez., IV, 19 ottobre 2012, n. 6982); (ii) tale costrizione non può essere semplicemente dedotta in via presuntiva dal fatto che il soggetto agente sia titolare della posizione autoritativa (Cass., Sez., IV, 19 ottobre 2012, n. 6982); (iii) se si adottasse l'interpretazione estensiva di abuso di autorità, non si potrebbe più distinguere l'ipotesi della violenza sessuale costrittiva mediante abuso di autorità dall'ipotesi di atti sessuali con minorenni con abuso di potere parentale o tutorio di cui all'art. 609 *quater*, comma 2, c.p., con la conseguenza che quest'ultima fattispecie incriminatrice risulterebbe inapplicabile (Cass., Sez. III, 26 ottobre 2006, n. 2283).

⁴⁷ *Ex multis*, Cass., Sez. III, 22 maggio 2012, n. 19419; Cass., Sez. III, 1° dicembre 2014, n. 49990.

⁴⁸ Cass., Sez. III, 24 gennaio 2020, ord. n. 2888, § 5.2.

artazione che consegue all'abuso di autorità trae origine dal particolare contesto relazionale di soggezione tra autore e vittima del reato [...], creando le condizioni per cui alla seconda non residuano valide alternative di scelta rispetto al compimento o all'accettazione dell'atto sessuale [...]»⁴⁹.

La principale argomentazione posta a sostegno di questo *revirement* è di natura sistematica. Infatti, l'art. 61, comma 1, n. 11), c.p. pone sullo stesso piano l'abuso di autorità, di relazioni domestiche, di ufficio, di prestazione d'opera, di coabitazione e di ospitalità. Si tratta, all'evidenza, di posizioni che hanno tutte carattere privatistico. Similmente, anche l'abuso di autorità di cui agli artt. 571, 572, 600 *octies* e 601 c.p. è interpretato in senso onnicomprensivo⁵⁰. Inoltre, laddove il legislatore abbia voluto riferirsi ad una posizione autoritativa di natura pubblicistica, lo ha fatto espressamente⁵¹.

L'interpretazione estensiva della nozione di autorità, infine, risulta pienamente coerente con la *ratio* dell'incriminazione, che consiste nella tutela della libertà di autodeterminazione sessuale. Rispetto a questo bene giuridico, risulta del tutto irrilevante se il soggetto attivo rivesta un'autorità pubblica, privata o di fatto⁵². In altri termini, il disvalore del fatto consiste nell'intrusione non consensuale nella sfera sessuale della vittima e non nella particolare posizione del soggetto attivo, che rileva esclusivamente quale modalità della condotta⁵³.

Occorre a questo punto rilevare che questo recente approdo ermeneutico risulta particolarmente condivisibile perché permette di valorizzare proprio quelle asimmetrie che, in concreto, connotano i rapporti tra soggetto attivo e passivo nella violenza sessuale⁵⁴, consentendo dunque un'ef-

⁴⁹ Cass., Sez. Un., 1° ottobre 2020, n. 27326, § 5.

⁵⁰ S. FINOCCHIARO, *L'abuso di autorità dell'insegnante privato tra violenza sessuale (art. 609-bis) e atti sessuali con minorenne (art. 609-quater): la parola alle Sezioni unite*, in *Sistema penale*, 20 febbraio 2020.

⁵¹ Si veda, a titolo di esempio, l'art. 608 c.p.

⁵² Cass., Sez. III, 8 marzo 2016, n. 33042. Concorde è anche la dottrina (v., a titolo meramente esemplificativo, A.A. HAYO, *L'abuso di autorità e l'abuso di poteri nei delitti di violenza sessuale*, in *La legislazione penale*, 28 gennaio 2021, pp. 3-6).

⁵³ Occorre notare che, in ogni caso, non si pone un problema di concorso apparente di norme tra gli artt. 609 *bis*, comma 1, e 609 *quater*, comma 2, c.p. perché (i) le disposizioni utilizzano espressioni diverse ("abuso di autorità" e "abuso di poteri"), il che vuol dire che mentre l'abuso di autorità consiste in una strumentalizzazione della dimensione soggettiva dell'autorità, l'abuso dei poteri consiste in una strumentalizzazione di tipo oggettivo e funzionale dei poteri connessi alla posizione dell'agente; (ii) il delitto di atti sessuali con minorenne con abuso di potere parentale o tutorio richiede una più diretta ed effettiva strumentalizzazione della posizione rivestita dall'agente e si caratterizza per l'assenza di costrizione (elemento necessario per la configurazione della violenza sessuale). Sul punto v. Cass., Sez. Un., 1° ottobre 2020, n. 27326, § 6 e Cass., Sez. III, 30 aprile 2014, n. 49990.

⁵⁴ V. *supra*.

fettiva tutela della libertà sessuale⁵⁵. Tali asimmetrie, come recentemente riconosciuto dalla Corte costituzionale⁵⁶, caratterizzano anche la prostituzione volontaria.

3. *Vulnerabilità e prostituzione: la sentenza n. 141 del 2019 della Corte costituzionale*

Come è noto, la sentenza della Corte costituzionale n. 141 del 2019 ha affermato la legittimità delle fattispecie di reclutamento⁵⁷ e favoreggiamento⁵⁸ della prostituzione, nella parte in cui configurano come illecito penale anche le condotte poste in essere nei confronti di persone che volontariamente e consapevolmente esercitano la prostituzione. Tali conclusioni sono state successivamente confermate dalla stessa Corte nella sentenza n. 278 del 2019, con riferimento alle fattispecie di tolleranza abituale⁵⁹ e, ancora una volta, favoreggiamento della prostituzione.

Ai fini dell'indagine relativa ai rapporti tra prostituzione e violenza sessuale, queste decisioni sono rilevanti in quanto, attraverso un'attenta ricognizione del bene giuridico, arrivano a riconoscere una presunzione di vulnerabilità della persona che si prostituisce⁶⁰.

⁵⁵ *Contra v. S. BRASCHI, La violenza sessuale con abuso di autorità al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Diritto penale e processo*, 1, 2021, p. 46 ss., secondo cui l'adozione di un'interpretazione estensiva dell'abuso di autorità determinerebbe un pericoloso *deficit* di legalità e determinatezza della fattispecie incriminatrice.

⁵⁶ Corte cost., 7 giugno 2019, n. 141.

⁵⁷ Art. 3, primo comma, n. 4), prima parte della legge Merlin. Per giurisprudenza consolidata, la fattispecie di reclutamento è integrata allorché il soggetto agente si attivi al fine di collocare la persona nella disponibilità del destinatario della prestazione sessuale. Per l'integrazione del reato è quindi sufficiente un'attività di ricerca della persona da ingaggiare e di persuasione della medesima, mediante la rappresentazione dei vantaggi realizzabili, a recarsi in un determinato luogo e a rimanervi per un certo tempo al fine di esaudire le richieste di prestazioni sessuali dei clienti (*ex multis*, Cass., Sez. III, 28 marzo 2017, n. 15217).

⁵⁸ Art. 3, primo comma, n. 8) della legge Merlin. Questa fattispecie costituisce una norma residuale e di chiusura, finalizzata alla repressione di tutte quelle condotte preordinate a creare condizioni favorevoli per l'esercizio del meretricio (*v., ex multis*, P. DI NICOLA-V. BONFANTI, *I reati in materia di prostituzione*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 47 ss.).

⁵⁹ Art. 3, comma 1, n. 3) della legge Merlin. Per consolidata giurisprudenza, il reato in parola consiste nella «reiterata tolleranza, anche implicita, da parte del soggetto attivo dell'esercizio della prostituzione nel proprio locale ad opera di una o più persone ivi alloggiato più o meno stabilmente» (Cass., Sez. III, 17 febbraio 2017, n. 29586). La condotta penalmente rilevante è dunque qualificata dall'elemento dell'abitualità, il quale – è bene notare – non esige la continuità ma bensì la semplice reiterazione della condotta incriminata, per un tempo sufficientemente apprezzabile.

⁶⁰ C.P. GUARINI, *La prostituzione «volontaria e consapevole»: né libertà sessuale né attività*

La Corte costituzionale, infatti, ha chiaramente affermato che i reati in materia di prostituzione sono posti a protezione non soltanto della libertà di autodeterminazione sessuale della persona che si prostituisce – come sostenuto dai giudici *a quibus*⁶¹ – ma anche della dignità umana (in senso oggettivo)⁶² e dei diritti fondamentali delle persone in condizione di vulnerabilità⁶³.

Questa nuova concettualizzazione del bene giuridico poggia essenzialmente su quattro rilievi. In primo luogo, la Corte afferma che dalla libertà sessuale, anche declinata in senso positivo, non può discendere il riconoscimento di un diritto soggettivo di prostituirsi. Questo perché l'art. 2 Cost. collega i diritti fondamentali al principio personalista, e dunque allo sviluppo della persona umana. Secondo la Corte, la prostituzione, quando anche sia volontaria, non partecipa a tale sviluppo, integrando più semplicemente una forma di attività economica⁶⁴. In secondo luogo, la Corte nota che «anche quando la scelta di prostituirsi sia libera, nella larghissima maggioranza dei casi essa è comunque il risultato di fattori che condizionano significativamente la libertà di autodeterminazione andando a ridurre, talora drasticamente, il ventaglio delle opzioni esistenziali dell'individuo»⁶⁵. Significativo, in questo senso, è il riferimento contenuto nella

economica privata "protetta" dall'art. 41 Cost. A prima lettura di Corte costituzionale n. 141/2019, in Osservatorio AIC, 4, 2019, p. 177. Sulla natura relativa di tale presunzione si consenta il rinvio a F. PACELLA, Dignità umana e libertà fondamentali nella prostituzione e nell'aiuto al suicidio, in Osservatorio AIC, 3, 2020, p. 460. Contra P.F. BRESCIANI, La protezione dei deboli e vulnerabili come giustificazione costituzionale del reato, in Quad. cost., 1, 2020, p. 111 ss., secondo cui la presunzione di vulnerabilità avrebbe carattere assoluto.

⁶¹ Corte d'appello di Bari, ordinanza di rimessione, 6 febbraio 2018, n. RG 3237/16, §§ 7-8.

⁶² Occorre notare che il riferimento alla dignità umana risulta significativamente ridimensionato in Corte cost., 6 novembre 2019, n. 278.

⁶³ Corte cost., 6 marzo 2019, n. 141, § 6.1. *Cons. dir.* È opportuno notare che tale conclusione è il risultato di un lungo percorso ermeneutico. Tradizionalmente, infatti, la giurisprudenza e la dottrina prevalenti ritenevano che i beni giuridici protetti dai reati previsti dalla legge Merlin avessero natura eminentemente pubblicistica. In particolare, essi venivano individuati nel buon costume e nella moralità pubblica. Sulle spinte della parte più laica e progressista della dottrina, la Corte di Cassazione arriva nel 2004 ad affermare che i beni giuridici tutelati sono invece la dignità e la libertà di autodeterminazione sessuale della prostituta (Cass., Sez. III, 8 giugno 2004, n. 35776). Tale impostazione, seppur con qualche incertezza, sembra essere quella ad oggi prevalente (v., ad esempio, Cass., Sez. III, 22 settembre 2015, n. 49643/2015). Sull'evoluzione del bene giuridico si veda, fra i tanti, A. CADOPPI, *L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin e i rimedi interpretativi ipotizzabili*, in *Dir. pen. cont.*, 3, 2018, p. 164 ss.

⁶⁴ Corte cost., 6 marzo 2019, n. 141, § 5.2. *Cons. dir.*

⁶⁵ Ivi, § 6.1. *Cons. dir.* Si tratta, secondo R. BIN, *La Corte, i giudici e la dignità umana*, in *BioLaw Journal*, 2, 2019, p. 4, del «ben noto argomento dell'*id quod plerumque accidit* che introduce la giustificazione della fattispecie legislativa sottoposta a giudizio, alla quale non si può chiedere di inseguire l'infinita varietà del reale, poiché le leggi "non possono prevedere e disciplinare tutte le mutevoli situazioni di fatto né graduare in astratto e in anticipo le limitazioni poste all'esercizio dei diritti" (sent. 21/1957)».

sentenza a situazioni di disagio economico, sociale, familiare o affettivo⁶⁶. In terzo luogo, la Corte riconosce che l'attività prostitutiva normalmente comporta dei rischi particolarmente elevati sia in termini di salute e integrità fisica sia in relazione alla libertà morale, rischi connessi anche all'ingresso «in un circuito dal quale sarà poi difficile uscire volontariamente»⁶⁷. In quarto luogo, la sentenza afferma chiaramente che la prostituzione, anche volontaria, è un'attività che «degrada e svisciva l'individuo, in quanto riduce la sfera più intima della corporeità a livello di merce a disposizione del cliente»⁶⁸.

Dunque, attraverso questa linea argomentativa la Corte giunge ad affermare una vera e propria presunzione di vulnerabilità della persona che si prostituisce, anche laddove vi sia stata una scelta libera e consapevole. Occorre a questo punto notare che una parte della dottrina ha evidenziato delle criticità in merito al riconoscimento presuntivo della vulnerabilità del/della *sex worker*. Si è osservato, infatti, come tale conclusione tradisca un atteggiamento paternalista dei giudici, evidentemente incompatibile con i fondamenti liberali del nostro ordinamento⁶⁹.

Tuttavia, ciò che rileva in questa sede non è tanto la vulnerabilità – presunta o meno – della persona che si prostituisce, quanto il fatto che la Corte costituzionale abbia esplicitamente riconosciuto il fenomeno prostitutivo come caratterizzato da profonde disuguaglianze. Tale conclusione, del resto, è confermata dalla rilevante letteratura in materia, che opportunamente rileva come l'asimmetria del rapporto cliente-*sex worker* sia un elemento essenziale della prostituzione, intesa come istituzione sociale e relazione di genere⁷⁰.

⁶⁶ Corte cost., 6 marzo 2019, n. 141, § 6.1. *Cons. dir.* Qui è chiaro il riferimento alla prostituzione come violenza (v. *supra* nota n. 3).

⁶⁷ *Ivi.* Qui è chiaro il riferimento alla violenza nella prostituzione (v. *supra* nota n. 3).

⁶⁸ *Ivi.* In chiave critica si veda, *ex multis*, R. BIN, *La libertà sessuale e prostituzione (in margine alla sentenza n. 141/2019)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 26 novembre 2019.

⁶⁹ V. *ex multis* R. BIN, *La Corte, i giudici*, cit., p. 4; A. DE LIA, *Le figure di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione al banco di prova della Consulta. Un primo commento alla sentenza della Corte costituzionale n. 141/2019*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 20 giugno 2019.

⁷⁰ G. SERUGHETTI, *Uomini che pagano le donne. Dalla strada al web, i clienti nel mercato del sesso contemporaneo*, Ediesse, Roma, 2019, p. 29 ss. Si vedano anche C. D'ELIA-G. SERUGHETTI, *Libere tutte. Dall'aborto al velo, donne nel nuovo millennio*, Roma, Minimum fax, 2017, p. 170; C. PATEMAN, *op. cit.*, p. 189 ss.; A. DWORKIN, *Prostitution and Male Supremacy*, in *Michigan Journal of Gender and Law*, 1, 1993, p. 1 ss.; L. REANDA, *Prostitution as a Human Rights Question: Problems and Prospects of United Nations Action*, in *Human Rights Quarterly*, 13, 1992, p. 202 ss.

4. *Le implicazioni della sentenza n. 141/2019 nell'ambito della violenza sessuale: il caso del cliente che non paga la persona che si prostituisce*

La ricostruzione sopra effettuata porta alle seguenti (provvisorie) conclusioni: (i) l'art. 609 *bis*, comma 1, c.p. è ormai interpretato in senso eminentemente consensualistico, configurandosi la fattispecie di violenza sessuale allorché gli atti sessuali siano posti in essere in assenza di un valido consenso; (ii) l'abuso di autorità *ex art.* 609 *bis*, comma 1, c.p. comprende anche posizioni autoritative di natura privatistica o anche meramente fattuale; (iii) il rapporto prostitutivo è contrassegnato da profonde asimmetrie che pongono la persona che si prostituisce, anche volontariamente, in una condizione di vulnerabilità rispetto al cliente.

Alla luce di questo quadro, il mancato pagamento da parte del cliente, in seguito al godimento della prestazione sessuale, può costituire una condotta rilevante ai fini dell'integrazione del reato di violenza sessuale⁷¹? Si ritiene che l'evoluzione giurisprudenziale sopra delineata possa aprire la strada ad una risposta positiva.

Su un piano puramente logico, infatti, è possibile affermare che tale condotta sia idonea a viziare, *ex post facto*, il consenso all'atto sessuale⁷²

⁷¹ In tal senso, vi sono isolatissime pronunce giurisprudenziali (v., ad esempio, Cass., Sez. III, 3 marzo 2010, n. 8286).

⁷² Attenta dottrina ha osservato che le nozioni di atto sessuale rilevanti ai fini della violenza sessuale, da un lato, e della prostituzione, dall'altro, non necessariamente coincidono (v. F. PARISI, *Prostituzione. Aporie e tabù di un nuovo diritto penale tutorio*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 105 ss.). In estrema sintesi, per quanto riguarda la fattispecie di cui all'art. 609 *bis* c.p., l'orientamento maggioritario della giurisprudenza di legittimità appare essere quello oggettivo, alla stregua del quale la condotta sanzionata «comprende, oltre ad ogni forma di rapporto sessuale, anche qualsiasi atto idoneo, secondo canoni scientifici e culturali, a ledere la libertà sessuale», senza che rilevino le intenzioni (di concupiscenza, di umiliazione...) dell'agente, purché questi sia consapevole della natura oggettivamente sessuale dell'atto posto in essere (Cass., Sez. III, 28 ottobre 2014, n. 21020). Pertanto, l'atto sessuale rilevante *ex art.* 609 *bis* c.p. è caratterizzato da un rapporto *corpore corpori*, il quale però non deve necessariamente riguardare le zone genitali «ma può estendersi anche a tutte le zone ritenute erogene dalla scienza, non solo medica, ma anche psicologica, antropologica e sociologica» (Cass., Sez. III, 13 febbraio 2007, n. 25112). Al fine di garantire l'effettività della tutela del bene giuridico, occorre notare che la giurisprudenza di legittimità frequentemente adotta anche una nozione c.d. contestuale di atti sessuali, secondo cui, al fine di determinare la natura sessuale degli atti, si deve considerare il contesto in cui tali atti vengono posti in essere. Così, è stato ritenuto che 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» (Cass., Sez.

dato dalla persona che si prostituisce. Ciò essenzialmente per due ordini di motivi.

In primo luogo, nella prostituzione il consenso all'atto sessuale è dato esclusivamente in ragione del pagamento. L'elemento economico si configura infatti come antecedente logico-concettuale della prestazione sessuale: in mancanza del corrispettivo, la persona che si prostituisce non vi acconsentirebbe. Ciò, peraltro, risulta pienamente coerente con la nozione stessa di prostituzione che, sebbene non esplicitata dalla legge Merlin, ha trovato una più compiuta concettualizzazione nella giurisprudenza. Così, la Suprema corte è costante nel definire la prostituzione come «il compimento di atti sessuali dietro pagamento di un corrispettivo, finalizzato in via diretta e immediata a soddisfare la libidine di colui che ha richiesto la prestazione o che ne sia il destinatario»⁷³. Sul terreno del diritto positivo, tale nozione è confermata dall'art. 600 *bis*, comma 2, c.p., che configura la prostituzione minorile come il compimento di «atti sessuali con un minore [...], in cambio di un corrispettivo in denaro o altra utilità, anche solo promessi».

In secondo luogo e conseguentemente, poiché nella prostituzione consenso e pagamento sono concettualmente legati e interdipendenti, la mancanza del pagamento risulta idonea a viziare, anche *ex post facto*, il consenso all'atto sessuale. Si ricordi, infatti, che la giurisprudenza di legittimità è solita affermare che, per escludere il reato di violenza sessuale, il

III, 4 marzo 2014, n. 10248). Alla luce del panorama giurisprudenziale appena sintetizzato, si può affermare che la nozione di atti sessuali, rilevante ai sensi dell'art. 609 *bis* c.p., sia a geometria variabile, risultando l'accertamento giurisdizionale imperniato sull'idoneità della condotta a ledere il bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice. Sul punto, il panorama dottrinario risulta più eterogeneo. Si vedano, fra i tanti, M. CAPPAL, *La qualificazione delle "violenze" prive di un contatto corporeo corpori alla prova della recente giurisprudenza in tema di atti sessuali*, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2017, p. 43 ss.; F. MACRÌ, *op. cit.*, p. 162 ss.; A. CADOPPI, *Art. 609 bis c.p. (Violenza sessuale)*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, Cedam, Padova, 2006, p. 465 ss.; G. FIANDACA, *Violenza sessuale*, in *Enc. dir.*, agg. IV, Giuffrè, Milano, 2000, p. 1158 ss.; D. PULITANÒ, *Diritto penale: parte speciale*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 261; F. VIGANÒ, *op. cit.*, p. 286 ss. Con riferimento alla prostituzione, la nozione rilevante non è tanto quella di *atto sessuale* quanto quella di *prestazione sessuale*. In tale ottica, la Corte di cassazione ha affermato che (i) la prestazione deve essere finalizzata in via diretta e immediata a soddisfare la libidine del destinatario e che (ii) non è necessario un contatto fisico tra le parti (v., *ex multis*, Cass., Sez. III, 22 settembre 2015, 49643). Alla luce di quanto precede, risulta chiaro che l'ipotesi presa in considerazione nel presente scritto riguarda esclusivamente le *prestazioni sessuali* che integrano anche un *atto sessuale* ai sensi dell'art. 609 *bis* c.p.

⁷³ *Ex multis*, Cass., Sez. III, 22 settembre 2015, n. 49643. Nello stesso senso Cass., Sez. III, 28 febbraio 2018, n. 24598, secondo cui «un atto sessuale diventa atto di prostituzione solo in presenza dell'elemento retributivo, e cioè quando il soggetto che fornisce la prestazione sessuale assegna alla dazione del proprio corpo, per il soddisfacimento dell'altrui libidine, una funzione strumentale alla percezione di una utilità, in genere economica, che potrebbe essere corrisposta dall'utente anche direttamente ad un terzo, ma sempre con l'accordo o quanto meno la consapevolezza dell'erogatore della prestazione».

consenso deve perdurare per tutto l'arco del rapporto, senza soluzione di continuità⁷⁴. Nel caso di specie, dunque, il momento dell'accordo delle parti, il momento di consumazione della prestazione sessuale e il momento del pagamento non possono essere concettualmente scissi ma devono invece essere considerati come un unico rapporto sesso-economico, perché questo è il *proprium* della prostituzione. In altri termini, il rapporto giuridico che lega il cliente e la persona che si prostituisce abbraccia entrambe le prestazioni (quella sessuale e quella pecuniaria), a prescindere dal fatto che l'accordo delle parti sia stato raggiunto – e quindi il consenso dato – in un momento anteriore rispetto all'atto sessuale in senso stretto. Inoltre, non è affatto difficile apprezzare la lesione al bene giuridico anche in siffatte ipotesi: poiché il consenso è condizionato al successivo pagamento, è chiaro che la lesione della libertà sessuale della persona che si prostituisce si verifica in un momento sì successivo all'atto sessuale in senso stretto, ma comunque coevo rispetto al più generale rapporto sesso-economico intercorrente tra le parti.

Dunque, posto che il rifiuto del pagamento è logicamente idoneo a viziare retroattivamente il consenso all'atto sessuale, ci si deve chiedere se tale condotta possa rientrare nel perimetro applicativo della fattispecie di violenza sessuale.

Alla luce delle recenti prese di posizione della giurisprudenza costituzionale (sentenza n. 141 del 2019) e di legittimità (Sezioni Unite n. 27326 del 2020), è certamente riscontrabile – nonché apprezzabile – il *trend* di progressiva valorizzazione delle situazioni concrete di asimmetria e sperequazione che connotano sia la prostituzione sia la violenza sessuale. Del resto, sono le stesse Sezioni Unite ad affermare esplicitamente l'applicabilità della violenza sessuale mediante abuso di autorità – nella sua nozione comprensiva delle posizioni autoritative di natura privatistica e fattuale – anche ai rapporti sportivi, religiosi e professionali, che prima erano esclusi dall'ambito applicativo della norma incriminatrice⁷⁵. Tuttavia, nonostante tale interpretazione estensiva, questa fattispecie non risulta pienamente applicabile al caso del cliente che rifiuta di pagare la persona che si prostituisce. L'affermazione di tale responsabilità penale, infatti, presupporrebbe che il rapporto prostitutivo possa essere inquadrato nell'ambito di una relazione autoritativa. Ma tale conclusione non sembra suffragata dal diritto positivo. Infatti, tradizionalmente la nozione penalistica di autorità – anche di natura privata o fattuale – è caratterizzata dall'esercizio di poteri di direzione, controllo, correzione o disciplina da parte del titolare della posizione autoritativa⁷⁶. L'alveo

⁷⁴ V. *supra*.

⁷⁵ Cass., Sez. Un., 1° ottobre 2020, n. 27326, § 6.

⁷⁶ L'art. 571 c.p. è un esempio in tal senso. A tale proposito, peraltro, è utile notare che,

naturale di tali relazioni intersoggettive sono, evidentemente, i rapporti di lavoro subordinato, di cura e di educazione o istruzione⁷⁷. Ciò appare confermato anche dalla giurisprudenza che, sulla base proprio di un'interpretazione estensiva della nozione di abuso di autorità, ritiene configurata la violenza sessuale nei casi in cui il soggetto agente e la vittima siano legati da rapporti familiari, di convivenza, di lavoro o di educazione⁷⁸. A parer di chi scrive e nel silenzio delle Sezioni Unite, il rapporto prostitutivo, sebbene certamente sperequato in favore della persona che domanda la prestazione sessuale, non è tale da configurare in capo al cliente una posizione autoritativa in senso proprio.

Si potrebbe tuttavia ritenere che il mancato pagamento costituisca un'ipotesi violenza ai sensi dell'art. 609 *bis*, comma 1, c.p.⁷⁹ Infatti, come affermato dalla Corte costituzionale, in virtù delle intrinseche asimmetrie che connotano il mercato del sesso⁸⁰, il cliente generalmente gode di un maggiore potere contrattuale rispetto alla persona che offre la prestazione sessuale. In tale quadro, allora, l'accordo prostitutivo diventa lo strumento attraverso cui il cliente, in primo luogo, ottiene il formale consenso all'atto sessuale mediante la dissimulazione del proprio stato di insolvenza⁸¹ e, in

secondo la prevalente dottrina, l'abuso di autorità si distingue dal semplice abuso di poteri, che è caratterizzato da uno sviamento del potere. Sul punto v., fra i tanti, A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 113.

⁷⁷ S. BRASCHI, *La violenza sessuale con abuso di autorità al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Diritto penale e processo*, 1, 2021, p. 50.

⁷⁸ Ci si riferisce, nello specifico, alla qualità di datore di lavoro strumentalizzata per costringere una lavoratrice a subire atti sessuali, alla condizione di convivenza dell'imputato con la madre del minore vittima di violenza sessuale, alla qualità di istruttore di arti marziali esercitata dall'imputato nei confronti dell'allievo, al ruolo di marito che esercita un potere di soggezione sulla cognata minorenni destinataria degli atti sessuali (v. ad esempio, Cass., Sez. III, 10 settembre 2013, n. 37135; Cass., Sez. III, 22 maggio 2012, n. 19419).

⁷⁹ A ben vedere, la condotta in esame potrebbe *prima facie* qualificarsi anche come un'induzione agli atti sessuali. Secondo costante giurisprudenza, infatti, la violenza sessuale induttiva si realizza «quando, con un'opera di persuasione spesso sottile o subdola, l'agente spinge il "partner" a sottostare ad atti che diversamente non avrebbe compiuto» (Cass., Sez. III, 24 settembre 2015, n. 38787). In tali ipotesi, il soggetto passivo partecipa consensualmente all'atto sessuale, ma il suo consenso è viziato dall'opera persuasiva e fraudolenta dell'agente. Tuttavia, l'art. 609 *bis*, secondo comma, c.p. non incrimina in via generale la violenza sessuale per induzione, ma punisce soltanto le due ipotesi tipiche dell'abuso delle condizioni di inferiorità fisica o psichica e della sostituzione di persona. È chiaro allora che il mancato pagamento in favore della persona che si prostituisce di per sé non rientra in queste ipotesi tipiche.

⁸⁰ V. *supra*.

⁸¹ È interessante notare che parte della dottrina afferma, in termini astratti, la configurabilità della fattispecie di insolvenza fraudolenta ex art. 641 c.p. nel caso di omesso pagamento. In concreto, la punibilità in siffatti casi sarebbe però esclusa in ragione del fatto che tale fattispecie presuppone la validità dell'obbligazione, mentre il contratto prostitutivo è

secondo luogo, si consacra quale parte forte del rapporto. L'omissione del pagamento, costituendo un'arbitraria utilizzazione del potere contrattuale, risulta certamente idonea a coartare *ex post* la libertà sessuale della persona che si prostituisce. In effetti, a ben vedere, alla vittima è preclusa ogni diversa opzione semplicemente perché la prestazione sessuale è già stata eseguita. In altre parole, attraverso la contrattualizzazione dello scambio tra prestazione sessuale e corrispettivo il cliente si pone nella posizione di pretendere – anche solo sul piano fattuale – una prestazione sessuale alla quale la controparte non avrebbe altrimenti acconsentito. Se, dunque, si aderisce alla nozione lata e dematerializzata di violenza⁸², potrebbe essere possibile giungere, in via interpretativa, a riconoscere la responsabilità per violenza sessuale del cliente che omette il pagamento a fronte di una prestazione sessuale in precedenza eseguita.

5. Conclusione

Il mercato del sesso ha una forte connotazione di genere⁸³. La prostituzione di strada, ad esempio, vede come protagoniste persone appartenenti, per nascita o per transizione, al genere femminile. Allo stesso tempo, la domanda di prestazioni sessuali proviene principalmente da persone di genere maschile⁸⁴.

Risulta dunque chiaro che «uomini e donne non partecipano [...] in modo uguale a questo mercato dell'intimità»⁸⁵: le donne offrono e gli uomini acquistano; gli uomini chiedono prestazioni sessuali e le donne acconsentono a porre in essere atti cui, in assenza di pagamento, non parteciperebbero. Nella prostituzione, quindi, i corpi e la sessualità delle donne – così come degli uomini che avviano un processo di transizione di genere – sono oggetto di desiderio e di consumo, in maniera non diversa da qualsiasi altra merce. Si può allora affermare che «a determinare i rapporti di potere all'interno di questo mercato sono le stesse diseguaglianze che sostengono gli altri rapporti economici nella sfera produttiva e riproduttiva,

considerato nullo per illiceità della causa (v. *supra*) (P. DI NICOLA-V. BONFANTI, *op. cit.*, p. 156).

⁸² V. *supra*.

⁸³ E. REALE, *Prostituzione e tratta*, 2018, consultabile al sito web https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/000/009/001/ELVIRA_REALE.pdf.

⁸⁴ Si vedano, a tale proposito, i dati forniti dall'Osservatorio sullo sfruttamento sessuale (<https://www.osservatoriointerventitratta.it/map/>).

⁸⁵ G. SERUGHETTI, *Consumatori o carnefici? La realtà è più complessa*, in *Micromega*, 6, 2020, p. 75.

con le donne, specie se migranti, e altri soggetti “subalterni” nella posizione di sviluppare una sessualità “di servizio” come contropartita per l’accesso alle risorse che rendono la vita vivibile»⁸⁶.

In questo quadro, la possibile configurazione del reato di violenza sessuale a carico del cliente per omesso pagamento ha il merito di focalizzare l’attenzione dell’ordinamento sulla domanda di prestazioni sessuali, anziché sull’offerta. Dal punto di vista di politica del diritto, questo approccio condivide il medesimo obiettivo delle politiche neo-abolizioniste, cioè quello di responsabilizzare i clienti. Costoro, infatti, sono parti del rapporto prostitutivo tanto quanto la persona che offre prestazioni sessuali. Non solo: essi sono anche la parte forte di tale rapporto. La responsabilizzazione – anche penale – dei clienti, pertanto, può pienamente giustificarsi in un’ottica di uguaglianza sostanziale e di solidarietà sociale.

Occorre osservare, tuttavia, che la repressione penale non può certamente essere l’unico strumento di riequilibrio di rapporti economici profondamente diseguali⁸⁷. Un’efficace azione legislativa in materia di prostituzione, anche al netto delle diverse prospettive di analisi e approcci normativi, merita l’adozione di politiche pubbliche di ampio respiro, che intersechino le materie dell’immigrazione, del lavoro e della sicurezza sociale. A parere di chi scrive, le recenti evoluzioni della giurisprudenza costituzionale e ordinaria pongono al decisore pubblico l’urgenza di intervenire in questi ambiti, in un’ottica redistributiva e antidiscriminatoria.

⁸⁶ *Ibidem.*

⁸⁷ In termini generali, la necessità – tanto epistemologica quanto normativa – di rigettare un approccio pan-penalistico e valorizzare invece la c.d. funzione redistributiva del diritto pubblico e privato è affermata anche da P. KOTISWARAN, *Feminist Approaches to Criminal Law*, in M.D. DUBBER-T. HÖRNLE (eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 81-82.