

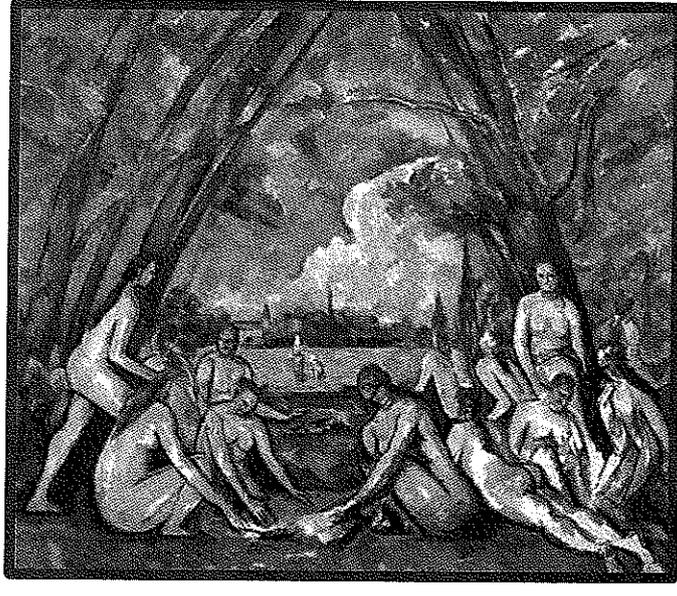


UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI FOGGIA

# LE LIBERTÀ DELLE DONNE IN EUROPA E NEL MEDITERRANEO

*ATTI DEL MEETING INTERNAZIONALE  
Foggia-Baia delle Zagare, Giugno 2003*

*a cura di*  
ALDO LIGUSTRO e ADELMO MANNA



EDIZIONI GIUSEPPE LATERZA  
*di Giuseppe Laterza*

## LIBERTÀ SESSUALE TRA DIRITTO INTERNO E DIRITTO CRIMINALE INTERNAZIONALE

*Maria Virgilio\**

### *1. Rivisitare la categoria della libertà sessuale*

Oggi più che mai la categoria della "libertà sessuale" ha necessità di essere rivisitata.

Inquadrata nell'ottica della "libertà femminile" (preferisco questa dizione a quella qui proposta di "libertà delle donne": è qualitativa e non oppositiva/conflittuale) impone di assumere una ottica di genere/sex (Nadotti; Bimbi), che ci auguriamo possa aiutarci nel muoverci più agevolmente entro un tema innegabilmente complesso.

Già il concetto di "libertà" è arduo di per sé, perché indeterminato e polisemico (Baldassarre; Ferrajoli).

Quanto alla "libertà sessuale" rimanda immediatamente al diritto dei corpi, ma vorremmo intenderli nella integrità del corpo-mente, senza quei frazionamenti che il soggetto femminile ben conosce e sperimenta quando anche dal legislatore è trattata come mero contenitore di vita umana, incapace di decidere per sé e indegna di essere madre.

Il diritto dei corpi non è neutro: il diritto non si occupa del corpo maschile, a meno che non sia malato. Al contrario disciplina e regola attentamente il corpo femminile; tanto che vi è chi definisce il corpo della donna - ispezionato, esplorato, programmato - come luogo pubblico (Duden).

Collocata in questo ambito la categoria della libertà sessuale mostra subito di soffrire di una palese contraddizione, tra la prassi del linguaggio giuridico, che tralasciamente e acriticamente vi ricorre, e la assenza di fonti normative espresse.

La libertà sessuale non è scritta nella nostra Carta costituzionale. Pertanto, per poter essere nominata, deve essere ricavata dai diritti inviolabili dell'art. 2, inteso quale catalogo aperto alla individuazione di nuovi diritti (tale operazione interpretativa è stata praticata dalla decisione C. Cost., 561/1987 relativa all'ordinamento pensionistico di guerra nella parte in cui non prevedeva un in-

---

\* Professore incaricato di Diritto penale comparato presso l'Università di Bologna.

dennizzo anche dei danni non patrimoniali patiti dalle vittime di violenza carnale in occasione di eventi bellici).

Inoltre la libertà sessuale non è iscritta in alcuna delle leggi o delle fonti normative che costruiscono il nostro ordinamento giuridico. Compariva solo nel nostro codice penale, quale intitolazione del capo I del titolo IX (" Dei delitti contro la moralità pubblica e il buon costume", capo I "Dei delitti contro la libertà sessuale"); ma ne è stata rimossa recentemente ad opera delle norme contro la violenza sessuale del 1996: la tecnica di spostamento dei delitti alla nuova collocazione dopo l'art 609 ha fatto perdere loro la configurazione di capo autonomo e con questo si è persa la intitolazione alla libertà sessuale.

Eppure l'uso comune continua a ricorrere alla espressione. E dunque la dottrina giuridica si pone il problema di definirla. Così la libertà sessuale viene definita nella duplice dimensione positiva e negativa, come diritto alla libera esplicazione delle proprie qualità e facoltà sessuali oppure come diritto di pretendere che altri non aggredisca il proprio corpo per farne oggetto di manifestazioni sessuali (Bertolino). Da altri efficacemente è stato sintetizzato: c'è un *aspetto dinamico-positivo* che consiste nel libero esercizio della sessualità senza ulteriori limitazioni oltre a quelle derivanti - tra le altre - dal rispetto della libertà altrui e c'è un *aspetto statico-passivo*, il diritto cioè a non essere coinvolto, attivamente o passivamente, in condotte (relazioni *lato sensu*) aventi contenuto sessuale; e a maggior ragione, nel respingere le aggressioni di terzi (Morales Prats- Garcia Albero).

## 2. Panorama delle tematiche in agenda. La violenza sessuale

Per cercare di superare la astrattezza - innegabile in questo caso - del momento definitorio, abbiamo scelto di tentare di ancorarci alla concretezza della attualità, procedendo ad una ricognizione dei vari temi che nella odierna agenda vengono ricondotti alla libertà sessuale.

Abbiamo così individuato i seguenti temi:

- la violenza sessuale, con particolare riferimento alla sessualità del giuridicamente incapace (minore o malato mentale);
- le nuove tecnologie riproduttive;
- la sessualità del cliente nella prostituzione;
- la prostituzione coatta e il traffico di esseri umani;
- le mutilazioni sessuali;
- il crimine internazionale di stupro.

È d'obbligo iniziare dalla violenza sessuale, che costituisce il campo più direttamente e immediatamente collegato alla libertà sessuale. Qui l'indagine giurisprudenziale (anche della Corte Costituzionale e della Corte dei Conti) indica che i delitti di violenza sessuale continuano costantemente a essere definiti come delitti contro la libertà sessuale, lesivi - si legge in qualche decisione (Cass.

Pen. III, 7.9.2000, Nitti) - della "libertà sessuale personale". L'aggiunta del richiamo alla dimensione "personale" tradisce forse il tentativo di staccarsi dalla impostazione del diritto patriarcale nel quale l'attività sessuale non costituiva oggetto di un diritto della persona, dei corpi, o comunque una espressione di autonomia individuale (*sexual autonomy*); essa rappresentava invece una funzione e cioè uno strumento finalisticamente orientato a uno scopo che trascende la persona stessa e che si identifica con la perpetuazione della specie nell'ambito della famiglia legittima (Padovani). In tal senso la libertà sessuale si rivelava strumentale e funzionale rispetto ad interessi esorbitanti dalla soggettività individuale e attinenti invece ad interessi superindividuali, come era palese quando i beni tutelati erano, anche formalmente, pudore, buon costume, pubblica moralità, ordine delle famiglie.

Nella ottica patriarcale anche il riferimento alla *libertà* è caratterizzato da una fittizia neutralità: la tutela dei beni collettivi include certo sì una protezione di interessi individuali, ma gli individui destinatari della attenzione sono di genere maschile al pari degli autori. Persona ed individuo, termini apparentemente neutri, cancellano la identità femminile e nascondono la connotazione fortemente maschile della violenza sessuale, come atto tutto interno ad una logica di figure esclusivamente maschili, sia sul versante dell'autore sia in quello del soggetto leso: l'effettivo destinatario della violenza è un altro uomo, colpito attraverso la manomissione di un proprio bene, la sua donna.

Nella giurisprudenza il bene giuridico della libertà sessuale viene anche utilizzato come criterio interpretativo. Ci riferiamo alle ipotesi il cui il giudice nell'esaminare la condotta del reato deve definire la nozione di "atto sessuale" e a quelle in cui deve valutare se ricorra la attenuante del caso "di minore gravità", di cui all'art. 609 *bis*, 3° comma.

Il codice penale del 1930 era più scoperto: spezzettava il corpo (femminile) secondo la logica della procreazione e poi della penetrazione, come dimostrava la bipartizione delle fattispecie previste secondo la distinzione della condotta di congiunzione carnale (il più grave delitto di violenza carnale) da quella degli atti di libidine diversi dalla congiunzione carnale e atti (il meno grave delitto di atti di libidine violenti). A questa è succeduta nel 1996 una nuova figura unificata e indifferenziata di violenza sessuale ("atti sessuali"), alla quale è stata ulteriormente affiancata una ipotesi attenuata, quella di violenza sessuale nei casi di minore gravità (art. 609 *bis*, 3° comma), che - in sostanza - affida al giudice la distinzione tra i vari casi. Ebbene una disamina della prima giurisprudenza sulla nuova legge sembra continui a distinguere la penetrazione dalle altre condotte, esattamente come nella vecchia legge.

Una lettura di genere focalizza nel diritto due ben diverse visioni della sessualità maschile e femminile.

La sessualità maschile eterosessuale è prospettata come violenta e aggressiva. È libera di agire all'interno della relazione (coniugale), anche nella forma

violenta, che viene legittimata espressamente dal diritto (come è ancor oggi in taluni ordinamenti stranieri che consentono la violenza sessuale all'interno del matrimonio) oppure nella effettività di una irriducibile impunità di fatto. Fuori dal contesto relazionale, la sessualità maschile deve fermarsi solo in presenza di una resistenza attiva della donna; non è sufficiente che questa manifesti il suo non consenso. È significativa in proposito la problematica della violenza e minaccia come modalità necessaria della condotta nel delitto di violenza sessuale, in alternativa alla sufficienza del requisito della non volontà, del non consenso o dissenso della parte offesa (Virgilio). È il salto che la legge di oggi non ha fatto (come invece è avvenuto nel diritto criminale internazionale con la sentenza Kunarak - vedi § 7).

Dunque l'esercizio "naturale" della sessualità maschile è libero di svolgersi o perché si garantisce tramite un contratto sessuale o di matrimonio o sesso commerciale (Pateman) oppure perché deve arrestarsi solo quando si trova opposta una resistenza femminile attiva.

La sessualità femminile invece, fuori dai casi della sua violabilità, è disciplinata per essere limitata. Può esprimersi solo in un ambito dai rigidi confini: il matrimonio, la coppia stabile eterosessuale e solo ai fini della procreazione. Madre, moglie, figlia. Fuori da questi ruoli patriarcali, fuori dal rapporto di genere o generazionale la donna non esiste nel diritto, come non esiste alcun principio costituzionale e valore fondante il sistema giuridico che si ispiri alla inviolabilità del corpo femminile, ma non esiste neppure il diritto alla sessualità.

L'esercizio della sessualità femminile fuori da quei confini e da quella finalità rende la donna pericolosa e fonte di disordine e caos. La instrada addirittura fuori dal diritto, la colloca in altre forme di devianza (e di controllo sociale), e la precipita nell'ambito di altri saperi.

L'esempio paradigmatico è proprio la sessualità negata della donna inferma di mente e della donna minorenni, cui il diritto patriarcale implicitamente negava il diritto alla sessualità nella misura in cui negava in radice ogni disponibilità sessuale e ne criminalizzava i rapporti sulla base del diritto alla cd. intangibilità sessuale. Ora la legge moderna cede il campo ad una permissività temperata e relativa. Ora la presunzione assoluta prevista per tal caso dal Codice Rocco è venuta meno, ed ha lasciato il campo all'accertamento del giudice che, di volta in volta, anche coinvolgendo il (o delegando al) potere medico, deve distinguere il rapporto sessuale lecito da quello, tuttora criminalizzato, commesso con induzione e con abuso delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della parte offesa.

Sono i giudici ed i suoi periti a stabilire di volta in volta, e dunque secondo i propri modelli culturali se e quando la donna esprima una sua autonomia oppure sia stata soggetta alla sessualità e dominio maschile. È già possibile una analisi dei primissimi casi giudicati secondo la nuova legge (Cass. n. 4114, Pennese e n. 4426, Masu). E, di certo, gli episodi giunti a giudizio non lanciano messaggi di libertà femminile.

### 3. *Autodeterminazione e nuove tecnologie riproduttive*

E dire che la libertà (sessuale) femminile aveva visto con la contraccezione un radicale e rivoluzionario ribaltamento. Scissa la sessualità dalla riproduzione, le donne si sono - e si sono percepite come - liberate dalla schiavitù della maternità imposta. L'autodeterminazione ha segnato così un indubbio passo avanti.

Ora invece l'avvento delle nuove tecnologie riproduttive reca con sé un innegabile versante oppressivo, nella misura in cui propone una visione del corpo femminile come contenitore/macchina: il potere di generare insito nel corpo femminile sconvolge i canoni del diritto e induce il diritto a rinviare al potere medico.

È significativa la regolamentazione giuridica dell'aborto e della procreazione medicalmente assistita. Entrambe accomunate nel ricorso da parte del diritto ad una "finzione" terapeutica. Nella prima le c.d. indicazioni permettenti costringono la donna che scelga di non essere madre a piegarsi secondo la logica di soggetto incapace. Nella seconda la nuova tecnologia viene prospettata come terapeutica, ma - paradossalmente per una metodologia terapeutica - viene negata alla donna sola, ritenuta incapace e inidonea; con difficoltà viene riconosciuta alla coppia di fatto; per di più le c.d. indicazioni permettenti - che anche qui è il medico a dover certificare - sono alquanto contraddittorie (il medico dovrebbe "documentare" casi di sterilità o di infertilità... "inspiegate"!).

### 4. *Libertà sessuale e sesso commerciale*

Un altro settore in cui ci si riferisce alla libertà sessuale è quello del sesso commerciale.

Qui, in primo piano, si colloca il versante della domanda di sesso commerciale, piuttosto che quello dell'offerta. La posizione del cliente e del fruitore dei servizi di prostituzione è balzata in primo piano a seguito della scelta di politica criminale operata dal sistema penale svedese, che prevede la fattispecie di "acquisto di servizi sessuali", che punisce "chiunque si procuri una relazione sessuale occasionale dietro compenso". A questa stessa filosofia di politica criminale deve essere ricondotta l'iniziativa dei sindaci di varie città che hanno emanato apposite ordinanze per sanzionare in via amministrativa la sosta o l'intralcio alla circolazione stradale da parte delle autovetture dei clienti che contrattano prestazioni sessuali.

Si caratterizza per la assoluta novità, consistente nella criminalizzazione della sessualità maschile invece che, come era stato nel passato, di quella femminile.

L'aspetto attraente di questa posizione è che coglie lo squilibrio di potere tra chi, nello scambio, ha il denaro e chi non lo ha, tra chi detiene posizioni di supremazia economica e chi a questa soggiace. Solo il primo è pienamente libero

di determinarsi. E dunque l'obiettivo è quello etico di salvaguardare il corpo femminile dalla violenza maschile esercitata attraverso il denaro.

Con questa scelta lo Stato si assume la funzione etico-pedagogica di sanzionare un comportamento sessuale maschile. Tuttavia questa posizione sacrifica totalmente la libertà di disporre di sé e del proprio corpo, in un rapporto del tutto privato.

E indirettamente finisce per negare la libertà di prostituirsi, perché non distingue tra persone che esercitano la prostituzione per scelta e persone coartate e trafficate. Questa distinzione stessa viene negata: l'area della prostituzione e quella del traffico si sovrappongono totalmente. Ne consegue che le prostitute sono tutte determinate, condizionate, e dunque non in grado di fruire della libertà di disporre del proprio corpo.

Quanto al compito riservato all'intervento dello Stato, le persone che esercitano la prostituzione possono solo essere aiutate a uscire dalla prostituzione. Sono invece esclusi altri tipi di intervento pubblico, come quelli ispirati alla politica di riduzione del danno, volti a migliorare le condizioni di svolgimento: le persone prostitute sono tutte schiave. Ne consegue una ulteriore criminalizzazione del cliente, gravato anche dall'accusa di essere complice del delitto di riduzione in schiavitù.

##### 5. *Traffico di esseri umani: fattispecie sessuata oppure neutra*

Un ulteriore nodo della libertà sessuale si misura su come strutturare la norma di contrasto del traffico di esseri umani, all'interno del quale è ricompreso il traffico a fini di sfruttamento sessuale. L'alternativa è tra una fattispecie di traffico sessuata e sessualizzata, cioè riferita solo alle donne e solo alla finalità di sfruttamento sessuale, oppure, dall'altra parte, una fattispecie neutra, allargata ad una gamma plurima di scopi: lavoro forzato, servitù domestica, prelievo d'organi.

La prima strada è quella praticata nella Dichiarazione della Conferenza Ministeriale dell'Aja del 26 aprile 1997 che ha espresso "Linee guida europee per misure efficaci di prevenzione e lotta contro la tratta delle donne a scopo di sfruttamento sessuale": "Per tratta delle donne si intende ogni comportamento che faciliti l'ingresso legale o illegale di donne nel territorio di un paese, nonché il loro transito, soggiorno o uscita dallo stesso, allo scopo di sfruttamento sessuale a fine di lucro, tramite coercizione, in particolare violenza o minacce, o inganno, abuso di autorità, o altra forma di pressione tale per cui alla persona interessata non sia data altra scelta accettabile o reale se non quella di subire la pressione o abuso in questione".

Una tal definizione, riferita solo alle donne e solo alla finalità di sfruttamento sessuale, ha sicuramente il pregio di mettere in luce gli stretti legami tra questo tema e quelli della migrazione da una parte e della prostituzione dall'altra.

L'alternativa di politica criminale è una figura di traffico unitario, con una gamma plurima di scopi illeciti, comprensiva di vari tipi di sfruttamento, che dunque non evidenzia e non esplicita una specificità di tipo sessuale e che è idonea a di coprire, oltre le forme attuali di traffico, anche ulteriori sviluppi. Questa impostazione rinuncia a modellare la norma sulla soggettività femminile, come se fossero la sessualità e il corpo femminile a rendere le donne particolarmente vulnerabili alla tratta. E dunque, in una ottica di genere, non enfatizza la componente sessuale, ponendo sullo stesso piano tutte le forme di assoggettamento, sessuali e non. Anzi evidenzia come sia la domanda maschile di sesso commerciale a cagionare il traffico in forza degli altissimi guadagni a costo zero che assicura alla criminalità organizzata.

Questa via è percorsa dalla Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale - Palermo 2000 - e dai due relativi Protocolli contro la criminalità organizzata.

La nostra recentissima legge 11 agosto 2003, n. 228, Misure contro la tratta di persone, vuole ispirarsi a questa seconda opzione.

#### 6. Mutilazioni sessuali

Il nostro legislatore ha ricondotto espressamente alla libertà sessuale anche il tema delle mutilazioni sessuali. Ci riferiamo al d.d.l. n. 414 Senato, recante: "Modifiche all'articolo 583 del codice penale in materia di mutilazioni e lesioni agli organi genitali a fine di condizionamento sessuale". Trattasi di un intervento novellatorio di modifica del codice penale, che è stato realizzato modificando il delitto di lesioni volontarie previste dall'art. 583 c.p. e, precisamente, aggiungendo alle circostanze aggravanti già previste una ipotesi ulteriore (n. 4-bis), così incrementando i casi di lesioni personali gravissime.

L'aggravante è stata impostata sulla finalità "di condizionare le funzioni sessuali della vittima". Ne deduciamo che secondo il legislatore questa sarebbe la finalità della pratica che si intende contrastare. Ma questo assunto contrasta con la analisi degli studi antropologici (Facchi; Favali)!

Peraltro sia una corretta conoscenza del fenomeno sia la comparazione con altre esperienze e con altri sistemi penali indicava come praticabili percorsi diversi (non fondati sulla repressione penale) per misurarsi sui terreni ardui del multiculturalismo e del pluralismo giuridico.

#### 7. Il crimine internazionale di stupro

Il caso dello stupro (per usare il termine con cui noi italiani indichiamo la violenza sessuale nel diritto criminale internazionale - invece la lingua inglese e la francese usano lo stesso termine del diritto interno: *rape/viol*) è particolarmente significativo delle potenzialità in termini di libertà della dimensione so-

vanazionale. Questa dimensione non solo interagisce con quella dei sistemi interni, ma registra l'implicazione dei c.d. tre formanti del diritto: legislazione, dottrina e giurisprudenza.

Il primo testo riconosciuto del diritto criminale internazionale, cioè la Carta di Londra 1945, non contemplava lo stupro tra i crimini di competenza del Tribunale Militare Internazionale di Norimberga (eppure molti testimoni riferirono come la pratica dello stupro fosse stata ampiamente utilizzata).

Dobbiamo arrivare alla IV Convenzione di Ginevra del '77 (art. 27) e protocolli aggiuntivi (art. 76, 1, del I e art. 4, 2 del II) per vedere sanzionato espressamente lo stupro. Erano gli anni in cui i movimenti femministi di molti paesi ponevano con forza il problema della violenza sessuale (*Against our will*) e, in Italia, circolava il filmato "Processo per stupro". Di conseguenza anche molti sistemi interni rividero (e ripetutamente) le norme in materia di violenza sessuale.

Quando il Consiglio di Sicurezza nel 1993-94 istituì i Tribunali *ad hoc* per l'ex Jugoslavia e per il Ruanda, inserì lo stupro (*rape* nella versione ufficiale inglese e *viol* nella francese) tra i crimini contro l'umanità (vedi anche l'art. 96 del Regolamento di procedura e prove).

E ICTY e ICTR si sono trovati con la loro attività giurisprudenziale a svolgere una vera e propria opera creativa di diritto. In proposito possiamo ricostruire le linee della evoluzione giurisprudenziale, che tocca tre tappe (Betti).

1) 2 settembre 1998, ICTR, caso Akayesu. È contestato il crimine di stupro. Ma nella condanna il crimine è assorbito in quello di genocidio. Dunque allo stupro non viene riconosciuta autonomia di titolo specifico di crimine (Fronza).

2) 10 ottobre 1998, ICTY, caso Furundzija. L'imputato è condannato per stupro (oltre che per altro). Nella motivazione il Tribunale riscontra la mancanza di una definizione di stupro nel diritto internazionale: dunque è costretto ad una opera creativa che si conclude con la elaborazione di una definizione in cui la condotta è fondata sulla modalità di violenza e minaccia.

3) 22 febbraio 2001, ICTY, caso Kunarak + 2. L'imputato viene condannato per stupro (oltre che per altro). La motivazione segna il superamento della precedente giurisprudenza: la fattispecie è impostata sul requisito della mancanza di consenso della vittima, invece che sulla modalità di violenza e minaccia.

Per completezza va tuttavia aggiunto che la Commissione che ha elaborato gli "elementi dei crimini" non ha raccolto lo spunto innovativo giurisprudenziale ed è ritornata a una definizione più tradizionale dello stupro.

## 8. Conclusioni

È sul piano normativo e astratto che occorre ricercare l'affermazione del diritto dei corpi e la valorizzazione della autonomia e responsabilità femminile? È questa la via per superare il diritto patriarcale fondato sul disciplinamento della sessualità femminile e comunque del corpo femminile?

È un mutamento normativo quello che può iscrivere nelle norme il diritto dei corpi e il diritto alla sessualità?

Riprendendo alcune indicazioni emerse dalla discussione, si tratterebbe innanzitutto di mutare la carta costituzionale, inserendovi oggi un principio non compreso, quello del diritto alla inviolabilità del corpo femminile.

Invero la via della affermazione di un principio a livello fondativo, ancor prima che nella legislazione di rango ordinario, è apparso un percorso significativo già nella dimensione legislativa sovranazionale.

In particolare, in tema di diritti fondamentali/umani la rivisitazione dal punto di vista del genere ha originato una interessante dinamica tra giurisprudenza, dottrina e produzione normativa. Nell'esempio del crimine internazionale di stupro il ruolo della giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc* si è rivelato come anticipatore. Tuttavia non dobbiamo dimenticare che l'intervento giurisprudenziale in questo caso ha fatto seguito al momento legislativo e di discussione, quello rappresentato dallo Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale che, recependo una ottica di genere, ha notevolmente ampliato all'art. 7 il catalogo dei crimini, inserendovi schiavitù sessuale, prostituzione forzata, gravidanza forzata, sterilizzazione forzata, e anche prevedendo il crimine di "*gender persecution*".

Quali sarebbero le ricadute, sulle singole questioni che abbiamo indicato, di questa valorizzazione simbolica?

È difficile ipotizzarlo oggi. Il diritto che conosciamo, impostato sulle categorie giuridiche del contratto, della soggettività giuridica individuale, della imputabilità, sembra inidoneo a tener conto della particolarissima relazione di maternità e a governare le differenze e le diversità, che non sono solo quelle legate alla multietnicità e al multiculturalismo, ma anche quelle poste in evidenza dalle diverse scelte di vita da parte delle/degli individue/i, scelte che già di fatto si manifestano, vengono rivendicate e hanno già modificato il contesto sociale.

Resta che la messa a tema di nuovi valori e il tentativo della loro iscrizione nel diritto costituisce oggi un percorso arduo e complesso. Ma la sfida non può non essere affrontata. Anche in nome della libertà di tutti.