



# **UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PARMA**

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO PENALE

XXI CICLO

## **IL REATO DI ATTI SESSUALI CON FANCIULLI SECONDO L'ART. 187 DEL CODICE PENALE SVIZZERO**

*Coordinatore*

Ch.mo Prof. ALBERTO CADOPPI

*Tutor*

Ch.mo Prof. PAOLO VENEZIANI

*Dottorando*

DARIO ITEM

2009



## INDICE

Abbreviazioni .....	p.	V
Cap. I Profili storici .....	p.	1
Cap. II La genesi dell'art. 187 CPS .....	p.	47
Cap. III Profili sistematici.....	p.	73
Cap. IV Gli elementi costitutivi dell'art. 187 CPS .....	p.	83
Cap. V Consumazione e tentativo .....	p.	117
Cap. VI Il concorso di persone .....	p.	133
Cap. VII Il concorso di reati .....	p.	153
Cap. VIII Le cause di giustificazione .....	p.	187
Cap. IX Le cause di non punibilità (e di esclusione della colpevolezza) .....	p.	203
Cap. X Il problema dell'imputabilità .....	p.	222
Cap. XI La commisurazione della pena .....	p.	271
Cap. XII La prescrizione .....	p.	319



## ABBREVIAZIONI

§	Paragrafo
Acc.	Accordo
add.	Addizionale
AppG	Appellationsgericht (Tribunale d'Appello)
AELS	Associazione europea di libero scambio
AF	Assemblea federale
AFC	Amministrazione federale delle contribuzioni
AFD	Amministrazione federale delle dogane
AR GVP	Ausserrhodische Gerichts- und Verwaltungspraxis, Aarau
ATF	Raccolta ufficiale delle decisioni del Tribunale federale
agg.	Aggiuntivo
AJP/PJA	Aktuelle juristische Praxis/Pratique Juridique Actuelle
All.	Allegato
art.	Articolo
BezG	Bezirksgericht (Tribunale distrettuale)
BGE	Raccolta ufficiale delle decisioni del Tribunale federale
BJM	Basler Juristische Mitteilungen, Basilea
BJP	Bulletin de jurisprudence pénale, Berna
BN	Der Bernische Notar, Berna
BOA	Bollettino degli Ordini degli Avvocati del Cantone Ticino
BR	Baurecht, Friburgo
BU	Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi del Cantone Ticino
BUAF	Bollettino ufficiale dell'Assemblea federale
Canc. fed.	Cancelleria federale
C	Circolare
c.	Contro o comma o considerando

---

IL REATO DI ATTI SESSUALI CON FANCIULLI SECONDO L'ART. 187 CPS

---

CAN	Camera per l'avvocatura e il notariato, Tribunale d'Appello del Cantone Ticino
cap.	Capitolo o capo
CC	Codice civile svizzero del 10 dicembre 1907 (RS 210)
CCA	Camera civile del Tribunale di Appello del Cantone Ticino
CCRP	Corte di Cassazione e Revisione Penale, Tribunale di Appello del Cantone Ticino
CE	Comunità europee
CECA	Comunità europea del carbone e dell'acciaio
CEDU	Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950 (RS 0.101)
CEE	Comunità economica europea (dal 1° nov. 1993: CE)
CF	Consiglio federale svizzero
CFB	Commissione federale delle banche
CFPG	Commissione ticinese per la formazione permanente dei giuristi, Lugano
Cfr.	Confronta
cit.	Citato
CN	Consiglio nazionale
CO	Legge federale di complemento del Codice civile svizzero (Libro quinto: Diritto delle obbligazioni) del 30 marzo 1911 (RS 220)
Com.	Comunicazione
Conc.	Concordato
Cons.	Considerando
Consid.	Considerando (in uso al TF)
Conv.	Convenzione
Cost.	Costituzione federale della Confederazione Svizzera
CP	Codice penale svizzero del 21 dicembre 1937 (RS 311.0)
CPit	Codice penale italiano
CPM	Codice penale militare del 13 giugno 1927
CPPT	Codice di procedura penale ticinese del 19 dicembre 1994 (RL 3.3.3.1)
CPCT	Codice di procedura civile ticinese del 17 febbraio 1971 (RL 3.3.2.1)
CPS	Codice penale svizzero del 21 dicembre 1937 (RS 311.0)
cpv.	Capoverso
CRP	Camera dei Ricorsi penali, Tribunale di Appello del Cantone Ticino
CS	Collezione sistematica delle leggi e ordinanze federali 1848–1947
CSt	Consiglio degli Stati
CUS	Conferenza universitaria svizzera

---

ABBREVIAZIONI

D	Decreto
DCF	Decreto del Consiglio federale
Dec.	Decisione
DF	Decreto federale
DFAE	Dipartimento federale degli affari esteri
DFE	Dipartimento federale dell'economia
DFF	Dipartimento federale delle finanze
DFGP	Dipartimento federale di giustizia e polizia
DFI	Dipartimento federale dell'interno
Dip.	Dipartimento
disp.	Disposizione
Div.	Divisione
DPA	Legge federale del 22 marzo 1974 sul diritto penale amministrativo
DTF	Raccolta ufficiale delle decisioni del Tribunale federale
ecc.	Eccetera
ed.	Edizione
etc.	<i>Et cetera</i>
fedpol	Ufficio federale di polizia
FF	Foglio federale
fin.	Finale
FJS	Fiches juridiques suisses, Ginevra
fr.	Francese (lingua)
FSA	Federazione svizzera degli avvocati, Zurigo
FUC	Foglio ufficiale della Repubblica e Cantone del Ticino, Bellinzona
FUM	Foglio ufficiale militare
FUSC	Foglio ufficiale svizzero di commercio
GAAC	Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione, Berna
GATT	Accordo generale su le tariffe doganali e il commercio
ingr.	Ingresso
INSAI	Istituto nazionale svizzero di assicurazione contro gli infortuni
IPI	Istituto federale della proprietà intellettuale
Istr.	Istruzioni
it.	Italiano (lingua)
JDT	Journal des Tribunaux, Société du Journal des Tribunaux et Revue Judiciaire société coopérative, Losanna
L	Legge
lb.	Libro
LEF	Legge federale sull'esecuzione e sul fallimento dell'11 aprile 1889
lett./litt.	Lettera
LF	Legge federale

IL REATO DI ATTI SESSUALI CON FANCIULLI SECONDO L'ART. 187 CPS

---

LOGA	Legge federale del 21 marzo 1997 sull'organizzazione del Governo e dell'Amministrazione
LParl	Legge federale del 13 dicembre 2002 sull'Assemblea federale
LTF	Legge federale sul Tribunale federale del 17 giugno 2005
M	Messaggio
mod.	Modificazione
n. / N.	Numero
NPP	Nota a piè di pagina
O	Ordinanza
o.c.	Opera citata
OE	Ordinanza d'esecuzione
OG	Legge federale del 16 dicembre 1943 sull'organizzazione giudiziaria (abrogata)
P	Progetto
p.	Pagina
pp.	Pagine
PA	Legge federale del 20 dicembre 1968 sulla procedura amministrativa
par.	Paragrafo
PC	Legge federale di procedura civile, del 4 dicembre 1947 (RS 273)
per.	Periodo
PJA/AJP	Aktuelle juristische Praxis/Pratique Juridique Actuelle
Pläd	Plädoyer, Zurigo
Pra	Die Praxis des Bundesgerichts, Basilea
PP	Legge federale sulla procedura penale del 15 giugno 1934 (RS 312.0)
PPM	Procedura penale militare, del 23 marzo 1979
Prescr.	Prescrizione
Proc. verb.	Processo verbale
Prot.	Protocollo
pt.	parte
PTT	Poste, telefoni e telegrafi (ora: la Posta Svizzera e Swisscom)
R	Regolamento
RDAT	Rivista di diritto amministrativo e tributario ticinese, Bellinzona (fino al 2004, in seguito RtiD)
RDS	Rivista di diritto svizzero, Basilea
RE	Regolamento d'esecuzione
Recht	Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis, Berna
Rep.	Repertorio di giurisprudenza patria, Bellinzona (fino al 2000)
RFJ	Revue fribourgeoise de jurisprudence, Friburgo
Rif.	Riferimenti

---

ABBREVIAZIONI

Ris.	Risoluzione
resp.	Rispettivamente
RJJ	Revue jurassienne de jurisprudence, Porrentruy
RJN	Revue de jurisprudence neuchâteloise, Neuchâtel
RPS	Rivista penale svizzera, Stämpfli Verlag, Berna
RS	Raccolta sistematica del diritto federale
RT	Raccolta ufficiale dei trasporti
RtiD	Rivista ticinese di diritto, Cancelleria dello Stato del Cantone Ticino, Bellinzona e Helbing & Lichtenhahn, Basilea
RU	Raccolta ufficiale delle leggi federali, o Raccolta delle leggi federali fino a fine 1986, i cui singoli volumi sono designati con il millesimo, o Raccolta ufficiale delle leggi e dei decreti della Confederazione svizzera fino al 1948
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence, Sion
s.	Seguente
SAV	Federazione svizzera degli avvocati, Zurigo
ss.	Seguenti
ted.	Tedesco (lingua)
SJ	La semaine judiciaire, Société genevoise de droit et de législation, Ginevra
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung, Zurigo
STF	Decisioni del Tribunale federale non (o non ancora) pubblicate nella raccolta ufficiale (v. voce DTF)
TA	Tribunale d'appello del Cantone Ticino
TAF	Tribunale amministrativo federale
TF	Tribunale federale svizzero, Losanna
TFA	Tribunale federale delle assicurazioni, Lucerna
TPF	Tribunale penale federale, Bellinzona
tit.	Titolo
trans.	Transitorio
Tratt.	Trattato
UFAP	Ufficio federale delle assicurazioni private
UFG	Ufficio federale di giustizia
UFCOM	Ufficio federale delle comunicazioni
Uff.	Ufficio
vol.	Volume
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung, Zurigo
ZStrR	Rivista penale svizzera, Stämpfli Verlag, Berna
ZWR	Zeitschrift für Walliser Rechtsprechung, Sion



## § I

### PROFILI STORICI

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Storia, miti e leggende – 3. Dalle origini all'età classica – 4. Il Medioevo – 5. Dal XV al XVIII secolo - 6. Fine Ottocento e primi del Novecento – 7. L'epoca contemporanea – 8. Conclusioni - 9. Bibliografia e Sitografia

#### 1. Introduzione

Approcciarsi a un tema tanto delicato quanto quello dell'abuso sessuale sui minori, significa confrontarsi con preconcetti e credulonerie inveterate, spesso figlie di una risalente disinformazione. Pensiero assai diffuso, al riguardo, è quello secondo il quale il pedofilo sia necessariamente un mostro, alternativamente un malato mentale irrecuperabile o un criminale patologico. Altrettanto frequente, poi, è l'idea che il fenomeno della pedofilia<sup>1</sup> sia caratteristico del nostro tempo, potendosi variamente imputare alla distorsione dei messaggi mediatici, al proliferare incontrollato degli stimoli visivi o alla facilità di reperire materiale pedo-pornografico. Questo approccio, in qualche misura, può esser ricondotto al generale silenzio con cui fino agli anni ottanta erano sistematicamente ammantati i fatti relativi alla pedofilia, esclusi dalle pagine di cronaca siccome ritenuti talmente mostruosi da

1.1  
L'utilità  
dell'indagine  
storica

---

<sup>1</sup> Dal greco *παις*, *παιδός* ragazzo e *φιλία* amore; comprendente ogni tipo di rapporto sessuale etero e omosessuale tra fanciulli ed adulti.

suscitare un eccessivo allarme sociale<sup>2</sup>. Tant'è che, complice questo stato delle cose, anche alcuni pedofili si sono progressivamente convinti dell'esistenza di una sorta di "età dell'oro", un passato in cui gli adulti potevano dar corso liberamente alle loro scorribande amorose con bambini felicemente consenzienti<sup>3</sup>. La verità, ovviamente, è assai più complessa e variegata. Innanzitutto, sebbene quotidiani e riviste a carattere non scientifico riportino spesso l'affermazione contraria, la pedofilia e in genere l'attenzione sessuale per i soggetti prepuberi, è fenomeno quanto mai diffuso e radicato nel tempo. Se per alcuni il ricercare le radici dell'abuso sessuale su minori nel passato costituirebbe una pratica fuorviante, dacché tali condotte rappresenterebbero essenzialmente il frutto della società contemporanea nonché il "male" tipico del nostro secolo, la realtà appare ben diversa agli occhi dello storico più accorto. Egli, dunque, non può esimersi dal fornire una ricostruzione scientifica dei fatti che rispecchi con assoluto rigore l'evoluzione storica e sociologica del fenomeno in esame, così da fornire al lettore la migliore cognizione possibile delle sue peculiarità.

- 1.2 Per poter far ciò, innanzitutto, occorre tener conto dei molteplici fattori in grado di modificare l'essenza e la percezione del fatto controverso, vale a dire i costumi dell'epoca, le tradizioni, l'etica ed il complesso delle regole socio-culturali dominanti nella società di riferimento. I comportamenti umani, è risaputo, sono all'un tempo determinati da meccanismi biologici e fattori psico - sociologici: mentre i primi rimangono costanti, i secondi variano nel tempo. Una determinata condotta sessuale, quindi, può risultare normale o aberrante in funzione del bagaglio culturale dei suoi osservatori, posto come il loro giudizio non possa astrarre dai criteri propri della società e del tempo in cui essi vivono<sup>4</sup>. La pedofilia, indubbiamente, costituisce archetipo e paradigma di questo modello logico - evolutivo, dovendosi

---

<sup>2</sup> LUIGI CORTELLESA/NATALE FUSARO, *Pedofilia e criminalità*, Koinè, Roma, 2003.

<sup>3</sup> MASSIMO PICOZZI/MICHELE MAGGI, *Pedofilia. Non chiamatelo amore*, Guerini e Associati, Milano 2003, p. 77.

<sup>4</sup> LUCIO BONAFIGLIA, *Pedofilia Perché? L'esigenza di confini*, Carlo Amore, Roma, 2003, p. 35; CORTELLESA/FUSARO, *Pedofilia* (2), pp. 11 ss.

in ogni caso rilevare come il passare dei secoli abbia mutato valore, definizione e significato del comportamento sessuale controverso senza che mai si giungesse ad una così aspra stigmatizzazione quale quella odierna.

Ripercorrendo il fenomeno in prospettiva diacronica, dunque, possono certamente individuarsi almeno quattro fasi storiche ugualmente rilevanti: l'età classica, il Medioevo, il periodo tra XV e XVIII secolo e quello tra fine Ottocento e primo Novecento. Per ognuno di questi periodi, oltre che nelle diverse opere letterarie del tempo, una cospicua serie di testimonianze dei soprusi e delle vessazioni fisiche e sessuali a danno dei minori possono rinvenirsi anche nelle rappresentazioni teatrali, nella mitologia e nelle fiabe, sovente espressione di malcelate fantasie e velleità pedofile. Ciò che interessa, in relazione al tema trattato, non è però rendere edotto il lettore sulle condotte o i vizi proibiti di Imperatori, Principi laici e prelati dissoluti, quanto, piuttosto, sensibilizzarlo su quella che è stata la conseguente risposta sociale nelle diverse epoche storiche (fino ad oggi) e precisare le modalità con cui la coscienza collettiva ha infine recepito il fenomeno dello sfruttamento e dell'abuso sessuale sui minori.

1.3  
Finalità della  
ricerca storica: le  
tappe rilevanti

## 2. Storia, miti e leggende

La pedofilia, come si è accennato, appare come una costante nella storia dell'uomo. Prova ne sono, in questo senso, i racconti mitologici e le fiabe di ogni epoca che ne riportano le allusioni o i riferimenti. I miti, prima di ogni altra forma di comunicazione artistica o verbale, propongono in modo ricorrente l'immagine del bambino solo e abbandonato, in balia di pericoli terribili, quali l'essere ucciso, smembrato o divorato. Il genitore, ed in particolare il padre, è spesso assente<sup>5</sup> o addirittura artefice della morte della propria progenie, alla quale toglie la vita per non vedersi spodestato. Spesso, come nel caso di Edipo (abbandonato in fasce sul Monte Cicerone), il bambino è isolato o abbandonato dalla famiglia per il solo timore delle infauste profezie di

2.1  
Pedofilia nei miti

---

<sup>5</sup> PICOZZI/MAGGI, *Pedofilia* (3), pp. 78–79.

un oracolo<sup>6</sup>. E l'abbandono non è che una forma di violenza: altre volte i fanciulli vengono macabramente sacrificati per esser offerti in dono alla divinità, come nel caso dei miti di PELOPE o TIESTE, nei quali si narra dei raccapriccianti banchetti antropofagi da questi consumati ai danni della propria prole<sup>7</sup>.

2.2  
Fiabe, miti  
e pederastia

Tornando al rapporto tra pedofilia e miti, si nota come anche nella mitologia classica si rinvengano racconti nei quali si descrive la pratica greca dell'amore efebico. Paradigmatici sono gli esempi di LAIO, CRISIPPO e GANIMEDE, quest'ultimo rapito da ZEUS allo scopo di divenire il suo coppiere e amante e perciò ricompensato con il dono dell'immortalità<sup>8</sup>. Estremamente significativo è anche il già citato mito di PELOPE, figlio del re della Lidia, TANTALO<sup>9</sup>. Ruolo e funzione simile a quella dei miti è ugualmente ascrivibile alle fiabe, anch'esse testimonianza allegorica del vissuto cui sono contemporanee. La loro peculiarità, parafrasando CALVINO<sup>10</sup>, deriva da una sorta di «migrazione» tra la fiaba stessa e la storia, laddove la prima rappresenta la seconda e le pratiche – nella fattispecie, pedofile – in essa esercitate. Il fine delle fiabe, ancor più specificamente, è quello di stimolare le vie che permettono di entrare in contatto con le fantasie e le emozioni più eloquenti, per fronteggiarle anche quando sembrano inaffrontabili<sup>11</sup>. Un esempio di favola a sfondo pedofilo – sessuale è certamente *Dognipelo* dei fratelli GRIMM, in cui si narra di un re che vuole sposare la giovanissima figlia così inducendola a fuggire per non subire la violenza del padre<sup>12</sup>. Un contesto di abusi o vessazioni nei confronti dei minori è

<sup>6</sup> <http://www.altrodiritto.unifi.it/devianza/furfaro/cap3.htm#1> (consultato il 19 dicembre 2008).

<sup>7</sup> COSIMO SCHINAIA, *Pedofilie Pedofilia – La psicoanalisi e il mondo del pedofilo*, Bollati Boringhieri, Torino 2001, p. 70.

<sup>8</sup> PICOZZI/MAGGI, *Pedofilia* (3), pp. 80-81.

<sup>9</sup> Sul punto, SCHINAIA, *Pedofilie Pedofilia* (7), pp. 72-73.

<sup>10</sup> ITALO CALVINO, *Sulla fiaba*, Einaudi, Torino 1988.

<sup>11</sup> PICOZZI/MAGGI, *Pedofilia* (3), p. 81.

<sup>12</sup> CRISTINA ROCCIA/CLAUDIO FOTI, *L'abuso sessuale sui minori. Educazione sessuale, prevenzione, trattamento*, Unicopli, Milano 1997, pp. 139 ss. ; SCHINAIA, *Pedofilie Pedofilia* (7), pp. 98-99.

in parte rinvenibile anche in *Cappuccetto Rosso*<sup>13</sup>, in cui il lupo rappresenta chiaramente la metafora del pedofilo adulto che seduce le bambine<sup>14</sup>.

### 3. Dalle origini all'età classica (VII e VI secolo a.C.)

#### a. Le società primitive

L'abuso sessuale sui minori, si è detto, è un fenomeno che ha avuto origine nella notte dei tempi. Esso è certamente presente già nella Preistoria e ne si ha evidenza dall'osservazione dei numerosi graffiti rinvenuti sulle pareti delle caverne<sup>15</sup>. Lo studio storico-antropologico di queste raffigurazioni non lascia adito a dubbi: alcune forme di pederastia<sup>16</sup> assumevano un significato sociale d'iniziazione per i giovani maschi, solo così ammessi al mondo adulto<sup>17</sup>. Testimonianze simili si rinvencono anche in numerose comunità arcaiche delle tribù dell'Australia, delle isole Ebridi, nelle tribù dei Marind-Anim e dei Keraki in nuova Guinea e della Polinesia, nelle quali il coinvolgere un minore in pratiche sessuali rientrava in una particolare cerimonia o nell'intero processo di educazione virile. Casi analoghi si sono registrati

3.1  
Le società  
primitive

<sup>13</sup> Nella versione di PERRAULT (v. nota successiva), in particolare, la fiaba non ha nemmeno il lieto fine che tutti conosciamo.

<sup>14</sup> CHARLES PERRAULT, *Histoires ou contes du temps passé*, Continental Verlag, Parigi 2006, p. 115; SCHINAIA, *Pedofilie Pedofilia* (7), pp. 98-99. Sul punto anche ALICE MILLER, *Il bambino inascoltato*, Bollati Borlinghieri, Torino 1990, pp. 166 ss.; SIGMUND FREUD, *Casi clinici*, Vol. 7: *L'uomo dei lupi*, Bollati Borlinghieri, Torino 1977. L'autore rileva come l'orco e il lupo delle fiabe rappresentino l'immagine del padre mentre la paura-fantasia del bambino di essere divorato equivale all'idea di fondersi nel corpo del padre. Ciò è espressione di un tenero istinto passivo e della brama di essere amato dal genitore e soggiogato alla pulsione erotica.

<sup>15</sup> BONAFIGLIA, *Pedofilia Perché?* (4), p. 36.

<sup>16</sup> L'etimologia del termine deriva dal greco παῖς, πῶς, eqacaffo e ἐραστής, amante: rapporto tra un maschio adulto e un ragazzo prepubere.

<sup>17</sup> GLORIA PERSICO, *I labirinti della pedofilia: le origini sociali e psicologiche di uno dei fenomeni più drammatici del nostro tempo. Una guida preziosa per aiutarci a proteggere i nostri bambini*, Newton & Compton, Roma 2001, p. 14.

poi in Marocco, Siberia, America settentrionale<sup>18</sup> e nell'attuale zona del bacino mediterraneo, dove sin dagli albori dell'anno 3000 a.C. le fanciulle venivano prese in moglie all'età di 11 o 12 anni (ad esempio in Mesopotamia) e addirittura all'età di 6 o 7 anni in Egitto<sup>19</sup>.

3.2  
Il codice di  
Hammurabi

Ciò non tragga in inganno: talune condotte pedofile, in realtà, erano comunque represses in più d'una legislazione arcaica. Essendo il bene della verginità ritenuto di "proprietà" dell'uomo (marito, padre o fratello che fosse), la violenza sessuale veniva considerato un reato contro il patrimonio e in questi termini punito. Il Codice di Hammurabi, ad esempio, prevedeva pene draconiane a carico degli abusatori già nel XVIII sec. a.C.<sup>20</sup>. In materia d'incesto l'art.154 di questo imponente *corpus* legale disponeva che «qualora un uomo [fosse] colpevole di incesto con la figlia, sarà condotto via dal luogo (esiliato)»<sup>21</sup>. Il successivo art.155 sanciva che «qualora un uomo fidanzato una ragazza a suo figlio, e suo figlio abbia rapporti con lei, ma egli (il padre) successivamente la disonori, e sia sorpreso, allora sarà legato e gettato nell'acqua (annegato)»<sup>22</sup>. A guisa dell'art. 157: «qualora qualcuno [fosse] colpevole d'incesto con sua madre dopo suo padre, entrambi siano bruciati»<sup>23</sup>. Più mite risultava la pena contemplata a norma dell'art.158, in relazione al quale «qualora qualcuno [fosse] sorpreso dopo suo padre con la sua moglie principale, che gli ha partorito figli, sarà allontanato dalla casa di suo padre»<sup>24</sup>. Tabù ampiamente diffuso e fenomeno socialmente riprovevole, già nell'Antico Testamento ci è dato rinvenire un divieto

---

<sup>18</sup> GIANMARCO CIFALDI, *Pedofilia tra devianza e criminalità*, Giuffrè, Milano 2004, p. 7.

<sup>19</sup> BONAFIGLIA, *Pedofilia Perché?* (4), p. 36.

<sup>20</sup> ALESSIA SALVATORI/STEFANO SALVATORI, *L'abuso sessuale al minore e il danno psichico*, Giuffrè, Milano 2001, p. 1.

<sup>21</sup> Sul Codice di Hammurabi si vedano GIOVANNI PETTINATO, *Babilonia: centro dell'universo*, Rusconi, Milano 1988; JOAN OATES, *Babilonia, ascesa e decadenza di un impero*, Newton & Compton, Roma 1988.

<sup>22</sup> *Ibidem*.

<sup>23</sup> *Ibidem*.

<sup>24</sup> *Ibidem*.

espresso degli atti incestuosi<sup>25</sup>. Soltanto pochissime civiltà li consentivano, benché tale privilegio fosse limitato unicamente alle classi sociali d'alto rango. Tra le stirpi reali d'Egitto, ad esempio, era consuetudine contrarre matrimonio con consanguinei poiché si riteneva che questo potesse preservare la genuinità della progenie. I rapporti incestuosi, per contro, erano proibiti ai ceti più bassi.

*b. La Grecia arcaica e classica*

L'analisi del fondamento storico e culturale dell'etica sessuale nell'epoca antica, e in primo luogo nella cultura ellenica, rende evidente due punti: *in primis*, il fatto che in Grecia il contrasto fondamentale fra i diversi comportamenti sessuali non era quello attuale, fondato sulla distinzione tra eterosessualità e omosessualità<sup>26</sup>. Il discrimine tra il socialmente accettato e il represso, piuttosto, si incentrava intorno al concetto di comportamento attivo e passivo, essendo tipiche rispettivamente l'attività dei maschi adulti e la passività delle donne e dei fanciulli<sup>27</sup>. Il giudizio sociale relativo conseguente, dunque, non si basava sulla scelta del genere sessuale del partner (come ai giorni nostri), bensì sulla scelta del ruolo rivestito dal maschio nel coito (attivo o passivo). Il ruolo "attivo" era considerato degno del maschio anche all'interno di un rapporto omosessuale, mentre qualsiasi tipo di "passività" era inevitabilmente disprezzata, al pari di tutto quanto potesse a essa associarsi (gli attori, ad esempio, erano perlopiù disprezzati perché sulla scena interpretavano anche ruoli femminili). Oltre a ciò, e in secondo luogo, ulteriore criterio per determinare la liceità dell'atto omosessuale era quello della condizione personale del partner passivo (libero o schiavo) e non anche sul raggiungimento o meno della cosiddetta età del consenso. Era dunque lecito un rapporto sessuale con un bambino, purché esso fosse schiavo e il padrone vi acconsentisse; specularmente, era ritenuto illecito un rapporto con un

3.3  
La sessualità nel  
mondo antico

<sup>25</sup> ISABELLA MERZAGORA, *L'incesto: aggressori e vittime, diagnosi e terapia*, Giuffrè, Milano 1986, pp. 4-13.

<sup>26</sup> Seppur con i dovuti distinguo, la medesima cosa accadeva anche nell'antica Roma. Sul punto, si veda *infra* nel corso di questo stesso capitolo.

<sup>27</sup> MICHEL FOUCAULT, *L'uso dei piaceri*, Feltrinelli, Milano 2000, pp. 213 – 214.

adolescente consenziente ormai uomo qualora egli fosse stato un cittadino che subiva il ruolo "passivo"<sup>28</sup>.

3.4  
La pederastia  
greca

In questo contesto, la pederastia (cioè il rapporto fra adulto e adolescente dai 12 ai 16 anni) conobbe il suo apice di diffusione nelle città di Sparta ed Atene fra il VI e il IV secolo a.C. A Sparta le pratiche pederastiche erano molto frequenti, ancorate a particolari credenze religiose o a riti iniziatici<sup>29</sup>. Grazie a PLUTARCO, ad esempio, sappiamo che i fanciulli di 12 anni venivano affidati a degli amanti, scelti fra i migliori uomini adulti, affinché diventassero dei veri Spartiati. Non solo: nonostante le leggi di quel popolo le condannassero con la degradazione, l'esilio o la morte, le pratiche sessuali con fanciulli erano comunque ampiamente diffuse e sovente rientravano nei costumi dell'epoca quali elementi di riti iniziatori all'età adulta (come ad Atene). Il principio alla base di queste pratiche era che l'amore fisico potesse creare un legame tra l'adulto e il ragazzo prepubere, favorendo la trasmissione delle conoscenze e delle leggi della *polis*<sup>30</sup>. Qualcosa di simile avveniva anche nella civiltà cretese: lo storico EFORO, in proposito, ci ha tramandato l'esempio più antico di pederastia, estrinsecata attraverso un rito rituale denominato *arpaghé*<sup>31</sup> (nella prassi, l'uomo adulto effettuava il rapimento del fanciullo solo dopo averlo annunciato al padre, dunque con il di lui consenso). Nel periodo di apprendistato appena seguente, l'adulto si ritirava in campagna col ragazzo per un periodo di circa due mesi, durante i quali la coppia praticava attività sessuali (a condizione che il giovinetto prestasse il proprio consenso, pena la cessazione dell'apprendistato o la denuncia degli abusi subiti) e il ragazzo veniva istruito e preparato per divenire un valido cacciatore e un prode combattente. Concluso il periodo di apprendistato, il maestro riaccompagnava il ragazzo in città ed in suo

---

<sup>28</sup> EVA CANTERELLA, *Secondo natura. La bisessualità nel mondo antico*, Rizzoli, Milano 1995, pp. 69 ss.

<sup>29</sup> BONAFIGLIA, *Pedofilia Perché?* (4), p. 36.

<sup>30</sup> CORTELLESA/FUSARO, *Pedofilia* (2), pp. 11 ss.

<sup>31</sup> JAN BREMMER, *An enigmatic indo-european rite: pederasty*, *Arethusa* 13, 1980, pp. 279-298; BERNARD SERGENT, *L'homosexualité initiatique dans l'Europe ancienne*, Payot, Parigi 1984, *passim*.

onore si organizzava una festa solenne per consacrarne la rinascita sociale. Quest'ultimo, ora riconosciuto come uomo e come cittadino, veniva infine ammesso a godere di particolari meriti<sup>32</sup> che conferivano al suo percorso formativo una veste di vera e propria conquista personale e sociale. Ecco perché, a fronte di questa neonata eccellenza, si riteneva normale e giusto che il ragazzo si offerisse al suo maestro in segno di riconoscenza per gli sforzi da costui profusi ai fini della sua formazione. Tale iniziazione rituale, proprio per la sua importanza sociale, era privilegio riservato a pochi eletti, membri unicamente delle classi sociali più facoltose.

Non solo: nella civiltà greca era inoltre usuale che i militari adulti prendessero sotto la propria ala protettiva dei ragazzi in età puberale, con il secondo fine di poterli sfruttare a scopi sessuali. Il ruolo da questi assunto, va da sé, era assolutamente passivo: subire la sodomia dai ragazzi, per gli adulti, significava infatti esporsi all'infima considerazione dell'opinione pubblica<sup>33</sup>.

Il sesso femminile, contrariamente a quanto previsto per gli uomini, era escluso da ogni forma di educazione e relegato semplicemente alle cure domestiche e alla riproduzione. Facile comprendere, dunque, il perché i costumi ellenici non prevedessero alcun tipo di rapporto pederastico con bambine o fanciulle puberi. Nondimeno, e contrariamente all'usanza greca<sup>34</sup> (che solo più tardi vi si uniformò ai costumi di quella romana, ad esempio accogliendo il matrimonio precocissimo)<sup>35</sup>, le giovani romane erano solite prostituirsi sin da fanciulle e sposarsi già all'età di 12 anni. Per contro, e in modo del tutto speculare rispetto agli usi maschili, a Sparta, Lesbo e Mitilene le donne adulte erano use coltivare delle amanti tra le adolescenti e unirsi a loro prima del matrimonio. Nelle comunità di giovani donne,

3.5  
Pederastia  
militare

3.6  
Il ruolo del sesso  
femminile

<sup>32</sup> *Ibidem.*

<sup>33</sup> M. ASHLEY AMES/DAVID A. HOUSTON, *Legal, Social and Biological definitions of Pedophilia*, *Archives of Sexual Behavior*, Vol. 19, N. 4, 1990, p. 333-342 ; EUGENIO AGUGLIA/ANTONINO RIOLO, *La pedofilia nell'ottica psichiatrica*, Il pensiero scientifico, Roma 1999, p. 1.

<sup>34</sup> BONAFIGLIA, *Pedofilia Perché?* (4), p. 38.

<sup>35</sup> *Ibidem.*

poi, le ragazze vivevano un'esperienza globale di vita apprendendo il canto, la danza, l'esaltazione della bellezza e le pratiche del sesso, arrivando ad amarsi anche in modo intenso e appassionato<sup>36</sup>. Emblematico è l'esempio di Saffo che, nella sua qualità di precettrice dello spirito e del corpo, presiedeva una collettività di fanciulle in una scuola aperta al culto della bellezza e delle pratiche sessuali. Pratiche che, nell'ambito dell'itinerario formativo delle fanciulle, potevano comprendere anche lo stupro, inteso quale dovere di sottomissione.

3.7  
 Concezione  
 filosofica della  
 pederastia

La relazione sessuale pederasta aveva come scopo un'esperienza spirituale e pedagogica attraverso la quale l'amante adulto trasmetteva le virtù del cittadino al suo amato adolescente. La sodomizzazione, in quest'ottica, era considerata parte integrante del processo formativo del fanciullo, ritenendosi alternativamente che le virtù virili si trasmettessero attraverso lo sperma o che l'atto umiliante realizzasse la sottomissione del giovane al più anziano in vista della sua ammissione al gruppo dei detentori del potere<sup>37</sup>. Secondo i Greci, dunque, l'interesse e l'amore provato da un adulto esperto nei confronti di un giovinetto era l'unico veicolo di trasmissione della saggezza da una generazione all'altra<sup>38</sup>. Ma non è tutto: nei circoli intellettuali d'élite (poiché tali pratiche erano appannaggio delle sole classi superiori, con quelle più modeste ancora una volta disprezzate)<sup>39</sup>, il legame tra un uomo e un ragazzo pubere ugualmente liberi era visto come la forma d'amore più alta e pura<sup>40</sup>. L'etica pedofila prevedeva un *erastes* (amante) nel ruolo del corteggiatore: egli era legittimato a prendere iniziative sulla scorta di una serie di diritti e obblighi tra i quali, rispettivamente, figuravano il godimento di un piacere rapido e rapinoso o la protezione e (più raramente) il sostentamento economico del fanciullo. Dall'altra parte v'era l'*eromenion* (amato), il cui ruolo passivo<sup>41</sup> gli imponeva un

---

<sup>36</sup> EGLE BECCHI/DOMENIQUE JULIA, *Storia dell'infanzia*, Vol. I, Laterza, Bari, 1996, pp. 5-6.

<sup>37</sup> SCHINAIA, *Pedofilie Pedofilia* (7), p. 111.

<sup>38</sup> PERSICO, *I labirinti* (17), p. 13.

<sup>39</sup> LAWRENCE STONE, *La sessualità nella storia*, Laterza, Bari 1995, p. 38.

<sup>40</sup> STONE, *La sessualità* (39), p. 34.

<sup>41</sup> SCHINAIA, *Pedofilie Pedofilia* (7), p. 112.

comportamento contegnoso e del tutto funzionale al godimento dell'amante (egli doveva infatti appagarsi del solo piacere procurato all'*erastes*). Durante il rapporto fisico, dunque, l'amato non possedeva né una sua psicologia né una sua autonomia; egli si connotava esclusivamente come fonte e oggetto di piacere, pronto a ripagare con il suo corpo l'offerta di sapienza e cultura che gli veniva porta dal maestro o dal comandante militare<sup>42</sup>. Il loro rapporto sessuale, come rileva SCHINAIA<sup>43</sup>, doveva rispettare condizioni prestabilite che ne evitassero l'ovvietà o la troppa facilità: la pederastia nell'Antica Grecia, infatti, era considerata alla stregua di una norma sociale, una forma di educazione ufficialmente riconosciuta.

La legittimazione alla pratica pederastica non era però incontestata. Al contrario, se da un lato essa sembrava trovare autorevole conforto nelle autorità pedagogiche militari, la cui eccellenza intellettuale era esaltata da nobili correnti di pensiero, a far da contraltare vi erano numerose voci dissenzienti (si pensi, tra le altre, all'antica regione della Jonia). Lo stesso PAUSANIA, nel "Simposio" di PLATONE, non era in grado di affermare se ad Atene quella forma d'amore suscitasse indulgenza oppure ostilità<sup>44</sup>. L'ambiguità insita in questa tematica è avallata anche dal contemporaneo FOUCAULT, il quale conferma come il rapporto con i ragazzi fosse questione controversa e fonte d'inquietudine: l'accettazione sociale di queste pratiche risultava infatti irrisoria, essendo il disprezzo per i giovani troppo facili o troppo interessati e la disistima degli uomini effeminati sentimenti molto comuni dell'epoca<sup>45</sup>. Rispetto a queste pratiche, non vi è traccia di censura neppure nella produzione filosofica di ARISTOTELE, il quale si limitava a ripudiare l'incesto non in quanto abuso, ma quale semplice "comportamento indecente".

3.8  
Opinioni  
contrarie alla  
pederastia

<sup>42</sup> SCHINAIA, *Pedofilie Pedofilia* (7), pp. 115-116.

<sup>43</sup> *Idem*, p. 113.

<sup>44</sup> PLATONE, *Simposio*, Adelphi-Mondadori, Milano 2001, pp. XXXVIII – XXIX.

<sup>45</sup> FOUCAULT, *L'uso dei piaceri* (27), pp. 191 – 192.

3.9  
La pedofilia in  
Grecia

Diversamente, già nella Grecia del VI secolo a.C. nascevano le prime leggi atte ad apprestare qualche forma di tutela per i fanciulli. Se il libero rapporto d'amore con giovinette era considerato usuale, vietato era invece il rapporto con efebi (ossia con giovani uomini) quando questi fossero stati prepuberi. La pedofilia in sé era condannata molto severamente, finanche con la pena di morte: anche nell'ambito della prostituzione, largamente diffusa presso i giovani maschi<sup>46</sup>, i rapporti con adolescenti o bambini indottivi dal padre o dallo zio comportavano l'inevitabile condanna di questi ultimi non appena fossero emerse prove certe della loro istigazione (anche se, in concreto, tali delitti arrivavano raramente davanti a un giudice).

3.10  
Le leggi di  
Solone  
(640-560 a. C.)

All'inizio del VI secolo a.C., il legislatore ateniese e pederasta SOLONE (640 – 560 a.C.) promulgava un complesso di norme che prevedevano punizioni severe per la pena di morte contro ogni uomo adulto che si fosse avvicinato a una scuola per bambini prepuberi senza autorizzazione<sup>47</sup>. Non solo: colui che permetteva o induceva un bambino alla prostituzione era privato del diritto di cittadino<sup>48</sup>. Le leggi di SOLONE, oltre a definire reati e pene, invitavano pure a limitare i rapporti sessuali con giovani delle classi abbienti e ciò per evitare le conseguenze patrimoniali correlate ai loro servizi (nella fattispecie denaro, abiti costosi, armature o addirittura la protezione fisica del giovane accolto in casa dal suo amante)<sup>49</sup>. La storia dei costumi sessuali ellenici, a ogni modo, non era così scontata come può sembrare a prima vista: contrariamente alle relazioni tra bambini e adulti, ad esempio, la pederastia continuava ad essere comunemente accettata dalla società. Il tempo delle pratiche pederastiche del ragazzo era scrupolosamente definito: l'età dell'amato non doveva essere inferiore ai 12 anni, poiché i rapporti con infanti impuberi venivano severamente puniti dalla legge

---

<sup>46</sup> BONAFIGLIA, *Pedofilia Perché?* (4), p. 37.

<sup>47</sup> *Ibidem*.

<sup>48</sup> Una testimonianza di ciò si rinviene in PLATONE il quale, rievocando ESCHILO e il dramma teatrale *Laio* si augurava la condanna dei rapporti intrattenuti tra uomini e fanciulli prepuberi. Sul punto v. BONAFIGLIA, *Pedofilia Perché?* (4), p. 37.

<sup>49</sup> SCHINAIA, *Pedofilia Perché?* (7), p. 113.

(finanche con la morte)<sup>50</sup>. A dispetto di questa severità, le fonti ci tramandano inequivocabili testimonianze di abusi: nondimeno, alla luce di tutto quanto visto sinora, possiamo senza alcun dubbio escludere che la Grecia classica rappresenti quell'età dell'oro delle violenze sui bambini che qualche pedofilo vorrebbe tuttora sostenere<sup>51</sup>.

c. *Roma*

La letteratura latina è piena di storie di omosessualità, stupri e soprusi di cui i bambini erano vittime innocenti o testimoni ignari. I romani definivano la pederastia in modo spregiativo come “vizio greco”. Tuttavia, essendo l'etica sessuale del tempo un aspetto imprescindibile dell'etica politica<sup>52</sup>, è possibile affermare che l'omosessualità e gli atti sessuali con i bambini erano presenti nella società romana fin dalle sue origini. Ciò perché un uomo, per divenire un onorevole *civis romanus*, era educato sin dalla più tenera età all'arte della conquista, della sopraffazione e della volizione assoluta, sicché simile indole non poteva non manifestarsi anche nella sua sfera sessuale. Fin dalla più tenera infanzia, il romano era educato a non piegarsi mai e a sottomettere gli altri, anche sessualmente. Egli doveva poter esprimere la propria esuberante sessualità nei confronti di tutti i possibili oggetti del suo desiderio, compresi gli uomini e i ragazzi. Inoltre, qualora omosessualità e pedofilia fossero praticate con schiavi e liberti, esse non erano punibili perché ritenute il riflesso dei normali doveri dello schiavo nei confronti del proprio padrone. Anche qui, come si è detto pocanzi, il ruolo passivo assunto da un cittadino libero nei rapporti con un suo consimile era considerato riprovevole e in stridente contraddizione con l'ideologia del *civis romanus* come dominatore assoluto: contrariamente al modello ellenico, dunque, la passività sessuale non era tollerata neppure temporaneamente. Allo stesso modo poneva problemi intrattenere una relazione con l'altrui schiavo, in quanto ciò significava arrecare danno al rendimento del di lui padrone (lo schiavo rappresentava infatti forza-lavoro, dunque

3.11  
Roma arcaica e  
repubblicana

<sup>50</sup> BONAFIGLIA, *Pedofilia Perché?* (4), p. 37.

<sup>51</sup> PICOZZI/MAGGI, *Pedofilia* (3), pp. 77 ss.

<sup>52</sup> CANTERELLA, *Secondo natura* (28), pp. 131 – 132.

denaro)<sup>53</sup>. La sottomissione sessuale era pertanto applicabile solo ai soggetti ritenuti inferiori (quali la donna) e in generale verso chi si trovasse in una situazione di schiavitù indipendentemente dal sesso. Infine, non avendo nessuna valenza educativa (era solo una dimostrazione di predominio), una relazione pederasta come quella greca, almeno nei riguardi di un fanciullo libero, non poteva avere senso. Nell'antica Roma, in estrema sintesi, l'omosessualità in sé non era un reato e non era neppure socialmente condannata ma l'amare un giovane cittadino romano libero era riprovato. L'efebo libero veniva sostituito dallo schiavo e dal figlio dello schiavo (purché questi non fosse di proprietà altrui) e, talvolta, dal nemico sconfitto<sup>54</sup>. Questo cambiamento di prospettiva, inesorabilmente, ha fatto sì che si disperdesse il retaggio della grande speculazione greca sull'amore per i ragazzi, in tale contesto sostituita dalla tendenza alla brutalità e alla sopraffazione.

3.12  
Primi interventi  
legislativi

Si è dunque visto come la cultura romana disprezzasse la pederastia, il c.d. vizio greco, ritenendola una debolezza del tutto incompatibile con la virilità dominante del *civis romanus*. Nondimeno, molti fanciulli finivano nelle mire sessuali dei maschi adulti, in tal modo configurandosi ai loro danni un vero e proprio tentativo di corruzione morale. Per ovviare a un simile pericolo, i primi legislatori romani posero in essere rimedi legislativi che da un lato miravano a colpire chi profittasse dell'ingenuità e della giovane età delle vittime<sup>55</sup>, dall'altro puntavano a una formazione pedagogica dei fanciulli che fosse completamente avulsa da relazioni di natura omosessuale e altrimenti improntata alla più assoluta e "mascolina" illibatezza (così vanificando qualsiasi proposito corruttore da parte dei pederasti). Il rapporto omosessuale, non va sottaciuto, rientrava infatti nella fattispecie dello *stuprum*, il cui significato non coincide con quello attuale del termine

---

<sup>53</sup> *Ibidem*.

<sup>54</sup> SCHINAIA, *Pedofilia Pedofilia* (7), p. 116

<sup>55</sup> I bambini erano così frequentemente oggetto di attenzioni sessuali da parte degli adulti che i Romani usavano mettere al collo dei propri figli una *bulla aurea* (anello di metallo prezioso) affinché «quando giocavano nudi, non venissero scambiati per degli schiavi e fatti oggetto di tentativi di seduzione», così CANTARELLA, *Secondo natura* (28), pp. 132-133.

ma indica quelle attività sessuali illegittime intrattenute al di fuori della vita coniugale (anche con persona consenziente). Ciò significa che le leggi romane punivano tanto lo *stuprum* e lo *stuprum commercium* (rispettivamente il rapporto sessuale occasionale e quello continuato) quanto il solo tentativo di corteggiare (*rectius*: corrompere) un giovane cittadino romano<sup>56</sup>. Per quanto invece concerne i delitti *contra bonos mores*, scarse e incerte sono le notizie dell'età repubblicana (510 a.C. – 27 a.C.): i delitti certamente perseguiti in quest'epoca erano l'incesto e la violenza ma per la pedofilia (che neppure esisteva come reato a sé stante) e per tutti gli altri possibili casi di abuso, un trattamento legale e costante non era previsto.

Lo situazione appena descritta muta con l'introduzione della *Lex Scatinia*, varata presumibilmente nel 149 a.C. a seguito dell'offesa con cui Caio Scatinio Capitolino oltraggia il pudore del figlio di Claudio Metello Patrizio e viene per tale motivo condannato per tentativo di seduzione. Negli anni precedenti, come s'è avuto modo di vedere, a Roma erano consentite relazioni pederaste e prostituzione giovanile senza alcun valore pedagogico o filosofico tipico del popolo greco<sup>57</sup>. In materia di pederastia, in verità, nell'ipotesi di rapporto fra adulti e *puer* o *praetextati* (da *praetexta*, la tunica bianca orlata di porpora indossata da ragazzi prepuberi) si prevedeva la punizione del solo adulto<sup>58</sup>. Proprio con la *Lex Scatinia*, per la prima volta nella storia, si pone un limite “ufficiale” all'omosessualità, prevedendone la punibilità in due casi specifici. Da una parte sancendo il divieto di sedurre ragazzi liberi, e quindi la punibilità dell'adulto che commettesse uno *stuprum cum puero*, e dall'altra stigmatizzando il ruolo dei c.d. *molles*, ovverosia quei soggetti che all'interno del rapporto omosessuale tra adulti assumevano il ruolo passivo. Nonostante la legge sanzionasse tali condotte con multe

3.13

La *Lex Scatinia*  
(149 a.C.) ed il  
diritto romano

<sup>56</sup> CANTARELLA, *Secondo natura* (28), pp. 138-139.

<sup>57</sup> BONAFIGLIA, *Pedofilia Perché?* (4), p. 36. Analogamente, CIFALDI, *Pedofilia* (18), p. 7.

<sup>58</sup> ANGELO DI BERARDINO, *L'omosessualità nell'antichità classica*, in WILLI HENKEL (a cura di), *Ecclesiae Memoria: Miscellanea in onore del R. P. Joseph Metzler, prefetto dell'archivio segreto vaticano*, Herder, Roma 1991, *passim*.

molto elevate (circa diecimila sesterzi)<sup>59</sup> e sottraendole alla discrezionalità del giudice, essa non riuscì a reprimere l'ormai diffuso costume romano di intrattenere rapporti omosessuali con liberti, schiavi e *pueri*. Pur essendo tramontata l'idealizzazione greca della relazione con ragazzi liberi delle classi superiori, mezzo di trasmissione del sapere, i fanciulli di età inferiore ai 17 anni continuarono a essere vittime di molestie da parte degli adulti.

3.14  
Tarda repubblica  
e principato

Nondimeno, ancorché la società romana delle origini si mostrasse rude e decisamente ostile verso ogni forma di lascivia o comportamento sessuale *contra naturam*, la licenziosità dei costumi tipica della civiltà greca, così come l'amore per le arti e il teatro, finì per permeare nella cultura romana. Quest'ultima, sebbene inizialmente restia ad accettare certe discutibili consuetudini, ne dovette subire gli influssi per via del crescente numero di schiavi greci presenti sui suoi territori. Sicché, nell'epoca della tarda repubblica e del principato, la tendenza ad assumere inclinazioni particolari in ambito sessuale (il già citato "*vizio greco*"), perse la sua originaria connotazione negativa trovando sempre più larga diffusione.

3.15  
La rivoluzione  
delle pratiche  
sessuali

In particolare, alcune fonti storiche testimoniano che nel periodo che va dalla fine della Repubblica e durante il principato di Augusto, la pederastia era ampiamente diffusa<sup>60</sup> (nonostante la sua punibilità fosse ancora sancita dalla *lex Scatinia*) e i rapporti pederastici non venivano nemmeno più considerati una sopraffazione sociale e sessuale. In tal senso mutuando la concezione tipica della cultura ellenica, questi ultimi erano ora considerati una sorta di veri e propri amori romantici nei confronti di ragazzi liberi e la stessa passività virile andava ormai ampiamente diffondendosi in tutto l'Impero romano e già dal I secolo a.C. Secondo quanto riportato dalle fonti, quindi, vi era un atteggiamento più permissivo nei confronti dei *molles* e delle pratiche pederaste al punto che anche i più importanti personaggi pubblici (e

---

<sup>59</sup> CANTARELLA, *Secondo natura* (28), pp. 147 ss.; <http://www.altrodiritto.unifi.it/devianza/furfaro/cap3.htm#1> (controllato il 19.12.2006).

<sup>60</sup> Sulla diffusione della pederastia nel I sec. d.C. cfr. anche PETRONIO, *Satyricon*, Bit, Milano, 1996, p. 33.

primi fa tutti il grande CESARE, soldato imbattibile e conquistatore), non temevano di mostrarsi sessualmente passivi di fronte all'opinione pubblica.

Lo stesso CICERONE decanta il piacere delle effusioni col suo giovane servo-segretario ed è sempre a lui che si deve la testimonianza secondo cui l'insigne GIULIO CESARE fu «*uomo di tutte le donne e donna di tutti gli uomini*». Anche l'imperatore ADRIANO non fu estraneo agli amori omosessuali; è nota, infatti, la sua relazione con il seducente ANTINOO<sup>61</sup>, come pure si ha notizia dell'*harem* di fanciulle e giovani aiutanti di cui MARCO ANTONIO amava circondarsi<sup>62</sup>. I racconti di SVETONIO (70 – 126 d.C.), contenuti nella sua opera «*Vita dei Cesari*», ci danno testimonianza di come personalità autorevoli, come l'Imperatore TIBERIO, si lasciassero andare a turpitudini e nefandezze raccapriccianti: non solo era noto come fanciulle e giovinetti fossero soliti prostituirsi tra loro in sua presenza per eccitarne le voglie lenite, ma addirittura si narra di come egli, durante il nuoto, fosse solito far giocare fra le sue cosce taluni bimbi in tenerissima età (ch'egli battezza: "piccoli pesciolini") affinché lo eccitassero gradualmente con la lingua e con i morsi. Si mormora pure che, come se fossero un seno<sup>63</sup>, desse da succhiare le sue parti intime a giovani già più maturi ma non ancora svezzati. A ulteriore testimonianza della sua morbosa attrazione per i fanciulli vi è poi l'episodio dell'abuso a danno di due fratelli, suoi giovani servi, avvenuto sul luogo stesso dove stava compiendo un sacrificio. Perduto attratto dalla loro bellezza, non seppe dominarsi e diede sfogo ai suoi istinti primordiali, salvo poi far loro spezzare le gambe per essersi reciprocamente rimproverati il disonore per l'accaduto<sup>64</sup>.

3.16  
Diffusione del  
"vizio greco" tra  
i romani illustri

<sup>61</sup> ANTINOO fu l'amante dell'imperatore ADRIANO e dopo la sua morte in suo onore fu eretta una città in Egitto nel luogo dove fu trovato annegato e da cui ne deriva il nome (*Antinoupolis*), cfr. CANTARELLA, *Secondo natura* (28), pp. 48 – 49.

<sup>62</sup> PAT SOUTHERN, *Marcus Antonius. Ein Lebensbild*, Magnus, Essen 2002, *passim*.

<sup>63</sup> CAIO TRANQUILLO SVETONIO, *Vita dei Cesari*, X edizione, Garzanti, Milano 2000, pp. 156-157.

<sup>64</sup> SVETONIO, *Vita dei Cesari* (63), p. 157.

3.17  
L'incesto

Ma v'è di più: gli scritti di SVETONIO ci informano pure sull'ampia diffusione dell'incesto presso i romani illustri, tra i quali senza dubbio figura l'imperatore CALIGOLA, uso a rapporti incestuosi con le sorelle e la moglie mentre era a tavola<sup>65</sup>, rispettivamente adagiando le prime sotto di sé (una per volta) e la seconda sopra.

3.18  
Interventi legislativi

Dalla descrizione di queste vicende il lettore potrebbe derivare una totale assenza di regole. In verità, a dispetto di quanto sopra, anche in questo periodo non mancarono interventi legislativi ispirati agli antichi *mores*, come l'incisiva *Lex Iulia de adulteriis coercendis* (18 a.C.) che però, contrariamente a quanto sostenuto da diversi autori<sup>66</sup>, puniva i soli rapporti eterosessuali intrattenuti al di fuori del matrimonio. Particolarmente severe, poi, furono le pene previste per i reati di incesto: sanzionati con la pena di morte durante l'età repubblicana, essi vennero puniti solo con l'esilio durante il principato (ciò che si giustifica in considerazione dell'appartenenza alle classi privilegiate della maggior parte dei rei)<sup>67</sup>. Poco dopo, probabilmente già sull'onda della morale cristiana, l'imperatore DOMIZIANO (81-96 d.C.) cercò di intervenire indirettamente sui rapporti tra padroni e servi mediante l'inflizione di pene, come la castrazione *libidibis causa*, tanto severe da scoraggiare ogni rapporto contro natura.

3.19  
La pedofilia nel mondo romano

Da quanto sin qui esposto, dunque, possiamo concludere che anche nella Roma antica (dunque prima dell'avvento del cristianesimo) la pedofilia non fosse affatto tollerata. Essa, certamente, non era ancora contemplata come crimine a sé stante, ma da un lato poteva ricadere in uno dei delitti che punivano lo stupro di un *civis*, dall'altro dava luogo a un forte dissenso sociale (come testimoniato dal già ricordato SVETONIO)<sup>68</sup>. Accettate erano inizialmente solo le violenze ai danni

---

<sup>65</sup> SVETONIO, *Vita dei Cesari* (63), p. 194.

<sup>66</sup> SVETONIO, *Vita dei Cesari* (63), p. 80; CANTARELLA, *Secondo natura* (28), pp. 182 ss. Ritiene invece che la *lex iulia* abbia regolato anche le unioni omosessuali DANILO DALLA, *Ubi Venus mutatur: Omosessualità e diritto nel mondo romano*, Giuffrè, Milano 1987.

<sup>67</sup> CONTARDO FERRINI, *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano* a cura di ENRICO PESSINA, Milano 1905, p. 366.

<sup>68</sup> SVETONIO, *Vita dei Cesari* (63), p. 157.

degli schiavi, i quali venivano però considerati dalla mentalità del tempo dei semplici oggetti. Tuttavia, e con ogni probabilità, già dal I sec. d.C. lo sviluppo di un rispetto nei confronti dei *servi*, testimoniato da SENECA<sup>69</sup>, aveva portato la società a non tollerare più nemmeno queste pratiche.

*d. L'avvento del cristianesimo*

I primi cenni concreti di una credibile rivoluzione sessuale si affermano però nel II secolo d.C., con il progressivo consolidarsi dell'ideologia cristiana: questo periodo è sottolineato non solo dall'esortazione dalla parte di stoici e neoplatonici alla moderazione, all'autocontrollo e all'ascetismo sessuale, ma ugualmente dalla denuncia di certi ecclesiastici della peccaminosità di qualsiasi forma di piacere sessuale. Nello stesso periodo, poi, il cristianesimo inizia ad essere sempre più diffuso tra la popolazione e con esso si profila una nuova visione della sessualità. All'antica etica sessuale fondata sulla contrapposizione attivo/passivo, il cristianesimo sostituisce la nuova dialettica omosessuale/eterosessuale, traslando il problema dalla virilità maschile alla possibile esistenza di una norma "naturale" per cui gli uomini si accoppiano solo con le donne e unicamente per generare figli<sup>70</sup>. Lo scarto rispetto al passato è evidente e segna un vero e proprio spartiacque nella storia della sessualità occidentale. I rapporti tra persone dello stesso sesso inizia a essere condannata apertamente e con essa, inevitabilmente, anche la pederastia.

3.20  
Una nuova etica sessuale

In quegli stessi anni si sviluppa anche una nuova sensibilità nei confronti dell'infanzia e ne fa tesoro COSTANTINO MAGNO (274 – 337 d.C.), promulgando una legislazione impregnata di un sentimento di carità cristiana sconosciuto ai suoi predecessori. Al fine di riscattare la dignità propria del fanciullo, egli annovera tra i reati sociali tanto l'attentato alla vita o alla libertà degli infanti quanto il parricidio, comminando pene al genitore che uccide il proprio figlio. Ma l'Imperatore si spinge oltre: per vanificare ogni pretesto utile per vendere la propria prole, egli ordina che i parenti poveri ricevano

3.21  
La legislazione di Costantino

---

<sup>69</sup> SENECA, *Epistula ad Lucilium*, p. 47.

<sup>70</sup> CANTARELLA, *Secondo natura* (28), pp. 246-247.

sostegno dal tesoro pubblico. Più dettagliatamente, in un editto del 315 egli decreta che «*tutte le città d'Italia abbiano conoscenza di questa legge, che ha per oggetto di distogliere la mano dei genitori dal parricidio e di ispirare loro sentimenti migliori. Se dunque un padre ed una madre hanno figli e per l'estrema indigenza non possono nutrire e vestire, il tesoro dell'impero ed il mio particolare vi provvedano senza ritardo, perché i bisogni di un neonato sono troppo urgenti*»<sup>71</sup>. La legislazione di COSTANTINO, in alcuni punti, è invero incerta, soprattutto per quel che riguarda l'usanza di vendere e di esporre i fanciulli. Saranno tuttavia i suoi successori e la Chiesa stessa a definirla e perfezionarla *ad hoc*, i primi sviluppando gradualmente le conseguenze pratiche dei suoi principi e la seconda modificando conformemente l'indirizzo di potere presente sia nel diritto romano che in quello barbaro.

3.22  
Il Codex  
Theodosianus

Sulla spinta del cambiamento in atto, già nel successivo *Codex Theodosianus* (438 d.C.) si recepiscono due “*constitutiones*” (risalenti al 342 e 390 d.C.) che puniscono l'omosessualità con la pena capitale o quella mutilante. La vera svolta, tuttavia, si avrà solo con il successivo codice giustiniano, del quale quello teodosiano (nella sua forma di raccolta di tutti gli editti emanati fin dai tempi di COSTANTINO I)<sup>72</sup> rappresenta indubbiamente l'ispirazione logica e strutturale .

3.24  
L'Imperatore  
Giustiniano

Infatti, mentre in base agli antichi *mores* all'interno di una relazione tra persone dello stesso sesso era condannato solo chi assumeva un ruolo passivo, la svolta radicale e definitiva in tal senso si ha con GIUSTINIANO (483-565 d.C.), imperatore cristiano. Ogni manifestazione di omosessualità viene bandita e le pratiche pederaste bollate quale insulto verso il Signore<sup>73</sup>. GIUSTINIANO circoscrive poi l'ambito dei rapporti sessuali consentiti a quelli matrimoniali e con finalità esclusivamente riproduttiva, procedendo a riordinare il sistema

---

<sup>71</sup> Codex Theodosianus: *De Alimentis quae inopes parentes de publico petere debent*, lib. XI, tit. XXVII, p. 123, [www.koeblergerhard.de/Fontes/CodexTheodosianus438.htm](http://www.koeblergerhard.de/Fontes/CodexTheodosianus438.htm); JEAN-JOSEPH GAUME, *La Révolution, recherches historiques sur l'origine et la propagation du mal en Europe, depuis la Renaissance jusqu'à nos jours*, 12 vol., 1856.

<sup>72</sup> *Supra* n. 3.21; CANTARELLA, *Secondo natura* (28), pp. 230-231

<sup>73</sup> SCHINAIA, *Pedofilia Pedofilia* (7), p. 117; CANTARELLA, *Secondo natura* (28), pp. 232 ss.

della persecuzione criminale con la previsione della pena di morte per “*infanda libido*” (ovvero per quell’innominabile commercio con i maschi, che egli stigmatizza moralmente quali *infanda* = innominabile)<sup>74</sup>. Per completare la sua preconizzata metamorfosi culturale, l’imperatore emana altre due costituzioni che sanciscono la pena di morte per tutti gli omosessuali sia attivi che passivi. La prima, risalente al 538 d.C., punisce oltre che gli spergiuri e i bestemmiatori anche coloro che «*compivano atti contrari alla stessa natura*» cosicché, per la prima volta, gli atti omosessuali sono considerati alla stregua di veri e propri crimini religiosi punibili anche per volere divino. La seconda costituzione, risalente al 559 d.C., non apporta sostanziali novità nel sistema repressivo ma conferma la volontà dell’imperatore di condannare ogni forma di omosessualità, ponendo l’accento sul duplice disvalore (umano e divino) delle violazioni alle sue leggi e insieme esortando le autorità a reprimere tale fenomeno. Nelle fonti letterarie, a ogni modo, sono narrati i processi celebrati contro gli omosessuali e si apprende che la pena prevista era la castrazione. Nelle *Institutiones*, inoltre, (528-533 d.C.) è possibile rinvenire una precisa codificazione della condanna degli atti omosessuali e in generale un palmare elemento di coesione, a livello normativo, con la più risalente *lex Iulia*<sup>75</sup>.

La medesima tendenza dell’età repubblicana romana si riscopre nel diritto penale germanico del tempo antico. In esso, dov’è resa prioritaria la pena privata, è la famiglia che si occupa di difendere l’onore domestico, forte di una compattezza e un ordine che in quell’epoca sono assoluti. Con il sopraggiungere del Cristianesimo, tuttavia, tale pratica muta: la punizione di questi reati viene lasciata allo Stato, il quale ridefinisce la gravità intrinseca degli atti delittuosi non soltanto in base al criterio della lesione dei diritti di famiglia, ma pure da quello dell’infrazione ai doveri di moralità cristiana<sup>76</sup>. I reati

3.25  
Diritto  
germanico

<sup>74</sup> <http://www.altrodiritto.unifi.it/devianza/furfaro/cap3.htm#> (consultato il 19 dicembre 2008); PICOZZI/MAGGI, *Pedofilia* (3), p. 87.

<sup>75</sup> CANTARELLA, *Secondo natura* (28), pp. 232 ss.

<sup>76</sup> PASQUALE DEL GIUDICE, *Diritto penale germanico – rispetto all’Italia*, in *Storia del diritto penale I – 2*, Società editrice Libreria, Milano 1905, pp. 579 – 580.

principali che si delineano durante questo periodo, tra cui ancora una volta non rientra la pedofilia, sono quelli di fornicazione e stupro, adulterio, incesto e ratto. Analizzando i testi dell'epoca, in ogni caso, non è possibile comprendere se queste categorie di reato includessero pure la protezione dei fanciulli, essendo l'unico riferimento esplicito in esse contenuto quello riguardante le donne.

3.26  
La pedofilia alle  
soglie del  
Medioevo

A partire dal IV sec. d.C., sulla scorta della tradizione giudaico – cristiana, si sviluppa un notevole accanimento contro la pedofilia omosessuale. Con i Cristiani, in genere, la peccaminosità di qualsiasi forma di piacere sessuale viene esasperata: il sesso è considerato come la “tentazione del serpente” e l'uomo deve cercare di dominare la libidine della carne e dei pensieri poiché anima e corpo possano essere avulsi dal peccato. La tradizione giudaico-cristiana, invece, considerava naturali dei rapporti eterosessuali controversi: in quest'epoca il matrimonio contratto tra una bambina di dieci anni e un adulto è consuetudine, anche se la legge in vigore fissa a dodici anni l'età minima per sposarsi<sup>77</sup>. Tant'è che, nonostante l'instaurarsi di questa nuova immagine della sessualità, le pratiche pederaste non cessano di essere esercitate anche molti secoli più tardi, soprattutto negli ambienti religiosi. Le testimonianze lasciate da certe canzonette cantate dagli alunni contro i maestri corrotti, così come il susseguirsi di certi casi clamorosi di pederastia ancora alla fine del X secolo<sup>78</sup>, non lasciano alcun dubbio in tal senso. Nemmeno l'avvento del cristianesimo, dunque, con le sue aspre condanne nei confronti degli atti “contro natura” e la neonata carità nei confronti dell'infanzia, riesce a garantire al mondo antico una tutela giuridica specifica a protezione dei minori vittime di abusi sessuali.

---

<sup>77</sup> AGUGLIA/RIOLO, *Pedofilia* (33), p. 2.

<sup>78</sup> PERSICO, *I labirinti* (17), p. 15.

#### 4. Il Medioevo (476 – 1492 d.C.)

Durante l'epoca medievale il significato dell'età puerile viene conteso tra due concetti ambivalenti: d'un lato il bambino è completamente desessualizzato e dall'altro egli è ritenuto incline ad ogni tipo di vizio<sup>79</sup>. Le condizioni di vita contingenti, del resto, non sono le migliori e certamente non ne aiutano la migliore formazione psicofisica: la condivisione degli spazi abitati, sia diurni che notturni, fa registrare una certa promiscuità tra adulti e bambini, con quest'ultimi spesso testimoni delle effusioni sessuali dei genitori o oggetto di molestie da parte di qualche componente della famiglia (ipotesi tutt'altro che infrequente)<sup>80</sup>. La reazione istintiva dell'ordinamento è quella di imporre un certo distacco dalla fisicità tra adulti e bambini: si assiste così al proliferare di norme preventive o provvedimenti repressivi, il cui scopo ultimo diviene quello di impedire qualsiasi dimostrazione d'affetto sia da parte di genitori, adulti o educatori verso i fanciulli, sia tra questi ultimi reciprocamente. Quel che emerge dagli studi intrapresi sull'argomento, in generale, è una protezione del minore pressoché assente, con i bambini privati della loro individualità e costantemente vittime di molestie sessuali. Nondimeno, numerose sono anche le testimonianze letterarie di fanciulli, organizzati in gruppo, che esercitano la violenza anche attraverso giochi aggressivi e pericolosi. I minori stessi, dunque, non sono solo vittime di maltrattamenti ma anche protagonisti di una violenza diffusa<sup>81</sup>. Al di là di queste considerazioni, ciò che rileva constatare è come in Europa, nel corso della storia, si registrino numerosi episodi di violenza fisica sui bambini (torturati o arsi vivi), spesso motivati dall'esigenza di far loro espiare delle ipotetiche colpe o strapparli dalla possessione di Satana<sup>82</sup>. L'incesto e la

4.1  
Infanzia e  
violenza nel  
medioevo

<sup>79</sup> ANGELA GIALONGO, *Il bambino medievale*, Dedalo, Bari 1997, pp. 41 ss.

<sup>80</sup> CIFALDI, *Pedofilia* (18), p. 9.

<sup>81</sup> OTTAVIA NICCOLI, *Il seme della violenza. Putti, fanciulli e mammoli nell'Italia fra Cinque e seicento*, Laterza, Roma 1995, pp. 44-45.

<sup>82</sup> EVELINE HASLER, *La strega bambina*, Longanesi, Milano 1999, p. L'autrice ha scritto il romanzo facendo riferimento a documenti dell'epoca. Nell'opera si narra di una bambina che venne arsa sul rogo perché si vantava di saper «fare uccelli».

violenza sessuale sui minori, a conti fatti, sono così ricorrenti da essere spesso vissuti come un normale aspetto della quotidianità familiare, tanto dalle vittime che dagli aggressori (con questi ultimi spesso restii nell'accettarne la disapprovazione e la condanna pubblica)<sup>83</sup>.

4.2  
La repressione  
delle  
manifestazioni  
deviate della  
sessualità

Nel corso del XII secolo anche la Santa Romana Chiesa castiga la pederastia, annoverandola nella lunga schiera dei peccati dai quali i cristiani sono tenuti ad astenersi. Il diritto ecclesiastico comminava in particolare quaranta giorni di penitenza per il rapporto pederastico interfemorale e trenta giorni per la masturbazione reciproca<sup>84</sup>. Ma non è tutto: la morale cristiana spinge anche il potere temporale verso un sempre più deciso intervento repressivo, quest'ultimo variamente estrinsecandosi in provvedimenti di sorveglianza o punizione delle condotte sessuali illecite ed amorali. Il re di Francia CARLO V, ad esempio, è costretto a bandire dalla sua corte un aristocratico che licenziosamente aveva iniziato il Delfino a rapporti sessuali. Dalle cronache del tempo ci è anche giunta notizia dell'atteggiamento dissoluto dell'ARETINO che, ospite di PAPA CLEMENTE VII, viene cacciato per l'aver coinvolto donne e adolescenti in attività libidinose. Egli, dopo essersi trasferito a Venezia, si lascia andare alla lussuria più sfrenata, organizzando festini col gentil sesso e fanciulli illibati, sprezzante dei tribunali inquisitori che dal 1400 perseguono con particolare efferatezza i reati di devianza sessuale.

4.3  
Il diritto  
canonico

Eppure nemmeno il diritto canonico nell'epoca del Cristianesimo menziona la pedofilia nel novero dei reati punibili. Categorie riconosciute sono invece l'adulterio, la bigamia, la libidine, l'incesto, la sodomia, il ratto, lo stupro violento e il lenocinio, con la pedofilia eventualmente inglobata in una di queste fattispecie<sup>85</sup>. La libidine, in particolare, costituisce il reato con il quale si reprime qualsiasi commercio carnale all'infuori del matrimonio o delle sue forme

---

<sup>83</sup> PICOZZI/MAGGI, *Pedofilia* (3), p. 91; SCHINAIA, *Pedofilie Pedofilia* (7), p. 125.

<sup>84</sup> Decretali 963 e 967 del vescovo Burcardo promulgati nel 1025 nella città imperiale di Worms.

<sup>85</sup> DOMENICO SCHIAPPOLI, *Diritto penale canonico*, in *Storia del diritto penale* I-2, Società editrice Libreria, Milano 1905, pp. 875 – 891.

consentite. Poiché il diritto canonico considera come delitto la semplice fornicazione, questa diviene l'illecito fondamentale in tutta la materia dei diritti carnali; ciò significa che i reati di incesto, sodomia, congiungimento contro natura, stupro violento e lenocinio non rappresentano tanti delitti autonomi tra di loro ma tante varietà qualificate di uno stesso reato, quello di fornicazione<sup>86</sup>. Dunque, nonostante il diritto romano non la punisca *sic et simpliciter*, il diritto canonico decreta la fornicazione sanzionabile sia per i laici che per gli ecclesiastici, ricollegandovi penitenze obbligatorie e pene arbitrarie<sup>87</sup>. Il reato di sodomia finisce col comprendere l'insieme degli atti a sfondo libidinoso compiuto contro natura. Più dettagliatamente, con il termine sodomia o fornicazione *contra naturam*, si descrive l'appagamento cosciente dell'istinto carnale in un modo contrario alla natura. La dottrina integra questa definizione specificando una sodomia in senso proprio, la quale si divide in sodomia perfetta (ovvero l'unione contro natura di due persone dello stesso sesso) e imperfetta o impropria (che invece presuppone *partners* di sesso opposto e può dunque consumarsi anche con la propria moglie). Ne fanno ancora parte la *bestialitas*, cioè l'unione con un animale, e la *mollities*, vale a dire la masturbazione<sup>88</sup>.

Un'analisi storico-geografica del fenomeno in esame, rivela come la pedofilia nel Medioevo fosse diffusa anche nell'area medio – orientale ed orientale, interessando Cina, Egitto, Giappone, Arabia, India islamica e Africa. In Giappone, in particolare era molto diffuso l'omoerotismo tra sacerdoti, teatranti, e samurai. Presso questi ultimi si sviluppò addirittura una forma di omosessualità molto simile alla pederastia pedagogica classica. In Europa, invece, le pratiche pedofile dell'antichità si differenziano da quelle medievali proprio per la componente economica, che diverrà una costante della società occidentale moderne nei rapporti sessuali tra bambino e adulto. Interessante, in proposito, la produzione letteraria con cui si testimonia della presenza, per le strade della Firenze del XIV secolo, di ragazzi e

4.4  
La pedofilia in  
Europa e in Asia

<sup>86</sup> *Idem*, p. 880.

<sup>87</sup> *Idem*, p. 882.

<sup>88</sup> *Idem*, pp. 886 – 887.

ragazze disposti a offrire i loro corpi per ottenerne un guadagno economico<sup>89</sup>.

4.5  
Apprendistato di  
fanciulli

Col sopraggiungere del XIII secolo si diffonde il costume di reclutare fanciulli in età prepubere per avviarli a un apprendistato in casa di estranei. L'allontanamento precoce dal nucleo familiare finisce col rappresentare per i bambini un fattore che ne favorisce la fragilità, la minore capacità di difesa contro gli attacchi seduttivi dell'adulto e la maggiore esposizione ai pericoli conseguenti. I giovinetti vengono così ingaggiati all'età di otto o dieci anni e dimessi a dodici o quattordici, divenendo così l'oggetto di una sorta di contratto di noleggìo che finisce coll'incentivare una rischiosa promiscuità relazionale e di contatti sessuali tra adulti e fanciulli<sup>90</sup>. Il rapporto discepolo – maestro, infatti, si fonda su una sorta di compenetrazione degli ideali dell'uno con quelli dell'altro. Se da una parte l'insegnante vede nel proprio discepolo l'idealizzazione di sé stesso, l'allievo dal suo canto tende a identificarsi con la figura rasserenante del maestro, illimitato nelle sue capacità formative, che egli contrappone al padre crudele che lo ha allontanato dal nucleo familiare. Lo stretto contatto e il legame confidenziale che s'instaura tra l'adulto e il fanciullo favoriscono le effusioni e le attività amoroze, incentivate anche dalla brama di possedere fisicamente il corpo casto e seducente del giovane apprendista, supremo ideale dell'artista dell'epoca<sup>91</sup>. Il profilo ideale delle vittime di sodomia e pederastia di quei tempi, dunque, diviene quello dello scolaro, in genere di estrazione campagnola e di famiglia abbastanza agiata (l'unica che può permettersi le scuole cittadine)<sup>92</sup>. Ciò nondimeno, da quel che ci è dato sapere dalle cronache medioevali del XIV secolo, i rapporti pedofili non si esauriscono nel contesto di scuole o botteghe d'arte (ove è solito tenersi l'apprendistato) ma pure al di fuori, dove numerosissimi

---

<sup>89</sup> AGUGLIA/RIOLO, *Pedofilia* (33), p. 2; CORTELLESA/FUSARO, *Pedofilia* (2), p. 13.

<sup>90</sup> Costume che si perderà con la proliferazione dei collegi e poi delle scuole pubbliche.

<sup>91</sup> [www.altrodiritto.unifi.it/devianza/furfaro/cap3.htm](http://www.altrodiritto.unifi.it/devianza/furfaro/cap3.htm) (consultato il 19.12.2008); PICOZZI/MAGGI, *Pedofilia* (3), pp. 87-88.

<sup>92</sup> SCHINAIA, *Pedofilia* (7), p. 120.

adolescenti in età prepubere sono altresì indotti a prostituirsi. Non solo: accade pure di frequente che i domestici e i bambini a cui questi fanno da balia dormano insieme, in tal modo favorendo gli episodi di abuso sessuale. Riallacciandosi agli scritti del medico di corte HÉROARD, ad esempio, lo storico francese PHILIPPE ARIÈS ci rende testimonianza delle attività erotiche praticate da servi e nutrici insieme a un piccolo Luigi XIII, coinvolto in questi giochi insieme alla madre e alla sorella minore<sup>93</sup>. Malgrado gli atti sessuali con minori siano in qualche misura recriminati, dunque, il fenomeno dell'abuso e dello sfruttamento sessuale continua a dilagare per l'intero Medioevo, interessando i membri di tutte le classi sociali, inclusa l'insospettabile e "integerrima" categoria degli ecclesiastici. Bisognerà attendere l'epoca rinascimentale e l'affermarsi del ceto borghese, affinché l'adulto scopra le potenzialità infantili e dedichi maggiori attenzioni a questo tema, sviluppando una specifica considerazione nei confronti del bambino<sup>94</sup>.

Il motivo per il quale non esiste una significativa riprovazione sociale contro gli abusi infantili, trova le sue radici nel fatto che fino al XVI secolo il concetto d'infanzia quale categoria sociale e realtà a sé stante non esiste ancora. La sensazione generale che possiamo derivarne è quella di un bambino indifeso, privo di una propria individualità specifica e di volta in volta vittima o protagonista di violenze ripetute. L'oscurantismo religioso che contraddistingue il Medioevo ne stigmatizza la fervida immaginazione (facendone addirittura un reato punibile con condanna capitale) e ne fa il capo espiatorio per ogni risentimento di carattere politico e religioso. La prova della diffidenza superstiziosa nei confronti dei fanciulli è data dal fatto che l'infanzia non viene rappresentata nelle opere artistiche medievali fino al XII secolo. Essa è considerata un periodo di transizione; una fase della crescita che rappresenta una condizione di precarietà e insufficienza, come tale priva di importanza<sup>95</sup>. Persino nelle opere ecclesiastiche la concezione del bambino assume una valenza negativa, sintomatica di una certa anormalità. A essa si riconducono le

4.6  
Concezione  
dell'infanzia

<sup>93</sup> MILLER, *Il bambino* (14), p. 119.

<sup>94</sup> SCHINAIA, *Pedofilie Pedofilia* (7), pp. 121 – 122.

<sup>95</sup> *Ibidem*.

origini della devianza e dell'irrisolutezza della specie umana, concezione che trova simmetrica conferma nella rappresentazione cristiana del fanciullo, per la quale l'infante nasce già insudiciato del peccato originale e per questa ragione incline al male. Prima AGOSTINO e poi MARTIN LUTERO, partigiani di quest'ultima concezione dell'infanzia, la concepiscono come tempo d'imperfezione e di transizione<sup>96</sup>. Tuttavia, DE MAUSE<sup>97</sup> critica chi sostiene che un concetto specifico dell'infanzia sia del tutto sconosciuto nel periodo in esame. Egli ritiene che il meccanismo centrale di tutta l'evoluzione storica sia quello che lo psicologo americano chiama *psicogenesi*, ovvero una forza presente nella relazione adulto-bambino che permetterebbe ai primi di rivivere i propri traumi infantili nei figli e dunque soddisfare i bisogni fanciulleschi in condizioni migliori che nella loro puerizia. Ciò che sarebbe mancato al genitore medievale, sempre secondo il DE MAUSE, non è tanto l'amore, quanto la maturità emozionale per vedere il figlio come una persona a sé. Pur prendendo atto di queste considerazioni, lo storico non può non rilevare come nel Medioevo, così come nel mondo antico, gli abusi sessuali sui minori siano pacificamente accettati dalla società. Significativa, in proposito, è la testimonianza di LEGUAY<sup>98</sup>, che racconta come la violenza sessuale ai danni di una dodicenne nella città di Rennes nel 1466 suscitò grande scandalo nel popolo. La conclusione della vicenda, tuttavia, ci chiarisce anche i limiti dell'approccio medievale al problema: i colpevoli se la cavano con un risarcimento di trenta scudi versati al padre della bambina, l'equivalente di «tre botti di vino d'Anjou».

---

<sup>96</sup> PICOZZI/MAGGI, *Pedofilia* (3), p. 92; GIALONGO, *Il bambino* (79), pp. 7 ss.; NEIL POSTMAN, *La scomparsa dell'infanzia*, Armando, Roma 1984, p. 53.

<sup>97</sup> LLOYD DE MAUSE, *La historia del ultraje infantil*, in *Revista de Psicoanálisis*, N. 7, numero speciale intitolato *Violencia y perversidad*, Buenos Aires 2000, pp. 103-107; cfr. inoltre SCHINAIA, *Pedofilie Pedofilia* (7), pp. 123-124; J. B. POTALLIS, *Conversazione con Philippe Ariès*, in AA.VV., *Il Bambino e la psicanalisi*, Savelli, Roma 1981, p. 16.

<sup>98</sup> JEAN-PIERRE LEGUAY, *Un caso di «violenza» nel Medioevo: lo stupro di Margot Simmonet*, in ALAIN CORBIN, *La violenza sessuale nella storia*, Laterza, Roma 1992, pp. 3 ss.; SCHINAIA, *Pedofilie Pedofilia* (7), pp. 120-121.

## 5. Dal XV al XVIII secolo

Con il Rinascimento si apre un vero e proprio divario tra norme giuridiche e precetti religiosi da un lato e reali comportamenti sessuali degli uomini dall'altro. Nonostante il perdurare di un clima di persecuzione e condanna per ogni forma di devianza sociale (in continuità con l'epoca medievale), il culto della pederastia rinasce sotto forma di una corrente di erotismo artistico. Il più raffinato esempio è costituito dalle opere di BOTTICELLI, VERROCCHIO, LEONARDO, nelle quali sono evidenti le giovanissime età dei modelli/e che posano nudi. I dipinti del BRUEGHEL, inoltre, testimoniano la frequenza di attività sessuali con bambini durante feste goliardiche e la notevole diffusione di tale pratiche<sup>99</sup>.

5.1  
Il Rinascimento

All'inizio del XVI secolo, malgrado il terrore del contagio da sifilide<sup>100</sup> e il conseguente bando dei rapporti sessuali extra coniugali, taluni comportamenti sessuali devianti continuano a essere praticati. Nemmeno la malattia rappresenta un deterrente abbastanza forte da scoraggiare gli uomini dalla frequentazione dei postriboli. La paura del contagio, anzi, porta con sé conseguenze inaspettate e mortificanti. In *primis*, sulla suggestione di una curiosa credenza popolare secondo cui il rapporto sessuale praticato con una vergine risani dalla sifilide, un'ingente quantità di prostitute illibate comincia a esser richiesta dai frequentatori delle case di meretricio. Successivamente, già nel XVI secolo, si diffondono ulteriori devianze sessuali che portano all'incremento esponenziale della domanda di prostituzione infantile<sup>101</sup>. Nel contempo, ancor mossi dalla paura per le malattie veneree, si assiste a una nuova ondata repressiva nei confronti delle devianze sessuali, la quale conduce per un breve periodo all'abolizione delle case di tolleranza<sup>102</sup>.

5.2  
La pedofilia nel  
XVI secolo

<sup>99</sup> BONAFIGLIA, *Pedofilia Perché?* (4), p. 39.

<sup>100</sup> Patologia venerea importata, secondo alcuni medici, dal continente americano.

<sup>101</sup> G. PERSICO, *op. cit.*, p. 16 - 17

<sup>102</sup> BONAFIGLIA, *Pedofilia Perché?* (4), p. 39.

5.3  
La pedofilia nel  
XVII secolo

Con l'avvento del XVII secolo, terminate le costrizioni e le forti ostilità nei confronti della promiscuità sessuale, riemergono i costumi libertini di un tempo e si amplia la comunità omosessuale. Le perversioni dilagano in modo allarmante in molteplici paesi d'Europa e nel mentre fiorisce e si diffonde una forma di letteratura erotica ispirata a una maggiore disinibizione ed emancipazione. In Italia, per esempio, si ha la sconcertante testimonianza del CASANOVA: in un passo delle sue *Memoires*, egli descrive Cecilia di 12 anni e Marina di 11 come «due boccioli di rosa che per aprirsi attendevano non già il soffio di zefiro, ma dell'amore»<sup>103</sup>, peraltro non sottacendo i copiosi rapporti sessuali con minori di sesso maschile e femminile. Esempio simile ci è proposto dal francese DE SADE, che dà il proprio nome al fenomeno oggi noto come "sadismo". Le sue due più note opere, "*Justine*" e "*Juliette*", sono improntate alla perversione sessuale e al piacere sadico che trova la sua massima espressione nel tormentare giovani inermi<sup>104</sup>.

5.4  
Nuove tendenze  
pedagogiche

Malgrado persistano devianze sessuali di ogni genere, verso la seconda metà del XVII secolo si assiste all'ennesimo cambiamento di rotta dell'opinione pubblica, nuovamente sdegnata da coloro che si dedicano a tali pratiche. La Francia, in questo senso, recita un ruolo di primo piano: la cultura transalpina, per prima, sviluppa una letteratura pedagogica a uso di genitori ed educatori, con il fine specifico di tutelare l'innocenza infantile. Si comincia a capire come certe risalenti usanze possano rompere gli argini del gioco e impregnare di tracce negative la psiche ancora in formazione<sup>105</sup>, maturando una sensibilità del tutto nuova nei confronti del fanciullo. L'adulto è ora esortato a un maggior distacco nei confronti del bambino, ciò che comporta la sua tendenziale ritenzione dal coccolare il figlio o dal lasciarlo dormire con lui nello stesso letto. Rientrano in questo nuovo modo di percepire l'infanzia anche i comportamenti di controllo, come sorvegliare le loro letture o non affidarli troppo ai domestici.

---

<sup>103</sup> PERSICO, *I labirinti* (17), p. 16.

<sup>104</sup> BONAFIGLIA, *Pedofilia Perché?* (4), p. 39.

<sup>105</sup> CIFALDI, *Pedofilia* (18), p. 8.

Nel XVIII secolo, sull'onda di una nuova e dilagante moralità, alcune nazioni europee iniziano a sanzionare con pene severe l'increscioso fenomeno di violenza sessuale ancora diffusa nel Continente. Per primo, il Codice Napoleonico del 1810 contempla l'abuso dei minori<sup>106</sup> e l'oltraggio al pudore<sup>107</sup> nel novero dei comportamenti sessuali devianti. È sempre la Francia, nel 1832, a coniare il concetto di oltraggio al pudore senza violenza su bambini sotto gli undici anni<sup>108</sup>; la novella del 1863 riporterà invece l'età massima a tredici anni<sup>109</sup>. Il numero dei casi di stupro di bambini e fanciulli, nel contempo, raggiunge vette vertiginose; in genere, le tecniche di approccio utilizzate dai molestatori sono, in gran parte, le medesime del nostro tempo: dolciumi, caramelle, particolari attenzioni, giochi<sup>110</sup>. Sebbene oggi un adolescente sia riconosciuto vittima di abusi sessuali già solo per aver intrattenuto rapporti consenzienti con il proprio molestatore, non risulta essere stato sempre così. Prima del 1800, infatti, la giovane età di un fanciullo non lo rende automaticamente "vittima" di un adulto per il solo fatto di intrattenere con questi dei rapporti sessuali. Al contrario, a quel tempo si reprime ogni rapporto fisico consumato al di fuori dei legami del matrimonio e, qualora uno dei due partner sia adolescente, quest'ultimo è a sua volta ritenuto colpevole (seppur la sua giovane età costituisca un'attenuante della sua condotta *contra ius*). In ogni modo egli non può confidare di

5.5

XIII secolo: le prime norme a tutela dell'infanzia

<sup>106</sup> Art. 331 : «*Quiconque aura commis le crime de viol, ou sera coupable de tout autre attentat à la pudeur, consommé ou tenté avec violence contre des individus de l'un ou de l'autre sexe, sera puni de la réclusion.*». Art. 332 : «*Si le crime a été commis sur la personne d'un enfant au-dessous de l'âge de quinze ans accomplis, le coupable subira la peine des travaux forcés à temps.*»

<sup>107</sup> Art. 330 : «*Toute personne qui aura commis un outrage public à la pudeur, sera punie d'un emprisonnement de trois mois à un an, et d'une amende de seize francs à deux cents francs.*».

<sup>108</sup> L'article 311 del codice penale, novellato a seguito dello scandalo generato dal caso dell'assoluzione del curato di Benfeld, in Alsazia, per mancato uso della violenza fisica, recita che «*tout attentat à la pudeur, consommé ou tenté sans violence sur la personne d'un enfant de l'un ou l'autre sexe âgé de moins de 11 ans, sera puni de réclusion*».

<sup>109</sup> PERSICO, *I labirinti* (17), p. 16.

<sup>110</sup> BONAFIGLIA, *Pedofilia Perché?* (4), p. 40.

essere riconosciuto quale vittima di abusi sessuali<sup>111</sup>, un risultato che sarà compiutamente raggiunto solo due secoli più tardi. Nondimeno, in Europa diverse legislazioni elevarono l'età che permette a un giovane di intrattenere relazioni sessuali consenzienti: da 10-12 anni a 13 anni in Francia (1863), a 14 anni in Austria (1852) e Germania (1871), a 15 in Svezia (1864) e addirittura a 16 anni in Inghilterra (1885).

5.6  
Gli Uraniani

A dispetto di quanto sinora detto, nel medesimo periodo alcuni poeti inglesi, conosciuti con il nome di Uraniani, tentano di riesumare la speculazione greca sulla pederastia modificandone però l'asse di riferimento: da privilegio riservato alle classi agiate, il percorso formativo tipico della cultura ellenica viene ora aperto alla classe economica meno abbiente, i cui adolescenti vengono posti sotto l'ala protettrice di uomini ricchi e sapienti allo scopo di amarli, aiutarli e guidarli. La pederastia uraniana, in verità, è espressione di una relazione molto più complessa rispetto a quella greca. Nella visione di questo movimento, infatti, il rapporto pederastico offre una collocazione importante alla personalità del ragazzo e alla molteplicità dei livelli di interazione. Sovente, il giovane non si limita a occupare il rango di oggetto ma è considerato un vero e proprio interlocutore, se non addirittura un innamorato<sup>112</sup>. Esponente di questo movimento fu ALFRED DOUGLAS, la cui relazione con OSCAR WILDE portò alla condanna del celebre autore per sodomia<sup>113</sup>. Alcuni esponenti di questo movimento inglese<sup>114</sup> sono tuttora attivi.

---

<sup>111</sup> MARTIN KILLIAS, *The emergence of a new taboo: the desexualisation of youth in western societies since 1800*, p. 462.

<sup>112</sup> PERSICO, *I labirinti* (17), p. 18.

<sup>113</sup> ALBERTO VITTOR UGO ZIONI, *Il garofano blu. Per la prima volta, tutto il racconto della vita di Lord Alfred Douglas l'adorato amico di Oscar Wilde*, Simonelli, Milano 1999, *passim*.

<sup>114</sup> PERSICO, *I labirinti* (17), p. 17.

## 6. Fine Ottocento e primi del Novecento

Nonostante i provvedimenti legislativi e il generale mutamento di sensibilità nei confronti delle problematiche sessuali legate all'infanzia, sul finire del XIX secolo prevale ancora una visione dicotomica del bambino: al bambino innocente dell'*Emile* di ROUSSEAU, si contrappone il bambino “icona” del peccato originale e della viziosità dell'animo umano<sup>115</sup>. Proprio quest'ultima, tuttavia, sembra in quegli anni prendere il sopravvento, recando seco la necessità di una correzione costante del fanciullo, la cui naturale inclinazione al male va repressa con ogni metodo educativo, finanche i più violenti. La realtà dei fatti, nondimeno, ci testimonia il proliferare dei reati sessuali contro le bambine: secondo una statistica francese, l'86% delle giovinette sedotte ha meno di quindici anni, i tre quarti al massimo tredici anni, un quarto meno di dieci. Le due più piccole avevano tre anni<sup>116</sup>.

6.1  
Visione  
dicotomica del  
bambino

A cavallo tra l'ottocento e il novecento, sulla spinta delle scienze psicologiche e psichiatriche, gli abusi sessuali sui minori iniziano ad essere studiati anche da un punto di vista clinico. La pedofilia cessa di essere semplicemente un “comportamento indecente” e inizia a essere considerata un vero e proprio disturbo della personalità. FREUD, il padre della psicanalisi moderna, dedica molto del suo lungo travaglio allo studio delle perversioni sessuali, altalenando tra contraddizioni e concetti non sempre lineari. Ma mentre nella sua opera l'infanzia è unicamente studiata sotto il profilo scientifico<sup>117</sup> (laddove è di scarsa considerazione se osservato nella sua realtà anagrafica, nella

6.2  
Il Novecento

<sup>115</sup> JEAN JACQUES ROUSSEAU, *Emile ou de l'éducation*, Livre I, Librairie de Firmin Didot Frères, fils et Cie, Parigi 1867, p. 7. Cfr. anche GIALONGO, *Il bambino* (79), p. 10.

<sup>116</sup> SCHINAIA, *Pedofilia Pedofilia* (7), p. 127.

<sup>117</sup> MILLER, *Il bambino* (14), pp. 192 ss. L'autrice critica duramente Freud, il quale non ebbe il coraggio, secondo la MILLER, di sostenere fino in fondo la teoria della seduzione, ritardando la presa di coscienza della società nei confronti della realtà infantile. Riconosce invece dei meriti alla psicanalisi A. GIALONGO, *Il bambino* (79), p. 12. Il movimento fondato da FREUD avrebbe infatti per l'autrice reso il bambino protagonista dell'interrogazione scientifica.

concretezza dei bisogni quotidiani e nei rapporti interpersonali), dagli anni Settanta del Novecento si inizia a considerare il bambino come un essere relazionale. Principali fautori di questa nuova visione sono WINNICOTT e BIEN, i quali concentrarono i loro studi sui rapporti tra bambini e genitori, contribuendo a creare quella nuova sensibilità che induce la società occidentale a una condanna senza precedenti nei confronti della pedofilia<sup>118</sup>.

## 7. L'epoca contemporanea

7.1  
Sessualità e  
infanzia  
nell'epoca  
contemporanea

Nell'epoca attuale, l'insieme dei tabù sessuali che hanno contraddistinto i secoli precedenti viene a mancare e la sessualità comincia a esser vissuta nella sua interezza. È tuttavia in questa neonata cultura della tolleranza che per la prima volta nella storia dell'uomo la pedofilia viene bollata come un "male assoluto", diventando la sua repressione una priorità irriducibile di ogni ordinamento giuridico<sup>119</sup>. Questa consapevolezza è resa possibile soprattutto grazie allo sviluppo delle conoscenze scientifiche e in particolare dall'opera di KEMPE (e con lui ancora WINNICOTT e BIEN), il primo a studiare in modo sistematico il fenomeno degli abusi sui bambini<sup>120</sup>. L'impegno da parte della comunità internazionale, nel frattempo, si è concretizzato in una serie di interventi governativi di grande spessore normativo e morale, volti a colmare in modo significativo una lacuna legislativa che non aveva più alcuna ragion d'essere.

7.2  
La legislazione  
internazionale: la  
Dichiarazione di  
Ginevra

Tra gli altri, in particolare, oltre alla *Convenzione per la Tutela dei Minori* (1902) e la *Convenzione sull'età minima* adottata dalla Conferenza Internazionale del Lavoro nel 1919, appare di fondamentale importanza la *Dichiarazione di Ginevra* (o *Dichiarazione dei diritti del*

---

<sup>118</sup> SCHINAIA, *Pedofilia Pedofilia* (7), p. 131; GIALONGO, *Il bambino* (79), p.11; DAVID FERGUSSON/PAUL MULLEN, *Abusi sessuali sui minori. Un approccio basato sulle evidenze scientifiche*, Centro scientifico, Torino 2004, p. 2.

<sup>119</sup> BONAFIGLIA, *Pedofilia Perché?* (4), p. 40.

<sup>120</sup> FERGUSON/MULLEN, *Abusi sessuali* (118), p. 3.

*bambino*) adottata dalla Quinta Assemblea Generale della Società delle Nazioni nel 1924 quale primo riconoscimento concreto dei diritti del fanciullo (inteso come destinatario “passivo” degli stessi), alla cui tutela non sono però chiamati i singoli Stati ma più genericamente l'umanità intera.

La «*Dichiarazione Universale dei Diritti del Fanciullo*», è stata approvata dall'ONU nel 1959 a seguito dello scioglimento della Società delle Nazioni e la nascita dell'Organizzazione delle Nazioni Unite e del Fondo Internazionale delle Nazioni Unite per l'Infanzia (UNICEF). È con questa Dichiarazione che prende corpo il progetto di una Carta sui diritti dei bambini che possa affiancare – integrandola – la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, unitamente riconfermando i medesimi intenti della Dichiarazione di Ginevra ma imponendo agli Stati di impegnarsi attivamente nella loro applicazione. Pur costituendo una sorta di "statuto" dei diritti del bambino dall'alto valore morale (con un Preambolo in cui si richiamano tanto la *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* del 1948 quanto la *Dichiarazione sui diritti del fanciullo* del 1924), essa è tuttavia ancora manchevole di un approfondimento adeguato sul tema degli abusi sessuali.

7.3  
La Dichiarazione  
Universale dei  
Diritti del  
Fanciullo

Ben più radicale è l'approccio al problema che si riscontra nella *Convenzione sui Diritti del Fanciullo* (o Convenzione sui diritti dell'infanzia) approvata all'ONU il 20 novembre 1989, certamente lo strumento normativo internazionale più completo in materia di tutela dei diritti dell'infanzia. In esso sono previsti tutti i diritti e libertà usualmente attribuite agli adulti (diritti civili, politici, sociali, economici, culturali) ma gli Stati ratificanti, per la prima volta, sono in questo senso costretti a conformare le proprie norme di diritto interno per garantirne il rispetto. I principi enunciati dalla Convenzione dell'89, inseriti in un quadro di riferimento organico di grande utilità teorica e pratica, costituiscono il primo tangibile punto d'arrivo in tema di difesa dei diritti dei bambini e si pongono quale base per tutto il successivo sviluppo normativo della materia.

7.4  
La Convenzione  
sui Diritti del  
Fanciullo

7.5  
La Convenzione  
sulla protezione  
dei bambini  
contro lo  
sfruttamento  
sessuale e  
l'abuso sessuale

Uno sviluppo che, partendo dalle *Raccomandazioni* del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa nn. R (85) 11 del 28 giugno 1983, R (87) 21 del 17 settembre '86 ed R (91) del 9 settembre 1991 e passando dalla *Convenzione Europea relativa al risarcimento alle vittime di reati violenti* del 1983 e la citata Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia, approda alla «*Convenzione sulla protezione dei bambini contro lo sfruttamento sessuale e l'abuso sessuale*» adottata dal Consiglio d'Europa nel luglio 2007. Quest'ultima, nel qualificare come vere e proprie violazioni penali anche gli abusi sessuali consumati in casa o in famiglia ai danni dei fanciulli, rappresenta il culmine dell'intero processo di sensibilizzazione sin qui riassunto e si pone quale punto di riferimento teorico e normativo per ciascuno Stato aderente. Al suo interno sono inoltre previste disposizioni mirate alla lotta contro la prostituzione infantile, la pedo-pornografia, il turismo sessuale e la manipolazione psicologica dei bambini per scopi sessuali. Grande attenzione è poi rivolta agli strumenti informatici, sia in quanto fonte di possibile pericolo (essa, ad esempio, qualifica penalmente anche il c.d. *grooming*, ovvero l'adescamento online di bambini da parte di adulti a scopo sessuale) che come strumento di supporto alle vittime (con la creazione di linee di assistenza per i bambini tramite telefono ed internet). Uno specifico programma del Consiglio d'Europa dal titolo «*Costruire un'Europa per e con i bambini*» completa ed integra la Convenzione nello sforzo di promuovere la tutela dei fanciulli contro ogni forma di violenza. Sul piano internazionale, alla stregua di tutti i rilevanti mutamenti di cui si è dato conto, il bambino progredisce dunque allo statuto di soggetto autonomo (e con diritti degni di autonoma tutela), svincolato da quella proprietà del genitore che lo ha marchiato per più secoli<sup>121</sup> e finalmente protetto a 360 gradi (almeno in punto di diritto) contro angherie, abusi o violenze consumate ai suoi danni sia all'esterno che all'interno del nucleo familiare o dell'ambiente domestico.

---

<sup>121</sup> BONAFIGLIA, *Pedofilia Perché?* (4), p. 41; CORTELLESA/FUSARO, *Pedofilia, cit.*, 83 ss.

Anche le varie legislazioni nazionali hanno adottato discipline sempre più intransigenti nei confronti delle violenze sui minori, sovente prevedendo norme penali *ad hoc*<sup>122</sup>. Il legislatore elvetico, in particolare, ha provveduto ad uniformare l'ordinamento interno agli enumerati mutamenti internazionali, adeguando la Costituzione federale all'insegna di un'ormai riformata sensibilità sociale. Mosso dalle medesime finalità fatte proprie della comunità internazionale, egli ha dunque provveduto a introdurre nella Carta costituzionale il nuovo art. 11 sulla protezione dei fanciulli e degli adolescenti e, per quanto qui rilevi, a ricomprendere le vittime di abusi sessuali tra quelle risarcibili ai sensi della Legge sull' Aiuto alle Vittime del 1993. In particolare, il precetto costituzionale così recita<sup>123</sup>:

7.6  
La legislazione  
Svizzera:  
l'art. 11 CF

**Art. 11 Protezione dei fanciulli e degli adolescenti**

<sup>1</sup> I fanciulli e gli adolescenti hanno diritto a particolare protezione della loro incolumità e del loro sviluppo.

<sup>2</sup> Nei limiti delle loro capacità, esercitano autonomamente i loro diritti.

Il riferimento al fatto che il minore eserciti i propri diritti nel limite delle proprie capacità, invero, rappresenta un elemento di continuità con un passato in cui i bambini potevano godere unicamente di una protezione di tipo paternalistico. La questione dell'auto-legittimazione del minore è infatti un problema tuttora irrisolto negli Stati moderni e dalle grandi implicazioni sia concettuali che giuridiche: si noti addirittura come nell'originario progetto di revisione della Costituzione non fosse nemmeno contemplata una disposizione specifica a tutela dell'infanzia, dovendosi l'introduzione di un articolo *ad hoc* al dibattito sollevato in parlamento dal Partito socialista<sup>124</sup>. L'importanza e l'ampiezza di questa norma, ritenuta l'essenzialità della protezione del giovane nel momento più delicato della sua formazione

7.6.1

<sup>122</sup> Cfr. FERRANDO MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale I. Delitti contro la persona*, Padova 2005, pp. 330-331; Dal punto di vista politico-criminale è acutissima l'osservazione di MANTOVANI, il quale, trattando l'argomento, premette che l'abuso sessuale è «un fenomeno non subumano, ma subanimle». *Ibidem*, p. 333. PICOZZI/MAGGI, *Pedofilia* (3), pp. 208-210.

<sup>123</sup> RS 101.

<sup>124</sup> CIFALDI, *Pedofilia* (18), p. 130.

psicofisica, ne giustifica indubbiamente una citazione specifica pur in considerazione degli aspetti più controversi<sup>125</sup>.

7.7  
La Legge  
sull'Aiuto alle  
Vittime

Passando invece alla Legge sull'Aiuto alle Vittime (entrata in vigore nel 1993), il suo scopo principale è migliorare la situazione di quegli individui che in seguito a un reato causato da un autore non solvibile piombino in uno stato di bisogno<sup>126</sup>. L'ordinamento giuridico svizzero annovera tra i suoi principi quello per cui nessuno deve sopportare le conseguenze di un danno la cui responsabilità è da imputare a un'altra persona. Tale assunto è recepito anche nella Costituzione federale, al suo art. 124<sup>127</sup>:

**Art. 124 Aiuto alle vittime di reati**

La Confederazione e i Cantoni provvedono affinché chi sia stato leso nella sua integrità fisica, psichica o sessuale in seguito a un reato riceva aiuto, nonché un'equa indennità qualora gliene siano derivate difficoltà economiche.

---

<sup>125</sup> In particolare, nel rilevarne l'estrema indeterminatezza, balza all'occhio come il diritto sancito dall'art. 11 Cost. comporti qualche difficoltà d'inquadramento all'interno della categoria concettuale di riferimento, ritenuto come esso presenti caratteristiche tipiche dei diritti fondamentali (in questo caso, tra l'altro, riconosciuti a soggetti particolarmente deboli e bisognosi) ma anche dei diritti sociali in senso lato (e dunque una sorta di "proposito" dello Stato sociale. La sua particolare forma mista, secondo parte della dottrina ed il Tribunale Federale (2P 324 2001 c. 4.2), ne potrebbe addirittura compromettere l'azionabilità diretta da parte del cittadino. Cfr. RUTH REUSSARD/KURT LÜSCHER in BERNHARD EHRENZELLER, PHILIPPE MASTRONARDI, RAINER J. SCHWEIZER, KLAUS A. VALLENDER, *Die schweizerische bundesverfassung Kommentar*, Dike/Schulthess, St. Gallen/Zurigo 2008, ad art. 11 N. 23.

<sup>126</sup> Sia i reati dolosi che colposi, infatti, lasciano dietro sé vittime che possono essere anche gravemente colpite dalle conseguenze del fatto. Se a un soggetto sono state provocate delle gravi lesioni fisiche colpevolmente o dolosamente è una questione che col passare del tempo perde sempre più importanza. Rimane tuttavia la costante rappresentata dal pregiudizio conseguente l'illecito che rende più difficoltosa la vita quotidiana della vittima. Sul punto, PETER GOMM/DOMINIK ZEHNTNER, *Opferhilfegesetz*, Stämpfli, Berna 2005, p. V.

<sup>127</sup> RS 101.

Ai sensi della LAV, in particolare, una vittima è definita come una persona fisica danneggiata ai sensi delle leggi civili e penali<sup>128</sup>, posta come assodata una sua integrità fisica, psichica, e sessuale. Una volta che questa sia stata lesa dalla commissione di un reato, l'ipotesi risarcitoria prevista dalla Legge è integrata. Reato, in questo senso, è certamente anche un reato contro l'integrità sessuale (violenza carnale) o contro il patrimonio (rapina)<sup>129</sup>, posto come l'intervento legislativo abbia inteso considerare tutti quei reati che in senso ampio rappresentano un'aggressione contro la vita e l'integrità della persona, indipendentemente dalla classificazione dell'illecito. Determinante, al di là dell'inquadramento dogmatico, è cioè l'effetto prodotto sul soggetto passivo, circostanza che il Tribunale federale ha chiarito espressamente in relazione all'integrità fisico-psichica compromessa dal reato di vie di fatto<sup>130</sup>. Meno semplice risulta però la definizione dell'integrità sessuale. Nella misura in cui un pregiudizio a essa comporta anche una violazione della sfera fisica e psichica non si pongono particolari problemi. Più difficile è individuare eventuali casi in cui solamente l'integrità sessuale è intaccata<sup>131</sup>. Ciò nondimeno, tanto la LAV quanto i precetti costituzionali di cui si è dato conto (e che ne rappresentano il presupposto logico ed il fondamento giuridico), attestano l'impegno del

7.7.1

<sup>128</sup> DOMINIK ZEHNTNER/HELEN HOFER, *Vertretung von Opfern und Geschädigten*, in MARCEL ALEXANDER NIGGLI/PHILIPPE WEISSENBERGER, *Handbücher für die Anwaltspraxis. Strafverteidigung*, Vol. VII, Helbing & Lichtenhahn, Basilea 2002, pp. 132 ss.

<sup>129</sup> GOMM/ZEHNTNER, *Opferhilfegesetz* (126), pp. 28-29; THOMAS MAURER, *Das Opferhilfegesetz und die kantonalen Strafprozessordnungen*, in ZStrR 4/1993, p. 376.

<sup>130</sup> Nonostante la fattispecie di questo reato escluda espressamente un danno al corpo, può essere presupposto per la qualifica di vittima della persona offesa: determinante è il grado di turbamento del soggetto passivo (*Grad der Betroffenheit der geschädigten Person*), cfr. DTF 129 IV 95.

<sup>131</sup> Parte della dottrina, facendo riferimento al fatto che nemmeno il messaggio è preciso sul punto, ha inizialmente escluso che il concetto di integrità sessuale potesse venire in rilievo autonomamente. Si è sottolineato come essa fosse sempre accompagnata anche da un pregiudizio dell'integrità psichica. Ad ogni modo il concetto in esame ha rilevanza sotto il profilo probatorio: per le pretese di risarcimento è comunque sufficiente dimostrare una violazione della sfera sessuale, nonostante la dottrina escluda una sua sussistenza autonoma.

legislatore elvetico nel definire una normativa interna più attenta al problema degli abusi sessuali, con particolare attenzione per i bambini ed i minori in genere.

7.8  
La pedofilia  
nell'epoca  
contemporanea

Ma non è tutto oro quello che luccica: a dispetto della nobiltà degli intenti dichiarati, ancor oggi siamo costretti a fronteggiare una realtà fatta di immagini e situazioni raccapriccianti. Internet, con grande probabilità il più importante mezzo di comunicazione e d'informazione mai esistito, amplifica le proprie potenzialità di giorno in giorno, così come accrescono pure gli utenti che navigano nel Web. La rete, evidentemente, è divenuta il più considerevole strumento di scambio audio-visivo a livello internazionale, apprezzato in ogni parte del globo, al di là di barriere linguistiche e confini nazionali. Conseguenza primaria di questo fenomeno, per bambini ed adolescenti che navigano in rete senza la supervisione di un adulto, è l'aumento smodato del pericolo di contatti con pedofili o l'amplificazione incontrollata di talune idee ritenute gravemente lesive della personalità umana.

7.9  
Pedofilia e abusi  
sui minori :le  
cifre ufficiali

I dati statistici confermano un incremento dello sfruttamento sessuale dei minori che sfiora livelli di guardia<sup>132</sup>, complice anche la straripante moda del turismo sessuale internazionale. Ad oggi, secondo le stime fornite dall'UNICEF in occasione del *III Congresso mondiale contro lo sfruttamento sessuale di minori a fini commerciali* tenutosi lo scorso novembre a Rio de Janeiro, circa 1,8/2 milioni di bambini ogni anno sono oggetto di sfruttamento sessuale, soprattutto in Asia, Sudamerica, Africa ed Europa orientale<sup>133</sup>. Pedofilia, prostituzione e pornografia infantile alimentano un business stimato in circa 20 miliardi di dollari annui<sup>134</sup> e «l'*Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS)*

---

<sup>132</sup> Per un confronto statistico ROCCIA/FOTI, *L'abuso* (12), p. 185 ss.

<sup>133</sup> <http://www.unicef.it/flex/cm/pages/ServeBLOB.php/L/IT/IDPpagina/2591>. In proposito, si veda anche il rapporto del *III Congresso mondiale contro lo sfruttamento sessuale di minori a fini commerciali*, tenutosi dal 25 al 28 novembre 2008 a Rio de Janeiro (Brasile). Per un quadro riassuntivo, si veda in <http://www.unicef.ch/it/information/pressebereich/index.cfm?uNewsID=340>.

<sup>134</sup> La stima, anche in questo caso, si deve all'UNICEF. In proposito, si veda in [http://www.swissinfo.ch/ita/prima\\_pagina/Nuove\\_armi\\_contro\\_il\\_turismo\\_ses\\_suale.html?siteSect=109&sid=9920691&cKey=1225806992000&ty=st](http://www.swissinfo.ch/ita/prima_pagina/Nuove_armi_contro_il_turismo_ses_suale.html?siteSect=109&sid=9920691&cKey=1225806992000&ty=st).

*stima che oggi l'incidenza di rapporti sessuali forzati e di altre forme di violenza che includono un contatto fisico si attesti, tra bambini e bambine sotto i 18 anni, rispettivamente a 73 milioni e 150 milioni di casi»<sup>135</sup>. L'Italia occupa il secondo posto nel mondo per gli "inclusive tour" in Thailandia, mecca del sesso con partner minorenni<sup>136</sup> ed il quinto assoluto «nella poco onorevole classifica dei paesi "cacciatori di bambini", dopo Usa, Germania, Francia, Australia»<sup>137</sup>. Appare dunque chiaro come il grande sforzo legislativo fatto negli ultimi secoli non abbia risolto il problema degli abusi sui minori. La necessità di apprestare una tutela più incisiva per la salvaguardia dei diritti e dell'incolumità dei fanciulli, dunque, è questione di costante attualità, costituendo un problema sul quale la comunità internazionale (e con essa i legislatori dei singoli Stati che ne fanno parte) ha ormai raggiunto piena consapevolezza. A titolo esemplificativo, valga il parere del Consiglio federale Svizzero espresso già nel giugno 1995 relativamente al Rapporto «*Infanzia maltrattata in Svizzera*» (Arbeitsgruppe Kindesmisshandlung): in esso, l'Autorità afferma che «*l'infanzia maltrattata e lo sfruttamento sessuale dei bambini costituiscono un vero problema sociale, la cui gravità e portata sono fortemente sottovalutate [...]. Il Consiglio federale è dell'avviso che il fenomeno dell'infanzia maltrattata è da considerarsi come vero tema di politica che concerne lo Stato ad ogni livello. La protezione dei più deboli è uno dei compiti primari di uno Stato sociale moderno [...]. I maltrattamenti inflitti ai bambini trasgrediscono determinati principi etici dello Stato, come anche della vita comunitaria, del rispetto e della solidarietà. La politica non può sottrarsi alle sue responsabilità in questi ambiti (p. 4-5)*»<sup>138</sup>.*

<sup>135</sup> Cfr. <http://www.unicef.it/flex/cm/pages/ServeBLOB.php/L/IT/IDPagina/2588>.

<sup>136</sup> PERSICO, *I labirinti* (17), p. 124. Sulla diffusione del fenomeno nel mondo contemporaneo cfr. anche ROCCIA/FOTI, *L'abuso* (12), pp. 14-15.

<sup>137</sup> Così in <http://www.repubblica.it/2008/11/sezioni/esteri/rio-unicef/rio-unicef/rio-unicef.html>. Si tratta ancora di dati ufficiali UNICEF, forniti in occasione del *III Congresso mondiale contro lo sfruttamento sessuale di minori a fini commerciali*. V. anche <http://www.repubblica.it/2008/11/sezioni/esteri/rio-unicef/rio-unicef/rio-unicef.html>.

<sup>138</sup> CIFALDI, *Pedofilia* (18), p. 130.

## 8. Conclusioni

- 8.1 L'analisi storica del fenomeno considerato ci permette di smentire sia le tesi che considerano la pedofilia un male esclusivamente contemporaneo, sia quelle che pretestuosamente individuerebbero nel passato una o più epoche "d'oro" in cui gli abusi sui minori sarebbero stati pacificamente accettati. Al contrario, e quantomeno, le violenze sui bambini sono quasi sempre state stigmatizzate dall'opinione pubblica, pur sostanzialmente mancando fino all'età moderna una disciplina specifica a tutela delle vittime. L'iniziale assenza di una normativa *ad hoc* non deve scandalizzare: la vendetta privata, frutto del dissenso sociale, sembra infatti esser stata una tappa obbligata nello sviluppo di una coscienza repressiva di ogni crimine. È dunque solo di recente che, dopo secoli in cui le pene per coloro che abusavano erano lasciate alla discrezione del popolo, la società ha opposto alla pedofilia un apparato normativo intransigente. Questo nuovo approccio al problema, come anzidetto, è stato certamente favorito dal progresso delle scienze e con ogni probabilità anche da quello sviluppo emotivo di cui parla DE MAUSE. Questo mutamento della coscienza e della sensibilità dell'opinione pubblica, in altri termini, non solo avrebbe consentito agli adulti di comprendere meglio l'infanzia ma sarebbe anche stato alla base del progresso che ha caratterizzato la nostra società negli ultimi secoli.

## 9. Bibliografia e Sitografia

- 9.1 Bibliografia JEAN-JOSEPH GAUME, *La Révolution, recherches historiques sur l'origine et la propagation du mal en Europe, depuis la Renaissance jusqu'à nos jours*, 12 vol., 1856; JEAN JACQUES ROUSSEAU, *Emile ou de l'éducation*, Livre I, Librairie de Firmin Didot Frères, fils et Cie, Parigi 1867; CONTARDO FERRINI, *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano* a cura di ENRICO PESSINA, Milano 1905; SIGMUND FREUD, *Casi clinici*, Vol. 7: *L'uomo dei lupi*, Bollati Borlinghieri, Torino 1977; JAN BREMMER, *An enigmatic indo-european rite: pederasty*, *Arethusa* 13, 1980; J. B. POTALLIS, *Conversazione con Philippe Ariès*, in AA.VV., *Il Bambino e la psicanalisi*, Savelli, Roma 1981; NEIL POSTMAN, *La scomparsa dell'infanzia*, Armando, Roma 1984; BERNARD SERGENT, *L'homosexualité initiatique dans l'Europe ancienne*, Payot, Parigi 1984; ISABELLA MERZAGORA, *L'incesto: aggressori e vittime, diagnosi e terapia*, Giuffrè, Milano 1986; DANILO DALLA, *Ubi Venus mutatur: Omosessualità e*

diritto nel mondo romano, Giuffrè, Milano 1987; JOAN OATES, *Babilonia, ascesa e decadenza di un impero*, Newton & Compton, Roma 1988; GIOVANNI PETTINATO, *Babilonia: centro dell'universo*, Rusconi, Milano 1988; M. ASHLEY AMES/DAVID A. HOUSTON, *Legal, Social and Biological definitions of Pedophilia*, *Archives of Sexual Behavior*, Vol. 19, N. 4, 1990; ALICE MILLER, *Il bambino inascoltato*, Bollati Boringhieri, Torino 1990; ANGELO DI BERARDINO, *L'omosessualità nell'antichità classica*, in WILLI HENKEL (a cura di), *Ecclesiae Memoria: Miscellanea in onore del R. P. Joseph Metzler, prefetto dell'archivio segreto vaticano*, Herder, Roma 1991; JEAN-PIERRE LEGUAY, *Un caso di «violenza» nel Medioevo: lo stupro di Margot Simmonet*, in ALAIN CORBIN, *La violenza sessuale nella storia*, Laterza, Roma 1992; EVA CANTERELLA, *Secondo natura. La bisessualità nel mondo antico*, Rizzoli, Milano 1995; OTTAVIA NICCOLI, *Il seme della violenza. Putti, fanciulli e mammoli nell'Italia fra Cinque e seicento*, Laterza, Roma 1995; LAWRENCE STONE, *La sessualità nella storia*, Laterza, Bari 1995; EGLIE BECCHI/DOMENIQUE JULIA, *Storia dell'infanzia*, Vol. I, Laterza, Bari, 1996; PETRONIO, *Satyricon*, Bit, Milano, 1996; ANGELA GIALONGO, *Il bambino medievale*, Dedalo, Bari 1997; CRISTINA ROCCIA/CLAUDIO FOTI, *L'abuso sessuale sui minori. Educazione sessuale, prevenzione, trattamento*, Unicopli, Milano 1997; EUGENIO AGUGLIA/ANTONINO RIOLO, *La pedofilia nell'ottica psichiatrica*, Il pensiero scientifico, Roma 1999; EVELINE HASLER, *La strega bambina*, Longanesi, Milano 1999; ALBERTO VITTOR UGO ZIONI, *Il garofano blu. Per la prima volta, tutto il racconto della vita di Lord Alfred Douglas l'adorato amico di Oscar Wilde*, Simonelli, Milano 1999; LLOYD DE MAUSE, *La historia del ultraje infantil*, in *Revista de Psicoanálisis*, N. 7, numero speciale intitolato *Violencia y perversidad*, Buenos Aires 2000; CAIO TRANQUILLO SVETONIO, *Vita dei Cesari*, X edizione, Garzanti, Milano 2000; GLORIA PERSICO, *I labirinti della pedofilia: le origini sociali e psicologiche di uno dei fenomeni più drammatici del nostro tempo. Una guida preziosa per aiutarci a proteggere i nostri bambini*, Newton & Compton, Roma 2001; PLATONE, *Simposio*, Adelphi-Mondadori, Milano 2001; ALESSIA SALVATORI/STEFANO SALVATORI, *L'abuso sessuale al minore e il danno psichico*, Giuffrè, Milano 2001; COSIMO SCHINAIA, *Pedofilia Pedofilia – La psicoanalisi e il mondo del pedofilo*, Bollati Boringhieri, Torino 2001; MICHEL FOUCAULT, *L'uso dei piaceri*, Feltrinelli, Milano 2002; PAT SOUTHERN, *Marcus Antonius. Ein Lebensbild*, Magnus, Essen 2002; DOMINIK ZEHNTNER/HELEN HOFER, *Vertretung von Opfern und Geschädigten*, in MARCEL ALEXANDER NIGGLI/PHILIPPE WEISSENBERGER, *Handbücher für die Anwaltspraxis. Strafverteidigung*, Vol. VII, Helbing & Lichtenhahn, Basilea 2002; LUIGI CORTELLESSA/NATALE FUSARO, *Pedofilia e criminalità*, Koinè, Roma, 2003; MASSIMO PICOZZI/MICHELE MAGGI, *Pedofilia. Non chiamatelo amore*, Guerini e Associati, Milano 2003; LUCIO BONAFIGLIA, *Pedofilia Perché? L'esigenza di confini*, Carlo Amore, Roma, 2003, p. 35; GIANMARCO CIFALDI, *Pedofilia tra devianza e criminalità*, Giuffrè, Milano 2004; DAVID FERGUSSON/PAUL MULLEN, *Abusi sessuali sui minori. Un approccio basato sulle evidenze scientifiche*, Centro scientifico, Torino 2004; PETER GOMM/DOMINIK ZEHNTNER, *Opferhilfegesetz*, Stämpfli, Berna 2005; FERRANDO MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale I. Delitti contro la persona*, Padova 2005; CHARLES PERRAULT, *Histoires ou contes du temps passé*, Continental Verlag, Parigi 2006; RUTH REUSSARD/KURT LÜSCHER in BERNHARD EHRENZELLER, PHILIPPE MASTRONARDI, RAINER J. SCHWEIZER, KLAUS A. VALLENDER, *Die schweizerische bundesverfassung Kommentar*, Dike/Schulthess, St. Gallen/Zurigo 2008.

## IL REATO DI ATTI SESSUALI CON FANCIULLI SECONDO L'ART. 187 CPS

---

9.2  
Sitografia

<http://www.altrodiritto.unifi.it>  
<http://www.unicef.it>  
<http://www.swissinfo.ch>  
<http://www.repubblica.it>  
<http://www.koeblergerhard.de>





## CAPITOLO II

### LA GENESI DELL'ART. 187 CPS

SOMMARIO: 1. I lavori preparatori al Codice penale svizzero – 2. Il dibattito parlamentare e il varo definitivo della norma – 3. La riforma del 1950 – 4. La riforma del 1990 – 5. Bibliografia

#### 1. I lavori preparatori al primo Codice penale svizzero

Il primo codice penale svizzero, varato dalle Camere federali il 21 dicembre 1937 ed entrato in vigore il 1° gennaio 1942, marca l'impronta dogmatica del Prof. CARL STOOSS cui nel 1888 il Consiglio federale assegnò l'incarico di approntare un progetto preliminare per un diritto penale federale unificato. L'obiettivo era evidentemente quello di superare la frammentazione legislativa cantonale che non permetteva un'efficiente repressione del crimine<sup>1</sup>.

Tutti i codici in vigore all'epoca nei singoli Cantoni contemplavano disposizioni repressive in materia di condotte immorali con bambini. A titolo semplificativo può essere menzionato il codice penale bernese del 1866 il quale, pur contenendo rinvii ad altre

1.1  
Progetti di  
unificazione del  
diritto penale  
svizzero

1.2  
I codici penali  
cantonali

---

<sup>1</sup> GÜNTER STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I: die Straftat*, Stämpfli, Berna 2005, p. 26. Sul punto vedi anche CARL STOOSS, *Die Grundzüge des schweizerischen Strafrechts im Auftrage des Bundesrathers vergleichend dargestellt*, H. Georg, Basilea 1892, pp. 38 ss.

fattispecie, anticipava alcuni elementi che sarebbero poi confluiti nella versione definitiva del codice unificato<sup>2</sup>:

**Art. 165 Unsittlichkeit mit jungen Leuten**

Wer mit jungen Leuten des einen oder des anderen Geschlechts unter sechzehn Jahren unzüchtige Handlungen begeht, die nicht unter eine strengere Bestimmung dieses Titels fallen, oder die Unzucht derselben begünstigt wird mit Gefängnis bis zu sechzig Tagen bestraft oder mit Korrekionshaus bis zu zwei Jahren oder mit Geldbusse bis zu tausend Franken bestraft.

[Chi commette atti di libidine con giovani dell'uno o dell'altro sesso che non hanno ancora compiuto sedici anni, che non ricadono in un'altra prescrizione più severa di questo titolo, o chi favorisce l'immoralità dello stesso minore è punito con l'arresto fino a sedici giorni o con il carcere fino a due anni o con una multa fino a mille Franchi.]<sup>3</sup>.

1.3  
Il Codice penale  
del Cantone  
Ticino

Altri codici, invece, trattavano la materia in modo più disorganico come nel caso del Cantone Ticino (Codice penale del 1873)<sup>4</sup>:

**Art. 248**

Chi senza violenza ed in qualsiasi modo, avrà indotta un'onesta fanciulla, maggiore di anni 12 compiti, e minore di anni quattordici compiti, a commettere copula con sè, è punito con la detenzione dal secondo al terzo grado (...)

**Art. 249**

Chi, senza violenza, avrà commesso atti della specie degli aborriti dalla natura sopra persona dello stesso sesso maggiore di anni dodici compiti, e minore di anni quattordici compiti, sarà punito dal primo al secondo grado di detenzione, e della multa dal terzo al quarto grado (...)

---

<sup>2</sup> CARL STOOSS, *Strafgesetzbuch für den Kanton Bern*, Gemminger, Berna 1896, art. 165.

<sup>3</sup> Volgimento in italiano nostro.

<sup>4</sup> CARL STOOSS, *Die schweizerischen Strafgesetzbücher zur Vergleichung zusammengestellt und im Auftrage des Bundesrates herausgegeben*, Commissionsverlag von H. Georg, Basilea 1890, pp. 468-469.

**Art. 253**

§1. Chiunque costringe altri, mediante violenza, a subire con sè copula carnale, è punito col primo al secondo grado di reclusione temporaria.

§2. La pena sarà la reclusione temporaria al secondo grado, se la copula violenta fu esercitata sovra persona di anni dodici compiuti, o sovra persona del medesimo sesso.

**Art. 255**

Con le pene come sopra rispettivamente stabilite sono puniti la copula e gli atti di libidine anche non violenti, quando saranno caduti sopra persona che al momento del fatto:

- a. Non abbia ancora compiuto gli anni dodici, ovvero
- b. Sia in istato di completa demenza

STOOS propose importanti novità, in particolare per quel che riguarda la punibilità delle condotte libidinose in relazione a una specifica età di protezione della vittima<sup>5</sup>. 1.4

Le idee del cattedratico bernese, di indole molto più draconiane rispetto alle altre normative vigenti all’epoca<sup>6</sup>, diedero luogo al progetto preliminare del 1894. In tale elaborato, tra i reati contro la moralità e la libertà sessuale figuravano puniti, all’art. 100, gli atti di libidine con fanciulli<sup>7</sup>: 1.5  
Progetto preliminare del 1894

**Art. 100 Unzucht mit Kindern**

Wer aus geschlechtlicher Lust mit oder vor geschlechtsunreifen Kindern unzüchtige Handlungen vornimmt oder sie zu Unzüchtigem verleitet, wird mit Zuchthaus bis zu 5 Jahren oder mit Gefängnis nicht unter 6 Monaten bestraft.

War die Absicht des Täters auf Beischlaf mit dem Kinde oder auf eine dem Beischlaf ähnliche Handlung gerichtet, so ist die Strafe Zuchthaus von 3 bis 10 Jahren.

---

<sup>5</sup> STEFANIA SUTER-ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit der sexuellen Handlungen mit Kindern nach Art. 187 StGB*, Schulthess, Basilea 2003, p. 6.

<sup>6</sup> STOOS, *Die schweizerischen Strafgesetzbücher* (4), pp. 442 ss.

<sup>7</sup> CARL STOOS, *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Vorentwurf im Auftrage des schweizerischen Bundesrates*, Buchdruckerei Karl Stämpfli & Cie., Berna 1894, pp. 31 ss.

[Chi, mosso da impulso sessuale, compie con o di fronte a bambini sessualmente immaturi atti di libidine o li coinvolge in atti di libidine è punito con la reclusione fino a cinque anni.

Se l'obiettivo dell'autore era quello di congiungersi carnalmente col bambino o di compiere un atto simile al coito la pena è la reclusione da tre a dieci anni.]<sup>8</sup>.

1.6 Soggetti passivi potevano essere sia persone di sesso maschile che femminile, in quanto entrambi i generi dovevano risultare protetti dalla norma<sup>9</sup>. Questa formulazione rappresentava un compromesso tra le varie soluzioni cantonali e fu oggetto di un acceso dibattito. Motivo di critica era in particolare la mancata previsione di un'«età del consenso» espressamente disciplinata nella norma. STOOSS era per contro mosso dalla considerazione che il divario culturale esistente nelle varie regioni della Confederazione non permettesse di cogliere una soluzione univoca *quo* alla fascia di età protetta. Egli sostenne infatti che «*die geschlechtliche Entwicklung individuell sehr verschieden ist und in der Stadt früher eintritt als auf dem Lande, in den südlichen Teilen eher als im Norde, so scheint die Aufstellung einer absoluten Altersgrenze nicht unbedenklich. Würde z.B. auf 14 Jahre festgesetzt, so würde diese Grenze von dem Tessin wahrscheinlich zu hoch, von den deutschschweizerischen Kantonen aber zu niedrig gefunden werden*»<sup>10</sup>.

1.7 D'altra parte, è indubitabile che permaneva il rischio che gli autori di simili reati, per sfuggire alla pena, avrebbero potuto difendersi da un lato, sostenendo di non aver riconosciuto l'im maturità sessuale del fanciullo<sup>11</sup>, dall'altro contestando l'im maturità sessuale del medesimo, confutazione che avrebbe aperto le porte a spiacevoli analisi peritali a ulteriore danno della vittima. Il testo comunque rappresentava una grande novità in quanto non si limitava a reprimere gli atti sessuali

---

<sup>8</sup> Volgimento in italiano nostro.

<sup>9</sup> CARL STOOSS, *Motive zu dem Vorentwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuch*, in *Schweizerisches Strafgesetzbuch Vorentwurf im Auftrage des schweizerischen Bundesrates, amtliche Ausgabe*, Stämpfli, Berna 1894, pp. 62 ss.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> SUTER-ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (5), p. 7.

in quanto tali, bensì estendeva la difesa sociale anche agli atti di mero esibizionismo, di induzione al compimento di simili condotte e in generale di corruzione di minorenni. Si ritenne infatti che anche tali condotte fossero suscettibili di compromettere il sano sviluppo psichico della vittima<sup>12</sup>.

Nel 1893 il Consiglio federale istituì una prima commissione di esperti con il compito di affiancare il lavoro di STOOSS. In base al documento depositato dalla Commissione (di cui il cattedratico bernese era membro), la norma sugli atti di libidine con fanciulli avrebbe dovuto essere così riformulata<sup>13</sup>:

1.8  
Prima  
commissione di  
esperti (1893-  
1895).

**Art. 112 Unzucht mit Kindern**

Wer mit einem Kinde unter 15 Jahren eine unzüchtige Handlung vornimmt wird mit Zuchthaus bis zu 10 Jahren oder mit Gefängnis nicht unter 6 Monaten bestraft; versucht der Thäter, das Kind zum Beischlaf oder zu einer dem Beischlaf ähnlichen Handlung zu missbrauchen, so ist die Strafe Zuchthaus nicht unter 5 Jahren.

Wer ein Kind unter 15 Jahren zu einer unzüchtigen Handlung verleitet oder von einem Kinde unter 15 Jahren eine unzüchtige Handlung aus geschlechtlicher Lust vornimmt, wird mit Gefängnis nicht unter drei Monaten oder mit Zuchthaus bis zu 10 Jahren bestraft.

[Chi compie un atto sessuale con un minore di anni 15 è punito con la reclusione fino a 10 anni o con l’arresto non inferiore a sei mesi; se l’autore tenta di congiungersi carnalmente con il bambino o di compiere un altro atto simile al coito, la pena è la reclusione non inferiore a 5 anni.

Chi, mosso da impulso sessuale, coinvolge un minore di 15 anni in un atto di libidine o di fronte al minore di 15 anni compie un tale atto è punito con l’arresto non inferiore a tre mesi o con la reclusione fino a dieci anni.]<sup>14</sup>.

Si avvertì quindi l’esigenza di delineare una soglia di età al di sotto della quale il fanciullo non doveva intrattenere alcun contatto

1.9  
Soglia di età  
protetta

---

<sup>12</sup> STOOSS, *Motive* (9), p. 63.

<sup>13</sup> AA.VV., *Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch nach den Beschlüssen der Expertenkommission*, Berna 1896, ad art. 112; AA.VV., *Verhandlungen der Expertenkommission über den Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch*, Stämpfli, Berna 1896, II Band, p. 54.

<sup>14</sup> Volgimento in italiano nostro.

sessuale con gli adulti<sup>15</sup>. Tale soluzione rifiutava quindi l'idea della perizia medica quale strumento per valutare caso per caso la maturità sessuale del minore. STOOSS infatti fece notare, in seguito a una più matura riflessione, come «*die ärztliche Untersuchung des Opfers, die zwar hier infolge der Natur des Verbrechens meist ohnehin erforderlich sein wird, hat etwas peinliches und sollte möglichst vermieden werden. Wird sie nicht sofort nach begangener That vorgenommen, so ist er unter Umständen gar nicht möglich, festzustellen, ob das Kind zur Zeit geschlechtsreif war, und, auch abgesehen hiervon, ist ihr Resultat oft ein unsicheres, da das Kind sich nur allmählich zur geschlechtsreife entwickelt*». Per quanto riguarda i motivi per cui si propose per l'età di 15 anni come soglia minima, sempre STOOSS affermò che tale soluzione «*bedeutet eine Vermittlung zwischen der West- und der Ostschweiz*», ovvero rappresentava una soluzione mediana in rapporto alle legislazioni cantonali vigenti nelle varie regioni della Confederazione. La proposta fu sottoposta all'esame del Consiglio federale e influenzò il progetto preliminare del 1896.

1.10  
Commissione di  
esperti del 1901

Nel 1901, a una più ristretta commissione di esperti fu assegnato l'incarico di verificare che il progetto del 1896 risultasse conforme alle conclusioni raggiunte dalla prima commissione (1893-1895), nonché di procedere a un'ulteriore e più approfondita riflessione sul tema. Le conclusioni degli esperti finirono col travolgere il limite dei quindici anni, siccome ritenuto inadeguato<sup>16</sup>.

1.11  
Il progetto del  
1903

Nel nuovo progetto preliminare del 1903, STOOSS, tenendo presente queste considerazioni, propose una nuova formulazione della norma relativa alle violenze sui minori<sup>17</sup>:

---

<sup>15</sup> AA.VV., *Verhandlungen 1896* (13), p. 60; SUTER-ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (5), p. 7.

<sup>16</sup> SUTER-ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (5), p. 7.

<sup>17</sup> AA.VV., *Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch vom Juni 1903*, Berna 1903, ad art. 100.

**Art. 100 Unzuchtiger Missbrauch von Kindern**

Wer ein Kind, welches das sechzehnte Altersjahr noch nicht zurückgelegt hat, zum Beischlaf oder zu einer dem Beischlaf ähnlichen Handlung missbraucht, wird mit Zuchthaus nicht unter zwei Jahren bestraft.

Wer mit einem Kinde, welches das sechzehnte Altersjahr noch nicht zurückgelegt hat, eine ander unzuchtige Handlung vornimmt, wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren oder mit Gefängnis nicht unter drei Monaten bestraft.

Wer ein Kind, welches das sechzehnte Altersjahr noch nicht zurückgelegt hat, zu einer unzuchtigen Handlung verleitet oder aus geschlechtlicher Lust eine unzuchtige Handlung vor einem Kinde diese Alter vornimmt, wird mit Gefängnis nicht unter drei Monaten oder mit Zuchthaus bis zu sechs Jahren bestraft.

[Chi abusa di un bambino, che non ha ancora compiuto i sedici anni, compiendo la congiunzione carnale o un atto simile al coito, è punito con la reclusione non inferiore a due anni.

Chi compie sul bambino, che non ha ancora compiuto sedici anni, un altro atto di libidine, è punito con la reclusione fino a dieci anni o con l'arresto non inferiore a tre mesi.

Chi coinvolge un bambino che non ha ancora compiuto il sedicesimo anno di età, in un atto di libidine o, mosso da impulso sessuale, compie un tale atto di fronte al minore, è punito con l'arresto non inferiore a tre mesi o con la reclusione fino a sei anni.]<sup>18</sup>.

Rispetto alla formulazione precedente, STOOSS introduceva una diversa “età del consenso”; modificava inoltre la struttura della norma anche per quel che riguarda il tenore letterale. Scorporava ancora le condotte degli «*atti simili al coito*» e della «*congiunzione carnale*», contemplati da allora in avanti in due commi distinti<sup>19</sup>. 1.12

Il Consiglio federale ritenne opportuno concedere ai cittadini la possibilità di esprimersi, mediante consultazione popolare, in merito ai risultati raggiunti dalle Commissioni di esperti. Dalle discussioni a essa conseguenti prese corpo la proposta di prevedere un'attenuante nel caso in cui l'agente avesse ignorato l'età della vittima; si prospettò 1.13  
Progetto  
preliminare del  
1908

---

<sup>18</sup> Volgimento in italiano nostro.

<sup>19</sup> SUTER-ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (5), p. 10-11.

inoltre di comminare sempre la pena della reclusione qualora tra il soggetto attivo e quello passivo intercorressero particolari rapporti di dipendenza. Il progetto preliminare del 1908<sup>20</sup> integrò dunque il testo della bozza del 1903 con queste disposizioni.

**Art. 122 Unzucht mit Kindern**

Wer ein Kind unter 16 Jahren zum Beischlaf oder zu einer ähnlichen Handlung missbrauch wird mit Zuchthaus nicht unter zwei Jahren bestraft.

Wer mit einem Kinde unter 16 Jahren ein andere unzüchtige Handlung vornimmt wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren oder mit Gefängnis nicht unter drei Monaten bestraft.

[Chi abusa di un minore di 16 anni mediante congiunzione carnale ovvero con atti simili al coito è punito con la reclusione non inferiore a due anni.

Chi compie altri atti di libidine con un minore di 16 anni è punito con la reclusione sino a dieci anni oppure con la detenzione non inferiore a tre mesi.]<sup>21</sup>.

1.14  
Seconda  
commissione di  
esperti (1912-  
1916).

Il progetto preliminare del 1908 fu in seguito discusso dalla Seconda grande commissione di esperti (1912-1916)<sup>22</sup>. In quella sede si avanzò la proposta di innalzare ulteriormente la soglia dell'età protetta a 18 anni. La mozione fu tuttavia respinta con una larga maggioranza. Il Giudice LANG<sup>23</sup>, membro della commissione, propose una riformulazione dell'allora art. 122 sui reati sessuali contro i minori. L'obiettivo era abbassare nel minimo le cornici edittali e ridurre la cerchia dei possibili soggetti attivi, ponendo l'agente solo nel caso in cui risultasse meno giovane della vittima. Chiese inoltre di sostituire con una clausola generale l'elencazione dei casi in cui il minore è in rapporto di dipendenza<sup>24</sup>:

---

<sup>20</sup> AA.VV., *Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch – Neue Fassung der Expertenkommission – vom April 1908*, Berna 1908, ad art. 122.

<sup>21</sup> Volgimento in italiano nostro.

<sup>22</sup> STRATENWERTH, *ATI* (1), p. 29.

<sup>23</sup> Allora Presidente della Corte di appello del Cantone Zurigo.

<sup>24</sup> Protokoll der zweiten Expertenkommission, Band III, Orel Füssli, Zurigo 1913, p. 152; SUTER-ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (5), pp. 13 ss.

**Art. 122 Unzucht mit Kindern (Antrag Lang)**

Wer mit oder vor einem Kinde, welches da sechzehnte Altersjahr noch nicht zurückgelegt hat, in Kenntnis dieses Umstandes, unzüchtige Handlungen vornimmt,

wer ein solches Kind zur Verübung oder Duldung unzüchtiger Handlungen verleitet;

wird mit Gefängnis bestraft.

Hat der Täter durch seine Handlungsweise besondere Pflichten der Erziehung oder Pflege verletzt, so besteht die Strafe in Gefängnis nicht unter einem Monat.

Hat der Täter das Kind zum Beischlaf oder einer beischlafsähnlichen Handlung missbraucht, so besteht die Strafe in Gefängnis nicht unter sechs Monaten oder in Zuchthaus.

Der Täter wird nur bestraft, wenn er älter ist, als das missbrauchte Kind.

[Chi con o di fronte a un minore di sedici anni, conoscendo tale circostanza, compie atti di libidine;

Chi induce a compiere o subire tali atti;

è punito con la detenzione.

Se l'autore ha violato particolari obblighi di educazione o cura, la pena è la detenzione non inferiore a sei mesi.

Se l'autore ha abusato del minore con la congiunzione carnale oppure attraverso un atto simile al coito la pena è l'arresto non inferiore a sei mesi o la reclusione.

L'autore è punito solo se è meno giovane della vittima.]<sup>25</sup>.

L'abbassamento della pena nel minimo fu giustificato sostenendo che il reato era spesso commesso sotto l'influsso di alcol. Si sottolineò inoltre come sovente fossero le vittime a provocare gli autori (*sic!*) e come nella prassi le condanne risultassero appiattite sul minimo<sup>26</sup>. SILBERNAGEL<sup>27</sup>, membro della commissione, sul punto fu molto chiaro: «*scheint mir das Minimum von zwei Jahre Zuchthaus im Vorentwurf zu hoch. Strafflosigkeit will ich natürlich nicht annehmen, in minimum der*

1.15

---

<sup>25</sup> Volgimento in italiano nostro.

<sup>26</sup> *Protokoll* (24), p. 169.

<sup>27</sup> Allora Presidente della Corte d'Appello, Sezione civile, del Canton Basilea, nonché esperto in materia di protezione di minori.

*Strafe aber herunterzugehen. Bei erotisch veranlagten Mädchen beruht oft das Attentat auf den Drängen des Opfer selbst*<sup>28</sup>. A queste argomentazioni si obiettò che l'art. 122 si riferiva anche a casi caratterizzati dall'uso di violenza e minaccia. Il Prof. ZÜRCHER<sup>29</sup>, membro della Commissione, eccepì infatti che: «*gegen die hier getroffenen Taten empört sich doch jedes sittliche Gefühl, und wir können diese Taten doch nicht mit einer blossen Warnungsstrafe bedrohen. Dann kommt in Betracht die unzüchtige Handlung vor, an oder mit Kindern. Hier ist das schädigende Moment im wesentlichen der Einfluss auf die Phantasie des Kindes*»<sup>30</sup>.

1.16  
Le  
considerazioni  
del deputato  
GEEL

Per contro, la proposta di LANG di punire solo gli autori maggiori di 16 anni, nonostante l'opinione contraria di ZÜRCHER e dell'allora Presidente della Confederazione MÜLLER<sup>31</sup>, passò inizialmente alla consulta. In seguito, però, GEEL<sup>32</sup>, membro della Commissione, fece notare come già il diritto penale minorile permettesse di tenere conto delle singole circostanze del caso concreto. In particolare egli obiettò che «*können sie aber auch den ganz verdorbenen jugendlichen Täter in gar keiner Weise zur strafrechtlichen Verantwortung ziehen. Das ist eine Privilegierung der sexuellen Verfehlungen im jugendlichen Alter, die doch in keinem Fall gewollt sein kann. Man könnte diese Leute von vierzehn bis sechzehn Jahren nicht mehr der für sie gerade nötigen Anstaltserziehung übergeben. Diese absolute Vervollungslosigkeit müsste die schlimmste Folgen für die ganze Jugenderziehung haben*»<sup>33</sup>. Una simile soluzione appariva dunque diseducativa. Le considerazioni di GEEL indussero pertanto a un ripensamento: si decise definitivamente di non restringere la cerchia dei possibili soggetti attivi punibili<sup>34</sup>. Respinta fu anche la proposta di introdurre una clausola

---

<sup>28</sup> *Protokoll* (24), p. 159.

<sup>29</sup> Università di Zurigo.

<sup>30</sup> ZÜRCHER, *Protokoll* (24) p. 154.

<sup>31</sup> *Protokoll* (24), pp. 165 ss.

<sup>32</sup> Consigliere agli Stati nonché Presidente della Corte d'Appello del Cantone San Gallo.

<sup>33</sup> *Protokoll* (24), pp. 174 ss.

<sup>34</sup> *Protokoll* (24), pp. 175 ss.

generale per le ipotesi di rapporti di dipendenza tra autore e vittima<sup>35</sup>. Esito positivo conobbe invece la mozione per abbassare nel minimo la cornice edittale<sup>36</sup>. Il progetto preliminare della seconda commissione di esperti fu infine pubblicato nel 1916. L'art. 170 (Atti di libidine con fanciulli) stabiliva<sup>37</sup>:

**Art. 170 Unzucht mit Kindern**

1. Wer ein Kind unter sechzehn Jahren zum Beischlaf oder zu einer ähnlichen Handlung missbraucht, wird mit Zuchthaus bestraft.

Ist das Kind Schüler, Zögling, Lehrling, Dienstbote oder das Kind, Grosskind, Adoptivkind, Stiefkind, Mündel oder Pflegekind des Thäters, so ist die Strafe Zuchthaus nicht unter drei Jahren.

2. Wer mit einem Kinde unter sechzehn Jahren eine endere unzüchtige Handlung vornimmt,

wer ein solches Kind zu einer unzüchtigen Handlung verleitet

wer eine unzüchtige Handlung vor einem solche Kinde vornimmt,

wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Gefängnis nicht unter drei Monat bestraft.

Ist das Kind der Schüler, Zögling, Lehrling, Dienstbote oder das Kind, Grosskind, Adoptivkind, Stiefkind, Mündel oder Pflegekind des Thäters, so ist die Strafe Zuchthaus.

[1. Chi abusa di un fanciullo di età inferiore a sedici anni attraverso la congiunzione carnale o un atto simile al coito è punito con la reclusione.

Se il fanciullo è l'allievo, l'alunno, l'apprendista oppure il figlio, il nipote, il figlio adottivo, il pupillo dell'autore, la pena è la reclusione non inferiore a tre anni.

2. Chi commette con un fanciullo minore di sedici anni un altro atto di libidine,

chi lo coinvolge in tale atto,

chi compie un tale atto in presenza del fanciullo,

è punito con la reclusione fino a cinque anni o con la detenzione non inferiore a un mese.

---

<sup>35</sup> *Protokoll* (24), p. 165.

<sup>36</sup> *Protokoll* (24), pp. 171 ss.

<sup>37</sup> *Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch Fassung der Zeiten Expertenkommission – vom Oktober 1916*, Berna 1916.

Se il fanciullo è l'allievo, l'alunno, l'apprendista oppure il figlio, il nipote, il figlio adottivo, il pupillo dell'autore, la pena è la reclusione.]<sup>38</sup>.

## 2. Il dibattito parlamentare e il varo definitivo della norma

2.1  
La discussione  
parlamentare  
(1928-1932).

La bozza del 1916, unitamente a un Messaggio<sup>39</sup>, venne presentata dal Consiglio federale al Parlamento e costituì la base per la discussione parlamentare. Il testo raggruppava i delitti contro la morale in tre categorie<sup>40</sup>:

1. offese alla libertà sessuale e all'onore in rapporti extramatrimoniali, tra i quali, oltre alla protezione della donna dalle violenze sessuali assicurava ai minori *«bis zum zurückgelegten sechzehnten Altersjahr einen unbedingten Schutz gegen geschlechtlichen Missbrauch und andere unzüchtige Angriffe»*;
2. incoraggiamento e sfruttamento sessuale, con lo scopo di combattere il lenocinio e la tratta delle donne;
3. violazione della moralità pubblica.

2.2  
Spirito  
innovatore e  
progressista

Lo spirito della riforma doveva apparire nelle intenzioni del Consiglio federale particolarmente innovativo per i tempi. Nel Messaggio infatti si legge come punto di riferimento siano stati i movimenti progressisti che a cavallo tra i due secoli domandavano una maggiore tolleranza in campo sessuale. L'idea era quindi *«ein Recht zu schaffen, das durch Einschärfung der Verantwortlichkeit des Mannes in Fällen, in denen bisher die Frau oder das Mädchen sie allein zu tragen hatte, eine ausgleichende Gerechtigkeit herbeiführt, das mittelbar, und unmittelbar die rassenygienischen Interessen im Geschlechtsverkehr*

<sup>38</sup> Volgimento in italiano nostro.

<sup>39</sup> FF IV 1918 1-231, Messaggio del Consiglio federale all'Assemblea federale per il progetto di un nuovo codice penale svizzero del 23 Luglio 1918; STRATENWERTH, *ATI* (1), p. 29.

<sup>40</sup> FF 1918 IV 41 ss.

*wahrt und das insbesondere der Jugend vor den Gefahren des vorzeitigen Geschlechtsverkehrs kräftigen Schutz verleiht»<sup>41</sup>.*

Con larga maggioranza fu respinta la mozione del Consigliere nazionale HOPPLER per l’innalzamento della fascia d’età protetta<sup>42</sup>. Innalzare il limite d’età ai 18 anni, già richiesti per il matrimonio, secondo l’opinione che risultò maggioritaria generava un inaccettabile squilibrio tra i due sessi. In particolare, «*würde unter Umständen den Mann, der sich mit einer bald heiratsfähigen Tochter eingelassen hat, zum schwere Verbrecher machen, während die vielleicht nicht minder schuldige Tochter von nahezu 18 Jahren sich einfach auf ihr Schutzalter berufen könnte»<sup>43</sup>. Ciò in considerazione del fatto che «*die Ehe mit ihren weitgehenden Verpflichtungen verlangt doch einen höhern Grad physischer und geistiger Reife als die Fähigkeit, Zumutungen, wie sie in Art. 166 enthalten sind»<sup>44</sup>. Per scongiurare inoltre la possibilità che l’autore potesse sostenere di non aver conosciuto l’età della vittima, e quindi sfuggire alla pena, fu introdotto un comma che trattava la fattispecie colposa del reato. Il deputato BAUMANN ebbe a eccepire, invano, che se un adulto intratteneva una relazione con un minore si assumeva quantomeno l’obbligo di informarsi circa l’età del giovane<sup>45</sup>.**

2.3  
Mozione  
HOPPLER

Il codice penale entrò in vigore il 1 gennaio 1942; il nuovo art. 191 ricalcava l’art. 170 del progetto preliminare con l’aggiunta del comma 3<sup>46</sup>:

2.4

**Art. 191 Unzucht mit Kindern**

1. Wer ein Kind unter sechzehn Jahren zum Beischlaf oder zu einer ähnlichen Handlung missbraucht, wird mit Zuchthaus bestraft.

<sup>41</sup> FF 1918 IV 41.

<sup>42</sup> Bollettino stenografico CS 1931, p. 533; SUTER-ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (5), p. 17.

<sup>43</sup> Bollettino stenografico CS 1931, p. 533.

<sup>44</sup> *Ibidem*.

<sup>45</sup> *Ibidem*.

<sup>46</sup> FF 1937 680.

Ist das Kind Schüler, Zögling, Lehrling, Dienstbote oder das Kind, Grosskind, Adoptivkind, Stiefkind, Mündel oder Pflegekind des Thäters, so ist die Strafe Zuchthaus nicht unter drei Jahren.

2. Wer mit einem Kinde unter sechzehn Jahren eine andere unzüchtige Handlung vornimmt,

wer ein solches Kind zu einer unzüchtigen Handlung verleitet

wer eine unzüchtige Handlung vor einem solche Kinde vornimmt,

wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Gefängnis nicht unter drei Monat bestraft.

Ist das Kind der Schüler, Zögling, Lehrling, Dienstbote oder das Kind, Grosskind, Adoptivkind, Stiefkind, Mündel oder Pflegekind des Thäters, so ist die Strafe Zuchthaus.

3. Handelte der Täter in der irrigen Vorstellung, das Kind sei mindestens sechzehn Jahre Alt, hätte er jedoch bei pflichtgemässer Vorsicht den Irrtum vermeiden können, so ist die Strafe Gefängnis.

[1. Chi abusa di un fanciullo minore di sedici anni attraverso un rapporto sessuale completo o un atto simile al coito è punito con la reclusione.

Se il bambino è l'allievo, l'alunno, l'apprendista oppure il figlio, il nipote, il figlio adottivo, il pupillo del colpevole, la pena è la reclusione non inferiore a tre anni.

2. Chi commette con un fanciullo minore di sedici anni un altro atto di libidine,

chi coinvolge un fanciullo in tale atto,

chi compie di fronte al fanciullo un tale atto,

è punito con la reclusione fino a cinque anni o con la detenzione non inferiore a un mese.

Se il fanciullo è l'allievo, l'alunno, l'apprendista oppure il figlio, il nipote, il figlio adottivo, il pupillo del colpevole, la pena è la reclusione.]

3. Se l'autore ha creduto erroneamente che il fanciullo avesse almeno sedici anni e se, usando la dovuta cautela, avrebbe potuto evitare l'errore, la pena è la detenzione.]<sup>47</sup>.

2.5  
Atti omosessuali

Per cogliere l'esatta dimensione della tutela dei minori in materia di abusi sessuali non è peraltro possibile limitarsi all'esame del v. art. 191 CPS. Occorre infatti rievocare come in quel tempo la repressione statale avesse di mira anche gli atti omosessuali, la cui disciplina era

---

<sup>47</sup> Volgimento in italiano nostro.

consacrata in una disposizione *ad hoc*. Si scopre così che contro gli atti sessuali con persone dello stesso sesso<sup>48</sup>, la tutela veniva estesa fino alla maggiore età (a quel tempo 20 anni!). L’art. 194, il cui anacronistico *rubrum* ancora si riferiva agli «*atti sessuali contro natura*», del codice del 1942 recitava infatti:

**Art. 194 Widernatürliche Unzucht**

Wer eine unmündige Person des gleichen Geschlechtes im Alter von mehr als sechzehn Jahren zur Vornahme oder zur Duldung unzüchtiger Handlungen verführt,

wer von einer Person gleichen Geschlechts durch den Missbrauch ihrer Notlage oder ihrer durch ein Amts- oder Dienstverhältnis oder auf ähnliche Weise begründeten Abhängigkeit die Duldung oder die Vornahme unzüchtiger Handlungen erlangt,

wer gewerbmässig mit Personen gleichen Geschlechts unzüchtige Handlungen verübt,

wird mit Gefängnis bestraft.

[Chi induce un minorenne dello stesso sesso, maggiore però di anni 16, a compiere o subire atti di libidine,

Chi abusando dello stato di bisogno o dell’autorità che gli deriva dalla sua funzione, dal rapporto di servizio o di dipendenza *et similia*, induce persone dello stesso sesso a subire o a commettere atti di libidine,

Chi compie per mestiere atti di libidine con persone dello stesso sesso,

è punito con la detenzione.]<sup>49</sup>.

### 3. La riforma del 1950

Il 5 ottobre 1950 il Consiglio federale indirizzava all’Assemblea un nuovo Messaggio per la riforma del Codice penale<sup>50</sup> orientato alla modifica di alcune disposizioni normative che però nulla avevano a che fare con la tutela morale dei minori. Cionondimeno, in occasione del

3.1  
Riforma del 1950

---

<sup>48</sup> Un’espressa richiesta di restringere l’ambito applicativo della fattispecie ai soli uomini venne respinta in Commissione per 16 voti contro 6, cfr. *Protokoll* (24), p. 183.

<sup>49</sup> Volgimento in italiano nostro.

<sup>50</sup> FF 1949 1249-1304.

dibattito parlamentare, grazie all'intervento del Consigliere agli Stati ed ex giudice SCHOCH, si è avuta l'occasione per ritornare a discutere sull'art. 191 CPS. Il deputato avvertiva in generale la necessità di ridurre nel minimo le pene previste, segnatamente portando a sei mesi di detenzione il minimo previsto per la fattispecie di cui al n. 1 c. 1 dell'art. 191, a due anni di reclusione il minimo per la previsione di cui al n. 1 c. 2 e a tre mesi di detenzione il minimo per l'ipotesi di cui al n. 2 c. 5<sup>51</sup>. Fu proposto quindi l'ampliamento della cornice edittale (riducendo le pene minime) con lo scopo di poter computare meglio le singole circostanze del caso concreto. Le attenuanti dell'art. 64 CP risultavano infatti, per il reato in questione, di difficile applicazione<sup>52</sup>. Nonostante il parere contrario del Consigliere nazionale DEONNA<sup>53</sup>, questa proposta fu approvata. Il deputato ROHR affermò che non si trattava *«bei dieser Änderung keineswegs darum, den Schutz der Kinder gegen Sittlichkeitsverbrechen abzuschwächen. (...) Aber es ist in der Praxis festzustellen, einmal, dass die Hohen Minimalstrafen keine abschreckende Wirkung auszuüben vermochten, und andererseits, dass Entscheide getroffen werden müssen, die bei Berücksichtigung aller Umstände, namentlich das Verhalten des Verletzten, als unverständlich bezeichnet werden müssen. So entweder dem Tatbestand oder dem Gesetz Gewalt antat, um eine Bestrafung zu vermeiden, die er angesichts aller Umstände nicht glaubte verantworten zu können, oder aber, dass er den Täter im Urteil selbst zur Begnadigung empfahl; dabei kam der Täter oft viel besser weg, als wenn der Richter eine kleine Strafe hätte aussprechen können und der Täter sie hätte absitzen müssen»*<sup>54</sup>. Si riteneva quindi che l'abbassamento nel minimo della cornice edittale potesse permettere una più efficace repressione del reato, includendo i casi di minore gravità esclusi dalla prassi.

---

<sup>51</sup> Bollettino Stenografico 1949, CS, p. 614; SUTER-ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (5), pp. 20-21.

<sup>52</sup> Sulle circostanze attenuanti si veda il Cap. XI.

<sup>53</sup> DEONNA affermò: *«Car, quoiqu'il en soit, une réduction des minimas implique une diminution des sanctions de base de la peine»*. Cfr. Bollettino Stenografico 1950, CN, p. 206.

<sup>54</sup> Cfr. Bollettino Stenografico 1950, CN, p. 204.

Tema centrale della discussione fu ancora una volta anche l’eventuale modifica dell’età del consenso. Prima dell’entrata in vigore del codice penale svizzero soltanto nel Canton Berna tale limite raggiungeva i 16 anni, mentre negli altri Cantoni vigevano come limiti le età di 12, 14, o 15 anni<sup>55</sup>. Tuttavia si decise infine di non inserire modifiche sul punto<sup>56</sup>. Il 5 gennaio 1951 entrò in vigore il nuovo art. 191, che estendeva in modo rilevante la cornice edittale:

**Art. 191**

1. Chi abusa di un minore di sedici anni attraverso un rapporto sessuale completo o un atto simile al coito è punito con la reclusione o con la detenzione non inferiore a sei mesi.

Se il minore è l’allievo, l’allunno, l’apprendista oppure il figlio, il nipote, il figlio adottivo, il pupillo del colpevole, la pena è la reclusione non inferiore a due anni.

2. Chi commette con un minore di sedici anni un altro atto di libidine, chi coinvolge una tale persona in tale atto, chi compie un tale atto in presenza di una tale persona, è punito con la reclusione fino a cinque anni o con la detenzione.

Se il minore è l’allievo, l’allunno, l’apprendista oppure il figlio, il nipote, il figlio adottivo, il pupillo del colpevole, la pena è la reclusione o l’arresto non inferiore a tre mesi.

3. Se l’autore ha creduto erroneamente che il minore avesse almeno sedici anni e se, usando la dovuta cautela, avrebbe potuto evitare l’errore, la pena è la detenzione.

#### 4. La riforma degli anni Novanta

In seguito ai mutamenti in seno alla società intervenuti negli anni Sessanta e Settanta, si avvertì l’esigenza di una riforma più profonda del codice penale per quel che riguardava in particolare i reati sessuali. Nel 1971 venne di conseguenza incaricata una commissione di esperti

4.1  
Il Messaggio del  
26 giugno 1985

---

<sup>55</sup> STOOSS, *Die schweizerischen Strafgesetzbücher zur Vergleichung zusammengestellt* (4), pp. 442 ss.; HANS WEBER, *Die strafbarkeit der Unzucht mit Kindern (art. 191 StGB)*, in *SJZ* 54, 1958, pp. 161 ss.

<sup>56</sup> SUTER-ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (5), p. 21.

presieduta dal Prof. HANS SCHULTZ, con il compito di riesaminare le disposizioni contenute nella parte speciale del Codice penale in vista di una futura riforma. Il gruppo di lavoro presentò al governo nel 1977 un rapporto relativo ai reati contro la persona, la famiglia e la moralità<sup>57</sup>. Il Consiglio federale indirizzò dunque all'Assemblea un nuovo Messaggio<sup>58</sup> il 26 giugno del 1985. Sulla base di questo testo, il 21 giugno 1991 fu varata una legge per la revisione del titolo V del Codice penale. L'obiettivo era la riforma dei «*Reati contro la morale*». Lo stesso Messaggio sottolineava come «*l'idea che ci si fa oggi della sessualità è ben diversa da quella dominante ai tempi dell'elaborazione del Codice penale (...). Bisogna dunque adattare queste disposizioni penali alle concezioni attualmente vigenti nella nostra società*»<sup>59</sup>.

4.2  
I reati contro  
l'integrità  
sessuale

Come si è visto, i reati contro l'integrità sessuale, in passato indicati come reati contro la moralità, sono stati fin dall'Illuminismo oggetto di controversia. La questione centrale è sempre stata quella di stabilire se e in quale misura il moderno Stato di diritto potesse punire con sanzioni penali i comportamenti sessuali dei cittadini, in particolar modo nel caso in cui nessuno avesse subito un danno o ne risultasse turbato<sup>60</sup>. Il Codice penale svizzero del 1942 sembrava rispondere affermativamente a questo interrogativo, stabilendo peraltro una disparità di trattamento tra le condotte omosessuali e eterosessuali<sup>61</sup>. La novella degli anni '90 perseguiva dunque lo scopo di adeguare le norme

---

<sup>57</sup> HANS SCHULTZ, *Bericht über die Beratungen der Expertenkommission für die Revision des Strafgesetzbuches, dem Vorsteher des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes, Herrn Bundespräsident Dr. K. Furgler, erstattet von Prof. Dr. Iur. Hans Schultz, Präsident der Expertenkommission, Thun 1977*, p. 1; FF 1985 906.

<sup>58</sup> FF II 1985 1009-1121.

<sup>59</sup> FF II 1985 956. A tale conclusione era giunto anche il Tribunale federale. Cfr. DTF 96 IV 70; SCHULTZ, *Bericht* (57), p. 33.

<sup>60</sup> GÜNTER STRATENWERTH/GUIDO JENNY, *Schweizerisches Strafrecht. Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen*, Stämpfli, Berna 2003, pp 140-141.

<sup>61</sup> *Ibidem*.

ai mutamenti della società e di limitare le disposizioni penali in materia sessuale unicamente alla tutela di beni giuridici<sup>62</sup>.

Si avvertì innanzitutto l'esigenza di sostituire già nel *rubrum* del titolo V il lemma «Moralità» con il sintagma «Integrità sessuale»<sup>63</sup>. L'obiettivo della riforma era di perseguire penalmente solo le condotte sessuali nel caso in cui queste provocassero, o potessero provocare un danno a un terzo<sup>64</sup>. In quest'ottica venivano in rilievo due interessi fondamentali: la libertà di autodeterminazione del singolo in ambito sessuale e il normale sviluppo psico-fisico dei minori. Il legislatore elvetico ha dunque riorganizzato le norme relative ai delitti contro l'integrità sessuale in cinque sottotitoli:

4.3  
Il nuovo  
concetto di  
integrità sessuale

1. Esposizione a pericolo dello sviluppo dei minorenni (Art. 187 ss.);
2. Offese alla libertà e all'onore sessuali (189 ss.);
3. Sfruttamento di atti sessuali (art. 195 ss.);
4. Pornografia (art. 197);
5. Contravvenzioni contro la libertà sessuale (art. 198 ss.).

Il reato di atti sessuali con fanciulli trovò collocazione al primo posto dell'elencazione codicistica. Si volle in questo modo «*einen wirksamen strafrechtlichen Jugendschutz zu betreiben*»<sup>65</sup>, ovvero sia praticare un'efficace tutela penale dei fanciulli.

4.4

Temi particolarmente sentiti e dibattuti furono ancora una volta l'abbassamento dell'età del consenso, la punibilità della violenza

4.5  
Principali temi  
della discussione

---

<sup>62</sup> SCHULTZ, *Bericht*, (57), p. 34; STEFANIA SUTER-ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (5), p. 23-24; STRATENWERTH/JENNY, *BT I* (60), p. 141; PHILIPP MEIER, Vor art. 187 N. 1-3, in MARCEL NIGGLI/HANS WIPRÄCHTIGER, *Basler Kommentar – Strafgesetzbuch II Art. 111- 401 StGB*, Helbing & Lichtenhahn, Basel 2007.

<sup>63</sup> FF II 1985 956; SCHULTZ, *Bericht* (57), p. 33.

<sup>64</sup> *Ibidem*.

<sup>65</sup> SCHULTZ, *Bericht* (57), p. 35.

sessuale all'interno del matrimonio e la liberalizzazione della pornografia<sup>66</sup>.

4.6  
Età del consenso

Sotto il primo profilo, si fece notare come il mantenimento dei 16 anni quale soglia del consenso avrebbe tratto seco la criminalizzazione anche di condotte che non ledevano alcun bene giuridico. La Commissione di esperti aveva indi consigliato di abbassare a 14 anni il limite di età. Tuttavia le Camere decisero infine di mantenere una continuità col passato sotto questo aspetto<sup>67</sup>. SCHOCH, sostenitore della coerenza con il previgente dettato codicistico, fece notare, con argomenti che invero appaiono più improntati a una marcata omofobia che non a una concreta tutela dell'integrità sessuale del minore, come «*es gibt keine Sonderbestimmung für gleichgeschlechtliche, für homosexuelle Beziehungen, seien sie zwischen Mann und Mann oder Frau und Frau. In diesem Zusammenhang muss ich ihnen sagen: es ist für mich schlicht und einfach unvorstellbar, dass ein 15jähriger Knabe bereits über die Notwendige Reife verfügt, die es ihm ermöglichen würde, einen vom umfassender Verantwortung getragenen Entscheid im Hinblick auf die Eingehung einer gleichgeschlechtlichen Beziehung zu einem älteren Mann zu fällen. (...) wenn wir jetzt entscheiden müssen, ob 15 oder 16 Jahre, dann ist es doch richtig, die Grenze bei 16 Jahren anzusetzen*»<sup>68</sup>.

4.7  
Il parere del  
Consiglio  
federale

Contro l'abbassamento del limite d'età si era espresso anche il Consiglio federale il quale nel Messaggio aveva obiettato come una simile scelta legislativa avrebbe comportato «*il rischio di gravidanze precoci e d'aborti, senza contare che la somministrazione di contraccettivi ormonali agli adolescenti non sarebbe consigliabile dal punto di vista medico; vi sarebbe poi il rischio che la soppressione dell'effetto preventivo inerente all'attuale limite d'età venga compresa*

---

<sup>66</sup> SUTER-ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (5), p. 24; sull'abbassamento dell'età del consenso vedi anche SCHULTZ, *Bericht*, (57), pp. 36 ss.

<sup>67</sup> *Bollettino ufficiale dell'Assemblea federale*, CS, 1987, pp. 373 ss.; CHRISTIAN FAVRE/MARCEL PELLET/PATRICK STAUDMANN, *Code penal annoté*, Bis et ter, Lausanne 2007, ad art. 187 n. 1.1.

<sup>68</sup> BUCS (67), pp. 377.

come segnale per una maggiore libertà sessuale degli adolescenti»<sup>69</sup>. Le considerazioni dell’Esecutivo appaiono peraltro, avuto riguardo al bene giuridico protetto dalla norma, del tutto prive di pregio; ciò, *a fortiori*, in esito alla non rilevanza penale dei rapporti sessuali tra infrasedicenni, come pure tra soggetti la cui differenza di età non eccede i tre anni, circostanza esimente che sarà confermata dalle Camere.

Altra questione centrale della discussione parlamentare fu appunto l’eventuale esclusione della punibilità nel caso in cui entrambi i soggetti coinvolti fossero minori. La Commissione di esperti consigliò di limitare la cerchia dei soggetti passivi, includendo solo gli adulti<sup>70</sup>. Le Camere finirono invece per optare per la proposta del Prof. KILLIAS, secondo cui non sarebbe dovuta scaturire alcuna responsabilità penale se la differenza di età tra le persone coinvolte non avesse ecceduto i tre anni<sup>71</sup>.

La nuova disposizione contemplava inoltre genericamente la partecipazione di un minore ad atti sessuali, senza più distinguere, a differenza del precedente art. 191 CP, tra «*coniunzione carnale, atti simili al coito e atti di libidine*». Il Messaggio specifica infatti che «*l’esperienza mostra che un atto simile alla coniunzione carnale o altri atti sessuali possono traumatizzare il fanciullo ancor più della coniunzione carnale, a dipendenza delle circostanze concrete e delle modalità di commissione*»<sup>72</sup>.

Una norma *ad hoc* (art. 188) si è inoltre occupata di trattare tutti i casi in cui ricorrano rapporti di dipendenza tra colpevole e vittima<sup>73</sup>, introducendo una clausola generale.

Un’altra modifica sostanziale della riforma fu l’abrogazione dell’art. 194 che estendeva la protezione contro gli atti omosessuali fino a 18 anni in quanto ritenuta giustamente incompatibile con il principio

4.8  
Differenza di età  
tra soggetto  
attivo e passivo

4.9  
Il nuovo  
concetto di atti  
sessuali

4.10  
Rapporti di  
dipendenza tra  
autore e vittima

4.11  
Abrogazione  
dell’art. 194

<sup>69</sup> FF II 1985 957.

<sup>70</sup> SCHULZ, *Bericht* (57), p. 38.

<sup>71</sup> STEFANIA SUTER-ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (5), p. 25.

<sup>72</sup> FF II 1985 958

<sup>73</sup> Sui rapporti tra art. 187 e 188 vedi *infra*.

di uguaglianza. Il Messaggio<sup>74</sup> fece notare come «*recenti ricerche in materia, (...) indicano che i contatti omosessuali di adolescenti di più di sedici anni (...) non possono influenzare il loro futuro orientamento sessuale. Sembra infatti che lo sviluppo sessuale in quanto all'eterosessualità, all'omosessualità o alla bisessualità sia ormai terminato a quest'età*».

4.12  
Referendum

Contro la proposta legislativa venne indetto un referendum il 17 maggio 1992. Il provvedimento passò indenne al vaglio del popolo ed entrò in vigore il 1° ottobre 1992.

4.13  
Formulazione  
vigente

L'articolo 187 acquistava dunque la vigente formulazione nelle tre lingue ufficiali della Confederazione:

**Art. 187 Esposizione a pericolo dello sviluppo di minorenni. Atti sessuali con fanciulli**

1. Chiunque compie un atto sessuale con una persona minore di sedici anni, induce una tale persona ad un atto sessuale, coinvolge una tale persona in un atto sessuale, è punito con una pena detentiva sino a cinque anni o con una pena pecuniaria.
2. L'atto non è punibile se la differenza d'età tra le persone coinvolte non eccede i tre anni.
3. Se il colpevole, al momento dell'atto, non aveva ancora compiuto gli anni 20 e sussistono circostanze particolari o se la vittima ha contratto con lui matrimonio o un'unione domestica registrata, l'autorità competente può prescindere dal procedimento penale, dal rinvio a giudizio o dalla punizione.
4. La pena è una pena detentiva sino a tre anni o una pena pecuniaria se il colpevole ha agito ritenendo erroneamente che la vittima avesse almeno sedici anni, benché usando la dovuta cautela gli fosse possibile evitare l'errore.

**Art. 187 Gefährdung der Entwicklung von Unmündigen. Sexuelle Handlungen mit Kindern**

1. Wer mit einem Kind unter 16 Jahren eine sexuelle Handlung vornimmt, es zu einer solchen Handlung verleitet oder es in eine sexuelle Handlung einbezieht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft.

---

<sup>74</sup> FF 1985 980.

2. Die Handlung ist nicht strafbar, wenn der Altersunterschied zwischen den Beteiligten nicht mehr als drei Jahre beträgt.
3. Hat der Täter zur Zeit der Tat das 20. Altersjahr noch nicht zurückgelegt und liegen besondere Umstände vor oder ist die verletzte Person mit ihm die Ehe oder eine eingetragene Partnerschaft eingegangen, so kann die zuständige Behörde von der Strafverfolgung, der Überweisung an das Gericht oder der Bestrafung absehen.
4. Handelte der Täter in der irrigen Vorstellung, das Kind sei mindestens 16 Jahre alt, hätte er jedoch bei pflichtgemässer Vorsicht den Irrtum vermeiden können, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe.

**Art.187 Mise en danger du développement de mineurs. Actes d'ordre sexuel avec des enfants**

1. Celui qui aura commis un acte d'ordre sexuel sur un enfant de moins de 16 ans, celui qui aura entraîné un enfant de cet âge à commettre un acte d'ordre sexuel, celui qui aura mêlé un enfant de cet âge à un acte d'ordre sexuel, sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire.
2. L'acte n'est pas punissable si la différence d'âge entre les participants ne dépasse pas trois ans.
3. Si, au moment de l'acte, l'auteur avait moins de 20 ans et en cas de circonstances particulières ou si la victime a contracté mariage ou conclu un partenariat enregistré avec l'auteur, l'autorité compétente pourra renoncer à le poursuivre, à le renvoyer devant le tribunal ou à lui infliger une peine.
4. La peine sera une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire si l'auteur a agi en admettant par erreur que sa victime était âgée de 16 ans au moins alors qu'en usant des précautions voulues il aurait pu éviter l'erreur.

## 5. Bibliografia

AA.VV., *Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch nach den Beschlüssen der Expertenkommission*, Berna 1896; *Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch vom Juni 1903*, Bern 1903; *Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch Fassung der zeiten Expertenkommission- vom Oktober 1916*, Bern 1916; AA.VV., *Verhandlungen der vom eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement einberufenen Expertenkommission über den Vorentwurf zu*

10.1  
Lavori  
preparatori<sup>75</sup>

---

<sup>75</sup> Tali opere sono reperibili presso l'Ufficio federale degli stampati e del Materiale, Dipartimento federale di giustizia, Berna.

einem Schweizerischen Strafgesetzbuch, Teil III, IV, Bd. II, Bern 1896. Protokoll der zweiten Expertenkommission, Band III, Orel Füssli, Zurigo 1913; MARTIN STETTLER, *Avant-projet de loi fédérale concernant la condition pénale des mineurs et rapport explicatif*, 1986; HANS SCHULTZ, *Bericht und Vorentwurf zur Revision des Allgemeinen Teil und des Dritten Buches "Einführung und Anwendung des Gesetzes" des Schweizerischen Strafgesetzbuches*, Stämpfli Verlag, Berna 1987, ISBN 3-7272-9669-0; CARL STOOS, *Die Grundzüge des schweizerischen Strafrechts im Auftrage des Bundesrathes vergleichend dargestellt*, H. Georg, Basilea 1892; CARL STOOS, *Die schweizerischen Strafgesetzbücher zur Vergleichung zusammengestellt und im Auftrage des Bundesrates herausgegeben*, Commissionsverlag von H. Georg, Basilea 1890; CARL STOOS, *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Vorentwurf im Auftrage des schweizerischen Bundesrates*, Buchdruckerei Karl Stämpfli & Cie., Berna 1894; HANS SCHULTZ, *Bericht über die Beratungen der Expertenkommission für die Revision des Strafgesetzbuches, dem Vorsteher des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes, Herrn Bundespräsident Dr. K. Furgler, erstattet von Prof. Dr. jur. Hans Schultz, Präsident der Expertenkommission*, Thun 1977; UFFICIO FEDERALE DI GIUSTIZIA, *Rapporto concernente la revisione della Parte generale e del Libro terzo del Codice penale nonché un avamprogetto di Legge federale sulla giurisdizione penale minorile* (redatto sulla base del rapporto finale della Commissione peritale), Ufficio centrale degli stampati e del materiale, Berna 1993; IDEM, *Avamprogetti della commissione peritale concernenti la Parte generale e del Libro terzo del Codice penale nonché per una legge federale sul diritto penale dei minori*, Ufficio centrale degli stampati e del materiale, Berna 1993; CONSIGLIO FEDERALE SVIZZERO, *Messaggio concernente la modifica del Codice penale svizzero (Disposizioni generali, introduzione e applicazione della legge) e del Codice penale militare nonché una legge federale sul diritto penale minorile (M 98.038)*, in *FF* 1999, 1669, Ufficio centrale degli stampati e del materiale, Berna 1999.

10.2  
Opere generali  
in materia di  
diritto penale

GÜNTER STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat*, III ed., Stämpfli Verlag, Berna 2005; IDEM, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II: Strafen und Massnahmen*, II ed., Berna 2006; GÜNTER STRATENWERTH/WOLFGANG WOHLERS, *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Handkommentar*, Stämpfli Verlag, Berna 2007; CARL STOOS, *Strafgesetzbuch für den Kanton Bern*, Gemminger, Berna 1896; CHRISTIAN FAVRE/MARC PELLET/PATRICK STOUDEMANN, *Code pénal annoté*, III ed., Bis et ter Editions, Losanna 2007.

10.3  
Opere generali  
sulla revisione  
del Codice  
Penale

ANDRÉ KUHN/LAURENT MOREILLON/BAPTISTE VIREDAZ/ALINE WILLI-JAYET (ed.), *Droit des sanctions. De l'ancien au nouveau droit*, Stämpfli Verlag, Berna 2004; AA.VV., *La revisione della parte generale del Codice Penale*, CFPG e Helbing & Lichtenhahn, Lugano 2005; KURT SEELMANN, *Strafrecht Allgemeiner Teil/HARALD MAIHOLD, Strafrecht Allgemeiner Teil*, II Ed., Helbing & Lichtenhahn, Basilea 2005; ANDRÉ KUHN/LAURENT MOREILLON/BAPTISTE VIREDAZ/AUDE BICHOVSKY (ED.), *La nouvelle partie générale du Code pénal suisse*, Stämpfli Verlag, Berna 2006; FELIX BÄNZIGER/ANNEMARIE HUBSCHMID/JÜRIG SOLLBERGER, *Zur Revision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafrechts und zum neuen materiellen Jugendstrafrecht*, Stämpfli Verlag, Berna 2006; THOMAS HANSJAKOB/HORST SCHMITT/JÜRIG SOLLBERGER (ed.), *Kommentierte textausgabe zum revidierten Strafgesetzbuch*, 2° Ed., Books on Demand GmbH, Lucerna 2006; BRIGITTE TAG/MAX HAURI (ed.), *Die Revision des Strafgesetzbuches Allgemeiner Teil*, Dike Verlag, Zurigo 2006; ANDREAS DONATSCH/BRIGITTE TAG, *Strafrecht I. Verbrechenlehre*, VII ed., Schulthess, 2006; RAPHAËL ARN, *Les effets de l'entrée en*

*vigueur de la nouvelle partie générale du Code pénal sur la pratique des tribunaux et des avocats*, in *RJJ* 2006, p. 187-218 ; LAURENT MOREILLON, *La réforme de la partie générale du Code pénal suisse et ses conséquences en droit vaudois*, in *JDT* 2006 III pp. 107-164 ; PETER AEBERSOLD, *Schweizerisches Jugendstrafrecht*, Stämpfli Verlag, Berna 2007 ; BRIGITTE TAG/ PETER GRUBMILLER, *Vom alten zum neuen Strafrecht. Allgemeiner Teil. Synoptische Darstellung*, Dike Verlag, Zurigo 2007 ; BENJAMIN F. BRÄGGER, *Introduction aux nouvelles dispositions du Code pénal suisse relatives aux sanctions et à l'exécution des peines et mesures pour les personnes adultes*, Stämpfli Verlag, Berna 2007.



### CAPITOLO III

#### PROFILI SISTEMATICI

SOMMARIO: 1. Il titolo V – a. Esposizione a pericolo dello sviluppo di minorenni – b. Offese alla libertà e all'onore sessuali – c. Sfruttamento di atti sessuali – d. Pornografia – e. Contravvenzioni contro l'integrità sessuale – f. Reato collettivo – 2. L'incesto – 3. Bibliografia

#### 1. Il titolo V

L'art. 187 è contenuto nel titolo V del codice penale «*Dei reati contro l'integrità sessuale*». Esso, come già accennato è stato novellato negli anni Ottanta sulla base dei mutamenti sociali avvenuti nella seconda metà del secolo scorso<sup>1</sup>.

1.1  
Progetti di  
unificazione del  
diritto penale  
svizzero

I principi sui quali si basano i reati del titolo quinto sono da un lato la libertà di autodeterminazione in ambito sessuale, mentre dall'altro la protezione dei minori. La stessa strutturazione della normativa in esame dovrebbe, nelle intenzioni del legislatore lasciare trasparire tali propositi<sup>2</sup>.

1.2

---

<sup>1</sup> Cap. II.

<sup>2</sup> GÜNTER STRATENWERTH/GUIDO JENNY, *Schweizerisches Strafrecht. Besonderes Teil I*, Stämpfli, Berna 2003, p. 141; FF 1985 956; PHILIPP MEIER in MARCEL NIGGLI/HANS WIPRÄCHTIGER, *Basler Kommentar. Strafrecht II*, Helbing & Lichtenhahan, Basilea 2007, Vor art. 187, § 4; STEFANIA SUTER-ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit der sexuellen Handlungen mit Kindern nach art. 187 StGB*, Schulthess, Zurigo 2003, p. 5.

*a. Esposizione a pericolo dello sviluppo di minorenni*

- 1.3 Le varie fattispecie sono state suddivise a loro volta in cinque sottotitoli, il primo dei quali recita: «*Esposizione a pericolo dello sviluppo dei minorenni.*». Tale collocazione vorrebbe sottolineare l'impegno a favore dell'infanzia<sup>3</sup>.
- 1.4 L'art. 187 è oggetto principale del presente lavoro e si rimanda ai capitoli successivi per un ulteriore approfondimento<sup>4</sup>:

**Art. 187 Atti sessuali con fanciulli**

1. Chiunque compie un atto sessuale con una persona minore di sedici anni, induce una tale persona ad un atto sessuale, coinvolge una tale persona in un atto sessuale, è punito con una pena detentiva sino a cinque anni o con una pena pecuniaria.

2. L'atto non è punibile se la differenza d'età tra le persone coinvolte non eccede i tre anni.

3.<sup>1</sup> Se il colpevole, al momento dell'atto, non aveva ancora compiuto gli anni 20 e sussistono circostanze particolari o se la vittima ha contratto con lui matrimonio o un'unione domestica registrata, l'autorità competente può prescindere dal procedimento penale, dal rinvio a giudizio o dalla punizione.

4. La pena è una pena detentiva sino a tre anni o una pena pecuniaria se il colpevole ha agito ritenendo erroneamente che la vittima avesse almeno sedici anni, benché usando la dovuta cautela gli fosse possibile evitare l'errore.

- 1.5 L'art. 188 si occupa sempre del corretto sviluppo dei minori di anni diciotto, ma a differenza dell'articolo precedente, trova applicazione solo qualora la vittima sia di età maggiore di anni sedici e qualora sussista un rapporto di dipendenza con l'autore:

---

<sup>3</sup> STRATENWERTH/JENNY, *BT I* (2), p. 171.

<sup>4</sup> In particolare per gli elementi costitutivi vedi Cap. IV.

**Art. 188 Atti sessuali con persone dipendenti**

1. Chiunque, profittando di rapporti di educazione, di fiducia, di lavoro o comunque di dipendenza, compie un atto sessuale con un minorenne di età superiore ai sedici anni,

chiunque induce una tale persona ad un atto sessuale, profittando della dipendenza in cui essa si trova,

è punito con una pena detentiva sino a tre anni o con una pena pecuniaria.

2. Se la vittima ha contratto successivamente matrimonio o un'unione domestica registrata con il colpevole, l'autorità competente può prescindere dal procedimento penale, dal rinvio a giudizio o dalla punizione.

*b. Offese alla libertà e all'onore sessuali*

Il secondo sottotitolo del titolo V si occupa invece delle fattispecie più gravi direttamente lesive della libertà di autodeterminazione in ambito sessuale<sup>5</sup>. L'art. 189 tratta la violenza sessuale: 1.6

**Art. 189 Coazione sessuale**

<sup>1</sup> Chiunque costringe una persona a subire un atto analogo alla congiunzione carnale o un altro atto sessuale, segnatamente usando minaccia o violenza, esercitando pressioni psicologiche su di lei o rendendola inetta a resistere, è punito con una pena detentiva sino a dieci anni o con una pena pecuniaria.

<sup>2</sup> ...

<sup>3</sup> Se il colpevole ha agito con crudeltà, segnatamente se ha fatto uso di un'arma pericolosa o di un altro oggetto pericoloso, la pena è una pena detentiva non inferiore a tre anni.

Il successivo art. 190 prevede una fattispecie analoga, ma applicabile solo nel caso in cui la vittima sia una donna e l'atto sessuale consista nel coito: 1.7

**Art. 190 Violenza carnale**

<sup>1</sup> Chiunque costringe una persona di sesso femminile a subire la congiunzione carnale, segnatamente usando minaccia o violenza, esercitando pressioni psicologiche su di lei o rendendola inetta a resistere, è punito con una pena detentiva da uno a dieci anni.

---

<sup>5</sup> STRATENWERTH/ JENNY, *BT I* (2), p. 163.

<sup>2</sup> ...<sup>1</sup>

<sup>3</sup> Se il colpevole ha agito con crudeltà, segnatamente se ha fatto uso di un'arma pericolosa o di un altro oggetto pericoloso, la pena è una pena detentiva non inferiore a tre anni.<sup>2</sup>

1.8 L'art. 190 rappresenta una *lex specialis* rispetto all'art. 189 e non ne è quindi ammesso il concorso<sup>6</sup>.

1.9 L'art. 191 punisce chi compie atti sessuali con persone che non possono acconsentire a essi in quanto incapaci di discernimento o inette a resistere:

**Art. 191 Atti sessuali con persone incapaci di discernimento o inette a resistere**

Chiunque, conoscendone e sfruttandone lo stato, si congiunge carnalmente o compie un atto analogo alla congiunzione carnale o un altro atto sessuale con una persona incapace di discernimento od inetta a resistere, è punito con una pena detentiva sino a dieci anni o con una pena pecuniaria.

1.10 Le successive disposizioni reprimono invece le condotte di chi compie atti sessuali abusando di un preesistente rapporto di dipendenza o di bisogno del soggetto passivo:

**Art. 188 Atti sessuali con persone ricoverate, detenute od imputate**

<sup>1</sup> Chiunque, profittando di un rapporto di dipendenza, induce una persona ricoverata o collocata in uno stabilimento, detenuta, incarcerata o imputata, a commettere o a subire un atto sessuale, è punito con una pena detentiva sino a tre anni o con una pena pecuniaria.

<sup>2</sup> Se la vittima ha contratto matrimonio o un'unione domestica registrata con il colpevole, l'autorità competente può prescindere dal procedimento penale, dal rinvio a giudizio o dalla punizione.

**Art. 189 Sfruttamento dello stato di bisogno**

<sup>1</sup> Chiunque, sfruttandone lo stato di bisogno o profittando di rapporti di lavoro o comunque di dipendenza, determina una persona a compiere o a subire un atto sessuale, è punito con una pena detentiva sino a tre anni o con una pena pecuniaria.

---

<sup>6</sup> MEIER, *Bsk* (2), *ad art.* 189, § 56; STRATENWERTH/JENNY, *BT I* (2), p. 171. In merito al concorso di reati si veda *infra* Cap. X.

<sup>2</sup> Se la vittima ha contratto matrimonio o un'unione domestica registrata con il colpevole, l'autorità competente può prescindere dal procedimento penale, dal rinvio a giudizio o dalla punizione.

L'elencazione codicistica dei reati strettamente lesivi della libertà e dell'onore sessuali si chiude con l'art. 195. Esso tutela la libertà di una persona a non essere confrontata con atti sessuali contro la sua volontà<sup>7</sup>: 1.11

**Art. 194 Esibizionismo**

<sup>1</sup> Chiunque compie un atto esibizionistico è punito, a querela di parte, con una pena pecuniaria sino a 180 aliquote giornaliere.

<sup>2</sup> Se il colpevole si sottopone a trattamento medico, il procedimento penale può essere sospeso. Esso sarà ripreso se il colpevole si sarà sottratto al trattamento.

*c. Sfruttamento di atti sessuali*

Il terzo sottotitolo della V sezione del codice penale è dedicato allo sfruttamento della prostituzione e contiene attualmente un'unica disposizione, l'art. 195: 1.12

**Art. 195 Promovimento della prostituzione**

Chiunque sospinge alla prostituzione un minorenni,  
chiunque, profittando di un rapporto di dipendenza o per trarne un vantaggio patrimoniale, sospinge altri alla prostituzione,  
chiunque lede la libertà d'azione di una persona dedita alla prostituzione sorvegliandola in questa sua attività o imponendole il luogo, il tempo, l'estensione od altre circostanze inerenti all'esercizio della prostituzione,  
chiunque mantiene una persona nella prostituzione,  
è punito con una pena detentiva sino a dieci anni o con una pena pecuniaria.

Il successivo art. 196, relativo alla tratta di esseri umani è stato abrogato dall'entrata in vigore il 24 marzo 2006 del Decreto federale che approva e traspone nel diritto svizzero il Protocollo facoltativo del 25 maggio 2000 alla Convenzione sui diritti del fanciullo<sup>8</sup>. La nuove 1.13

---

<sup>7</sup> KASPAR MENG/ MATTHIAS SCHWAIBOLD, *Bsk* (2), *ad* art. 194, § 2; STRATENWERTH/ JENNY, *BT I* (2), p. 196.

<sup>8</sup> RS 0.107.1

disposizione, collocata ora nel titolo IV del Codice, estende notevolmente la fattispecie punibile:

**Art. 182 Tratta di esseri umani**

<sup>1</sup> Chiunque come offerente, intermediario o destinatario fa commercio di un essere umano a scopo di sfruttamento sessuale, di sfruttamento del suo lavoro, o di prelievo di un suo organo, è punito con la reclusione o la detenzione. Il reclutamento di un essere umano per medesimi scopi è parificato alla tratta.

<sup>2</sup> Se la vittima è minorenni o se l'autore fa mestiere della tratta di esseri umani, la pena è della reclusione

<sup>3</sup> In ogni caso è pronunciata anche la multa

<sup>4</sup> È punibile anche chi commette il reato all'estero. L'art. 6bis è applicabile.

*d. Pornografia*

1.14 L'art. 197 mira a reprimere diverse condotte legate alla pornografia con lo scopo di proteggere la libertà in ambito sessuale e i minori<sup>9</sup>:

**Art. 197 Pornografia**

1. Chiunque offre, mostra, lascia o rende accessibili a una persona minore di sedici anni, scritti, registrazioni sonore o visive, immagini o altri oggetti o rappresentazioni pornografici, o li diffonde per mezzo della radio o della televisione, è punito con una pena detentiva sino a tre anni o con una pena pecuniaria.

2. Chiunque espone o mostra in pubblico oggetti o rappresentazioni a tenore del numero 1 o li offre ad una persona che non gliene ha fatto richiesta, è punito con la multa.

Chiunque, in occasione di mostre o di rappresentazioni in locali chiusi, attira previamente l'attenzione degli spettatori sul carattere pornografico di queste, è esente da pena.

3. Chiunque fabbrica, importa, tiene in deposito, mette in circolazione, propaganda, espone, offre, mostra, lascia o rende accessibili oggetti o rappresentazioni a tenore del numero 1, vertenti su atti sessuali con fanciulli, animali, escrementi umani o atti violenti, è punito con una pena detentiva sino a tre anni o con una pena pecuniaria.

---

<sup>9</sup> Sui rapporti tra art. 197 e protezione dei minori vedi SUTER-ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (2), pp. 66 ss.

Gli oggetti sono confiscati.

<sup>3bis</sup><sup>1</sup> Chiunque acquista, si procura per via elettronica o in altro modo o possiede oggetti o rappresentazioni a tenore del numero 1, vertenti su atti sessuali con fanciulli, animali o atti violenti, è punito con una pena detentiva sino ad un anno o con una pena pecuniaria.<sup>2</sup>

Gli oggetti sono confiscati.

4. Se il colpevole ha agito per fine di lucro, la pena è una pena detentiva sino a tre anni o una pena pecuniaria. Con la pena detentiva é cumulata una pena pecuniaria.

5. Gli oggetti o rappresentazioni a tenore dei numeri 1–3 non sono considerati pornografici se hanno un valore culturale o scientifico degno di protezione.

*e. Contravvenzioni contro l'integrità sessuale*

Il quinto sottotitolo prevede due contravvenzioni<sup>10</sup>. Le molestie sessuali: 1.15

**Art. 198 Molestie sessuali**

Chiunque causa scandalo compiendo un atto sessuale in presenza di una persona che non se lo aspettava,  
chiunque, mediante vie di fatto o, impudentermente, mediante parole, molesta sessualmente una persona,  
è punito, a querela di parte, con la multa.

e l'esercizio illecito della prostituzione:

**Art. 199 Esercizio illecito della prostituzione**

Chiunque infrange le prescrizioni cantonali su il luogo, il tempo o le modalità dell'esercizio della prostituzione, nonché contro molesti fenomeni concomitanti, è punito con la multa.

*f. Reato collettivo*

Il titolo V si chiude con un articolo che prevede un'aggravante qualora un reato sessuale venga commesso da più persone insieme<sup>11</sup>: 1.16

---

<sup>10</sup> STRATENWERTH/ JENNY, *BT I* (2), pp. 198 ss.

<sup>11</sup> Sul punto vedi Cap. VI.

**Art. 200 Reato collettivo**

Se un reato previsto nel presente titolo è stato commesso insieme da più persone, il giudice può aumentare la pena sino a una volta e mezzo quella comminata, ma senza andar oltre al massimo legale della specie di pena.

**2. L'incesto**

- 2.1 L'art. 213 si colloca all'interno dei reati contro la famiglia (titolo VI) e punisce l'incesto:

**Art. 213 Incesto**

<sup>1</sup> Chiunque compie la congiunzione carnale con un proprio ascendente o discendente o con un fratello o sorella germano, consanguineo o uterino, è punito con una pena detentiva sino a tre anni o con una pena pecuniaria.

<sup>2</sup> Il minorenne va esente da pena se è stato sedotto.

- 2.2 La commissione peritale propose di limitare la punibilità di tale reato agli abusi su minori e di collocare la norma all'interno del titolo V. Si convenne che la visione che la società ha dell'incesto è fortemente condizionata dalla morale di volta in volta dominante e ha una valenza fortemente relativa; soprattutto non era dimostrato che i bambini nati da tali relazioni fossero necessariamente affetti da disfunzioni psichiche o fisiche<sup>12</sup>. Tali conclusioni non furono accettate nella procedura di consultazione e si decise di mantenere la punibilità di qualsiasi relazione incestuosa<sup>13</sup>.

**3. Bibliografia**

- 3.1 HANS SCHULTZ, *Bericht über die Beratungen der Expertenkommission für die Revision des Strafgesetzbuches, dem Vorsteher des Eidgenössischen Justiz- und*

---

<sup>12</sup> HANS SCHULTZ, *Bericht über die Beratungen der Expertenkommission für die Revision des Strafgesetzbuches, dem Vorsteher des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes, Herrn Bundespräsident Dr. K. Furgler, erstattet von Prof. Dr. Iur. Hans Schultz, Präsident der Expertenkommission, Thun 1977, p. 43.*

<sup>13</sup> FF 1985 942.

### CAP. III – PROFILI SISTEMATICI

---

*Polizeidepartementes, Herrn Bundespräsident Dr. K. Furgler, erstattet von Prof. Dr. iur. Hans Schultz, Präsident der Expertenkommission, Thun 1977; GÜNTER STRATENWERTH/GUIDO JENNY, Schweizerisches Strafrecht. Besonderes Teil I, Stämpfli, Berna 2003; STEFANIA SUTER-ZÜRCHER, Die Strafbarkeit der sexuellen Handlungen mit Kindern nach art. 187 StGB, Schulthess, Zurigo 2003; MARCEL NIGGLI/HANS WIPRÄCHTIGER, Basler Kommentar. Strafrecht II, Helbing & Lichtenhahn, Basilea 2007.*



## CAPITOLO IV

### GLI ELEMENTI COSTITUTIVI DELL'ART. 187 CPS

SOMMARIO: 1. Il bene giuridico tutelato dalla norma – 2. Qualificazione giuridica del reato – 3. Il titolo marginale dell'art. 187 CPS – 4. Il soggetto attivo – 5. Il soggetto passivo – 6. L'elemento oggettivo. Gli atti sessuali – 6a. L'atto sessuale – 6b. Casistica – 7. L'elemento soggettivo. La condotta – 8. L'elemento soggettivo – 8a. Il dolo – 8b. La colpa – 8c. Il “gioco del dottore”: STF 6p.63/2007 – 9. Bibliografia

#### 1. Bene giuridico tutelato dalla norma

Nel diciottesimo secolo, affondando le proprie radici nel pensiero dei proto-illuministi e degli illuministi, il cui frutto maturo ha mutato profondamente la funzione del diritto penale, è iniziata ad affacciarsi e a rinforzarsi quella strutturazione del *ius criminale* che fonda la propria impostazione sulla teoria della protezione dei c.d. “beni giuridici”, divenuta attualmente la dottrina più diffusa e accolta dai moderni ordinamenti giuridici penali. La predisposizione di un apparato di sanzioni poste a difesa dei beni giuridici non vuole garantire al cittadino la giustizia assoluta o ultraterrena, bensì si propone di offrire riparo a quei valori socialmente pregnanti, considerati meritevoli di protezione giuridico-penale in forza della loro irrinunciabilità. Il sistema penale assurge a baluardo, dunque, non di tutti i beni, ma soltanto di quelli che, a giudizio del legislatore, sono *condicio sine qua non* per un ordinato coesistere. In una prospettiva strettamente utilitaristica del diritto penale, la dottrina accoglie una ricostruzione del concetto di bene giuridico in termini estremamente pratici: essi possono consistere in un interesse o in un cumulo d'interessi ed esistono se e nella misura in cui

1.1  
Cenni generali

siano funzionali ossia strumentali al perseguimento di scopi sociali di rilievo primario nella vita sociale. Non stupisce, inoltre, che laddove si tratti invece di beni o interessi secondari, dovranno soccorrere tecniche di tutela extrapenale. Questo spiega la natura della normazione penale come disciplina ispirata al principio di sussidiarietà, poiché il *ius criminale* assume le vesti di *extrema* o *ultima ratio* per la garanzia dei cittadini. Oltretutto, un'eccessiva estensione del recinto penale rappresenterebbe un'inaccettabile intrusione e limitazione alla libertà e comporterebbe uno sforzo nemmeno sostenibile da parte dell'apparato statale<sup>1</sup>.

1.2  
Individuazione  
del bene  
giuridico

Se il punto di partenza di ogni decisione di politica criminale refluisce inevitabilmente nell'individuazione di un bene giuridico, la cui violazione o messa in pericolo da parte di una certa condotta deve essere scongiurata, la *vexata quaestio* diventa il mettere a fuoco con appropriatezza i beni socialmente più rilevanti, impresa di ardua riuscita considerando la notevole divaricazione fra la concezione filosofica-teorica del diritto penale e la realtà dell'ordinamento. Le complessità si originano in quanto la lesione ad alcuni beni non è di istantanea percezione o addirittura alcuni beni possono essere molto difficili da identificare. A ciò si aggiunga che le elaborazioni della teoria del bene giuridico hanno risentito non solo delle personali vedute degli autori, ma anche e soprattutto della struttura dello Stato e della società, di volta in volta dominanti, nonché dell'evoluzione dei costumi, della scienza, dell'economia e della tecnologia, artefici fautori tutti, a propria volta, di nuove istanze di protezione<sup>2</sup> anche se spesso non in modo evidente e subitaneo ma comunque inesorabile.

---

<sup>1</sup> Sul punto PETER POPP/PATRIZIA LEVANTE, in MARCEL NIGGLI/HANS WIPRÄCHTIGER, *Basler Kommentar. Strafrecht I*, Helbing & Lichtenhahn, Basilea 2007, ad art. 1, § 26.

<sup>2</sup> KURT SEELMANN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Helbing & Lichtenhahn, Basilea 2005, pp. 1 ss.; STEFAN TRECHSEL/PETER NOLL, *Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, Schulthess, Zurigo 2004, pp. 25 ss.; GÜNTER STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, Stämpfli, Berna 2005, pp. 64 ss.

Il *nomen* del Titolo V «*Infrazioni contro l'integrità sessuale*» e ancor più specificamente il *rubrum* dell'art. 187 CPS che principia con la locuzione «*Esposizione a pericolo dello sviluppo di minorenni*» fungono inequivocabilmente da faro per l'identificazione del bene giuridico tutelato dalla norma, annichilendo di fatto sul nascere qualsivoglia speculazione dottrinale sul punto.

1.3  
Bene giuridico  
tutelato dall'art.  
187

La missione di cui si è fatto carico il legislatore, ovverosia scongiurare l'esposizione a pericolo dello sviluppo sessuale dei minori di anni sedici, costituisce un'opzione legislativa frutto di una profonda e matura riflessione, che refluendo dai lavori preparatori al primo Codice penale federale unificato del 1937 trova il suo culmine con la riforma degli anni Novanta sui reati sessuali, momento nel quale fece il suo ingresso il *rubrum* citato. La disciplina in commento vide infatti la luce a livello federale quale necessaria sintesi delle multiformi soluzioni normative cantonali, circostanza che, se da un lato pose in risalto, fin dai primi lavori in commissione, i limiti di una tutela indiscriminata e assoluta del minore da ogni contatto sessuale, dall'altro permise anche di rimarcarne i pregi. Come si dirà più diffusamente in prosieguo, essa infatti consente di schermare la vittima da penosi accertamenti sul suo vissuto intimo e sulla sua effettiva integrità sessuale, indagini già infelicitemente sperimentate da alcune legislazioni cantonali<sup>3</sup>.

1.3.1  
Ragioni che  
affondano le  
proprie radici  
nella storia del  
Codice penale  
svizzero

Alla luce della ricostruzione offerta dal *conditor iuris* medesimo sul bene giuridico tutelato dalla norma in commento, e nonostante non sia mancato chi abbia evocato in dubbio l'esistenza di un autentico «*pericolo*»<sup>4</sup> oppure lo abbia in qualche modo relativizzato<sup>5</sup>, le posizioni della dottrina hanno alfine converso piuttosto rapidamente nella concisa dizione di «*corretto sviluppo sessuale del minore*» che distilla

1.3.2  
Corretto  
sviluppo sessuale  
del minore

---

<sup>3</sup> Sul punto si veda Cap. II.

<sup>4</sup> RUDOLF WYSS, *Zur Frage der Spätschäden bei kindlichen Opfern von Sittlichkeitsdelikten*, ZStrR 79 (1963) 273.

<sup>5</sup> GUIDO JENNY/MARTIN SCHUBARTH/PETER ALBRECHT, *Kommentar zum schweizerischen Strafrecht*, Vol. IV, *Delikte gegen die sexuelle Integrität und gegen die Familie*, Artt. 187-200, 213-220 StGB, Stämpfli, Berna 1997, ad art. 187 N. 2.

nella sua sinteticità la preminenza della protezione dell'integrità fisiopsichica del minore in relazione al contegno sessuale<sup>6</sup>.

1.3.3  
Limiti alla  
legittimità del  
consenso.  
Presunzione  
assoluta

La linearità dell'*incipit* del primo capoverso della disposizione contiene un precetto perentorio e proibisce quindi qualsiasi contatto sessuale tra un adulto e un infrasedicenne, indipendentemente da un eventuale assenso della vittima. Si ritiene, infatti, che fin quando il

---

<sup>6</sup> «Die sexuelle Entwicklung der Unmündigen», secondo la dottrina svizzero-tedesca. Cfr. STEFANIA SUTER-ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit der sexuellen Handlungen mit Kindern nach art. 187 StGB*, Schulthess, Zurigo 2003, p. 32; PHILIPP MAIER in MARCEL NIGGLI/HANS WIPRÄCHTIGER, *Basler Kommentar. Strafrecht II*, Helbing & Lichtenhahn, Basilea 2007, ad art. 197, N. 1; STEFAN TRECHSEL, *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Praxiskommentar*, Dike, Zurigo 2008, ad art. 187, § 1; HANS WIPRÄCHTIGER, *Das geltende Sexualstrafrecht – eine kritische Standortbestimmung*, in ZStrR 3, 2007, p. 283. La dottrina italiana preferisce il sintagma «intangibilità sessuale» anche se l'intoccabilità è se mai una conseguenza della tutela e non l'oggettività giuridica del reato. Cfr. FERRANDO MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale I. Delitti contro la persona*, Cedam, Padova 2005, p. 379. Respinta è invece la locuzione «violenza presunta» perché l'art. 609-*quater* è costruito su presunzioni diverse da quelle di violenza e qualora si presumesse la violenza, e dunque la sua sussistenza, dovrebbe trovare applicazione l'art. 609-*bis*. Cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale, I*, X ed. integrata e aggiornata a cura di L. CONTI, Milano, 1992, p. 478. Più articolata la posizione di PAOLO VENEZIANI. L'Autore prende le mosse criticando la lettura consolidata, in base alla quale il bene giuridico consisterebbe nella libertà sessuale intesa in positivo come diritto alla libera esplicazione delle proprie qualità e facoltà sessuali, e, in negativo come diritto di pretendere che gli altri non aggrediscano il proprio corpo per farne oggetto di manifestazioni di libidine. Conscio che il legislatore «in via sostitutiva rispetto al titolare del relativo interesse, intende garantire la libera disponibilità del proprio corpo nella prospettiva erotico-sessuale, libera disponibilità che nella specie, in relazione all'im maturità presunta o effettiva del soggetto, egli ritiene non possa esserci» osserva che l'ordinamento ex art.609-*quater* comma 1 n. 1 non attribuisce all'infracquattordicenne un diritto di scegliere liberamente e dunque carente *a priori* la libertà di scelta, essa non può divenire oggetto di tutela. La protezione è riservata al corretto sviluppo del fanciullo, mentre la libertà sessuale viene recuperata ex art. 609-*quater* comma 1 n. 2. Si rinvia a ad art. 609-*quater*, in ALBERTO CADOPPI, *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e la pedofilia*, Cedam, Padova 2006, pp. 617 ss. Più di nicchia, invece, la posizione di chi intendeva come oggetto della tutela penale dei delitti contro la libertà sessuale l'interesse pubblicistico dello Stato «di assicurare i beni giuridici della moralità pubblica e del buon costume, in quanto si attiene all'invulnerabilità carnale della persona», così VINCENZO MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, V ed. aggiornata da P. NUVOLONE e G.D. PISAPIA, vol. VII, Utet, Torino 1984, p. 291.

giovane non abbia raggiunto la maturità necessaria per prestare responsabilmente il proprio consenso, un tale contatto possa perturbare gravemente il suo normale sviluppo psichico e sessuale<sup>7</sup>. Il legislatore ha ravvisato il confine della legittimità del consenso nell'età di 16 anni. Tale limite è puramente convenzionale<sup>8</sup>, dacché un soggetto potrebbe anche prima del compimento del sedicesimo anno aver o non aver raggiunto la maturità necessaria per decidere consapevolmente<sup>9</sup>. Tuttavia, si è voluta scongiurare in radice una verifica caso per caso, siccome foriera di insidie, *in primis* con riguardo alle presumibili strumentalizzazioni a opera dell'imputato, il quale potrebbe fare della precoce maturità e della sussistenza del consenso frecce al suo arco per dirottare il tema centrale del processo nella mancanza di necessità di protezione della vittima<sup>10</sup>. Al di sotto della soglia legale di 16 anni, e fatte salve le eccezioni di cui *infra*, il legislatore ha pertanto istituito una presunzione assoluta di compromissione del corretto sviluppo sessuale del minore.

## 2. Qualificazione giuridica del reato

La scelta di porre al centro della salvaguardia la formazione e l'evoluzione della personalità del minore si ripercuote aggiuntivamente anche sulla natura del reato di cui all'art. 187 CPS. L'articolo in commento costituisce infatti un c.d. reato di pericolo siccome la rilevanza penale degli atti sessuali non dipende dall'esistenza di un

2.1

Natura del reato  
di cui all'art. 187

---

<sup>7</sup> SUTER-ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (6), p. 32. CHRISTIAN FAVRE/MARC PELLET/PATRICK STODMANN, *Code penal annoté*, Bis et ter, Losanna 2007, ad art. 187, N. 1.7.

<sup>8</sup> In Italia, Germania e Austria il limite è fissato all'età di quattordici anni. In Francia e Svezia a 15. FF 1985 993.

<sup>9</sup> MAIER, *Bsk* (6), ad art. 187, N. 6; cfr. inoltre GÜNTER STRATENWERTH/GUIDO JENNY, *Schweizerisches Strafrecht*, BT I, Stämpfli, Berna 2003, p. 143, il quale riporta i risultati di un'indagine in base alla quale tra 150 ragazze tra i 12 e i 16 anni che erano rimaste vittime del reato ex art. 191 CP 1937, non meno del 70% aveva provocato il colpevole o aveva «ceduto volentieri» ai suoi desideri.

<sup>10</sup> SUTER-ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (6), p. 33.

concreto danno. Come è noto, la dottrina distingue, con riferimento al bene giuridico, tra reati di danno e di pericolo a seconda che l'adempimento della fattispecie leda il bene giuridico oppure lo ponga esclusivamente in pericolo. Vi è da sottolineare che tali fattispecie apprestano una tutela anticipata rispetto ai reati di danno e per tale ragione si configurano a carattere eccezionale nella sistematica penale, restando riservate per le ipotesi in cui l'ordinamento deve offrire una risposta solerte ai bisogni di tutela. Nel caso dell'art. 187 CPS il bene è ritenuto sempre pregiudicato quando i minori sono indotti in attività erotiche reputate non idonee e non commisurate alla loro età. Per raggiungere quindi un efficace protezione dagli abusi, una tale norma è reputata indispensabile<sup>11</sup>.

2.2  
Reato di pericolo  
concreto o  
astratto?

Rimane da chiedersi se la fattispecie in esame rappresenti un reato di pericolo concreto o astratto. Come è noto, nella prima categoria rientrano quei crimini e delitti per cui l'ordinamento richiede l'accertamento *ex post* del pericolo procurato al bene giuridico. Sono invece reputati reati di pericolo astratto quelli che reprimono le condotte riconducibili alla fattispecie legale in virtù di una loro intrinseca pericolosità, indipendentemente dal rischio realizzato dal caso concreto<sup>12</sup>.

2.2.1  
Bene giuridico  
individuale o  
collettivo?

Per dirimere l'interrogativo proposto è necessario preliminarmente domandarsi se il corretto sviluppo del minore tutelato dall'art. 187 CPS rappresenti un bene giuridico individuale o collettivo. La collocazione del reato di atti sessuali con infrasedicenni nel quinto titolo del secondo libro (reati contro l'integrità sessuale) e il previsto caso di impunità nell'evenienza di matrimonio (art. 187 cpv. 4 CPS) sorreggono la tesi che si tratti della protezione dell'indisturbato sviluppo del minore in questione e, quindi, di un interesse prettamente individuale. Di conseguenza parrebbe essere richiesto dalla fattispecie anche il pericolo concreto per l'oggetto dell'offesa. D'altro canto invece, se il reato fosse considerato come una fattispecie di pericolo astratto, lo

---

<sup>11</sup> *Idem*, p. 34. Sui delitti di pericolo cfr. MARTIN KILLIAS/ANDRÉ KUHN/NATHALIE DONGOIS/MARCELO F. AEBI, *Precis de droit pénal général*, III ed., Stämpfli, Berna 2008, pp. 32 ss.

<sup>12</sup> STRATENWERTH, *ATI* (2), p. 151.

scudo protettivo non potrebbe che offrire un riparo in via generale allo sviluppo indisturbato dei minori in sé e per sé considerato, e tale elemento passerebbe in primo piano rispetto all'offesa nei confronti di un soggetto concreto. Quest'ultima soluzione persuade maggiormente perché più confacente con lo spirito della norma: il divieto di intrattenere relazioni sessuali con i minori corrisponde sicuramente a interessi generali (in funzione di evitare lo sfruttamento dell'inesperienza, le gravidanze precoci, l'insorgenza di danni alla salute e alle capacità procreative e in generale la 'sessualizzazione' dell'infanzia). Classificando l'art. 187 tra i reati di pericolo astratto si eviterebbe inoltre di prendere in considerazione il consenso della vittima (che altrimenti farebbe venir meno la tipicità), e di dover fornire la difficile prova della configurabilità di un pericolo concreto, in mancanza del quale l'autore andrebbe proscioltto.

SCHWARZENEGGER propone di superare il dualismo 'pericolo astratto-pericolo concreto' considerando la fattispecie ex 187 CP come un reato di pericolo potenziale (*potentielles Gefährungsdelikt*)<sup>13</sup>. La posizione di tale Autore assume sfumature intermedie, giacché per tale via, da un lato non sarebbe richiesta la gravosa dimostrazione del concreto pericolo allo sviluppo del minore, ma dall'altro ai fini dell'integrazione della fattispecie, sarebbe necessario e sufficiente che gli atti sessuali siano oggettivamente idonei ad arrecare pregiudizio<sup>14</sup>.

2.2.2  
Reato di pericolo  
potenziale

### 3. Il titolo marginale dell'art. 187 CPS

Il titolo marginale dell'art. 187 CPS reca il sintagma «*Atti sessuali con fanciulli*», locuzione peraltro non immune da criticità. Il lemma «*fanciullo*» si rivela infatti improprio e finanche fuorviante, ritenuto

3.1  
Il lemma  
«fanciullo»

---

<sup>13</sup> CHRISTIAN SCHWARZENEGGER, *Abstrakte Gefahr als Erfolg im Strafanwendungsrecht, sic !*, Schulthess, Zurigo 2001, p. 248.

<sup>14</sup> Sul concetto di atti sessuali vedi *Infra*. Vedi anche CHRISTIAN SCHWARZENEGGER, *Bundesgericht Urteil vom 7. August 2007. Bemerkungen*, in *Forum Poenale*, Stämpfli, Berna 2008, n. 3, pp. 151 ss..

come nella lingua italiana<sup>15</sup>, il fanciullo si identifichi principalmente con il bambino situato in una fascia di età definita, segnatamente nel periodo che corre tra i sei e i dodici anni. Tale *status* ammantava precipuamente il minore che, superata la fase dell'infanzia, ma non ancora raggiunta l'età dell'adolescenza, soste nel limbo intermedio della fanciullezza.

3.2  
Tutela indistinta  
dei minori di  
anni sedici

Come vedremo più in dettaglio in prosieguo di capitolo, nel dettato codicistico il legislatore palesa l'intenzione di tutelare indistintamente tutti i minori di anni sedici, quantunque con sfumature ed eccezioni di vario genere. Con tale strutturazione della norma si è voluta quindi combattere tanto la pedofilia in senso stretto, tanto quella latamente intesa, che include l'efebofilia e la pederastia. Anche a voler leggere il sostantivo «*fanciullo*» nella sua accezione più ampia (ricomprendendovi la fase dell'adolescenza), in funzione di riferirsi alla generale immaturità e inesperienza che è propria di quell'età della vita umana<sup>16</sup>, lo sforzo ermeneutico risulterebbe comunque poco appagante, giacché il *conditor iuris* ha consapevolmente e deliberatamente apprestato tutela ai minori di anni sedici a prescindere dal grado di sviluppo e di esperienza raggiunti in ambito sessuale. Il lemma fanciullo ha conseguentemente una connotazione semantica troppo riduttiva rispetto alla missione di cui si è fatto carico il legislatore; detto altrimenti: l'etichetta lessicografica suggerita dai compilatori del Codice nel titolo marginale mal si sovrappone al soggetto passivo meritevole di protezione come definito nell'art. 187 CPS e rappresenta probabilmente un infelice volgimento in italiano della voce «*Kind*»<sup>17</sup>, figurante nella versione tedesca della norma.

<sup>15</sup> TULLIO DE MAURO, *Grande dizionario dell'uso*, Utet, Torino 2000, voce «*fanciullo*»; SALVATORE BATTAGLIA, *Grande dizionario della lingua italiana*, Utet, Torino 2004, voci «*fanciullezza*» e «*fanciullo*».

<sup>16</sup> BATTAGLIA, *Grande dizionario* (15), voce «*fanciullo*».

<sup>17</sup> A ben vedere, peraltro, anche l'unità lessicale «*Kind*» e il suo volgimento in francese «*enfant*» (tit. marg. art. 187 CPS v. fr.) non sgombrano il campo dalle incertezze; «*Kind*» si riferisce a «...*noch nicht geborenes, gerade od. vor noch nicht langer Zeit zur Welt gekommenes menschliches Lebewesen*» come pure a «*Mensch, der sich noch im Lebensabschnitt der Kindheit befindet (etwa bis zum Eintritt der Geschlechtsreife) noch kein Jugendlicher ist; noch nicht*

Ritenuta l'inutilizzabilità, in egual misura, del lessema «*bambino*», che soffre delle medesime criticità (il contenuto semantico di tale unità lessicale si apparenta difatti a «*fanciullo*», tanto da costituirne un valido sinonimo<sup>18</sup>), sarebbe opportuno riformulare il *rubrum* dell'art. 187 impiegando una locuzione non equivoca (e soprattutto più aderente al contenuto della norma), quale ad. es. «*Atti sessuali con minori di anni sedici*» o, ancor più efficacemente, «*Atti sessuali con infrasedicenni*».

3.3

Proposta:  
«*Atti sessuali con  
infrasedicenni*»

#### 4. Il soggetto attivo

Soggetto attivo della fattispecie può essere «*chiunque*», ovverosia qualsiasi uomo o donna, anche minorenni, purché abbia almeno tre anni più della vittima. Trattasi dunque di un reato comune.

4.1

Soggetto attivo

Anche soggetti che rientrano nella categoria di persone protette dalla norma possono commettere il reato di atti sessuali con infrasedicenni (ad es. 11 anni la vittima, 15 il reo). In quest'ultimo caso tra i due soggetti coinvolti, solo il più adulto si vedrà colpito dalla sanzione penale, mentre rimarrà sempre impunito il più giovane<sup>19</sup>. Secondo la dottrina, la regola che vede oggetto della sanzione penale

4.2

Autore  
infrasedicenne

---

*erwachsener Mensch*», v. Duden, *Deutsches Universal Wörterbuch*, Dudenverlag, Mannheim, 1983, voce «*Kind*»; «*enfant*» raffigura dal canto suo l'«*Être humain, de la naissance jusqu'à l'âge de la puberté*», v. *Dictionnaire Hachette*, Hachette, Parigi 2003, voce «*enfant*», a dimostrazione di come anche i due lessemi propri delle lingue tedesca e francese non ricalchino perfettamente le peculiarità del soggetto passivo delineato dal legislatore. Tale discrepanza si giustifica per la ragione sostanziale che il Codice penale tedesco, dal quale il legislatore elvetico ha con tutta probabilità mutuato la terminologia, fissa come età del consenso gli anni quattordici (cfr. § 176 DStGB): in tale contesto, dunque, il lemma «*Kind*» ben aderisce alla fascia di età protetta dell'ordinamento penalistico tedesco. Ancora più puntuale invece si rivela il Codice penale francese, nel quale figura la locuzione «*mineur de 15 ans*» (cfr. art. 227-25 CPF).

<sup>18</sup> DE MAURO, *Grande dizionario* (15), voce «*bambino*».

<sup>19</sup> JENNY/SCHUBARTH/ALBRECHT, *Kommentar* (5), ad art. 187 NN. 9 e 34; SUTER-ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (6), pp. 35 ss.; MAIER, *Bsk* (6), ad art. 197, N. 4; TRECHSEL, *Praxiskommentar* (6), ad art. 187, § 4.

esclusivamente il maggiore di età si ricava dalla *ratio* medesima dell'art. 187 CPS<sup>20</sup>.

4.3  
Autore e vittima  
infrasedicenni

Si deve qui peraltro dar conto dell'opinione di parte della dottrina, che auspica l'esclusione della rilevanza penale nel caso in cui entrambi i soggetti siano infrasedicenni; tuttavia, siffatta impostazione non appare di pregio, ed è senz'altro da respingere siccome in contrasto con la chiara formulazione vigente<sup>21</sup>. Oltretutto, la configurabilità in veste di responsabili anche dei minori di 16 anni permette al giudice minorile di intervenire, adottando tempestivamente provvedimenti contro i disturbi della sessualità dell'autore, ovvero, in casi lievi, di prescindere da ogni pena (art. 10-22 DPMin)<sup>22</sup>.

4.4

Il rigore della rilevanza penale trova, però, una mitigazione là dove *ex art. 187 II* si registri una differenza di età tra le persone coinvolte non eccedente i tre anni. Attraverso questa disposizione non si sono volute mettere all'indice le esperienze sessuali dei c.d. "amori giovanili". Secondo la dottrina dominante, si tratterebbe di un elemento limitativo della fattispecie tipica e non di una circostanza personale di esclusione della punibilità<sup>23</sup>. Il dettaglio può apparire *prima facie* una sottigliezza ma, come si illustrerà nei successivi capitoli<sup>24</sup>, in materia di istigazione e concorso da parte della persona responsabile dell'educazione rivelerà il suo peso specifico, comportando l'impunità

---

<sup>20</sup> JÖRG REHBERG, *Das revidierte Sexualstrafrecht*, AJP 2 (1993), 16.

<sup>21</sup> MAIER, *Bsk* (6), *ad art.* 197, N. 4.

<sup>22</sup> Sul punto si veda HANSUELI GÜRBER/CHRISTOF HUG/PATRIZIA SCHLÄFLI, in *Bsk* (1), *ad artt.* 10-20 JStG.

<sup>23</sup> Sul punto cfr. KILLIAS/KUHN/DONGOIS/AEBI, *Précis* (11), p. 100; WIPRÄCHTIGER, *Das geltende Sexualstrafrecht* (6), pp. 280-281. La qualificazione dell'elemento è oggetto di dibattito all'interno della dottrina italiana. Vedi UMBERTO GAROFOLI, in PIETRO DUBOLINO (a cura di), *Codice Penale. Commentato con la dottrina e annotato con la giurisprudenza*, Tribuna Maior, Piacenza 2004, *ad art.* 609 *quater* n. 5. VENEZIANI, *Commentario* (6), *ad art.* 609-*quater*, pp. 617 ss. Per una critica all'impostazione che assegna a tale ipotesi specifica il valore di una causa di limitazione della tipicità e non di una causa di esclusione della colpevolezza, v. *infra* Cap. IX.

<sup>24</sup> Si vedano risp. i capp. VI sul concorso di persone e IX sulle cause di non punibilità (e di esclusione della colpevolezza).

se lo stacco generazionale tra i giovani coinvolti negli atti sessuali non superi i tre anni.

## 5. Il soggetto passivo

L'identificazione del soggetto passivo del reato è limpida e non dà luogo a fraintendimenti. Persona offesa è il minore di sedici anni sia di sesso maschile che femminile. Qualora la commissione del reato veda coinvolti vittima e autore simultaneamente infrasedicenni, soggetto passivo sarà unicamente il più giovane. Come si è detto, secondo la dottrina dominante difetta inoltre la tipicità se (cpv. 2) la vittima del reato non è più giovane di almeno tre anni dell'autore. A nessuna erosione può condurre inoltre il grado di maturità raggiunto dal soggetto passivo<sup>25</sup> e nessuna scalfitura può derivare da altre circostanze quali l'esperienza sessuale, la capacità di contrarre matrimonio (ad es. secondo il diritto canonico o islamico), il consenso agli atti oggetto d'imputazione, la presenza di conseguenze del reato<sup>26</sup>. Nessun pregio riveste infine il distinguo tra atti omosessuali ed eterosessuali<sup>27</sup>.

5.1  
Soggetto passivo

## 6. L'elemento oggettivo. Gli atti sessuali

### a. L'atto sessuale

Il Titolo V individua diverse specie di condotte sessuali (*sexuelle Verhaltensweisen*) cui il legislatore ha ritagliato un *nomen* specifico. Negli artt. 187-193 (escluso il 190) e 198 CP si parla di «atti sessuali», negli artt. 189, 191 e 193 di «atti simili al coito», negli artt. 190, 191 e 213 di «coito», nell'art. 194 di «atti esibizionistici», nell'art. 197 di «rappresentazioni pornografiche» e, infine, nell'art. 198 di «molestie sessuali». L'articolo 187 assume per la dottrina la funzione di sestante

6.1  
Le condotte sessuali tipiche del Titolo V

---

<sup>25</sup> SUTER-ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (6), p. 36.

<sup>26</sup> TRECHSEL, *Praxiskommentar* (6), ad art. 187, § 2; MAIER, *Bsk* (6), ad art. 187, § 6.

<sup>27</sup> FAVRE/PELLET/STOUDMANN, *Code penal* (7), ad art. 187, n. I.I.

per orientarsi in questo insieme di norme, in quanto tutte le enumerate manifestazioni delle condotte sessuali vengono ricavate ponendo lo sguardo ai cd. «*atti sessuali*» della norma *de qua*<sup>28</sup>, la quale a sua volta ha mutuato la relativa nozione dal diritto tedesco<sup>29</sup>.

- 6.2 Residuano, dunque, i problemi dovuti alle possibili plurime accezioni del sintagma «*atti sessuali*» nell'ambito delle varie fattispecie legali. *Definitiones periculosae in jure sunt* e tale difetto, se così può considerarsi, attiene geneticamente al diritto stesso e, pertanto, è difficilmente eliminabile. Senza avventurarsi dunque in sperimentazioni definitorie dal dubbio risolto pratico, la potenziale indeterminazione dell'espressione in esame appare scoglio da sormontare preliminarmente e conduce almeno a tentare di tracciare una linea di fondo comune a tutte le fattispecie menzionate, in virtù della quale al di sotto di essa non si avrà «atto sessuale» e quindi illiceità penale del fatto. Tale soglia di rilevanza muterà secondo la singola fattispecie e potrà certamente darsi che in alcune figure di reato il livello si innalzi rispetto alle altre. Tuttavia, benché possa verificarsi questa altalenanza, i margini di distacco non saranno mai tali da rompere il legame con la concezione base e generale ricavata dalle varie fattispecie. Postulato che non esiste un comportamento sessuale che possa essere definito univoco o naturale, nell'individuazione di tale concetto paradigmatico il sentiero pare segnato e non si potrà che scomporre le fattispecie nei loro fattori costitutivi minimi, concretizzarli con contenuti giuridici, esaminare gli elementi condivisi e defalcare il filo che cuce la fisionomia di atto sessuale. Nel prodigarsi in tale operazione è indispensabile dotarsi di lenti per acuire e potenziare la profondità di veduta e divenendo pressoché ineludibile il ricorso quali criteri: *i*) alle intenzioni del legislatore, *ii*) al bene giuridico di volta in volta tutelato e *iii*) allo spirito della norma.

---

<sup>28</sup> MAIER, *Bsk* (6), vor art. 187, § 19 ; STRATENWERTH/JENNY, *BT I* (9), pp. 137 ss. ; TRECHSEL, *Praxiskommentar* (6), ad art. 188, § 8, ad art. 189, § 8, ad art. 191, § 6, ad art. 194, § 1.

<sup>29</sup> TRECHSEL, *Praxiskommentar* (6), ad art. 187, § 5.

Per quanto riguarda le intenzioni del legislatore, bisogna notare che si è abbandonato da tempo l'equivalenza reato-peccato e risulta pacifico che il concetto di atti sessuali abbia ormai definitivamente soppiantato quello di immoralità o libidine<sup>30</sup>. La giurisprudenza definiva il concetto di atti immorali come condotte che «*den geschlechtlichen Anstand verletzen, indem sie in nicht leicht zu nehmender Weise gegen das Sittlichkeitsgefühl verstossen*»<sup>31</sup>. Nonostante parte della dottrina continui a fare riferimento a tale definizione, seppur superata in seguito alla novella degli anni Novanta, risulta evidente come nella *mens legis* la componente morale sia stata espunta dal concetto di atti sessuali<sup>32</sup>.

6.3  
Le intenzioni del  
legislatore

Altro elemento fondamentale per la definizione dei concetti legati alle condotte sessuali è il bene giuridico tutelato dalla norma; il concetto di atti sessuali deve sempre essere determinato in relazione alla fattispecie normativa. Può accadere all'occorrenza che la medesima condotta (ad es. un tentativo di bacio profondo) a seconda dell'ambito di protezione del bene giuridico sia considerato già come grave lesione o semplicemente come pregiudizio non punibile. Nell'ambito della protezione dei minori la stessa circostanza viene ponderata diversamente dal caso in cui sia in gioco la libertà sessuale di persone adulte<sup>33</sup>. Secondo dottrina e giurisprudenza il concetto di atti sessuali comprende solo quelle condotte che appaiono rilevanti nell'ottica del bene giuridico<sup>34</sup>. Il Tribunale federale ha sancito la regola secondo cui in caso di dubbio la rilevanza dell'atto è da appurare con riferimento alle circostanze del caso concreto e ai rapporti interpersonali tra i soggetti coinvolti. Tale criterio si dimostra particolarmente calzante per il giudizio relativo ai baci<sup>35</sup>.

6.4  
Atti sessuali e  
bene giuridico

<sup>30</sup> FF 1985 II 956.

<sup>31</sup> DTF 117 IV 457, 459 ; 78 IV 33, 35.

<sup>32</sup> MAIER, *Bsk* (6), vor art. 187, § 21.

<sup>33</sup> MAIER, *Bsk* (6), vor art. 187, § 22 ; SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (6), pp. 38 ss.; STRATENWERTH, *BT I* (9), pp. 165 ; TRECHSEL, *Praxiskommentar* (6), ad art. 187, § 6.

<sup>34</sup> DTF 125 IV 58 ; TRECHSEL, *Praxiskommentar* (6), ad art. 187, § 6.

<sup>35</sup> STF 6S.534/1994.

6.5  
Atti sessuali in  
senso oggettivo e  
soggettivo

Questione centrale è stabilire se gli atti sessuali si debbano rivestire di una connotazione in senso oggettivo o soggettivo. Tradizionalmente essi venivano infatti intesi in senso soggettivo e per essere ritenuti tali dovevano essere diretti a innescare il desiderio e l'eccitamento erotico o lo sfogo dell'impulso libidinoso: «*eigene oder fremde Geschlechtslust zu erregen oder zu befriedigen*»<sup>36</sup>. Ciò che rilevava era dunque il movente interno, vale a dire l'*animus* dell'agente. Oggi invece gli atti sessuali tendono a essere intesi in senso oggettivo: rileva la «*natura oggettivamente sessuale dell'atto*», da considerarsi sulla base delle «*scienze medico-psicologiche, nonché delle scienze antropologico-sociologiche*»<sup>37</sup>. Quindi, da un lato, l'aggettivo qualificativo «sessuale» ha valenza policentrica: sicuramente il nocciolo di immediata percezione fa balenare il rinvio al sesso dal punto di vista anatomico, fisiologico o funzionale, dall'altro, non si limita a esso ma spazia a quegli atti indirizzati verso zone erogene. A differenza di quanto avveniva per l'interpretazione degli atti di libidine, dagli atti sessuali obiettivamente intesi sono avulse quelle espressioni di libido caratterizzate da una sessualità particolare (ad es. lo sfregamento dei nasi) o addirittura dalla perversione di pochi (ad es. il bacio sui piedi del soggetto passivo). Alla luce di quest'ultimo elemento, si comprende la *ratio* per cui la rilevanza sessuale si configura anche in base agli elementi normativi culturali (*Kulturnormen*) diffusi nei costumi della popolazione a livello generale<sup>38</sup>. In questo senso va dunque letto l'intervento del legislatore che ha sostituito la locuzione «*atti di libidine*», con «*atti sessuali*»: la prima formulazione infatti aveva una sfumatura arcaica e moralistica. L'atto deve possedere ora oggettivamente e indiscutibilmente carattere sessuale e deve inoltre essere di una certa gravità<sup>39</sup>. Requisito imprescindibile è dunque il contatto fisico, che può tuttavia non sussistere necessariamente tra

---

<sup>36</sup> SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (6), p. 39.

<sup>37</sup> MANTOVANI, *Diritto Penale* (6), p. 338.

<sup>38</sup> ALBERTO CADOPPI, *Commentario* (6), ad art. 609-bis, pp. 465 ss.

<sup>39</sup> Il Tribunale federale ritiene tuttavia un contatto sopra i vestiti penalmente rilevante, v. DTF 125 IV 62 c.5.

agente e vittima (un esempio è proprio fornito dalla seconda variante della fattispecie dell'art. 187, v. *infra*).

Gli atti obiettivamente sessuali rimangono tali quantunque non posti in essere per il soddisfacimento degli impulsi libidinosi del soggetto attivo, siccome ledono la libertà sessuale della vittima. Specularmente, si colloca la categoria degli atti obiettivamente non sessuali, i quali rappresentano un ambito singolare giacché restano tali anche se l'agente è mosso da piacere erotico. Esempi paradigmatici di quest'ultima categoria sono gli atti medici i quali, se rimangono strettamente funzionali all'attività sanitaria, non assumono rilievo penalistico anche se accompagnati da un'interna compiacenza del medico<sup>40</sup> (ad es. visita ginecologica) e le perquisizioni/ispezioni personali. Cionondimeno, se il soggetto agente travalica il limite del trattamento ordinariamente richiesto dalla medicina o dalle esigenze investigative, attraverso, per esempio, un clinicamente inutile eccitamento del clitoride o un ingiustificato palpeggiamento, allora l'atto trasmigra in una natura prettamente sessuale<sup>41</sup>.

6.6  
Atti  
obiettivamente  
sessuali e atti  
obiettivamente  
non sessuali

Per quanto si profondi lo sforzo definitorio, residuano tuttavia comportamenti la cui qualificazione risulta controversa<sup>42</sup>. Alcuni atti, in base alla loro apparenza esteriore non sono classificabili né come neutri, né come sessuali. Tali casi sono molto frequenti nella prassi. In particolare non è agevole stabilire se si è in presenza di atti sessuali non equivoci nel caso di condotte aggressive mosse da impulso libidinoso. Un esempio potrebbe essere il caso del soggetto che percuote violentemente le passanti sulle natiche (alla stregua di una sculacciata) traendone piacere sessuale. Parte della dottrina ha ritenuto che in questo caso si potesse praticare un'eccezione alla regola generale e considerare rilevanti le motivazioni dell'agente o perlomeno quanto percepito della vittima. Tuttavia, l'interpretazione più soddisfacente

6.7  
Atti ambigui

<sup>40</sup> MANTOVANI, *Diritto Penale* (6), p. 340. Una dottrina minoritaria considera invece nel caso in questione la rilevanza dell'elemento soggettivo, cfr. SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (6), p. 46.

<sup>41</sup> STRATENWERTH/JENNY, *BT I* (9), p. 147; SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (6), p. 46.

<sup>42</sup> FAVRE/PELLET/STOUDMANN, *Code pénal* (7), ad art. 187 n. 1.3.

pare essere quella offerta dalla SUTER-ZÜRCHER, la quale afferma: «*Ist der sexuelle Charakter der Handlung aufgrund der gesamten äusseren Umstände nicht eindeutig erkennbar, besteht aufgrund der fehlenden Sozialschädlichkeit keine Veranlassung, die Strafbarkeit auf diese Fälle auszudehnen*»<sup>43</sup>. Detto altrimenti: in assenza di una rilevanza sociale del gesto non vi sarebbe ragione alcuna di estendere la tutela penale.

6.8  
Nozione di «atti  
sessuali» e  
crimini contro i  
minori

Infine, è stata sollevata un'ulteriore e fondamentale questione ermeneutica, volta a interrogarsi se la nozione di atti sessuali abbia a risultare più ampia allorché vittima del reato sia un minore di sedici anni. La risposta sembra essere negativa, poiché nell'asetticità del dato testuale di legge non si riscontrano differenziazioni e i medesimi termini impiegati dal legislatore devono poter valere sia per i reati sessuali in generale sia per quelli specifici sui minori. Inoltre, una diversa esegesi in relazione alla stessa locuzione si rivelerebbe foriera di esitazioni interpretative, a evidente scapito della certezza del diritto.

6.8.1  
Differenze nella  
prassi

Se sotto il profilo teorico parrebbe prefigurarsi una perfetta sovrapposizione delle nozioni, si deve pur ammettere che nella prassi le autorità tendono a riconoscere più agevolmente l'esistenza di un atto sessuale qualora vittima del reato sia un infrasedicenne ex art. 187 CPS<sup>44</sup>. Facendo riferimento al caso di carezze furtive al di sopra degli indumenti, episodio di cui si è occupato anche il Tribunale federale<sup>45</sup>, tale condotta sarà etichettata come atto sessuale qualora le vittime siano minori di anni sedici. Costituirà, invece, mera molestia sessuale ai sensi dell'art. 198 II CPS allorché le vittime siano persone adulte. Parimenti, un gesto di esibizionismo nei riguardi di un minore di anni sedici è, altresì, considerato atto sessuale ancorché il medesimo gesto nei confronti di un adulto soddisfi unicamente le condizioni di cui all'art. 194 CP<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (6), p. 49.

<sup>44</sup> BERNARD CORBOZ, *Les infractions en droit suisse*, Stämpfli, Berna 2002, p. 172.

<sup>45</sup> DTF 125 IV 62 c.5.

<sup>46</sup> CORBOZ, *Les infractions*, (44), p. 172.

*b. Casistica*

Come visto, quasi ogni contatto fisico tra esseri umani può assumere una valenza erotica. Rilevanti peraltro nell'ottica del bene giuridico protetto dall'art. 187 sono solamente quelle manifestazioni che hanno un'univoca connotazione sessuale. Tenendo presente le circostanze esterne, di regola rappresentano quindi atti sessuali i contatti con gli organi sessuali o con le zone erogene<sup>47</sup>. Il fatto che il contatto avvenga sotto o sopra i vestiti, l'impetuosità e la durata non sono invece elementi determinanti per la qualificazione del fatto. Un'accusa per un fugace contatto è destinata a cadere giacché con tutta probabilità verrebbe a mancare il dolo o risulterebbe impossibile fornire una prova convincente<sup>48</sup>. In un ambito in cui l'etichetta (*in casu* quella di «atto sessuale») pare più che mai mostrarsi allergica a rigidi selciati definitivi, può acquistare grande utilità didattica (oltreché pratica) riportare un'ampia casistica giurisprudenziale.

6.9  
L'utilità della  
casistica

Esempi di atti sessuali con contatto corporeo sono:

- Il coito e gli atti simili al coito<sup>49</sup>;
- Introduzione di oggetti o delle dita nell'ostio vaginale o nell'ano<sup>50</sup>;
- Sfregamento del membro dell'autore contro il petto della vittima<sup>51</sup>;

6.10  
Esempi di atti  
sessuali

---

<sup>47</sup> SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit*, (6), pp. 38 ss.

<sup>48</sup> *Ibidem*.

<sup>49</sup> Il primo elemento viene definito come unione degli organi sessuali maschile e femminile. Per atti simili al coito si intendono quelle situazioni in cui l'organo genitale di un soggetto entra in stretto contatto con il corpo di un terzo. In concreto si tratta solitamente dell'introduzione del membro maschile nell'ano o nella bocca oppure della stimolazione del pene o della vagina attraverso la lingua. Si veda STRATENWERTH/JENNY, *BT I* (9), pp. 148 ss.; TRECHSEL, *Praxiskommentar* (6), ad art. 187, § 7; SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (6), p. 49.

<sup>50</sup> SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (6), p. 49; WIPRÄCHTIGER, *Sexualstrafrecht* (6), pp. 281-282.

<sup>51</sup> DTF 87 IV 124 ss.

- Sfregamento dei membri maschili tra loro<sup>52</sup>;
- Toccare il petto di una ragazza<sup>53</sup>;
- Breve e leggero contatto sopra i vestiti con il membro maschile o femminile<sup>54</sup>;
- Prolungato contatto sopra i vestiti con il petto di una ragazza<sup>55</sup>;
- Toccare il sedere nudo di un bambino<sup>56</sup>;
- Il *petting*, ovvero accarezzare sotto i vestiti con intensità le zone erogene<sup>57</sup>;
- Strofinarsi sopra i vestiti per lungo tempo contro il corpo di un bambino tentando in particolare il contatto dei genitali del soggetto passivo<sup>58</sup>;

---

<sup>52</sup> DTF 87 IV 124 ss.

<sup>53</sup> DTF 97 IV 25 ss.

<sup>54</sup> Quindi si è in presenza di un atto sessuale nel caso di una ragazza rimasta intrappolata in ascensore cui viene palpata la vagina sopra i vestiti. MAIER, *Bsk* (6), ad art. 187, § 10 ; SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (6), p. 51.

<sup>55</sup> Questione dibattuta è se tale contatto rappresenti un atto sessuale qualora sia fugace e voluto. SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (6), p. 52; STRATENWERTH/JENNY, *BT I* (9), p. 148.

<sup>56</sup> Il Tribunale federale ha stabilito che bisogna ritenere tale condotta atto sessuale se l'intensità è la stessa «*wie man eine Orangenhälfte ausdrückt*» (letteralmente «*come se si spremesse un mezzo arancio*» sic!). La Suprema corte ha sottolineato come in queste evenienze siano da tenere in considerazione le circostanze del caso concreto: fondamentali sono i rapporti tra autore e vittima (nella fattispecie si trattava di un rapporto insegnante – allieva) così come le modalità e la durata della condotta. Cfr. STF del 9 dicembre 1994. PHILIPP MAIER, *Umschreibung von sexuellen Verhaltensweisen im Strafrecht*, in *Aktuelle Juristische Praxis*, Dike, Zurigo 1999, p. 1398.

<sup>57</sup> DTF 118 IV 410 ; STRATENWERTH/JENNY, *BT I* (9), p. 148.

<sup>58</sup> Il TF ha confermato la sussistenza di atti sessuali nel caso in cui due sorelle sono state costrette nell'arco di diversi anni a passare la notte con l'autore. Al mattino egli stringeva a sé le ragazze facendogli sentire il proprio corpo in modo prolungato. SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (6), p. 53; MAIER, *Umschreibung* (56), p. 1398.

- Baci e abbracci per un tempo prolungato anche senza l'inserimento della lingua nella bocca della vittima<sup>59</sup>;
- Baci profondi tra adulti e bambini<sup>60</sup>.

L'integrazione della fattispecie dell'art. 187 non richiede necessariamente il contatto fisico tra la vittima e l'autore: può risultare sufficiente che la condotta venga posta in essere in presenza del soggetto passivo. È tuttavia necessario che anche un tale fatto assuma la qualifica di atto sessuale affinché la fattispecie sia adempiuta. Determinanti sono anche in questo caso le circostanze concrete. Rappresenta innanzitutto un atto sessuale masturbarsi di fronte alla vittima oppure mettersi in una posa oscena. Il semplice fare il bagno o prendere il sole nudi non rappresenta una condotta riconducibile all'art. 187 così come espletare i propri bisogni in luogo pubblico<sup>61</sup>.

6.11  
Atti sessuali  
senza contatto  
fisico

Secondo la dottrina e la giurisprudenza, non rappresentano invece atti sessuali ai sensi dell'art. 187 CP le seguenti condotte:

6.12  
Atti non sessuali

- Mostrare il deretano per insultare<sup>62</sup>;
- Aiutare a fare la doccia, il bagno o i bisogni, anche se ciò non è necessario per il bambino<sup>63</sup>;
- Mostrarsi nudi (non è di per sé atto sessuale)<sup>64</sup>;
- Fotografare con intenzioni erotiche, nella misura in cui tale bramosia non è riconoscibile in modo oggettivo<sup>65</sup>;
- Sostenere discorsi volgari<sup>66</sup>;

---

<sup>59</sup> STRATENWERTH/JENNY, *BT I* (9), p. 148. L'atto sessuale fu riconosciuto nel caso di un trentenne che ha stretto a sé una bambina di dieci anni tentando di baciarla con la lingua. Cfr. DTF 125 IV 58 ss.

<sup>60</sup> DTF 76 IV 267 ss.

<sup>61</sup> SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit*, (), pp. 54-55; MAIER, *Umschreibung* (56), p. 1398.

<sup>62</sup> DTF 103 IV 168 ss.

<sup>63</sup> SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit*, (), p. 55.

<sup>64</sup> DTF 104 259.

- Molestare telefonicamente dei bambini facendo uso di un linguaggio osceno<sup>67</sup>.

*c. Rilevanza e percezione del fatto*

6.13  
Rilevanza

La dottrina maggioritaria e la giurisprudenza consolidata convergono nell'assumere che la nozione di atti sessuali abbracci solo quelle condotte che appaiano rilevanti sotto il profilo del bene giuridico protetto<sup>68</sup>. Il Tribunale federale, chiamato a esprimersi nella propria prassi sul punto, ha chiarito che nei casi dubbi la rilevanza è da valutare sulla base delle circostanze e che, quindi, deve essere ricavata da situazioni quali i rapporti tra vittima e autore o la differenza di età con la vittima. In un caso la Suprema Corte ebbe a qualificare quale atto sessuale il palpeggiare le cosce seguito da un tentativo di abbracciare la vittima. Tale riconoscimento trovò giustificazione nella circostanza che il soggetto attivo incarnava il datore di lavoro della vittima e aveva più volte molestato verbalmente la dipendente<sup>69</sup>.

---

<sup>65</sup> STF del 4 agosto 1998 ; SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit*, (), p. 56.

<sup>66</sup> In base alla nuova formulazione del reato di atti sessuali con fanciulli è infatti sempre necessario l'uso del corpo anche se non è richiesto un contatto fisico tra autore e soggetto passivo. A. SCHÜTZ, *Ist das führen unzüchtiges Reden vor Kindern nach dem Schweizerischen Strafgesetz strafbar?*, in *Schweizerische Juristen-Zeitung*, Schulthess, Zurigo 1965, 61, pp. 236 ss.

<sup>67</sup> È stata giustamente criticata dalla dottrina una sentenza della Corte d'appello del Canton Zurigo, la quale riformando la sentenza di prima istanza considera atti sessuali le molestie telefoniche. L'autore aveva non solo pronunciato frasi volgari («*ich wett dis Fützli lecken*», «*ich wett di streichle*»), ma anche coinvolto emotivamente il minore ansimando e emettendo gemiti (Sentenza dell'Obergericht di Zurigo del 3 febbraio 1999). A tal proposito la SUTER-ZÜRCHER afferma che «*Telefongespräche erfüllen den objectiven Tatbestand jedoch ebenso wenig wie unzüchtiges Reden. Ausserdem wäre nicht einzusehen, weshalb der Täter strafbar oder straflos sein sollte, je nachdem, ob er sich durch das Telefon oder "live" äussert*», cfr. SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (6), p. 56.

<sup>68</sup> DTF 125 IV 58 ; MAIER, *Bsk* (6), vor art. 187, § 23 ; TRECHSEL, *Praxiskommentar* (6), ad art. 187, § 6 ; SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (6), p. 57.

<sup>69</sup> STF 6S.239/2000.

Nonostante quanto finora affermato, parte della dottrina<sup>70</sup> manifesta un certo dissenso e reputa il concetto della rilevanza di scarsa utilità pratica se non addirittura pleonastico, siccome le considerazioni suesposte, relative alla qualificazione, permetterebbero già di per sé stesse, se puntualmente osservate, di escludere i casi bagatellari.

6.13.1  
Critica di parte  
della dottrina

Tuttavia, in adesione ad altro orientamento dottrinale<sup>71</sup>, chi scrive ritiene di dover respingere tale impostazione, giacché in modo poco convincente tende a perdere di vista la tutela del bene giuridico protetto dalla norma. Solo facendo riferimento all'incidenza sul bene giuridico è possibile in molti casi stabilire la connotazione sessuale dell'atto e quindi determinare cosa effettivamente sia lesivo e cosa invece no. Nell'ipotesi, ad esempio, della 'mano morta' o della 'pacca' sulle natiche, il giudice deve ricorrere a un criterio ermeneutico e fondarsi necessariamente sulla rilevanza per attribuire la qualificazione di atti sessuali, a seconda del bene giuridico protetto (autodeterminazione in ambito sessuale o corretto sviluppo sessuale del minore). Tale lettura alletta maggiormente nella misura in cui si focalizzi correttamente l'operatività del binomio atto sessuale e rilevanza rispetto al bene giuridico; infatti, un atto può tranquillamente caricarsi di valenza 'sessuale', senza purtuttavia esercitare alcuna inferenza sotto il profilo del bene giuridico protetto.

6.13.2

Una diatriba ancora più controversa e dibattuta scaturisce dall'interrogativo sulla percettibilità dell'atto ai fini della sua qualifica di 'sessuale'. Affinché si possa parlare di 'atti sessuali', è dubbio infatti se il minore debba intuire e comprendere il fatto come tale.

6.14  
Percezione del  
fatto

Il problema è analizzato in pratica solo sotto il profilo della vittima ma, in teoria, dovrebbe estendersi anche in rapporto all'agente. In realtà, in quest'ultima ricorrenza, la questione può porsi unicamente nel caso in cui il soggetto attivo non sia *compos sui* oppure incarni un

6.14.1  
Nell'autore

---

<sup>70</sup> SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (6), p. 58.

<sup>71</sup> TRECHSEL, *Praxiskommentar* (6), ad art. 187, § 5.

bambino, anche se si evoca in dubbio che in queste evenienze difetterebbe comunque il requisito del dolo<sup>72</sup>.

6.14.2  
Nella vittima

Criticando la dottrina tedesca, la SUTER-ZÜRCHER afferma con riferimento invece al soggetto passivo che *«braucht das Kind selbst die geschlechtliche Bedeutung nicht zu erkennen. Ein solches Verständnis ist für die blosse möglichkeit einer Schädigung nicht vorausgesetzt. Sonst wäre gerade ein Kleinkind nicht gegen Missbrauch gesschützt. Massgeblich ist pinzi der Kenntnisstand des Täters. Dass das Opfer die Tat bewusst als solche erleben müsste, wäre im übrigen singulär und eine Novität im Strefrecht. Würde man ein solches Erleben des Opfers als (objectives) Tatbestandsmerkmal voraussetzen, müsste sich auch der Vorsatz des Täters darauf beziehen. Gerade dies dürfte jedoch zu enormen Beweisschwierigkeiten führen»*<sup>73</sup>. Secondo l'Autrice quindi la legge non presupporrebbe affatto la percettibilità del significato sessuale dell'atto da parte dell'autore, il che – oltre a rappresentare una novità in diritto penale – condurrebbe a spogliare i fanciulli molto piccoli della necessaria tutela dagli abusi sessuali.

6.14.3  
Critica

A parere di chi scrive, se da un lato, motivazioni sia di ordine sistematico sia di politica legislativa suggerirebbero di propendere per la soluzione meno rigorosa e indurrebbero a ritenere, quindi, che la percezione della vittima non entri in linea di conto in funzione di qualificare un atto come sessuale, dall'altro, una siffatta soluzione merita condivisione e accoglimento soltanto e nella misura in cui sia ancorata al bene giuridico protetto dalla norma. Appare, segnatamente, davvero difficile sostenere la sussistenza di un pericolo per il sano sviluppo sessuale del fanciullo se l'atto in sé non appaia suscettibile, per assoluta immaturità psichica del soggetto passivo, di essere colto dalla vittima. Ovviamente, non potrà essere richiesta una comprensione analoga a quella che potrebbe percepire un soggetto adulto calato nella medesima situazione. Sarà comunque necessario un livello minimo di consapevolezza e che il fatto nocivo sia stato riconosciuto e conglobato

---

<sup>72</sup> SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (6), p. 58; STRATENWERTH/JENNY, *BT I* (9), p. 149; TRECHSEL, *Praxiskommentar* (6), ad art. 187, § 5.

<sup>73</sup> SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (6), p. 58. Vedi anche TRECHSEL, *Praxiskommentar* (6), ad art. 187, § 5.

nella sfera intima del minore. Elementi di criticità potrebbero di tutta evidenza emergere in ipotesi di atti sessuali compiuti con infanti; ma tale circostanza, a dispetto dell'apparenza, non conduce necessariamente all'impunità dell'autore: la protezione della vittima sarà, in siffatte evenienze, assicurata dall'art. 191 CPS, che come si è visto tutela altro e diverso bene giuridico.

## 7. L'elemento oggettivo. La condotta

In previsione di non tralasciare alcuna ipotesi di *vulnus*, la norma in commento struttura la propria capacità interdittiva delle condotte rilevanti attraverso una triplicità di condotte che l'agente può, alternativamente o cumulativamente, porre in essere affinché la fattispecie risulti integrata.

7.1  
Tre possibili  
varianti

La disamina porta a sviscerare il capoverso 1 in forza del quale è soggetto a responsabilità penale, innanzitutto, chi «*compie*» un atto sessuale con un minore di anni sedici. In base a questa prima variante è richiesto un contatto fisico tra colpevole e vittima. In via esemplificativa, la condotta del reo può quindi consistere in una delle seguenti azioni: penetrazione orale o anale (introduzione del membro maschile nella bocca o nell'ano); introduzione di oggetti nella vagina o nell'ano; sfregamento delle parti intime dell'autore sui genitali o sul petto della vittima; toccare gli attributi sia maschili che femminili; toccare il petto; tastare in modo prolungato sopra i vestiti i genitali; baciare con la lingua; stare senza vestiti a contatto con il bambino; abbracciare in modo prolungato, tentando di baciare<sup>74</sup>.

7.2  
Prima variante

La seconda variante «*Chiunque induce una tale persona ad un atto sessuale*» contempla l'induzione di un minore al compimento di un atto sessuale. In questa ipotesi non è necessario un contatto fisico tra agente e minore ma riguarda atti che l'infrasedicenne compie su se stesso, sul corpo di un terzo o con un animale. La condotta può sostanzarsi indistintamente in istigazione, complicità, o in altro

7.3  
Seconda variante

<sup>74</sup> MAIER, *Bsk* (6), ad art. 187, N. 10; CORBOZ, *Les infractions* (44), pp. 722-723.

condizionamento determinante («wesentliche Beeinflussung»<sup>75</sup>). Non rientra nella fattispecie il caso in cui un soggetto induce il minore a compiere gesti o a proferire affermazioni oscene, così come la condotta di colui che si limita a illustrare all'infrasedicenne argomenti relativi alla sessualità. Affinché l'atto sia punibile non è inoltre richiesto che il minore si renda conto del carattere sessuale dell'atto che sta compiendo così come non è necessario che l'istigatore sia presente<sup>76</sup>.

7.4  
Terza variante

Infine, la terza ipotesi presa in considerazione «*Chiunque coinvolge una tale persona in un atto sessuale*» pertiene al coinvolgimento in atti sessuali. Come nell'ipotesi dell'induzione, il legislatore reprime atti che il soggetto attivo compie in presenza della vittima senza tuttavia che ricorra alcun contatto fisico tra i due. Il minore ha dunque in questo caso un ruolo di spettatore visivo e/o auditivo<sup>77</sup>. Tuttavia non è ritenuto sufficiente che egli assista casualmente al compimento degli atti sessuali, essendo piuttosto necessario che ne rimanga 'coinvolto' e che quindi la sua partecipazione si denoti come qualificata. Si esige dunque come requisito soggettivo che l'autore di atti sessuali abbia avuto l'intenzione di farli percepire al minore. Tale condizione si ha per inverata allorquando, per esempio, una persona attiri l'attenzione di un infrasedicenne mentre si sta masturbando, oppure quando sta praticando un rapporto sessuale<sup>78</sup>. La condotta deve quindi consistere nel compimento di atti, nel senso sopra precisato, con un terzo con lo scopo di farvi assistere il minore. Non rientra pertanto nella fattispecie tipica il caso dell'infrasedicenne che scorge casualmente le effusioni tra i genitori o tra i fratelli più grandi e le fidanzate<sup>79</sup>. In considerazione delle peculiarità intrinseche a quest'ultima fattispecie, si può azzardare che il normale sviluppo

---

<sup>75</sup> MAIER, *Bsk* (9), ad art. 187, n. 10.

<sup>76</sup> *Idem*, ad art. 187, n. 11-12; CORBOZ, *Les infractions* (44), p. 723.

<sup>77</sup> ANDREAS DONATSCH, *Strafrecht III. Delikte gegen den Einzelnen*, Schulthess, Zurigo 2008, pp. 519-520; CORBOZ, *Les infractions* (44), p. 723.

<sup>78</sup> SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (6), pp. 64-65.

<sup>79</sup> STRATENWERTH/JENNY, *BT I* (9), p. 149.

sessuale dell'infrasedicenne è certamente meno pregiudicato rispetto alle precedenti<sup>80</sup>.

## 8. L'elemento soggettivo

### a) Il dolo

L'approfondimento dell'art. 187 CPS si conchiude nella sua completezza, ponendo attenzione allo studio dell'elemento soggettivo. La prevista triade di condotte in astratto realizzabili, non richiede la stessa graduazione di dolo. Per le prime due varianti la norma si accontenta di un dolo generico che abbia dunque quale oggetto soltanto gli elementi della condotta tipica<sup>81</sup>. *In primis*, il soggetto agente deve essere a conoscenza di trovarsi confrontato con un minore di 16 anni e, *in secundis*, deve essere intenzionato a compiere gli atti sessuali con l'infrasedicenne; oppure volere che questi li compia con un terzo o si masturbi o ancora che egli assista a essi. Circa il significato di tali atti non è richiesta una conoscenza particolare: basta la consapevolezza del «*Parallelwertung in der Laiensprache*»<sup>82</sup>. Infine, l'agente deve conoscere le cause da cui deriva il pericolo per il corretto sviluppo sessuale del minore. Non è necessario che il soggetto passivo, dal canto suo, si renda conto della connotazione sessuale degli atti, ma soltanto che egli capisca ciò che accade<sup>83</sup>.

Per quel che riguarda in particolare la terza variante prevista dalla fattispecie in esame, l'agente deve invece volere che il soggetto passivo percepisca gli atti sessuali. Quindi, in questo caso il livello di

8.1  
Aspetti generali

8.2  
Dolo diretto e  
dolo eventuale

---

<sup>80</sup> MAIER, *Bsk* (6), ad art. 187 n. 14.

<sup>81</sup> DONATSCH, *Strafrecht III* (77), pp. 520-521.

<sup>82</sup> SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (6), pp. 122; MAIER, *Bsk* (6), ad art. 187 N. 15.

<sup>83</sup> SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (6), pp. 121-122; FAVRE/PELLET/STOUDMANN, *Code Pénal* (7), ad art. 187 n. 1.6; CORBOZ, *Le infractions* (44), p. 724. Cfr. inoltre STF 6p.237/2006.

dolo deve essere superiore e raggiungere il grado di diretto, non essendo bastevole un mero dolo eventuale come nelle altre ipotesi<sup>84</sup>.

*b) La colpa. L'errore scusabile sull'età della vittima*

8.3  
Errore scusabile

L'art. 187 introduce al comma 4 una disciplina riguardante l'errore sull'età del minore. Nella prima evenienza è punito l'agente che, commettendo atti sessuali con un minore, versa al momento del fatto in errore circa l'età della vittima, e tale errore non sia scusabile. Il reato di atti sessuali con fanciulli, infatti, come le restanti fattispecie del Titolo V e in applicazione della regola generale di cui all'art. 12 I CPS<sup>85</sup>, non ammetterebbe teoricamente una commissione colposa. Nella prassi, tuttavia, gli autori spesso si giustificano affermando di essere stati tratti in inganno dalla 'maturità' del giovane o da una sua falsa dichiarazione. Escludere dunque a priori la punibilità di tali fatti, significherebbe offrire agli imputati una fin troppo agevole scappatoia per mezzo della quale sottrarsi alle proprie responsabilità. Il legislatore è corso ai ripari e ha quindi previsto l'eventualità di una commissione colposa del reato in esame. È dato da sottolineare che la colpa può però riferirsi unicamente all'errore circa l'età della vittima, mentre per quel che riguarda gli altri elementi della fattispecie, in particolare gli atti sessuali, sarà richiesto comunque il dolo<sup>86</sup>.

8.4  
L'errore sulla  
differenza d'età

Sorprendentemente, qualora invece l'errore del soggetto attivo abbia a oggetto la differenza di età rispetto alla vittima e non la circostanza che quest'ultima sia minore di anni sedici, l'autore andrà comunque esente da pena. Il capoverso 4 infatti non estende la punibilità anche a queste ipotesi. Nonostante la dottrina riconosca che si tratti di una svista del legislatore, in stretto ossequio dell'art. 1 CP non è concepibile un'interpretazione estensiva né tantomeno analogica<sup>87</sup>.

---

<sup>84</sup> SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (6), pp. 121-122.

<sup>85</sup> Art 12 I CPS: «Salvo che la legge disponga espressamente in altro modo, è punibile solo colui che commette con intenzione un crimine o un delitto».

<sup>86</sup> MAIER, *Bsk* (6), ad art. 187, § 21; STRATENWERTH/ JENNY, *BT I* (9), p. 151; SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (6), pp. 116-117.

<sup>87</sup> MAIER, *Bsk* (6), ad art. 187, § 21; STRATENWERTH/ JENNY, *BT I* (9), p. 151; SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (6), p. 117.

Con riferimento all'art. 191 III CPS vecchio conio, il quale contemplava la medesima disposizione in commento, il Tribunale federale aveva sviluppato una prassi particolarmente restrittiva. Nella miliare pronuncia pubblicata in DTF 102 IV 273 si stabiliva che *«pour déterminer s'il y a eu de la part de l'auteur une erreur évitable, fautive, au sens de l'article précité, le juge doit apprécier si, d'après les circonstances et sa situation personnelle, l'auteur ne pouvait être sûr que l'enfant fût âgé de 16 ans au moins et s'il devait, au contraire, compter sur l'éventualité que celui-ci fût encore sous la protection légale. Savoir si l'erreur sur l'âge de la victime était inévitable et si l'auteur a usé des précautions voulues pour l'éviter est une question de droit»*<sup>88</sup>. Nella pratica l'onere di diligenza veniva giudicato violato anche nel caso in cui il soggetto attivo si fosse adoperato intraprendendo diverse iniziative per determinare la vera età del minore<sup>89</sup>.

8.5  
L'onere di  
diligenza

In seguito la giurisprudenza ha ammorbidito la propria posizione ampliando le ipotesi in cui l'onere di diligenza poteva essere considerato rispettato soprattutto con riferimento agli 'amori giovanili'. Nella DTF 119 IV 138 la Suprema Corte si è occupata di un caso in cui un giovine di poco più di 20 anni aveva posto in essere degli atti sessuali con una quindicenne. Il TF stabilì che l'agente non era da considerare punibile sulla base dell'art. 184 IV, siccome aveva più volte domandato alla minore informazioni relative alla sua età. Decisiva appare la circostanza secondo la quale tra i due soggetti il differenziale dei tre anni di età risultasse di poco superato: in questi casi infatti il rispetto dell'onere di diligenza deve essere valutato in modo meno severo, come sottolineò la Corte: *«die Anforderungen an die Überprüfungspflicht des Partners seien entsprechend dem Altersunterschied abzustufen. Den um vier Jahre älteren Partner treffe eine weit weniger strenge Prüfungspflicht als den Beteiligten, der den 50. Geburtstag bereits hinter sich habe. Nur so werde man den Gegebenheiten der sexuellen Beziehungen zwischen Jugendlichen und jungen Erwachsenen gerecht»*<sup>90</sup>. Tali conclusioni sono condivise anche dalla dottrina. Pretendere, infatti, che un ragazzo

8.6  
Attenuazione  
dell'onere di  
diligenza

<sup>88</sup> DTF 102 IV 273.

<sup>89</sup> SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (6), p. 118.

<sup>90</sup> DTF 119 IV 140.

nell'ambito di una relazione giovanile debba ragguagliarsi presso un ufficio pubblico circa l'età di un'amica per non incorrere in un'infrazione penale non è sostenibile e appare avulso dalla realtà. La SUTER-ZÜRCHER in via suppletiva aggiunge che con riferimento all'onere di diligenza in questione, oltre alla differenza d'età, verranno considerati anche eventuali rapporti tra autore e vittima. Si ritiene per esempio che un insegnante, il quale è quotidianamente a contatto con i giovani, possa meglio valutare l'età di un'eventuale soggetto passivo, rispetto a uno sconosciuto<sup>91</sup>.

8.7  
Ulteriori  
elementi

Elementi che entrano in linea di conto nel giudizio relativo alla scusabilità dell'errore sono inoltre l'altezza, i lineamenti e lo sviluppo corporeo del soggetto passivo<sup>92</sup>. La giurisprudenza ha di contro stabilito che l'esperienza sessuale del minore non è da ritenersi un indizio sufficiente per determinare la sua età, così come la circostanza che l'infrasedicenne faccia uso di bevande alcoliche o sia truccato<sup>93</sup>. Può invece determinare la scusabilità dell'errore l'evenienza che la minore si atteggi come una prostituta. La SUTER-ZÜRCHER ha giustamente fatto notare come tuttavia, in questi casi, bisognerà evitare di applicare le soluzioni confezionate dalla giurisprudenza in modo acritico. Una ragazzina potrebbe per esempio millantare delle esperienze sessuali mai avute solo per far colpo su un uomo più adulto. Queste considerazioni dovrebbero indurre l'agente a non arrestarsi dinanzi a una semplice dichiarazione ma indagare ulteriormente per appurare quale sia la vera età della giovane. Analoghe considerazioni possono essere mosse per chi pone in essere atti sessuali con una baby-prostituta: si reputa infatti che l'*habitué* di postriboli disponga della necessaria contezza dell'eventualità di imbattersi in una infrasedicenne. Qualora, nonostante le sembianze giovanili della vittima, l'autore decida comunque di passare all'atto, si riterrà che il soggetto attivo abbia quantomeno preso in considerazione l'eventualità di trovarsi

---

<sup>91</sup> SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (6), p. 119.

<sup>92</sup> MAIER, *Bsk* (6), *ad art.* 187, § 21.

<sup>93</sup> DTF 102 IV 277.

confrontato con una minore di 16 anni<sup>94</sup>. In siffatte evenienze, non è peraltro neppure da escludere la configurabilità del dolo eventuale.

c) *Il “gioco del dottore”*: STF 6p.63/2007

In tema di elemento soggettivo nel caso di atti sessuali con infrasedicenni appare particolarmente significativa la sentenza, peraltro non pubblicata, del Tribunale federale n. 6p.63/2007 del 7 agosto 2007. La vicenda si è svolta nell'estate del 2001 quando un fanciullo di 10 anni era riuscito a indurre una bambina di 6 a praticargli una *fellatio*. In primo grado il Tribunale minorile aveva assolto entrambi, ma in sede di Appello si volle ritenere il maggiore colpevole di atti sessuali con infrasedicenni, anche se alla condanna si decise tuttavia di non applicare sanzioni né altre misure, avuto riguardo alla specifica previsione dell'art. 22 DPMin. Il caso venne però portato al cospetto del Tribunale federale e il ricorso in quella sede depositato si fondava soprattutto sulla carenza di consapevolezza dell'autore e sulla circostanza che questi non poteva, a causa della giovane età, essersi reso conto del carattere sessuale delle proprie azioni. Sostanzialmente veniva lamentato un difetto dell'elemento soggettivo in relazione alla condotta *ex art. 187 I CPS*.

8.8  
Un *leading case*

La Suprema Corte accolse il ricorso, affermando in motivazione che, nonostante sia indubbio che il far scorrere ripetutamente la lingua sul membro maschile rappresenti un atto di natura sessuale, tale condotta presuppone che l'agente si renda conto del significato del proprio gesto e tale elemento, secondo i giudici del TF, non era stato sufficientemente provato. Al contrario, dalla perizia psichiatrica emergeva come l'autore apparisse molto infantile ancorché fossero trascorsi due anni dal fatto e risultasse ancora immaturo nello sviluppo della sua sessualità. Emergeva il profilo di un fanciullo che mostrava segni di ritardo rispetto alla sua età e si distingueva per capacità mentali al di sotto della media rispetto ai suoi pari. Dati questi presupposti, appariva difficile sostenere che il minore si potesse rendere conto del significato illecito della propria condotta. Dal punto di vista della sua evoluzione cognitiva, emozionale e sociale era addirittura da escludere

8.9  
Le  
argomentazioni  
del TF

---

<sup>94</sup> SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (6), p. 119.

l'ipotesi che egli avesse potuto figurarsi un'idea di atto sessuale anche indipendentemente da quanto da lui posto in essere. Il TF liquidò la vertenza affermando che si trattava semplicemente «*Neugier zu stillen, gegen gesellschaftliche Regeln zu verstossen und Macht auszuüben*». Non fu ritenuta meritevole di accoglimento la considerazione del Giudice d'Appello secondo la quale il sapere dell'esistenza della pornografia avrebbe permesso al minore di comprendere il carattere sessuale della propria condotta. Il Tribunale federale rigettò tale argomentazione, giacché da siffatta circostanza non poteva essere desunta la conclusione che il minore fosse effettivamente già nelle condizioni, a livello soggettivo, di riconoscere la connotazione sessuale del proprio atto in misura normativamente sufficiente da giustificare la sua punibilità.

8.10  
La critica

Il fulcro della questione sollevata in sentenza verte sulla presenza o meno nel caso in di specie dell'elemento soggettivo (art. 12 II CPS), in particolare con riferimento al carattere sessuale degli atti puniti dal 187. La risposta a tale interrogativo era di centrale preminenza poiché da essa discendeva, in caso affermativo, l'applicabilità delle misure che avrebbero potute essere ordinate ex artt. 10 ss. DPMIn. Qualora invece si fosse negata la presenza del dolo, la conseguenza sarebbe stata l'assoluzione. La decisione della Corte, la quale ritiene che il fanciullo non disponesse delle necessarie attitudini per capacitarsi del carattere sessuale del proprio agire, ha suscitato moti di critica ed è stata avversata da SCHWARZENEGGER, il quale rileva come «*wenn er in pornographischen Videos sexuelle Handlungen und sich beim Missbrauch eines 6-jährigen Opfers bewusst war, dass er 'so was' jetzt auch mache, wäre eine kindlich-laienhafte Parallelvorstellung, was eine sexuelle Handlung sei, durchaus zu bejahen gewesen*»<sup>95</sup>. Il risultato della perizia psichiatrica è sembrato, piuttosto, far emergere la possibilità che l'autore abbia agito in stato di incapacità di intendere e di volere. Senza negare la presenza dell'elemento oggettivo, attraverso comunque argomentazioni che non convincono fino in fondo, secondo SCHWARZENEGGER si sarebbe quindi potuto ordinare delle misure di protezione riconoscendo un'incapacità o al limite una scemata imputabilità.

---

<sup>95</sup> SCHWARZENEGGER, *Bemerkungen* (14), p. 156.

A parere di chi scrive, le conclusioni dell'Autore non paiono ancora determinanti per stabilire se l'agente si trovasse effettivamente in una condizione di adeguata consapevolezza del proprio gesto. In generale, allorquando due fanciulli pongono in essere il cd. 'gioco del dottore' altro non vogliono se non esprimere attraverso il momento ludico il desiderio per la scoperta, la curiosità dell'uno verso l'altro o tuttalpiù l'istintivo senso di emulazione nei confronti dei "grandi", ma non ancora una immediata e specifica ricerca del piacere erotico. Qualificare gli atti compiuti in un tale contesto come 'sessuali' appare dunque un'arbitraria forzatura, giacché essi non sono che gesti che trovano la loro giustificazione altrove. Tali atti ben possono anche sconfinare nell'attrazione per il 'proibito' e per la novità definita 'taboo' ma ancora ciò non equivale a significare che il fanciullo abbia anche compreso che la sua condotta stesse acquistando una connotazione sessuale. Nel caso in questione, quindi, indipendentemente dalla problematica relativa alle misure protettive, non sembra possa concludersi che il bambino abbia compreso il carattere erotico della propria condotta, così come avrebbe potuto fare un adulto calato nella medesima situazione. Ne viene quindi che, come individuato correttamente dal TF, nella specie l'elemento soggettivo faceva difetto.

8.11

## 9. Bibliografia

STEFAN TRECHSEL/PETER NOLL, *Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, Schulthess, Zurigo 2004; PIETRO DUBOLINO (a cura di), *Codice Penale. Commentato con la dottrina e annotato con la giurisprudenza.*, Tribuna Maior, Piacenza 2004; GÜNTER STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat*, III ed., Stämpfli Verlag, Berna 2005; IDEM, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II: Strafen und Massnahmen*, II ed., Berna 2006; GÜNTER STRATENWERTH/WOLFGANG WOHLERS, *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Handkommentar*, Stämpfli Verlag, Berna 2007; CHRISTIAN FAVRE/MARC PELLET/PATRICK STOUDMANN, *Code pénal annoté*, III ed., Bis et ter Editions, Losanna 2007; MARCEL NIGGLI/HANS WIPRÄCHTIGER, *Basler Kommentar. Strafrecht I*, Helbing & Lichtenhahan, Basilea 2007; STEFAN TRECHSEL, *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Praxiskommentar*, Dike, Zurigo 2008; MARTIN KILLIAS/ANDRÉ KUHN/NATHALIE DONGOIS/MARCELO F. AEBI, *Precis de droit pénal général*, III ed., Stämpfli, Berna 2008.

9.1

Opere generali  
in materia di  
diritto penale.  
Parte generale

## IL REATO DI ATTI SESSUALI CON FANCIULLI SECONDO L'ART. 187 CPS

---

- 9.2 Opere generali in materia di diritto penale. Parte speciale GUIDO JENNY/MARTIN SCHUBARTH/PETER ALBRECHT, *Kommentar zum schweizerischen Strafrecht*, Vol. IV, *Delikte gegen die sexuelle Integrität und gegen die Familie*, Artt. 187-200, 213-220 StGB, Stämpfli, Berna 1997; BERNARD CORBOZ, *Les infractions en droit suisse*, Stämpfli, Berna 2002; GÜNTER STRATENWERTH/GUIDO JENNY, *Schweizerisches Strafrecht*, BT I, Stämpfli, Berna 2003; FERRANDO MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale I. Delitti contro la persona*, Cedam, Padova 2005; MARCEL NIGGLI/HANS WIPRÄCHTIGER, *Basler Kommentar. Strafrecht II*, Helbing & Lichtenhahan, Basilea 2007; ANDREAS DONATSCH, *Strafrecht III. Delikte gegen den Einzelnen*, Schulthess, Zurigo 2008.
- 9.3 Studi e monografie A. SCHÜTZ, *Ist das führen unzüchtiges Reden vor Kindern nach dem Schweizerischen Strafgesetz strafbar?*, in *Schweizerische Juristen-Zeitung*, Schulthess, Zurigo, 61, 1965; HANS WEBER, *Die strafbarkeit der Unzucht mit Kindern (art. 191 StGB)*, in *SJZ* 54, 1958; JÖRG REHBERG, *Das revidierte Sexualstrafrecht*, *AJP* 2 (1993), 16; PHILIPP MAIER, *Umschreibung von sexuellen Verhaltensweisen im Strafrecht*, in *AJP* (1999); CHRISTIAN SCHWARZENEGGER, *Abstrakte Gefahr als Erfolg im Strafanwendungsrecht, sic!*, Zurigo 2001, p. 248; STEFANIA SUTER-ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit der sexuellen Handlungen mit Kindern nach art. 187 StGB*, Schulthess, Zurigo 2003; ALBERTO CADOPPI (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e la pedofilia*, Cedam, Padova 2006; HANS WIPRÄCHTIGER, *Das geltende Sexualstrafrecht – eine kritische Standortbestimmung*, in *ZStrR* 3, 2007, p. 283; CHRISTIAN SCHWARZENEGGER, *Bundesgericht Urteil vom 7. August 2007. Bemerkungen*, in *Forum Poenale*, Stämpfli, Berna 2008, n. 3, pp. 151 ss.





## CAPITOLO V

### CONSUMAZIONE E TENTATIVO

SOMMARIO: 1. Cenni generali – 2. La consumazione nel reato di cui all'art. 187 CPS  
– 3. Il tentativo nel reato di cui all'art. 187 CPS – 4. Bibliografia

#### 1. Cenni generali

##### *a. Perfezione e consumazione*

L'*iter* di commissione di un reato prende solitamente le mosse con l'ideazione e si conclude con la consumazione, ovvero con il momento in cui il reato raggiunge la sua massima gravità concreta<sup>1</sup>. Quest'ultima non deve confondersi con la cd. 'perfezione' che interviene, antecedentemente, quando i requisiti richiesti dalla norma penale sono venuti in essere. Più precisamente, la perfezione (*formelle Vollendung*) segna il momento oltre il quale non possono più entrare in linea di conto il tentativo, la desistenza e il pentimento attivo. La consumazione (*materielle Vollendung*) fissa invece il *tempus* e il *locus commissi delicti*, dal quale dipendono rispettivamente la prescrizione e la competenza territoriale. Ciò che avviene a consumazione avvenuta, è inoltre ininfluenza per quel che riguarda la legittima difesa e il concorso di persone. La distinzione può apparire sottile ma assume particolare

1.1  
Consumazione

---

<sup>1</sup> FERRANDO MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, Padova 2001, p. 444.

rilievo per i reati permanenti, mentre negli altri casi i due momenti tenderanno a coincidere<sup>2</sup>.

1.2 Reati d'evento e reati di mera condotta Di conseguenza, i reati di mera condotta si ritengono perfetti (e consumati qualora non si tratti di reati permanenti) nel momento in cui la condotta prevista dalla norma è stata completamente posta in essere. Nei delitti di evento, solo l'avverarsi di quest'ultimo rende il delitto perfetto<sup>3</sup>.

#### b. Tentativo

1.3 Definizione Le moderne concezioni del diritto penale conoscono anche la figura del delitto tentato o del cd. 'tentativo'. Si è in presenza di un tentativo quando l'autore ha manifestato l'intenzione di commettere il fatto e ne ha iniziato l'esecuzione, senza tuttavia che vengano realizzati tutti gli elementi oggettivi della fattispecie. Proprio quest'ultimo elemento distingue il reato perfezionato da quello tentato, mentre l'elemento soggettivo è interamente integrato in entrambe le varianti<sup>4</sup>.

1.4 L'intenzione di commettere il fatto L'intenzione di commettere il fatto presuppone sempre il dolo, anche solo nella sua forma eventuale. Qualora la fattispecie richieda aggiuntivamente che il dolo copra particolari elementi («*ai fini di...*», «*allo scopo di...*»), anche tali presupposti dovranno essere rispettati<sup>5</sup>. Non è invece ritenuta sufficiente la volontà di agire condizionata (*bedingte Handlungswille*). Essa è caratterizzata dalla circostanza che l'autore si riserva la determinazione a commettere il reato a dipendenza del verificarsi di una condizione. Così chi, per esempio, in seguito a uno diverbio, pone una rivoltella sul tavolo per sostenere le minacce altrui,

<sup>2</sup> GÜNTER STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, Berna 2005, p. 303; MANTOVANI, *Diritto penale* (1), pp. 416-417.

<sup>3</sup> STRATENWERTH, *AT I* (2), p. 149. Sul punto vedi anche GÜNTHER ARZT, *Erfolgsdelikt und Tätigkeitsdelikt*, in *ZStrR* 2/1990, pp. 168 ss.

<sup>4</sup> GUIDO JENNY, in MARCEL NIGGLI/HANS WIPRÄCHTIGER, *Basler Kommentar. Strafrecht I*, Basilea 2007, ad art. 22, § 1.; STEFAN TRECHSEL, *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Praxiskommentar*, Dike 2008, vor art. 22, § 1.; MARTIN KILLIAS/ANDRÈ KUHN/NATHALIE DONGOIS/MARCELO F. AEBI, *Precis de droit pénal général*, Stämpfli, Berna 2008, pp. 67 ss.

<sup>5</sup> DTF 120 IV 206; 122 IV 248; 128 IV 21; 131 IV 103; JENNY, *Bsk* (4), ad art. 22, § 3; STRATENWERTH, *AT I* (2), pp. 307-308.

non adempie al dolo dell'omicidio o delle lesioni personali se parte accidentalmente un colpo<sup>6</sup>. La distinzione appare lineare nell'illustrazione teorica, ma nella prassi appurare se un soggetto abbia manifestato l'intenzione di commettere il fatto o se essa sia in realtà solo condizionata, è un questione di non semplice soluzione<sup>7</sup>.

Per determinare, nel tentativo, l'inizio della fase esecutiva, nell'evoluzione del dibattito giuridico si sono alternate ricostruzioni riconducibili a due principali scuole di pensiero. La prima e più risalente, accomuna la dottrina e la giurisprudenza che imperniavano le proprie speculazioni attorno a criteri unicamente oggettivi. Al proprio interno si potevano ulteriormente distinguere due profili. Secondo l'impostazione oggettiva formale, si considerava tentato il reato in cui l'autore avesse posto in essere almeno una parte della condotta descritta dalla fattispecie. I fautori della concezione oggettiva materiale, invece, ritenevano l'esecuzione iniziata già con quegli atti che sono necessariamente e naturalmente collegati con la condotta tipica<sup>8</sup>.

Apparve peraltro ben presto che l'inizio dell'esecuzione poteva essere meglio determinato considerando le modalità con le quali l'autore avrebbe avuto intenzione di procedere. Solo in tale ottica, infatti, sarebbe stato possibile distinguere in modo sufficientemente preciso il tentativo dagli atti meramente preparatori<sup>9</sup>. Il Tribunale federale giunse quindi a elaborare la c.d. *Schwellentheorie* (teoria della soglia, del punto di non ritorno), la quale opera una miscelanea di elementi sia soggettivi che oggettivi. In base a essa l'esecuzione si considera iniziata con quella condotta che, secondo il piano criminoso, rappresenta il punto di non ritorno, salvo l'intervento di forza maggiore<sup>10</sup>. Di non immediata soluzione è tuttavia la determinazione del 'passo decisivo' che segna lo spartiacque tra l'ideazione e la fase

1.5  
L'inizio  
dell'esecuzione  
del tentativo.  
Teorie oggettive

1.5.1  
Teorie soggettive  
e  
*Schwellentheorie*

<sup>6</sup> STRATENWERTH, *ATI* (2), p. 195.

<sup>7</sup> JENNY, *Bsk* (4), *ad art.* 22, § 3

<sup>8</sup> STRATENWERTH, *ATI* (2), pp. 304 ss.

<sup>9</sup> STRATENWERTH, *ATI* (2), p. 311. JENNY, *Bsk* (4), *ad art.* 22, §§ 7 ss.; HANS SCHULTZ, *Strafbare Vorbereitungshandlungen nach StrGB Art. 26obis und deren Abgrenzung vom Versuch*, in *ZStrR* 1/1990, pp. 68 ss.

<sup>10</sup> DTF 99 IV 153 ; KILLIAS, *Précis* (), p. 72.

esecutiva. Le Corti avrebbero dovuto, secondo la giurisprudenza più risalente del TF, basarsi sulla personalità dell'autore e sulle circostanze del caso concreto<sup>11</sup>. Alcune sentenze, come la pronuncia pubblicata in DTF 87 IV 157, facevano tuttavia riferimento a regole d'esperienza. Nel caso citato (interruzione illecita della gravidanza), il superamento, da parte della gestante, della soglia della casa in uso a chi avrebbe dovuto praticare l'aborto venne ritenuto principio dell'esecuzione.

1.5.2  
Critiche alla  
*Schwellentheorie*

La soggettivizzazione della *Schwellentheorie*, ovvero la sua interpretazione basata sulla personalità dell'autore, è stata però vivacemente criticata dalla dottrina, che ha rinvenuto in essa una violazione del principio di uguaglianza. Fondare la soglia del non ritorno sulla determinazione personale dell'autore, il quale potrebbe essere più o meno risoluto in base alla propria esperienza, rappresenterebbe inoltre un grosso problema sotto il profilo probatorio. Per questi motivi, molti autori salutano positivamente l'orientamento della giurisprudenza più recente, la quale anela a basarsi su criteri più oggettivi<sup>12</sup>. Elementi come la personalità dell'autore e la sua vita anteriore al fatto sono stati progressivamente abbandonati in favore di criteri come la prossimità temporale e spaziale rispetto al fatto vietato<sup>13</sup>.

1.6  
La punibilità del  
tentativo

Elemento comune a tutte le correnti dottrinali e giurisprudenziali menzionate è la convinzione che solo una seria minaccia per l'ordinamento possa essere meritevole di sanzione. Non qualsiasi condotta che integra i requisiti menzionati è quindi punibile e anche qualora il tentativo sia meritevole di sanzione, rimane aperta la questione se sia opportuno comminare una pena attenuata<sup>14</sup>. L'art. 22 CP stabilisce infatti in che misura un tentativo è punibile:

---

<sup>11</sup> DTF 87 IV 155 ; 83 IV 1145.

<sup>12</sup> STRATENWERTH, *ATI* (2), pp. 311 ss.; TRECHSEL, *Praxiskommentar* (4), ad art. 22, § 5.

<sup>13</sup> DTF 131 IV 130, c. 8.2; DTF 117 IV 396.

<sup>14</sup> STRATENWERTH, *ATI* (2), pp. 317.

**Art. 22 Tentativo. Punibilità**

<sup>1</sup> Chiunque, avendo cominciato l'esecuzione di un crimine o di un delitto, non compie o compie senza risultato o senza possibilità di risultato tutti gli atti necessari alla consumazione del reato può essere punito con pena attenuata.

<sup>2</sup> L'autore che, per grave difetto d'intelligenza, non si rende conto che l'oggetto contro il quale l'atto è diretto o il mezzo da lui usato per commetterlo è di natura tale da escludere in modo assoluto la consumazione del reato è esente da pena.

La riduzione di pena facoltativa è un retaggio derivante dalle teorie soggettive del tentativo. Secondo tali correnti di pensiero, infatti la misura della pena deve dipendere non dall'avverarsi o meno dell'evento, ma dall'intensità della volontà criminale (*verbrecherischer Wille*). Un illustre esponente della teoria soggettiva affermava che non vi è motivo di attenuare la pena «*wo bereits im Versuch der verbrecherische Wille völlig hemmungslos erscheint*»<sup>15</sup>. Tuttavia, dal punto di vista sistematico è da notare come la legge non pone sullo stesso piano il delitto tentato e quello consumato. Altrimenti, l'autore che commette il fatto con lieve volontà criminale e che giunge a porre in essere tutti gli elementi oggettivi tipici solo grazie a circostanze favorevoli, dovrebbe essere punito secondo la *Willensschuld* corrispondente al reato tentato. Ciò ovviamente non è permesso dall'ordinamento, il quale attribuisce un significato autonomo alla gravità dell'evento<sup>16</sup>. 1.6.1

Il cpv. 2 prevede una causa di non punibilità qualora, per grave mancanza di intelligenza, l'autore non si rende conto che il suo tentativo non è idoneo alla commissione del reato. Anche tale disposizione è stata influenzata dalle teorie soggettive, ma la sua rilevanza pratica secondo la dottrina è marginale<sup>17</sup>. 1.7  
Impunità

<sup>15</sup> *Id.*, p. 318.

<sup>16</sup> STRATENWERTH, *AT I* (2), p. 318; TRECHSEL, *Praxiskommentar* (4), Vor art. 22, § 4; JENNY, *Bsk* (4), ad art. 22, § 24 s.

<sup>17</sup> STRATENWERTH, *AT I* (2), pp. 318-319; JENNY, *Bsk* (), ad art. 22, § 24.

*c. Desistenza e pentimento attivo*

- 1.8 L'art. 23 si occupa di due ipotesi in cui l'autore, dopo aver posto in essere un tentativo evita, o tenta di evitare, il verificarsi dell'evento:

**Art. 23 Desistenza e pentimento attivo**

<sup>1</sup> Se l'autore ha spontaneamente desistito dal consumare un reato iniziato o ha contribuito ad impedirne la consumazione, il giudice può attenuare la pena o prescindere da ogni pena.

<sup>2</sup> Il giudice può attenuare la pena o prescindere da ogni pena nei confronti dei coautori o dei compartecipi che hanno spontaneamente contribuito ad impedire la consumazione del reato.

<sup>3</sup> Il giudice può attenuare la pena o prescindere da ogni pena anche se la desistenza dell'autore o del compartecipe non ha, per altri motivi, potuto impedire la consumazione del reato.

<sup>4</sup> Il giudice può attenuare la pena o prescindere da ogni pena nei confronti del coautore o compartecipe che si è adoperato seriamente e spontaneamente per impedire la consumazione del reato, sempreché il reato medesimo sia stato commesso indipendentemente dal suo contributo.

- 1.9 La desistenza è possibile solo nei casi di tentativo incompleto, ovvero quando l'autore ha commesso alcune, ma non tutte, delle azioni che, in base al suo piano criminoso, dovrebbero condurlo a commettere il reato. Se egli decide di non porre in essere tutto quanto previsto originariamente ai fini di delinquere, il giudice può attenuare la pena o addirittura prescindere dalla comminazione di essa<sup>18</sup>. La respiscenza deve essere spontanea e decisivo a tal valutazione è il capire se, nonostante l'intervento di influssi estranei, rimanga intatta o meno la libertà di scelta<sup>19</sup>.

1.10  
Pentimento  
attivo

Il pentimento attivo presuppone che l'autore si sia attivamente e con successo impegnato ed adoperato per evitare l'evento. In questo caso egli ha posto in essere un tentativo completo e quindi tutte le azioni corrispondenti al suo piano criminoso. In seguito tuttavia, in forza del suo intervento, l'evento non si è verificato o si verificato per

---

<sup>18</sup> TRECHSEL, *Praxiskommentar* (4), ad art. 23, §§ 1 ss.; JENNY, *Bsk* (4), ad art. 23, § 4; KILLIAS, *Précis* (4), p. 77.

<sup>19</sup> DTF 108 IV 106

cause di forza maggiore. Anche in questo caso il giudice può mitigare o escludere la pena<sup>20</sup>.

## 2. La consumazione nel reato di cui all'art. 187 CPS

### a. Compimento di atti sessuali (cpv. 1)

Passando all'analisi del fattore 'consumazione' nell'ambito dell'art. 187 CPS, la prima ipotesi («*Chiunque compie un atto sessuale con una persona minore di sedici anni [...]*»), riporta un tipico esempio di delitto di mera condotta in cui la legge prevede un'azione precisa e la messa in pericolo del bene giuridico protetto (lo sviluppo del fanciullo) che può essere concreta o anche solo potenziale. Con il compimento dell'attività sessuale tra il bambino e l'adulto il reato è perfezionato<sup>21</sup>.

2.1  
Prima variante

### b. Induzione in atti sessuali (cpv. 2)

Con la seconda variante della fattispecie di cui all'art. 187 CPS («*[...] induce una tale persona ad un atto sessuale [...]*») siamo invece in presenza di un delitto d'evento. Appena il bambino pone in essere su un terzo o subisce l'atto, il delitto è perfetto. Medesimezza di risultato si matura nel momento in cui il minore inizia a compiere l'atto su se stesso, sempreché ciò avvenga per effetto dell'azione dell'agente<sup>22</sup>.

2.2  
Seconda variante

### c. Coinvolgimento in atti sessuali (cpv. 3)

La terza variante ex art. 187 CPS («*Chiunque coinvolge una tale persona in un atto sessuale [...]*»), si prospetta come un delitto di mera condotta ed è perfetto nel momento in cui il fatto tipico è posto in essere dall'agente in presenza del minore. Di solito ciò si verifica nel

2.3  
Terza variante

---

<sup>20</sup> TRECHSEL, *Praxiskommentar* (4), ad art. 23, § 1 5; JENNY, *Bsk* (4), ad art. 23, § 13; KILLIAS, *Précis* (4), p. 78..

<sup>21</sup> STEFANIA SUTER-ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit der sexuellen Handlungen mit Kindern nach Art. 187 StGB*, Schulthess, Zurigo 2003, p. 163.

<sup>22</sup> SUTER-ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (21), p. 166.

momento in cui il bambino percepisce il suo coinvolgimento nell'attività sessuale<sup>23</sup>.

### 3. Il tentativo nel reato di cui all'art. 187 CPS

#### a. *Compimento di atti sessuali (cpv. 1)*

3.1  
Prima variante

Il reato *ex art. 187 cpv. 1* ammette il tentativo incompleto, il quale secondo la prassi principia già nel momento in cui il soggetto attivo rivolge un esplicito invito alla vittima<sup>24</sup>. A ogni modo, qualora l'autore decida di indurre la vittima a subire o compiere atti sessuali con la prestazione di promesse, regali, o attraverso minacce o violenza si configura un tentativo non appena l'agente ponga in essere tale ultima condotta persuasiva. Il bene giuridico è infatti già posto in pericolo nel momento in cui l'autore cerchi di procurarsi un'occasione favorevole per porre in essere gli atti sessuali<sup>25</sup>.

3.1.1

Si può ugualmente considerare intervenuto il tentativo nel momento in cui l'autore, determinato a commettere il reato, conduca la vittima in un luogo appartato, dove intende, una volta giunto sul posto, stabilire subito un contatto fisico. In tal caso l'autore immagina che in quella situazione la vittima si rassegnerà a subire il reato senza che siano necessarie violenza o minacce esplicite, oppure è convinto di poterne piegare facilmente la resistenza. Nel caso in cui il soggetto attivo ha intenzione di compiere ulteriori atti 'persuasivi' ai fini di giungere al contatto fisico, sarà invece ancora una volta con tali condotte che il tentativo si riterrà posto in essere<sup>26</sup>. Non configura di contro un tentativo lo stazionare in un parco giochi allo scopo di osservare dei bambini<sup>27</sup>.

---

<sup>23</sup> *Id.*, pp. 167.

<sup>24</sup> DTF 80 IV 174.

<sup>25</sup> SUTER-ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (21), p. 164.

<sup>26</sup> DTF 80 IV 173; SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (21), p. 164.

<sup>27</sup> TRECHSEL, *Praxiskommentar* (4), ad art. 187 N. 20.

Come ha avuto modo di precisare il Tribunale federale mere affermazioni circa l'intenzione di compiere atti sessuali con infrasedicenni non rappresentano ancora un tentativo<sup>28</sup>. Parte della dottrina arriva persino a escludere la sussistenza di un tentativo anche nel caso in cui un soggetto fotografi bambini nudi. In quest'ultimo caso la SUTER-ZÜRCHER ritiene necessario operare un distinguo: scattare fotografie non è considerato ancora atto sessuale ai sensi dell'art. 187 «solange sie nicht objectiv als solche erkennbar ist»<sup>29</sup>. Sarà dunque da valutare in concreto se la condotta dell'autore rappresenti un tentativo oppure no. A parere di chi scrive, tale impostazione non appare tuttavia soddisfacente. Nel caso in questione, infatti, la ricerca della natura "sessuale" di un atto di per sé oggettivamente neutro condurrebbe giocoforza a prendere in considerazione la sfera interiore dell'agente. Risulterebbe altrimenti impossibile assegnare alla medesima condotta, posta in essere in circostanze analoghe, due valenze differenti. Il che peraltro appare contrario allo spirito che ha permeato la novella legislativa.

3.2

L'Obergericht del Canton Zurigo ha riconosciuto colpevole un giovane poco più che ventenne di tentativo di stupro (art. 189 CPS) e di atti sessuali con fanciulli ai danni di una ragazzina di dieci anni. L'autore aveva condotto la bambina nel sottoscala di un condominio e dopo averla soffocata fino a farle perdere conoscenza, le aveva calato i pantaloni e le mutande fino alle caviglie. Il tribunale fu dell'avviso che l'autore non giunse ad abusare sessualmente della ragazzina unicamente perché messo in fuga da un'inquilina del condominio<sup>30</sup>.

3.3

Interpretazione  
giurisprudenziale

Il Tribunale federale si è occupato del tentativo in relazione all'art. 187 I CPS anche nella DTF 131 IV 100. La fattispecie riguarda il caso di un uomo che per mezzo di una *chatroom* su internet riesce a stabilire un contatto con un sedicente quattordicenne e a proporgli in seguito un incontro sessuale (facendo in particolare esplicito riferimento al sesso orale e anale). Concordato il luogo del ritrovo

3.4

DTF 131 IV 100

<sup>28</sup> STF 4 agosto 1998.

<sup>29</sup> SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (21), p. 165.

<sup>30</sup> Obergericht des Kantons Zürich, sentenza del 25 giugno 1998; SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (21), p. 165.

presso un *fast-food* alla stazione di Basilea e rassicuratosi, il giorno prefissato, della presenza del minore attraverso uno scambio di SMS, l'uomo si presentò all'ora stabilita ma venne arrestato dalla polizia. Il suo interlocutore, in realtà, non era stato un quattordicenne ma un agente provocatore "telematico" operativo presso il Ministero pubblico di Basilea Città.

3.4.1 Con sentenza prolatata il 20 gennaio 2004, il Tribunale penale di Basilea condannò l'uomo a 9 mesi di detenzione per pornografia e tentativo di atti sessuali con fanciulli. Insorto contro il giudizio di primo grado, l'autore si vide confermare la decisione anche in seconda istanza. Le Corti cantonali ritennero sufficiente che l'uomo, tramite la *chatroom*, avesse chiaramente espresso l'intenzione di incontrare il giovane e di compiere atti sessuali con lui. La circostanza che si fosse presentato all'ora stabilita rappresenta poi un elemento prossimo sia temporalmente che spazialmente alla condotta punita dall'art. 187. I giudici di merito, considerate le dichiarazioni più volte ribadite dall'uomo, ritennero che a quel punto non sarebbe stata immaginabile una desistenza volontaria: qualora si fosse presentato un infrasedicenne, l'uomo avrebbe sicuramente commesso atti sessuali con lui. Il punto di non ritorno «*von dem es kein Zurück mehr gibt*» si reputò dunque superato, giustificando in tal guisa l'applicazione dell'art. 21 CP<sup>31</sup>.

3.4.2 Adito con ricorso il Tribunale federale da parte dell'imputato, la Suprema Corte ebbe a respingere il gravame, smentendo in particolare la qualificazione offerta dal ricorrente, secondo cui la propria condotta rappresentava un mero atto preparatorio<sup>32</sup>. L'impostazione poggiava sulla circostanza che l'incontro era stato organizzato in un luogo affollato, circostanza che avrebbe escluso l'intenzione dell'autore di passare direttamente a un contatto fisico con la vittima. La Suprema Corte ritenne invece inequivocabile la determinazione dell'uomo di passare direttamente a commettere gli atti sanzionati dall'art. 187. Egli infatti si era già assicurato dell'accondiscendenza del minore, testimoniata dalle dichiarazioni rilasciate su internet e attraverso gli

---

<sup>31</sup> DTF 131 IV 102, c. 6.1.

<sup>32</sup> DTF 131 IV 102, c. 6.2.

SMS. Presentarsi all'appuntamento rappresentava quindi, secondo il TF, il passo decisivo verso il compimento della condotta proibita<sup>33</sup>.

La Suprema Corte reputò correttamente che l'uomo avesse superato quella soglia che, all'interno di un ipotetico piano criminoso, lo avrebbe condotto a commettere un reato qualora non fossero intervenute le forze dell'ordine a impedirglielo. Un simile ragionamento tuttavia acquista significato solo se muove dalla rappresentazione (fallace) della realtà del soggetto attivo, vale a dire la circostanza di essere confrontato con un quattordicenne. Considerando peraltro lo stato effettivo delle cose, emerge invece come la condotta posta in essere dall'uomo configuri un mero tentativo di compiere un reato impossibile, siccome l'oggetto era inesistente.

3.5  
Critica

Come è noto, un reato può essere impossibile per inidoneità della condotta o dell'oggetto. Per quel che riguarda la seconda ipotesi, la dottrina italiana distingue tra inesistenza assoluta e inesistenza relativa, e tale ultimo caso si avrà qualora l'oggetto esista, ma non nel luogo in cui interviene il fatto. Il reato è considerato impossibile solo nell'ipotesi di inesistenza assoluta, in quanto il punire una simile condotta contrasterebbe con il principio di offensività (*nullum crimen sine iniuria*)<sup>34</sup>.

3.5.1

Il diritto svizzero si occupa del reato impossibile all'art. 22, il quale prevede al primo capoverso la punibilità anche nel caso in cui l'autore abbia iniziato l'esecuzione di un reato «*senza possibilità di risultato*». Il cpv. 2, invece, permette al giudice di prescindere da ogni pena, ma pone, come requisito ulteriore rispetto all'inidoneità della condotta e dell'oggetto, un grave difetto di intelligenza. Tale disciplina è stata espressamente introdotta con la recente modifica della parte generale del Codice per conformare le disposizioni normative alla giurisprudenza del Tribunale federale, la quale si è sempre mostrata particolarmente restrittiva sul punto<sup>35</sup>. Dall'entrata in vigore della riforma, dunque, l'impunità *ex art. 22* è suscettibile di entrare in linea di

3.5.2

<sup>33</sup> DTF 131 IV 105, c. 8.2.

<sup>34</sup> MANTOVANI, *Diritto penale* (1), p. 447.

<sup>35</sup> DTF 78 IV 145; FF 1998 1697.

conto solo e nella misura in cui qualunque persona di buon senso, calato nei panni dell'autore, si sarebbe accorta della non idoneità del mezzo o dell'oggetto<sup>36</sup>.

3.5.3 A parere di chi scrive, tale disciplina evoca soverchi dubbi circa la sua compatibilità con i principi fondamentali su cui si erige l'ordinamento penale. Considerando punibile la condotta dell'accusato, il TF incorre infatti in una violazione del principio *nullum crimen sine iniuria*. Tale massima, non codificata ma implicita in ogni ordinamento moderno<sup>37</sup>, sancisce la non punibilità delle condotte che non ledano beni giuridici né in concreto né potenzialmente. La sua funzione è quella di mantenere, in un'ottica liberale e garantista, la repressione penale legata al disvalore dell'azione e non alla personalità del reo<sup>38</sup>.

3.5.4 Nel caso in questione, l'agire dell'autore non era idoneo nemmeno astrattamente a mettere in pericolo il sano sviluppo di un minore, in quanto il soggetto passivo era inesistente. La repressione di una simile condotta sembra quindi dare l'abbrivio a un'involuzione dell'ordinamento penalistico verso un diritto penale d'autore, volto appunto a punire non già il disvalore delle azioni commesse, ma il reo in quanto essere pericoloso e malvagio.

3.5.5 Posto un simile orientamento della Suprema Corte, ci si dovrebbe allora interrogare se colui che compia atti sessuali con un soggetto di diciassette anni, ma versando nell'erronea convinzione di interagire con un infredicenne, debba anche essere ritenuto autore colpevole di tentativo di atti sessuali con fanciulli; in siffatta ipotesi oltretutto, neppure potrebbe essere evocata in dubbio la determinazione dell'autore al compimento del reato. Il passo verso la repressione del puro pensiero rischia dunque di essere breve.

3.5.6 In esito alle considerazioni che precedono, e nonostante il chiaro tenore letterale del nuovo art. 22 CPS, a parere di chi scrive il TF

---

<sup>36</sup> Sul delitto impossibile vedi anche ANDRÉ MARTIN, *Essai sur le délit impossible*, in *ZStrR*, 57/1943, p. 317

<sup>37</sup> MANTOVANI, *Diritto penale* (1), p. 447.

<sup>38</sup> *Idem*, p. 180.

avrebbe dovuto applicare la norma in modo conforme al principio di offensività (di rango costituzionale) e prosciogliere l'imputato<sup>39</sup>.

*b. Induzione in atti sessuali (cpv. 2)*

Un tentativo di induzione ha inizio non appena l'opera di persuasione dell'autore è percepita dall'infrasedicenne. Anche esternazioni inoffensive possono rappresentare l'inizio dell'azione. In particolare può dirsi completo il tentativo nel caso in cui il soggetto attivo spinga l'infrasedicenne a osservare rappresentazioni erotiche. Lo stesso Messaggio tuttavia chiarisce come un insegnante che semplicemente descrive un rapporto sessuale nell'ambito di una lezione di biologia non è punibile per reato tentato, nemmeno se tale descrizione sconfinava in un racconto a metà tra lo scientifico e il pornografico<sup>40</sup>.

3.6  
Seconda variante

*c. Coinvolgimento in atti sessuali (cpv. 3)*

Anche in questo caso un tentativo è configurabile nel caso in cui l'agente ponga in essere la condotta, ma l'infrasedicenne non la percepisca<sup>41</sup>. Può ipotizzarsi poi il tentativo o quando l'agente, pur avendo ideato il reato non riesca a porre in essere tutti gli atti esecutivi (ad. es. il videoregistratore contenente una videocassetta pornografica si blocca prima che il minore riesca a guardarla) oppure quando la vittima appaia semplicemente disinteressata (per tornare all'ipotesi del videoregistratore, nel caso in cui il minore è distratto per esempio da qualcos'altro, come un trenino elettrico.).

3.7  
Terza variante

---

<sup>39</sup> Sul punto vedi anche Sul punto vedi PETER ALBRECHT, *Sexuelle Handlungen mit Kindern: Versuch oder straflose Vorbereitung (Bemerkungen zu BGE 131 IV 100)*, in AJP, 2005, p. 751.

<sup>40</sup> FF 1985 958.

<sup>41</sup> SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (21), pp. 167.

## 4. Bibliografia

- 4.1 Opere generali generali in materia di diritto penale GUIDO JENNY/ MARTIN SCHUBARTH/ PETER ALBRECHT, *Kommentar zum schweizerischen Strafrecht. Besonderer Teil. 4. Band: Delikte gegen die sexuelle Integrität und gegen die Familie*, Stämpfli, Berna 1997; BERNARD CORBOZ, *Les infractions en droit suisse*, Stämpfli, Berna 2002; GÜNTER STRATENWERTH/GUIDO JENNY, *Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen*, 6. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2003; GÜNTER STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, Berna 2005; ANDREAS DONATSCH/BRIGITTE TAG, *Strafrecht I Verbrechenlehre*, 8. Auflage, Schulthess, Zurigo, Basilea, Ginevra 2006; MARCEL NIGGLI/ HANS WIPRÄCHTIGER, *Basler Kommentar. Strafrecht I*, Basilea 2007, ad art. 22; CHRISTIAN FAVRE/ MARC PELLET/ PATRICK STAUDMANN, *Code penal annoté*, Bis et Ter, Losanna 2007; FRANZ RIKLIN, *Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I Verbrechenlehre*, 3. Auflage, Schulthess, Zurigo-Basilea-Ginevra 2007; FERRANDO MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte generale*, Cedam, Padova 2007; MICHEL DUPUIS/ BERNARD GELLER/ GILLES MONNIER/ LAURENT MOREILLON/ CHRISTOPHE PIGUET, *Code Penal I*, Helbing & Lichtenhahn, Basilea, 2008; STEFAN TRECHSEL, *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Praxiskommentar*, Dike 2008; MARTIN KILLIAS/ANDRÉ KUHN/ NATHALIE DONGOIS/ MARCELO F. AEBI, *Precis de droit pénal général*, Stämpfli, Berna 2008.
- 4.2 Studi e monografie ANDRÉ MARTIN, Essai sur le délit impossible, in ZStrR, 57/1943, p. 317; OSKAR A. GERMANN, *Die Rechtssprechung über den Versuch nach Schweizerischem StGB*, in ZStrR, 60/1946, p. 1; MAX WEIBLINGER, *Die Abgrenzung des strafbaren Versuchs von der straflosen Vorbereitungshandlung*, in ZStrR, 72/1957, p. 121; HANS WALDER, *Straflose Vorbereitung und strafbarer Versuch*, in ZStrR, 99/1982, p. 225; MATTHIAS BERGMANN, *Einzelakt- oder Gesamtbetrachtung beim Rücktritt vom Versuch*, in ZStW, 1988, pp. 329-358; GÜNTHER ARZT, *Erfolgsdelikt und Tätigkeitsdelikt*, in ZStrR 2/1990; Id., *Der Apfelschuss-strafrechtliche Randbemerkungen zu Wilhelm Tell*, in recht, 22/2004, p. 180; HANS SCHULTZ, *Strafbare Vorbereitungshandlungen nach StrGB Art. 260bis und deren Abgrenzung vom Versuch*, in ZStrR 1/1990; GÜNTHER ARZT, *Erfolgsdelikt und Tätigkeitsdelikt*, in ZStrR 2/1990; BERND VON HEINDTSCHEL-HEINEGG, *Veruch und Rücktritt*, in ZStW, 1997, pp. 29-57; PETER ALBRECHT, *Untauglicher Versuch oder Wahndelikt?*, in AJP, 1997, p. 752; ID., *Sexuelle Handlungen mit Kindern: Versuch oder straflose Vorbereitung (Bemerkungen zu BGE 131 IV 100)*, in AJP, 2005, p. 751; FRANZ STRENG, *Der Irrtum beim Versuch-ein Irrtum?*, in ZStW, 1997, pp 862-899; RALF KRACK, *Der Versuchsbeginn bei Mittäterschaft und mittelbarer Täterschaft*, in ZStW, 1998, pp. 611-639; STEFANIA SUTER-ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit der sexuellen Handlungen mit Kindern nach Art. 187 StGB*, Schulthess, Zurigo 2003.
- 4.3 Opere sulla revisione del CPS HANS WIPRÄCHTIGER *Revision des Allgemeinen Teils des StGB. Änderungen im Schatten des Sanktionenrechts*, RPS, 4/2005, pp 403 ss.; CHRITOF RIEDO/ HANS WIPRÄCHTIGER, *Der neue StGB AT, Teil I: Allgemeines*, in Rav., 6-7/2005, pp. 247-255; FELIX BÄNZIGER/ANNEMARIE HUBSCHMID/JÜRG SOLLBERGER, *Zur Revision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafrechts und zum neuen materiellen Jugendstrafrecht*, Stämpfli, Berna 2006; BRIGITTE TAG/PETER GRUBMILLER, *Vom alten zum neuen Strafrecht. Allgemeiner Teil. Synoptische Darstellung*, Dike, Zurigo 2007.





## CAPITOLO VI

### IL CONCORSO DI PERSONE

SOMMARIO: 1. Cenni generali – 2. Correatà e art. 187 CPS – 3. Complicità e art. 187 CPS – 4. Istigazione e art. 187 CPS – 5. Circostanze personali e art. 187 CPS – 6. Bibliografia

#### 1. Cenni generali

##### *a. Il concorso di persone nell'ordinamento svizzero*

La *societas sceleris* disciplina i casi in cui più persone concorrono alla realizzazione di un medesimo reato. Il fenomeno riveste un'importanza primaria nell'odierno contesto della materia penale, in forza anche del costante incremento delle forme di criminalità collettiva o organizzata. I moderni codici penali imperniano la loro struttura su una concezione monosoggettiva del reato di patente matrice liberale, per cui le fattispecie penali sono costruite prevedendo un autore individuale. Ciò, in un ordinamento giuridico strettamente ancorato al principio di legalità formale (*nullum crimen sine lege*), condurrebbe alla paradossale conseguenza di non rendere passibili di pena quelle condotte che, pur incidendo a vario titolo nella commissione di reati, non integrano la fattispecie individuale sancita dalla norma. L'istituto del concorso di persone interviene in soccorso, recuperando ed estendendo nel rispetto del principio di legalità l'area della perseguibilità di quei reati, che, astrattamente, possono essere perpetrati da una sola persona, quando questi si manifestano in forma plurisoggettiva. La dottrina precisa che, dal concorso di persone eventuale, deve essere tenuto distinto quell'ambito di disposizioni

penali, definite come concorso necessario, ovvero fattispecie che contemplano tra i propri elementi costitutivi anche quello di essere posti in essere da più persone, requisito senza il quale non sussiste reato. Si tratta di eccezioni rispetto al resto del panorama criminale e tra essi si possono citare, in via esemplificativa, la rissa (art. 133 CPS), l'aggressione (art. 134 CPS), la banda intesa a commettere furti o rapine (art. 139 cifra 3, 140 cifra 3 CPS), l'organizzazione criminale (art. 260<sup>ter</sup> CPS) e le associazioni illecite (art. 275<sup>ter</sup> CPS)<sup>1</sup>.

1.2  
Base legale

La base legale è offerta dagli articoli 24-27 CPS. Essi recitano:

**Art. 24 Istigazione**

<sup>1</sup> Chiunque intenzionalmente determina altri a commettere un crimine o un delitto è punito, se il reato è stato commesso, con la pena applicabile all'autore.

<sup>2</sup> Chiunque tenta di determinare altri a commettere un crimine incorre nella pena prevista per il tentativo di questo crimine.

**Art. 25 Complicità**

Chiunque aiuta intenzionalmente altri a commettere un crimine o un delitto è punito con pena attenuata.

**Art. 26 Partecipazione a un reato speciale**

Se la punibilità è giustificata o aggravata da uno speciale obbligo dell'autore, il compartecipe che non sia vincolato a tale obbligo è punito con pena attenuata.

**Art. 27 Circostanze personali**

Si tiene conto delle speciali relazioni, qualità e circostanze personali che aggravano, attenuano o escludono la punibilità solo per l'autore o il compartecipe a cui si riferiscono.

1.3  
La novella del  
2007

L'intervenuta riforma del 2007 non è stata foriera di cambiamenti radicali in materia di concorso di persone, addirittura dallo stesso

---

<sup>1</sup> STEFAN TRECHSEL/PETER NOLL, *Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit*, 6<sup>a</sup> ed., Schulthess, Zurigo-Basilea-Ginevra, 2004, p. 199; GÜNTER STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 3<sup>a</sup> ed., Stämpfli, Berna 2005, pp. 336-337.

Messaggio traspare una certa riluttanza a entrare nel dettaglio, considerata la complessità delle problematiche coinvolte, ponendo il gravoso fardello sulle spalle dell'ermeneusi dottrinale e giurisprudenziale. Le norme sono state dunque modificate limitatamente e a esse sono state adeguate le sanzioni e il sistema sanzionatorio<sup>2</sup>.

*In specie*, l'art. 24 CPS si conferma riprendendo letteralmente il vecchio articolo 24 CP. Il *quid novi* alberga nel secondo capoverso dedicato al campo di applicazione. Esso reprime il tentativo d'istigazione a un crimine, la cui estensione risulta leggermente modificata a causa della nuova definizione contenuta nel nuovo art. 10<sup>3</sup>. Di conseguenza il tentativo d'istigazione a reati per i quali è comminata una pena detentiva di al massimo tre anni non sarà più punibile (ad es. art. 259 CPS). Per contro, il tentativo di istigazione ai reati che erano punibili con una pena detentiva il cui limite è fissato eccezionalmente a cinque anni al massimo risulterà perseguibile secondo il nuovo articolo 24 capoverso 2<sup>4</sup>.

1.3.1  
Il nuovo art. 24

Per quanto concerne la complicità (art. 25 CPS) il legislatore è intervenuto rendendo obbligatoria l'attenuazione di pena, nonostante le critiche di parecchi partecipanti alla procedura di consultazione, orientati a preservare tale ambito di discrezionalità decisionale<sup>5</sup>.

1.3.2  
Il nuovo art. 25

<sup>2</sup> FF 1999 1671; BRIGITTE TAG/MAX HAURI, *Die Revision des Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil*, Dike, Zurigo 2006, p. 62; MARC FORSTER, in MARCEL NIGLI/ HANS WIPRÄCHTIGER, *Basler Kommentar. Strafrecht I*, Helbing & Lichtenhahan, Basilea 2007, Vor art. 24, §§ 5-6.

<sup>3</sup> Il Codice penale previgente qualificava di crimini i reati per cui era comminata la reclusione e di delitti quelli per cui era prevista la detenzione. La durata della reclusione poteva variare da uno a vent'anni o consistere nell'ergastolo; la detenzione spaziava invece da tre mesi a tre anni. La novella ha di contro ridefinito le due categorie, distinguendo i crimini dai delitti in funzione della sola gravità della pena comminata. Sono pertanto crimini i reati per i quali è comminata una pena detentiva di oltre tre anni. Sono delitti i reati sanzionati con una pena detentiva sino a tre anni o una pena pecuniaria.

<sup>4</sup> Tale modifica concerne tuttavia un numero limitato di reati (per es. 134, 165 e 225 CPS). FF 1999 1699; TAG/ HAURI, *Die Revision* (2), p. 62

<sup>5</sup> FF 1999 1699.

1.3.3 Il nuovo art. 26 L'art. 26 CPS (partecipazione a un reato speciale) rappresenta un'innovazione nel codice. Secondo tale disposizione, l'istigatore e il complice beneficiano di un'attenuazione obbligatoria della pena qualora non sottostiano, personalmente, a un dovere speciale la cui esistenza determina o aggrava la punibilità dell'autore<sup>6</sup>.

1.3.4 Il nuovo art. 27 Infine, il nuovo art. 27 CPS riprende fundamentalmente la disposizione del vecchio art. 26 CPS. Esso dispone che le speciali relazioni, qualità e circostanze personali speciali che aggravano, attenuano o escludono la pena vanno considerate soltanto per l'autore e il complice (istigatore o complice) a cui si riferiscono<sup>7</sup>.

1.4 Modelli di disciplina del concorso di persone Dal punto di vista della configurazione normativa della fattispecie concorsuale, il legislatore si trovava di fronte all'alternativa se adottare il modello differenziato o il modello unitario di tipizzazione del fatto. In quest'ultimo modello, l'individuazione dell'area del penalmente rilevante viene ricavata attraverso la tipizzazione causale ovvero attraverso l'esame causa-effetto dei contributi per cui sono considerate rilevanti tutte le condotte dotate di efficacia eziologica nei confronti dell'evento lesivo. A differenza di altri ordinamenti europei<sup>8</sup>, tale soluzione non è accolta nel sistema penale svizzero, il quale si conferma nella scelta di tipizzazione dei profili, per cui le forme di partecipazione si determinano distinguendole in funzione dei ruoli rispettivamente rivestiti dai vari concorrenti. Pertanto, il legislatore ha considerato e confermato la dominante ricostruzione, offerta da dottrina e giurisprudenza, la quale si articola in due forme principali di concorso: *i*) la reità (*Täterschaft*), come responsabilità per l'azione personale e *ii*) la partecipazione (*Teilnahme*), come responsabilità per la partecipazione a un'azione altrui. Ha, altresì, ripreso l'analisi di

---

<sup>6</sup> Tale disposizione, seppur con qualche critica, ha posto fine alla controversa problematica sulla natura dello statuto di funzionario quale fattore aggravante che ha visto opposti, da un lato, il Tribunale federale e, dall'altro, la dottrina. FF 1998 1700; TAG/HAURI, *Die Revision* (2), p. 63

<sup>7</sup> FF 1999 1700.

<sup>8</sup> Austria (§ 12 öStGB), Italia (art. 110 CP) e anche il diritto civile svizzero (art. 50 CO) conoscono invece il concetto unitario di autore, secondo cui tutti i partecipanti sono autori del reato. FERRANDO MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, Padova 2007, pp. 492 ss.

dettaglio del concorso, distinguendo al proprio interno tre profili di reità<sup>9</sup>:

- coautore diretto (*Mittäter*);
  - autore mediato (*mittelbarer Täter*);
  - autore parallelo (*Nebentäter*);
- e due figure di partecipazione, distinguendole in
- istigazione (*Anstiftung*, art. 24 CPS);
  - complicità (*Gehilfenschaft*, art. 25 CPS).

Tuttavia, nonostante la permanenza sul tradizionale selciato, indicato da lungo tempo da dottrina e giurisprudenza, il legislatore si è limitato a normare la partecipazione e ha volutamente ommesso di disciplinare espressamente la reità<sup>10</sup>, lasciando che fosse l'elaborazione giuridica a colmare le categorie di cui essa si compone. Per la precisione, il concetto di autore emerge come dato implicito nelle righe dell'art. 27 CPS, ma non viene definito, mentre il coautore (*Mittäter*) e

1.4.1

<sup>9</sup> STEFAN TRECHSEL, *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Praxiskommentar*, Dike, Zurigo 2008, Vor art, 24, §§ 1 ss; FORSTER, *Bsk* (2), Vor art. 24, §§ 7 ss.

<sup>10</sup> Disposizioni molto generali come quelle del Codice penale tedesco (si veda HERBERT TRÖDLE/THOMAS FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, Beck, Monaco 2007, Vor art. 25, §§ 1 ss.), le quali prevedono che l'autore è colui che commette un reato di persona o servendosi di altri («*Als Täter wird bestraft wer die Tat selbst oder durch einen anderen begeht*») e che - per la nozione di coautore - se più persone commettono il reato in comune, ciascuna di esse sarà punita come autore («*Begehen mehere die Straftat gemeinschaftlich, so wird jeder Täter bestraft*», § 25 DStGB), non potrebbero essere riprese in Svizzera, dove la dottrina ritiene unanimemente che l'autore singolo sia colui che realizza di persona tutti gli elementi costitutivi del reato e che il coautore sia colui che fornisce un contributo necessario alla realizzazione del medesimo. Di conseguenza una definizione precisa dovrebbe enumerare in modo dettagliato i diversi comportamenti del reo; tuttavia un tale disciplinamento risulterebbe forzatamente incompleto o troppo complicato. FF 1999 1699.

l'autore mediato (*mittelbarer Täter*) non sono evocati in nessuna norma penale anche indirettamente<sup>11</sup>.

*b. La reità (Täterschaft)*

1.5 La correatà Volgendo all'analisi della correatà, il problema principale risiede nella delimitazione del concetto di complicità<sup>12</sup>. Secondo le teorie oggettive, oggi non più seguite, coautore è solo la persona che commette una condotta conforme alla fattispecie ("*wer eine tatbestandsmässige Handlung vornimmt*"), così relegando tutti gli altri partecipanti, invece, al ruolo di istigatori o complici<sup>13</sup>.

1.5.1 Secondo la dottrina più recente, confortata dal Tribunale federale<sup>14</sup> il coautore è caratterizzato dalla padronanza dell'azione (*Tatherrschaft, animus auctoris*)<sup>15</sup>, elemento che, invece, è radicalmente carente nel complice. Egli, infatti, limita il proprio apporto a un semplice contributo, psichico o materiale, e non interferisce sulla decisione dell'autore circa la determinazione della realizzazione dell'azione<sup>16</sup>.

1.5.2 Secondo costante giurisprudenza del Tribunale federale, l'agente ha la padronanza dell'azione (*Tatherrschaft*) e perciò è coautore, quando collabora con dolo e in maniera determinante alla risoluzione, progettazione, o esecuzione del reato, con intensità tale che potrebbe essere egli stesso considerato come un autore principale

---

<sup>11</sup> FORSTER (2), Vor art. 24, § 7; KURT SEELMANN, *Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl.*, Helbling & Lichtenhan, Basilea-Ginevra-Monaco, 2005, p. 132; ANDREAS DONATSCH/BRIGITTE TAG, *Strafrecht I, Verbrechenslehre, 8. Aufl.*, Schulthess, Zurigo, Basilea, Ginevra, 2006, p. 146.

<sup>12</sup> GRACE SCHILD TRAPPE, *Zur Abgrenzung und Begrenzung von Mittäterschaft und Gehilfenschaft*, in *recht*, 13/1995, pp. 320 ss.

<sup>13</sup> TRECHSEL/NOLL, *AT I* (1), p. 200; TRECHSEL, *Praxiskommentar* (9), Vor art. 24, §§ 10 ss.

<sup>14</sup> DTF 118 IV, 120 IV 23, 141, 271 f., 125 IV 138.

<sup>15</sup> FORSTER, *Bsk* (2), Vor art. 24, § 7; TRECHSEL/NOLL, *AT I* (1), pp. 201 ss.; DONATSCH/TAG, *Strafrecht I* (11), p. 168 ss; SEELMANN, *AT I* (11), pp. 140 ss; STRATENWERTH, *ATI* (1), p. 358.

<sup>16</sup> TRECHSEL/NOLL, *AT I*(1), p. 219.

(*Hauptbeteiligter*)<sup>17</sup>. La conseguenza della correatità è che tutte le condotte poste in essere da un coautore, che integrino gli elementi della fattispecie e che corrispondano al disegno criminoso, vengono attribuite a tutti i coautori<sup>18</sup>.

Il criterio della padronanza dell'azione trova una limitazione nei reati strettamente personali (*Eigenhändige Delikte*). In tali ipotesi correato può essere solo chi compie personalmente l'azione descritta dalla norma, indipendentemente dalla padronanza in concreto dell'azione<sup>19</sup>.

1.5.3  
I reati  
strettamente  
personali

La ricostruzione della figura dell'autore mediato (*mittelbarer Täter*) postula l'idea che la realizzazione del reato non viene messa in opera direttamente dall'autore, ma indirettamente da esso attraverso un «mezzo» che egli padroneggia e utilizza<sup>20</sup>. Secondo quanto stabilito dal Tribunale federale un autore mediato è l'agente che utilizza, come uno strumento, un'altra persona come esecutore materiale per commettere un reato. L'autore mediato ha la padronanza dell'azione, mentre l'esecutore materiale non ha coscienza e volontà di essere parte di un piano criminoso o, quanto meno, dovrà escludersi il dolo nella determinazione dell'elemento soggettivo del reato<sup>21</sup>.

1.6  
L'autore  
mediato

L'autore mediato riceve lo stesso trattamento sanzionatorio di un autore principale, mentre, l'esecutore materiale, qualora il reato sia perseguibile solo a titolo di dolo, resta impunito. Qualora, invece, la

1.6.1  
Conseguenze

<sup>17</sup> „Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts ist Mittäter, wer bei der Entschliessung, Planung oder Ausführung eines Delikts vorsätzlich und in massgebender bzw. massgeblicher Weise mitwirkt, so dass er als Hauptbeteiligter erachtet werden könnte“; DONATSCH/ TAG, *Strafrecht I* (11), pp. 168 s; DTF 118 IV 230, 399, 120 IV 271 s, 130 IV 66.

<sup>18</sup> TRECHSEL/NOLL, *AT I* (1), p. 206.

<sup>19</sup> FORSTER, *Bsk* (2), Vor art. 24, § 33; STRATENWERTH, *AT I* (1), p. 344; MARTIN SCHUBARTH, *Eigenhändiges Delikt und mittelbare Täterschaft*, in *ZStrR*, 114/1996. Pp. 325 ss; GÜNTER STRATENWERTH, *Gibt es eigenhändige Delikte?*, in *ZStrR*, 115/1997, pp. 86 ss.

<sup>20</sup> TRECHSEL, *Praxiskommentar* (9), vor art. 24, § 2; FORSTER, *Bsk* (2), Vor art. 24, § 28; SEELMANN, *AT* (11), p. 135.

<sup>21</sup> DONATSCH/ TAG, *Strafrecht I* (11), p. 181. Sul punto si veda inoltre CLAUD ROXIN, *Organisationsherrschaft als eigenständige Form der mittelbarer Täterschaft?*, in *ZStrR*, 125/2007, pp. 1 ss.

fattispecie penale contempra anche una responsabilità per colpa, allora potrà al massimo essere imputato per una condotta colposa, nella misura in cui egli si trovasse in stato d'errore a causa del condizionamento operato dall'autore mediato<sup>22</sup>. In quest'ultimo caso, si dovrà anche considerare che le circostanze speciali e personali dell'autore principale non si trasmettono all'autore mediato e, pertanto, se egli stesso risulta spoglio di quei tratti specifici, non si potrà procedere nei suoi confronti con l'irrogazione della pena<sup>23</sup>.

1.7  
Autore parallelo

Infine, resta da esaminare l'attività di colui che agisce in qualità di autore parallelo (*Nebentäterschaft*). In questa eventualità, ci si trova di fronte a un concorso *sui generis* nel senso che gli autori paralleli sono, più propriamente, due agenti che pongono in essere condotte indipendenti e separate ma che mirano al medesimo obiettivo. Non si tratta di un vero autonomo profilo di reità, quanto piuttosto, invece, di una ricostruzione concettuale, resa peculiare dall'assenza di una qualsivoglia intesa o coordinamento nella commissione comunque plurisoggettiva delle condotte. Il concorso può realizzarsi casualmente come semplice e fortuita coincidenza ovvero quando uno degli autori sa della decisione dell'altro di commettere un reato e approfitta di questa situazione<sup>24</sup>. Contrariamente ai coautori, gli autori paralleli non hanno un disegno criminoso comune e non può ritenersi esistente una partecipazione voluta<sup>25</sup>. Gli autori paralleli integrano ciascuno gli elementi della fattispecie e, pertanto, sono pienamente perseguibili come singoli autori principali<sup>26</sup>.

*c. La partecipazione (Teilnahme)*

1.8  
Complicità

La punibilità dei compartecipi al reato dell'autore principale viene fatta dipendere da quella ricostruzione dottrinale definita come

---

<sup>22</sup> *Ibidem*.

<sup>23</sup> *Idem*, p. 184.

<sup>24</sup> TRECHSEL, *Praxiskommentar* (9), ad art. 25, § 23; STRATENWERTH, *AT I* (1), p. 366.

<sup>25</sup> DONATSCH/TAG, *Strafrecht I* (11), pp. 180.

<sup>26</sup> TRECHSEL/NOLL, *AT I* (1), p. 206; STRATENWERTH, *AT I* (1), p. 366.

accessorietà. Ciò significa che la condotta del semplice compartecipe non ha rilevanza penale autonoma, ma l'acquista nella misura in cui accede alla condotta principale dell'autore. Apparentemente, l'accessorietà sembra proporre una soluzione soddisfacente, in realtà, se portata alle sue estreme conseguenze, rischia di allontanarsi dai principi di garanzia permeati attorno al criterio della tipicità oggettiva, quale ineludibile canone di un diritto penale del fatto. Nella sua versione più estrema, non accolta dall'ordinamento svizzero, l'accessorietà basa la propria operatività sulla sussistenza della colpevolezza in concreto dell'autore principale, quindi la punibilità della condotta di partecipazione dipende dalla realizzazione di una condotta principale a sua volta punibile in concreto<sup>27</sup>.

In Svizzera, l'istigatore e il complice soggiacciono, dunque, a pena in quanto le loro condotte accedono a quella principale, tuttavia, in sede di commisurazione della pena il complice beneficia di una riduzione *ex lege*, poiché egli non svolge un ruolo dominante nelle operazioni e non ispira il suo agire di *animus auctoris*<sup>28</sup>. 1.8.1

A correttivo della lettura estrema dell'accessorietà, l'art. 27 accoglie la progressione adoperata dalla dottrina e introduce il principio di limitata accessorietà della partecipazione (*limitierte Akzessorietät der Teilnahme*) in forza della quale si arretra rispetto alla linea della punibilità in concreto, per accontentarsi di una condotta antiggiuridica. Da ciò deriva un'importante conseguenza sul piano delle esimenti dell'autore in quanto esse si trasmettono al compartecipe, mentre delle speciali relazioni, qualità e circostanze personali che aggravano, attenuano o escludono la punibilità se ne terrà conto solo per l'autore o il compartecipe a cui si riferiscono<sup>29</sup>. Le speciali relazioni, qualità e circostanze personali possono derivare non solo da disposizioni della 1.8.2

<sup>27</sup> STRATENWERTH, *ATI* (1), p. 370; TRECHSEL/NOLL, *AT I* (1), pp. 227 ss.

<sup>28</sup> FF 1999 1699.

<sup>29</sup> FORSTER, *Bsk* (2), ad art. 27, § 1; TRECHSEL/NOLL, *AT I* (1), p. 229; SEELMANN, *AT* (11), pp. 149 ss.

parte generale del codice penale ma anche da circostanze particolari delle singole fattispecie di parte speciale<sup>30</sup>.

1.8.3  
Complicità

Secondo la definizione desunta dall'art. 25 CPS, il complice (*Gehilfe*) è colui che volontariamente agevola il reato doloso di un terzo, rimanendo in una posizione secondaria. Egli apporta un contributo preciso e limitato. La sua condotta non integra, di per sé sola, la fattispecie di reato<sup>31</sup>. Il dolo del complice è duplice: da una parte, vuole aiutare l'agente, dall'altra, desidera che la condotta principale venga posta in essere. La complicità (*Gehilfenschaft*) può indifferentemente sostanziarsi in un ausilio di stampo materiale o psichico: nel primo caso, per es., il complice fornisce all'autore l'arma del delitto o agevola tecnicamente il compimento del fatto; nel secondo siamo in presenza di un contributo «*intellektueller Natur*», che rafforza il proposito criminoso già esistente dell'agente<sup>32</sup>.

1.9  
Istigazione

In base all'art. 24 CP si rende punibile di istigazione chi volontariamente fa insorgere in un terzo il proposito prima inesistente di commettere un reato doloso. La condotta dell'istigatore deve situarsi in rapporto di causa a effetto rispetto al fatto principale. Il suo dolo è duplice, avendo quale oggetto: *i*) il sorgere del proposito nella mente dell'istigato e *ii*) la realizzazione del delitto<sup>33</sup>. A differenza dell'autore mediato l'istigatore non ha la padronanza dell'azione. L'essenza dell'istigazione risiede nel moto d'impulso che promana dall'istigatore. Mentre l'autore mediato domina l'altro agente, l'istigatore, invece, limita la propria iniziativa alla nascita del proposito di commettere un reato e risulta indifferente la scelta dei mezzi con i quali l'istigatore

---

<sup>30</sup> DONATSCH/TAG, *Strafrecht* (1), pp. 188 ss.

<sup>31</sup> CHRISTIAN FAVRE/MARC PELLET/PATRICK STOUDEMANN, *Code pénal annoté*, III ed., Bis et ter Editions, Losanna 2007 ad art. 25 n. 1.9.

<sup>32</sup> FORSTER, *Bsk* (2), Vor art. 25, §§ 21-22; TRECHSEL, *Praxiskommentar* (9), ad art. 25, § 4; sul punto si veda anche DONATSCH/TAG, *Strafrecht I* (11), pp. 157 ss.; STEFANIA SUTER-ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit der sexuellen Handlungen mit Kindern nach art. 187 StGB*, Schulthess, Zurigo 2003, pp. 169 s.

<sup>33</sup> FORSTER, *Bsk* (2), Vor art. 24, § 3; DONATSCH/TAG, *Strafrecht I* (11), pp. 147 ss.; TRECHSEL, *Praxiskommentar* (9), ad art. 24, § 5.

muove verso tale obiettivo<sup>34</sup>. L'istigatore soggiace alla medesima pena dell'autore principale. Se il reato principale è solo tentato, anche l'istigatore può essere punito con la sanzione attenuata prevista dall'art. 22 CPS e ciò vale anche per le contravvenzioni<sup>35</sup>.

Di principio, la complicità si differenzia dall'istigazione in quanto punibile solo per crimini e delitti e non, anche, per le contravvenzioni, benché non manchino nell'ordinamento penale eccezioni che devono però essere tassativamente previste dalle legge (art. 104 e 105 cpv. 2). Il complice è punito con la pena applicabile all'autore principale, anche se, il Codice, dopo la novella del 2007, prevede una modifica obbligatoria della sanzione in senso favorevole al reo<sup>36</sup>.

1.10  
Differenza tra  
complicità ed  
istigazione

## 2. Correatità nell'art. 187 CPS

Per quel che riguarda l'ipotesi in cui il reato *ex art.* 187 CPS venga commesso in correatità da più persone, risulta di fondamentale importanza l'analisi dell'art. 200 CPS. Tale disposizione fu introdotta ai fini di sottolineare innanzitutto il particolare disvalore della commissione in comune di una delle fattispecie contemplate nel titolo V. Si voleva inoltre poter prendere in considerazione la circostanza per cui i reati sessuali collettivi non vengono spesso commessi seguendo un piano stabilito, ma spontaneamente<sup>37</sup>. Parte della dottrina fa notare invece come si sia trattato piuttosto di prendere atto della circostanza

2.1  
Scopo dell'art.  
200

<sup>34</sup> STRATENWERTH, *AT I* (1), p. 378; TRECHSEL/NOLL, *AT I* (1), p. 210.

<sup>35</sup> FORSTER, *Bsk* (2), Vor art. 24, § 25; TRECHSEL/NOLL, *AT I* (1), p. 210; DONATSCH/TAG, *Strafrecht I* (11), pp. 147 ss.; DTF 73 IV 253.

<sup>36</sup> STRATENWERTH, *AT I* (1), p. 383; STEFAN HEIMGARTNER, *Bsk* (2), ad art. 105, § 5. Sul punto vedi anche FELIX BOMMER, *Anstiftung und Selbstverantwortung*, plädoyer, 3/2002, p. 34 ss.

<sup>37</sup> FF 1985 988; SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit*, (32), pp. 182.

che i reati del titolo V sono particolarmente umilianti e lesivi per la vittima se commessi da più soggetti insieme<sup>38</sup>.

2.2  
L'art. 200 CPS

L'idea di una norma che prendesse in considerazione la commissione collettiva di reati sessuali venne introdotta nel Messaggio per la revisione del codice penale e la proposta fu in seguito approvata dal Parlamento<sup>39</sup>:

**Art. 200 Reato collettivo**

Se un reato previsto nel presente titolo (V) è stato commesso insieme da più persone, il giudice può aumentare la pena sino a una volta e mezzo quella comminata, ma senza andare oltre il limite legale della specie di pena.

2.3

La norma quindi introduce un'aggravante per i casi in cui una pluralità di persone commettano un reato contro l'integrità sessuale in correità tra loro<sup>40</sup>. Nonostante l'art. 200 sia teoricamente applicabile a tutte le fattispecie del titolo V, esso viene in rilievo nella prassi solo per i casi di violenza sessuale (artt. 189-191) e atti sessuali con infrasedicenni (art. 187).

2.4  
Correità

Presupposto per l'applicazione dell'art. 200 è quindi la commissione congiunta da parte di più persone di uno dei reati menzionati. Non basta tuttavia una forma qualsiasi di concorso: la norma è applicabile solo nel caso in cui i soggetti agenti siano coautori e siano presenti congiuntamente durante l'esecuzione del fatto principale. Ciò non significa che tutti debbano necessariamente prendere parte in modo attivo agli atti sessuali: sarà sufficiente un «*gemeinsamer Tatentschluss*» o un qualsiasi intervento durante la commissione del reato<sup>41</sup>. L'idea secondo cui l'applicazione dell'art. 200 presupponga la presenza dell'autore, nonostante non derivi dal tenore letterale della

---

<sup>38</sup> BERNARD CORBOZ, *Les infractions en droit suisse*, Stämpfli, Berna 2002, p. 729; TRECHSEL, *Praxiskommentar* (9), ad art. 200, § 1; KASPAR MENG/MATTHIAS SCHWAIBOLD, *Bsk* (2), ad art. 200, § 5.

<sup>39</sup> FF 1985 988; SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit*, (32), pp. 183.

<sup>40</sup> DTF 120 IV 271; Cfr. Inoltre TRECHSEL, *Praxiskommentar* (9), vor Art. 200 § 2.

<sup>41</sup> GÜNTER STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht BT I*, Stämpfli, Berna 2003, pp. 170 s.; TRECHSEL, *Praxiskommentar* (9), ad art. 200, § 2.

norma, è perfettamente coerente con lo spirito della legge. Se un soggetto attivo rimane nascosto non produce ulteriori effetti traumatizzanti per la vittima. Criticabile è tuttavia la restrizione operata dalla dottrina maggioritaria per cui l'aggravante in questione può essere applicata solo nei confronti del correo e non anche del complice. Dal punto di vista della vittima non ha importanza infatti la rilevanza del contributo apportato, elemento invece decisivo per la distinzione tra correatità e complicità. Per questi motivi la SUTER-ZÜRCHER afferma che «*dem Zweck von art. 200 kann nur dann Rechnung getragen werden, wenn bereits die Teilnahmeform der Gehilfenschaft dazu führt, dass art. 200 zur Anwendung gelangt – vorausgesetzt wiederum, dass der Gehilfe bei der Ausführung der Tat anwesend ist*»<sup>42</sup>.

Neppure una tale estensione però ricomprenderebbe tutti i casi che meriterebbero l'aggravante *ex art. 200*. Si pensi all'ipotersi in cui un soggetto osservi l'abuso non premeditato commesso da un terzo e decida di entrare in azione solamente dopo che il primo abbia terminato. In questo caso la semplice presenza dell'osservatore non sarebbe comunque considerata complicità e le due condotte separate non ricadrebbero sotto l'art. 200. Dal punto di vista della vittima è tuttavia frustrante il fatto che l'osservatore non possa essere condannato anche per la sua condotta passiva. Parte della dottrina auspica addirittura che venga introdotta una norma per punire chi durante un crimine sessuale osserva semplicemente senza intervenire<sup>43</sup>.

Nel caso in cui più persone siano coinvolte in un reato sessuale così come previsto dall'art. 200 CP si pone il quesito se l'aggravante sia applicabile anche a ulteriori soggetti che agli occhi della vittima non appaiono. In base all'art. 27 CP le circostanze personali che aumentano la pena non si applicano a quei partecipanti per i quali l'aggravante non sussiste<sup>44</sup>. Le caratteristiche materiali, invece, che aumentano la gravità del fatto si estendono a tutte i soggetti che a qualsiasi titolo vi partecipano. La dottrina maggioritaria ritiene che la circostanza *ex art.*

2.5

2.6

Qualifica personale *ex art.* 26

<sup>42</sup> SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit*, (32), pp. 188 s.

<sup>43</sup> *Idem*, pp. 193 s.

<sup>44</sup> STRATENWERTH, *ATI* (1), 392 ss.

200 rientri in questa seconda categoria<sup>45</sup>. Dalla prospettiva della vittima, infatti, la commissione collettiva è una caratteristica puramente fattuale che nulla ha a che vedere con l'art. 27<sup>46</sup>. Per lo stesso motivo dunque l'art. 200 potrebbe trovare applicazione nel caso in cui due soggetti, di cui uno minore di sedici anni, commettano in correatà il reato *ex art.* 187. Nonostante il più giovane andrebbe esente da pena, la commissione collettiva rimarrebbe come caratteristica materiale del fatto.

2.7  
Reato  
strettamente  
personale

Dibattuto è se la prima variante della fattispecie *ex art.* 187 CPS (compimento di atti sessuali con un minore di anni sedici) sia un c.d. delitto strettamente personale (*Eigenhändiges Delikt*<sup>47</sup>). In caso affermativo può essere correo solo chi personalmente compie gli atti sessuali. TRECHSEL nega che nel caso in questione si possa parlare di reato personale. L'autore fa notare come lo scopo della norma conduca alla conclusione che la correatà di una persona che non compie atti di libidine sia possibile<sup>48</sup>. Medesima conclusione può essere raggiunta dall'analisi della seconda e della terza variante. Tuttavia la SUTER-ZÜRCHER<sup>49</sup> fa notare come il dibattito circa la qualificazione delle fattispecie *ex art.* 187 CPS come delitto personale o meno in relazione all'art. 200 abbia scarsa rilevanza pratica. Sia il correo che il complice si rendono infatti punibili in base allo scopo della norma che proibisce gli atti sessuali con i minori. Entrambi dunque ricadono nell'ipotesi prevista dall'art. 200 CPS.

---

<sup>45</sup> TRECHSEL, *Praxiskommentar* (9), ad art. 139, § 24; STRATENWERTH, *AT I* (1), p. 382.

<sup>46</sup> SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (32), p. 195.

<sup>47</sup> STRATENWERTH, *AT I* (1), pp. 344 s.

<sup>48</sup> TRECHSEL, *Praxiskommentar* (9), ad art. 187, § 21 ; SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (32), p. 192.

<sup>49</sup> SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (32), pp. 193 ss.

### 3. Reità mediata, concorso necessario e art. 187 CPS

Nel caso di atti sessuali con infrasedicenni è immaginabile che un terzo inganni l'autore circa l'età del minore-vittima. Per es. Tizio mostra a Caio, allo scopo di indurlo a compiere atti sessuali con un'infrasedicenne, un falso documento d'identità di Mevia che attesta che quest'ultima ha già compiuto sedici anni quando in verità ne ha ancora quindici. Il terzo dunque, in qualità di correo indiretto vuole che l'autore principale, il quale rappresenta una sua *longa manus*, commetta l'illecito. In siffatta evenienza egli soggiace alla stessa pena prevista per l'autore<sup>50</sup>.

3.1  
Reità mediata

Il reato in esame rappresenta una fattispecie di concorso necessario, in quanto la sua realizzazione presuppone la presenza di più soggetti. Non entra tuttavia mai in linea di conto una punizione per la vittima, siccome la norma mira a garantire proprio la sua protezione. Il soggetto passivo non sarà quindi punibile *ex art.* 187 neanche nell'eventualità in cui abbia contribuito in modo attivo all'evolversi del fatto, per esempio istigando l'autore<sup>51</sup>.

3.2  
Concorso necessario

### 4. Complicità e art. 187 CPS

Per quel che riguarda la complicità nel reato di atti sessuali con fanciulli possono porsi notevoli situazioni problematiche. Ci si potrebbe innanzitutto chiedere se configura una complicità *ex art.* 25 CPS l'attività posta in essere dai genitori di una minore di anni 16 i quali accettano che la ragazza intrattenga una relazione sessuale penalmente rilevante. Oppure se riveste il ruolo di complice la madre che permette alla figlia quindicenne di ottenere una ricetta per la pillola anticoncezionale da usare con il suo ragazzo maggiore di 18 anni. O, in generale, se sia punibile chi consiglia a un giovine l'uso di anticoncezionali. La SUTER-ZÜRCHER è dell'opinione che in tutti questi

4.1

<sup>50</sup> SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (32), p. 181.

<sup>51</sup> *Ibidem*

casi sorge responsabilità penale solo se la condotta non rimane una semplice approvazione dell'attività sessuale. Il complice deve incoraggiare il fanciullo, per esempio chiarendo i suoi ultimi dubbi. Solo in questo modo egli agevola la commissione del fatto principale<sup>52</sup>. Tale tesi non sembra essere del tutto soddisfacente ritenuto che per un adolescente, la cui personalità è sovente ancora molto fragile, anche la semplice approvazione può rivelarsi determinate ed essere potenzialmente dannosa per il suo sviluppo. A ogni modo, nei casi considerati, il complice si renderebbe punibile anche per incitamento del minore *ex art. 187 CPS*. Un esempio invece di complicità, che non integra autonomamente il reato è fornito dal caso considerato da una pronuncia del Tribunale federale resa il 20 marzo 2000<sup>53</sup>: qui la vittima era oggetto di ripetute violenze sessuali da parte dell'imputato, il quale era solito usare del sapone al fine di agevolare il coito anale. Fu riconosciuto complice il fratello del reo: egli infatti impediva alla minore di fuggire mentre l'agente principale si recava a prendere il liquido detergente.

4.2  
Complicità  
omissiva

La complicità può essere anche omissiva. Il presupposto è che il complice sia giuridicamente obbligato a impedire il fatto posto in essere dall'autore principale<sup>54</sup>. Obbligati sono in primo luogo i genitori, ma possono assumere rilievo anche altre figure come gli insegnanti o gli educatori in genere. Nel caso dei genitori che accettino la relazione della figlia quindicenne con un soggetto di quattro anni più anziano sembrerebbe logico riconoscere una complicità. In realtà è necessario in questa ipotesi operare un distinguo. Secondo la SUTER-ZÜRCHER se si tratta di una vera relazione sentimentale, infatti, lo sviluppo della giovane non è messo in pericolo e di conseguenza i genitori non sono punibili<sup>55</sup>. Questa argomentazione appare tuttavia contraddittoria. La legge stabilisce, infatti, un'età al di sotto della quale il minore non deve assolutamente intrattenere contatti sessuali con gli adulti. Introdurre il

---

<sup>52</sup> SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (32), p. 172.

<sup>53</sup> STF 1P.99/2000.

<sup>54</sup> TRECHSEL, *Praxiskommentar* (9), *ad art. 25, § 5*; MEIER, *Bsk* (2), *ad art. 187 n. 24*.

<sup>55</sup> SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (32), pp. 175 s.

concetto di «*echte Liebesbeziehung*» come scriminante appare dunque scorretto e contrario allo spirito della norma. L'impostazione che vuole l'esclusione della punibilità nei confronti dei genitori che tollerano una relazione della figlia rimane comunque condivisibile, ma per differenti motivi. In questo caso infatti potrebbe essere necessario un bilanciamento degli interessi. Impedire alla minore la relazione con l'adulto potrebbe portare in pratica alla segregazione della giovane con conseguenti conflitti familiari e danni maggiori di quelli che si mira a evitare. In altre parole, potrebbe concludersi che il sano sviluppo psichico del fanciullo prevalga su quello prettamente sessuale, o, se si vuole che il primo necessiti del sacrificio dell'intangibilità del secondo.

## 5. Istigazione e art. 187 CPS

In relazione all'art. 187 CPS è ipotizzabile l'istigazione nel caso in cui, per esempio, un ventunenne faccia sorgere il proposito nella mente di un coetaneo di intrattenere una relazione con una quindicenne. L'istigatore deve volere che il soggetto agente compia atti sessuali e deve sapere che la vittima non ha ancora raggiunto l'età di 16 anni<sup>56</sup>. Come già si è fatto notare<sup>57</sup>, non è invece punibile chi istiga a commettere un delitto *ex art. 187 CPS* nel caso in cui la differenza di età tra le persone coinvolte nel fatto principale non ecceda i tre anni<sup>58</sup>.

5.1

## 6. Bibliografia

BERNARD CORBOZ, *Les infractions en droit suisse*, Stämpfli, Berna 2002 ; GÜNTER STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht. Besonderer Teil I*, Stämpfli, Berna 2003 ; STEFAN TRECHSEL/PETER NOLL, *Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit*, 6. Aufl., Schulthess, Zurigo, Basilea, Ginevra 2004 ; GÜNTER STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat*, 3. Aufl., Stämpfli, Berna 2005 ; KURT

6.1

Opere generali  
in materia di  
diritto penale

<sup>56</sup> DTF 120 IV 22 ; 116 IV 348 ; 101 IV 310 ; 77 IV 91 ; 71 IV 136.

<sup>57</sup> *Supra*.

<sup>58</sup> MEIER, *Bsk* (2) *ad art. 187 n. 5* ; TRECHSEL, *Praxiskommentar* (9), art. 187, § 10.

SEELMANN, *Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl.*, Helbing & Lichtenhan, Basilea, Ginevra, Monaco 2005; ANDREAS DONATSCH/BRIGITTE TAG, *Strafrecht I Verbrechenslehre, 8. Auflage*, Schulthess, Zurigo, Basilea, Ginevra 2006; BRIGITTE TAG/MAX HAURI, *Die Revision des Strafgesetzbuches Allgemeiner Teil*, Dike Verlag, Zurigo 2006. CHRISTIAN FAVRE/MARC PELLET/PATRICK STODMANN, *Code pénal annoté, III ed., Bis et ter Editions*, Losanna 2007; FERRANDO MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, Padova 2007; MARCEL NIGLI/HANS WIPRÄCHTIGER, *Basler Kommentar. Strafrecht I*, Helbing & Lichtenhahn, Basilea 2007; MARCEL NIGLI/HANS WIPRÄCHTIGER, *Basler Kommentar. Strafrecht II*, Helbing & Lichtenhahn, Basilea 2007; HERBERT TRÖDLE/THOMAS FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, Beck, Monaco 2007; STEFAN TRECHSEL, *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Praxiskommentar*, Dike Zurigo 2008.

6.2  
Studi e  
monografie

ANDREA ENGI-CANOVA, *Die Teilnahme am Verbrechen*, in SJZ, 45/1949, p. 97; HANS SCHULZ, *Täterschaft und Teilnahme im modernen schweizerischen Strafrecht*, ZStrR, 71/1956, p. 244; PAUL PIOTET, *Systematik der Verbrechenselemente und Teilnahmelehre*, in ZStrW, 69/1956, p. 17; ID., *La doctrine dite finaliste de l'infraction*, in ZStrR, 71/1956, p. 385; JÖRG REHBERG, *Fremdhändige Täterschaft bei Verkehrsdelikten?*, in ZStrR, 94/1977, p. 72; ID., *Neuere Bundesgerichtsentscheide zum Thema ‚Alcohol am Steuer‘*, in recht, 14/1996, p. 85; BERND SCHÜNEMANN, *Besondere persönliche Verhältnisse und Vertreterhaftung im Strafrecht*, in ZStrR, NF 97, 1978, I 113; FRANZ RIKLIN, *Lochspitzelproblematik*, in recht, 4/1986, p. 40; ANDREA DONATSCH, *Mittäterschaft oder Teilnahme am fahrlässigen Erfolgsdelikt?*, in SJZ 85/1989, p. 109; GRACE SCHILD TRAPPE, *Zur Abgrenzung und Begrenzung von Mittäterschaft und Helferschaft*, in recht, 13/1995, p. 320; MARTIN SCHUBARTH, *Eigenhändiges Delikt und mittelbare Täterschaft*, in ZStrR, 114/1996, p. 325; BRIGITTE TAG, *Beihilfe durch neutrales Verhalten*, in JR, 1997, p. 49; GÜNTER STRATENWERTH, *Gibt es eigenhändige Delikte?*, in ZStrR, 115/1997, p. 86; WOLFGANG WOHLERS, *Trunkenheitsfahrten als eigenhändiges Delikt*, in ZStrR, 116/1998, p. 95; PHILIPP MAIER, *Umschreibung von sexuellen Verhaltensweisen im Strafrecht*, in AJP (1999); HANS WEST, *Mittäterschaft des Nichtlenkers für Verkehrsregelverletzungen?*, in ZStrR, 19/2001, p. 113; CRISTOF RIEDO/ MICHAELA CHVOJKA, *Fahrlässigkeit, Mittäterschaft und Unsorgfaltsgemeinschaft*, in ZStrR, 120/2002, p. 152; FELIX BOMMER, *Anstiftung und Selbstverantwortung*, plädoyer, 3/2002, p. 34; CLAUDIUS ROXIN, *Organisationsherrschaft als eigenständige Form der mittelbaren Täterschaft?*, in ZStrR, 125/2007, p. 1; STEFANIA SUTER-ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit der sexuellen Handlungen mit Kindern nach art. 187 StGB*, Schulthess, Zurigo 2003; KAREN SCHOBLOCH, *«man wird voll noch fragen dürfen...»*, in ZStrR, 121/2003, p. 77; ALBERTO CADOPPI (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e la pedofilia*, Cedam, Padova 2006.

6.3  
Opere sulla  
revisione del  
codice penale

FELIX BÄNZIGER/ANNEMARIE HUBSCHMID/JÜRIG SOLLBERGER, *Zur Revision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafrechts und zum neuen materiellen Jugendstrafrecht*, Stämpfli, Berna 2006; BRIGITTE TAG/PETER GRUBMILLER, *Vom alten zum neuen Strafrecht. Allgemeiner Teil. Synoptische Darstellung*, Dike, Zurigo 2007.





## CAPITOLO VII

### IL CONCORSO DI REATI

SOMMARIO: 1. Cenni generali – 2. Concorso con l'art. 188 CPS: Atti sessuali con persone dipendenti – 3. Concorso con gli artt. 189 e 190: Coazione sessuale e violenza carnale – 4. Concorso con l'art 191 CPS: Atti sessuali con persone incapaci di discernimento o inette a resistere – 5. Concorso con l'art. 192: Atti sessuali con persone ricoverate, detenute od imputate – 6. Concorso con l' art. 193: sfruttamento dello stato di bisogno – 7. Concorso con l'art. 194: esibizionismo – 8. Concorso con l'art. 195: sfruttamento della prostituzione – 9. Concorso con l'art. 182 (vArt. 196): tratta di esseri umani – 10. Concorso con l'art. 198: molestie sessuali – 11. Concorso con l'art. 213 CPS: l'incesto – 12. Rapporti tra 187 e pornografia (art. 197) – 13. Bibliografia

#### 1. Cenni generali

##### *a. Generalità*

L'analisi concernente la fenomenologia dei reati conduce, di solito, a valutare che a una sola azione od omissione corrisponda un solo reato. Tuttavia, non è affatto infrequente che il medesimo soggetto commetta mediante una sola azione od omissione una pluralità di crimini e delitti e, dunque, siano integrati gli estremi del cd. concorso ideale di reati<sup>1</sup>. Condizioni minime per la sussistenza del concorso sono la medesimezza dell'azione od omissione e l'applicabilità nel contempo

---

<sup>1</sup> Sul punto cfr. GÜNTER STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat*, 3a ed., Stämpfli, Berna 2005, p. 478; JOSÈ HURTADO POZO, *Droit penal. Partie Generale II*, Schulthess, Zurigo 2002, pp. 353 ss.

di diverse disposizioni normative penali<sup>2</sup>. Il complesso di regole sul concorso di reati mira a stabilire il trattamento sanzionatorio cui il reo andrà incontro e, in specie, per quali capi potrà essere chiamato a rispondere e, quindi, in base a quali criteri potrà e dovrà essere condannato<sup>3</sup>.

*b. Concorso proprio e concorso improprio*

- 1.2 Dottrina e giurisprudenza sono conformi nel distinguere tra concorso proprio (*echte Konkurrenz*) e concorso improprio (*unechte Konkurrenz*). Si tratta di concorso proprio ai sensi dell'art. 49 CPS, quando l'agente ha realizzato, con una o più azioni od omissioni, molteplici fattispecie che possono coesistere tra loro. Dall'altro lato, si parla di concorso improprio, o di concorso improprio legale (*unechte Gesetzeskonkurrenz*), o solamente di concorso legale (*Gesetzeskonkurrenz*), quando il comportamento posto in essere sembrerebbe, *prima facie*, condurre a un concorso di reati ma, in realtà, la concretizzazione di una fattispecie esclude il verificarsi di altre<sup>4</sup>. La conseguenza di questo concorso è la condanna dell'autore alla sola pena del reato considerato prioritario<sup>5</sup>, mentre, rispetto a esso, gli altri profili penali devono cedere il passo. La cernita tra concorso proprio e concorso improprio si prospetta ardua e non di istantanea percezione anche per il giurista esperto, di modo che per poter efficacemente dipanare i dubbi si risale fino al livello di individuazione dei beni giuridici coinvolti e alla distinzione tra gradi di protezione che l'ordinamento giuridico riserva loro<sup>6</sup>. Dottrina e giurisprudenza sono,

---

<sup>2</sup> STEFAN TRECHSEL/PETER NOLL, *Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 6. Auflage, Schulthess, Zurigo, Basilea, Ginevra 2004, p. 283.

<sup>3</sup> KURT SEELMANN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Helbing & Lichtenhan, Basilea, Ginevra, Monaco, 2005, p. 170.

<sup>4</sup> ANDREAS DONATSCH/BRIGITTE TAG, *Strafrecht I Verbrechenslehre*, 8. Auflage, Schulthess, Zurigo, Basilea, Ginevra 2006, p. 392; JÜRIG-BEAT ACKERMANN, in MARCEL NIGGLI/HANS WIPRÄCHTIGER, *Basler Kommentar. Strafrecht I*, Helbing&Lichtenhahn, Basilea 2007, ad art. 49 § 10; STRATENWERTH, *AT I* (1), p. 478.

<sup>5</sup> STRATENWERTH, *AT I* (1), p. 485.

<sup>6</sup> DTF 122 IV 211 c. 4.

dunque, unanimi nell'affermare che quando i reati commessi non proteggono lo stesso bene giuridico, allora vi è indice di concorso proprio<sup>7</sup>. Al contrario, per il concorso improprio il quadro si tinge di penombre, poiché difettano disposizioni normative *ad hoc* e la dottrina ha dovuto prodursi in un supplementare sforzo ermeneutico per dare soluzione alle situazioni di conflitto apparente, generando le seguenti tre forme<sup>8</sup>:

- i) Specialità (*Spezialität*), quando le fattispecie contengono elementi generali comuni ma a uno se ne aggiungono altri specializzanti (*lex specialis legi generali derogat*)<sup>9</sup>;
- ii) Assorbimento (*Konsumtion*), principio molto simile per carattere con il concetto ideale della specialità, poiché racchiude un'idea di inclusione di una fattispecie in un'altra benché esso non si basi su un rapporto di genere a specie ma faccia perno attorno a una valutazione<sup>10</sup> di valore circa la colpa e l'ingiustizia, espressione di un disvalore penale omogeneo, avvertito come tale dalla coscienza sociale. Il nodo gordiano risiede, ancora una volta, nell'individuazione della norma prevalente da applicarsi. Similmente a quanto visto sopra al § 1.3, anche in questo caso la spia della gravità del fatto penale viene ricavata in primo luogo dagli estremi edittali, quindi, dal vaglio di importanza dei beni coinvolti. Questo raffronto è reso possibile poiché la norma penale protegge lo stesso bene giuridico, ossia quel «bene» dal valore individuale o collettivo, che nell'ottica del legislatore deve essere maggiormente protetto per garantire agli individui la loro pacifica convivenza sociale. Non sussistono formule per individuare queste entità ma decisive appaiono per la determinazione una certa concezione dello Stato, una impostazione politica o una certa situazione politica, gli sviluppi

<sup>7</sup> STRATENWERTH, *AT I* (1), pp. 488 ss.; ACKERMANN, *Bsk* (4), *ad art.* 49 § 18.

<sup>8</sup> STRATENWERTH, *AT I* (1), p. 488.

<sup>9</sup> DONATSCH/TAG, *Strafrecht I* (4), p. 393.

<sup>10</sup> *Idem*, p. 5; STRATENWERTH, *AT I* (1), §18 n. 5 s.

economici, tecnici e sociali del paese, che possono portare all'emersione di nuovi bisogni di protezione. In via esemplificativa i beni giuridici scelti dal legislatore Svizzero sono, classicamente, il patrimonio, la vita e l'integrità della persona ma anche la riservatezza della sfera personale, la salute pubblica e il corretto sviluppo del minore unitamente anche alla sua libertà di autodeterminazione in ambito sessuale<sup>11</sup>;

iii) Sussidiarietà (*Subsidiarität*), si tratta di un criterio che pone un meccanismo basato su priorità tra norme, per cui una disposizione penale diviene operativa nel caso in esame solo quando il fatto non è già oggetto di punizione ad opera di un'altra disposizione<sup>12</sup>. La dottrina ha anche elaborato la categoria di reato precedente (*Vortat*) e posteriore non punibile (*Nachtat*), quando più atti formanti una sola fattispecie sono connessi in maniera, che uno di essi rappresenta solo la fase preliminare o la conseguenza dell'aggressione apportata contro il bene giuridico tutelato dalla norma penale<sup>13</sup>.

1.4  
Concorso reale e  
ideale

La dottrina e la giurisprudenza suddividono poi il concorso proprio in concorso proprio reale (*echte Realkonkurrenz*) e concorso proprio ideale (*echte Idealkonkurrenz*). Un concorso reale (*Realkonkurrenz*) ricorre, quando l'attore adempie tramite azioni indipendenti diverse fattispecie, oppure quando con le medesime azioni reitera più volte la stessa fattispecie. Si parla di un concorso ideale (*Idealkonkurrenz*), quando l'attore con una sola azione integra la stessa fattispecie più volte ovvero più fattispecie che possono coesistere tra loro<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> Vedi: DONATSCH/ TAG, *Strafrecht I* (4), p. 5 s; DTF 91 IV 213 ; 96 IV 165 ; STRATENWERTH, *AT I*(1), p. 480

<sup>12</sup> STRATENWERTH, *AT I*(1), p. 481.

<sup>13</sup> *Idem*, pp. 479 ss.

<sup>14</sup> DONATSCH/ TAG, *Strafrecht I* (4), p. 396 ss; STRATENWERTH, *AT I* (1), pp. 488 ss; TRECHSEL/NOLL, *AT I* (2), p. 285 ss.

Può accadere, inoltre, che uno o più reati vengano scoperti successivamente alla condanna di altri reati ma che siano a essi anteriori. Per questi casi l'art. 49 cap. 2 prevede il cosiddetto concorso retrospettivo (*Retrospektive Konkurrenz*). Quindi, la pena viene determinata secondo l'art. 49 cap. 1 e per il nuovo fatto di reato che deve essere giudicato, si può solo assegnare una pena suppletiva; tuttavia, ciò sarà possibile solo nella misura in cui la *rejudicanda* sia stata commessa prima della crescita in giudicato della sentenza di primo grado che ha disposto per il reato cronologicamente posteriore<sup>15</sup>.

1.5  
Concorso  
retrospettivo

*c. Il concorso proprio nell'ordinamento svizzero*

Le difficoltà nell'affrontare la variegata casistica che la realtà offre ed i diversi approcci al tema dei sistemi sanzionatori hanno condotto dottrina e giurisprudenza a elaborare di concerto con il legislatore soluzioni anche tra loro divergenti. In proposito, vengono in considerazione almeno tre principi<sup>16</sup>:

1.6

- i.* il principio di cumulo dei reati (*Kumulationsprinzip*);
- ii.* il principio dell'assorbimento (*Asperationsprinzip*) e
- iii.* il principio di concorso (*Absorptionsprinzip*).

Il principio del cumulo dei reati (*Kumulationsprinzip*) si ispira al brocardo *tot crimina tot poenae*, per cui, nell'accezione più stretta, l'autore risponde rigorosamente per ogni fatto e le pene vengono sommate tra loro senza temperamenti; in base al principio dell'assorbimento (*Asperationsprinzip*), invece, si ha applicazione di un criterio più mite e l'autore viene condannato alla pena prevista per il reato più grave aumentata in misura adeguata; infine, il principio del concorso (*Absorptionsprinzip*) lascia spazio a una valutazione ancora più moderata in quanto l'agente verrà gravato solo della pena prevista per la fattispecie più grave senza ulteriori inflizioni<sup>17</sup>.

1.7

<sup>15</sup> DONATSCH/TAG, *Strafrecht I* (4), p. 395; ACKERMANN, *Bsk* (4), ad art. 49 § 53 ss.

<sup>16</sup> ACKERMANN, *Bsk* (4), ad art. 49, § 8.

<sup>17</sup> TRECHSEL/NOLL, *AT I* (2), p. 284; DONATSCH/TAG, *Strafrecht I* (4), p. 394.

1.8  
Base legale art.  
49 CP

Nell'ordinamento penale svizzero il concorso di reati trova riconoscimento e disciplina all'art. 49 CP (vecchio art. 68). In esso è sancito il principio dell'assorbimento (*Asperationsprinzip*)<sup>18</sup> per tutti i casi di c.d. concorso proprio, ovvero quando l'autore ha posto in essere una o più azioni diverse che integrano diverse fattispecie<sup>19</sup>, restando al di fuori i casi in cui esista un c.d. concorso improprio. Per l'art. 49 resta irrilevante se l'attore mediante la commissione di uno o più atti sia passibile di più pene<sup>20</sup>.

**Art. 49 Concorso di reati**

<sup>1</sup> Quando per uno o più reati risultano adempite le condizioni per l'inflizione di più pene dello stesso genere, il giudice condanna l'autore alla pena prevista per il reato più grave aumentandola in misura adeguata. Non può tuttavia aumentare di oltre la metà il massimo della pena comminata. È in ogni modo vincolato al massimo legale del genere di pena.

<sup>2</sup> Se deve giudicare un reato che l'autore ha commesso prima di essere stato condannato per un altro fatto, il giudice determina la pena complementare in modo che l'autore non sia punito più gravemente di quanto sarebbe stato se i diversi reati fossero stati compresi in un unico giudizio.

<sup>3</sup> Nella commisurazione della pena unica secondo i capoversi 1 e 2, i reati che l'autore avesse commesso prima di aver compiuto i diciott'anni non devono incidere più di quanto sarebbe stato se fossero stati giudicati singolarmente.

1.9  
Determinazione  
della pena

Il meccanismo di calcolo adottato dal legislatore prevede la comminatoria di un'unica pena laddove si ravvisino gli elementi costitutivi delle figure criminose in considerazione. Scendendo nel dettaglio, il punto di partenza è rappresentato dalla individuazione della pena prevista per il reato più grave (*Einsatzstrafe*) la quale dovrà essere

---

<sup>18</sup> In Italia, invece, si distingue tra concorso ideale e concorso materiale. Per il concorso materiale vale, ai sensi dell'art. 72 ss. CP-I, un limitato principio di cumulazione dei reati. Similmente alla Svizzera, per il concorso ideale vale, invece, ai sensi dell'art. 81 CP-I, il principio di concorso di disposizioni penali., con la differenza che in Italia la pena più grave può essere aumentata fino al triplo. Vedi FERRANDO MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte generale*, Cedam, Padova 2007, pp. 451.

<sup>19</sup> TRECHSEL/NOLL, *AT I* (2), p. 284; SEELMANN, *AT* (3), p. 176.

<sup>20</sup> SEELMANN, *AT* (3), p. 176.

obbligatoriamente aumentata in misura adeguata. Per adoperare una siffatta scelta, in prima istanza, ci si potrà appellare al criterio del trattamento penale più severo, ma laddove il riferimento non sia decisivo non resta che basarsi sul parametro del «*superiore minimo edittale*»<sup>21</sup>. Tuttavia, in fase di commisurazione, il giudice è comunque astretto da alcuni limiti invalicabili. Egli, infatti, non può aumentare di oltre la metà il massimo della pena comminata ed è *a priori* vincolato in via generale al massimo legale previsto per il tipo di pena<sup>22</sup>.

Struttura e contenuto della norma (anche se, quest'ultimo, solo parzialmente) sono stati oggetto di un rinnovamento con la riforma entrata in vigore il 1.1.2007. Obiettivo principale era la nuova regolamentazione del sistema di sanzioni, il quale avrebbe dovuto contribuire più efficacemente a proteggere la società, impedendo nella misura del possibile la commissione di reati<sup>23</sup>. La novità insita nel novellato art. 49 I consiste nel fatto che il principio del concorso di disposizioni penali (*Asperationsprinzip*) vale per tutte le pene dello stesso genere, pecuniarie e privative della libertà<sup>24</sup>. L'art. 49 II ripropone il vecchio numero 1 comma 1 CP, sostituendo unicamente la locuzione «*pene privative della libertà personale*» con «*pene della stessa specie*»<sup>25</sup>. Mentre si evidenzia come nel vecchio art. 68 II il concorso di multe o pene pecuniarie venisse calcolato secondo il principio di cumulo dei reati<sup>26</sup>, ora, invece, l'inflizione della pena unica, secondo il principio dell'assorbimento, vale quindi anche per questo tipo di pene<sup>27</sup>.

1.10  
La novella del  
2007

<sup>21</sup> STRATENWERTH, *ATI* (1), p. 499; DTF 115 IV 304.

<sup>22</sup> DONATSCH/ TAG, *Strafrecht I* (4), pp. 394 ss; STRATENWERTH, *ATI* (1), p. 499.

<sup>23</sup> FF 1998 1669 ss.

<sup>24</sup> ACKERMANN, *Bsk* (4), *ad Art.* 49 §§ 7 ss.

<sup>25</sup> FF 1998 1669.

<sup>26</sup> ACKERMANN, *Bsk* (4), *ad art.* 49 §§ 7 ss.

<sup>27</sup> FF 1998 1746. Si veda inoltre FELIX BÄNZIGER/ ANNEMARIE HUBSCHMID/ JÜRIG SOLLBERGER, *Zur Revision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafrechts und zum neuen materiellen Jugendstrafrecht*, Stämpfli, Berna 2006, p. 130.

- 1.11 La fattispecie dell'art. 187 CP è costruita ponendo a fondamento elementi parzialmente condivisi con altre figure criminose, contemplate nello stesso Titolo V del Codice penale e che meritano di essere in questa sede illustrati e approfonditi per una visione a largo spettro del fenomeno.

## 2. Concorso con l'art. 188 CPS: Atti sessuali con persone dipendenti

- 2.1 Con l'art. 188 CPS il Legislatore penale interviene a sanzionare una particolare condotta, considerata disdicevole in virtù del legame che presuppone con la vittima. Esso, infatti, reprime gli atti sessuali commessi con minorenni in stato di dipendenza.

- 2.2 La disposizione punisce: *i*) chi, sfruttando rapporti di educazione, di fiducia, di lavoro, o comunque di soggezione, ne approfitta per compiere un atto sessuale con un minorenne di età superiore ai sedici anni; ovvero *ii*) chi induce una tale persona a compiere un atto sessuale, profittando dello stato di dipendenza in cui essa si trova.

- 2.3 Il bene giuridico protetto dalla norma è duplice, non solo il corretto sviluppo del minorenne, ma anche la sua libertà di autodeterminazione in ambito sessuale<sup>28</sup>. Chi ha compiuto sedici anni può infatti responsabilmente decidere se intrattenere relazioni sessuali o meno ma ciò deve maturare in un ambito di libera spontaneità. Basilare presupposto della condotta è l'esistenza del rapporto di dipendenza tra vittima e agente, mentre, per quanto concerne lo sfruttamento di tale rapporto, si fa riferimento a qualsiasi atto sessuale che il dipendente «*eigentlich nicht will*»<sup>29</sup>.

- 2.4 Concorso con il 187 Per quel che riguarda i rapporti con il reato di atti sessuali con fanciulli, sussistono due nette linee di demarcazione. In primo luogo, l'età, per cui se il minore ha meno di sedici anni prevale e si applica

---

<sup>28</sup> GÜNTER STRATENWERTH/GUIDO JENNY, *Schweizerisches Strafrecht*, BT I, Stämpfli, Berna 2003, p. 154 ss.

<sup>29</sup> STEFANIA SUTER-ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit der sexuellen Handlungen mit Kindern nach art. 187 StGB*, Schulthess, Zurigo 2003, p. 225.

soltanto l'art. 187 CP. L'alternatività è netta, l'applicazione dell'uno esclude quella dell'altro, poiché per poter mettere in atto la disposizione di cui all'art. 188 CP la vittima deve aver raggiunto il sedicesimo anno di età, pur permanendo ancora minorenni con riferimento al limite degli anni diciotto<sup>30</sup>. In secondo luogo, l'art. 187 non contempla come necessario alcuno sfruttamento di rapporti di dipendenza.

Lo stato di soggezione o dipendenza ha rappresentato il fulcro della giurisprudenza del Tribunale federale in materia, il quale ha cercato di analizzarne portata ed estensione. In via esemplificativa si può citare la seguente casistica:

2.5  
Casistica

- Con decisione del 16 ottobre 1996 riconosce la Corte un rapporto di dipendenza in un caso in cui l'autore aveva sfruttato la tossicodipendenza di una diciassettenne per ottenere in cambio favori sessuali in cambio della razione quotidiana di stupefacente;
- Venne invece negato il rapporto di dipendenza in un caso in cui una diciassettenne aveva compiuto degli atti sessuali con un uomo più grande. Quest'ultimo aveva informato il ragazzo degli aspetti positivi di una relazione omosessuale, ma anche dei possibili effetti destabilizzanti. Il fatto che l'uomo vendesse della canapa al minore non venne considerato sufficiente<sup>31</sup>;
- Riconosciuta fu invece la dipendenza di un ragazzo nei confronti del convivente della madre<sup>32</sup>;
- Ugualmente nel caso di un minorenni che seguiva delle lezioni private<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> BERNARD CORBOZ, *Les infractions en droit suisse*, Stämpfli, Berna 2002, p. 730; STEFAN TRECHSEL, *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Praxiskommentar*, Dike, Zurigo 2008, ad art. 189 § 17.

<sup>31</sup> DTF 125 IV 129.

<sup>32</sup> DTF 103 IV 90.

<sup>33</sup> DTF 102 IV 25.

### 3. Concorso con gli artt. 189 e 190: coazione sessuale e violenza carnale

- 3.1 Artt. 189 e 190 Gli articoli 189 e 190 possono essere illustrati unitamente in quanto sono posti a protezione del medesimo bene giuridico ossia la libera autodeterminazione in ambito sessuale dei cittadini.
- 3.2 Tali disposizioni, come suggellato dal *rubrum*, reprimono le offese alla libertà sessuale e alla dignità personale, specie della donna.
- 3.3 In base all'articolo 189 è punito chi costringe una persona a subire un atto sessuale, usando minaccia, pressioni psicologiche su di lei o rendendola inetta a resistere<sup>34</sup>. Nonostante la norma faccia riferimento alla sola sopportazione, bisogna intendere ricompreso nella fattispecie anche il costringimento a compiere atti sessuali. Le pressioni dell'agente non devono necessariamente rendere la vittima completamente inetta a resistere; se, ad esempio, soggetto passivo è un bambino si userà un metro di giudizio proporzionato, in considerazione della sua minore capacità di resistere alle pressioni di un adulto.
- 3.4 Due aspetti meritano di essere segnalati. Per essere rilevante, il soggetto attivo deve porre in essere in prima persona l'atto da cui deriva la coazione contestualmente agli atti sessuali: non basta, dunque, che egli sfrutti un preesistente rapporto di dipendenza, caso che potrebbe condurre all'applicazione dell'art. 188, o dell'art. 192, oppure dell'art. 193 CP. Inoltre, la condotta dell'agente deve influire causalmente sul superamento della resistenza del soggetto passivo; pertanto, tra coazione e atti sessuali deve sussistere un nesso eziologico diretto.

---

<sup>34</sup> CORBOZ, *Les infractions* (30), pp. 743 ss.; Vedi inoltre FF 2000 2609 ss. 2612. Uno degli obiettivi perseguiti dalla novella in materia di reati contro l'integrità sessuale era quello di discernere tra gli atti sessuali compiuti con persone minori di sedici anni senza ricorrere alla violenza o alla coercizione, puniti ora dall'articolo 187 CP, e quelli commessi impiegando mezzi coercitivi o sfruttando un rapporto di dipendenza, repressi anche dagli articoli 189-193 CP. Il legislatore riteneva che l'articolo 187 CP dovesse tutelare soltanto lo sviluppo armonioso della sessualità del fanciullo e non anche la sua libertà di autodeterminazione.

Passando all'art. 190, esso riprende tutti gli elementi costitutivi fin qui osservati per l'art. 189, ma se ne discosta nella misura in cui richiede suppletivamente che l'atto sessuale consista precipuamente in un rapporto completo e che vittima del reato sia una donna.

3.5  
Art. 190

Un profilo di sicuro interesse attiene al rapporto sistematico con l'art 187, in quanto i reati esaminati possono concorrere con il delitto di atti sessuali con fanciulli in forza della circostanza che sono posti a baluardo di beni giuridici differenti<sup>35</sup>. La giurisprudenza del Tribunale federale sul punto ha espressamente riconosciuto che *«qualora atti sessuali con fanciulli adempiano contemporaneamente le fattispecie legali della coazione sessuale o della violenza carnale va ammesso il concorso. Un bambino può essere vittima di pressioni di natura psicologica anche senza che gli venga usata violenza, segnatamente ove si approfitti della superiorità fisica, delle sue minori conoscenze oppure della sua dipendenza emotiva e sociale; tale è il caso quando l'abuso viene commesso da chi detiene l'autorità in casa. Queste condizioni sono realizzate quando l'autore, nel preciso intento di abusare sessualmente del bambino, sfrutta la sua posizione di amico - con un ruolo quasi paterno - e di partner della madre»*<sup>36</sup>.

3.6  
Concorso con il  
187

#### **4. Concorso con l'art 191 CPS: atti sessuali con persone incapaci di discernimento o inette a resistere**

L'art. 191 CPS è espressione della sensibilità del Legislatore nei confronti di quelle persone che versano in una condizione di minorata difesa e proprio per questo meritevoli di essere destinatarie di disciplina di tutela rafforzata. La condotta repressa circoscrive l'agire di colui che, conoscendone lo stato, si congiunge carnalmente o compie un atto analogo alla congiunzione carnale o un altro atto sessuale con una

4.1  
Art. 191

---

<sup>35</sup> SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (29), p. 241; PHILIPP MAIER in MARCEL NIGGLI/HANS WIPRÄCHTIGER, *Basler Kommentar. Strafrecht II*, Helbing & Lichtenhahan, Basilea 2007, ad art. 187, § 34.

<sup>36</sup> DTF 124 IV 154 c. 3b-c.

persona incapace di discernimento o inetta a resistere<sup>37</sup>. Affinché la fattispecie sia integrata, è richiesta una situazione di assoluta incapacità di difendersi della vittima, la quale viene abusata dall'agente per compiere degli atti sessuali. Tuttavia, la mancanza di attitudine a difendersi del partner, non implica *ex se* la violazione dell'art. 191; infatti, il soggetto svantaggiato potrebbe comunque validamente esprimere il proprio consenso. Da ciò se ne deduce che la condotta dell'agente assume rilevanza penale solo se la condizione di menomazione è strumentalizzata per compiere l'atto.

4.2  
Concorso con il  
187

Per quel che riguarda il rapporto di concorso col reato di atti sessuali con fanciulli, si registra una frattura tra giurisprudenza e dottrina. Da un lato, il Tribunale federale<sup>38</sup> asserisce che possono trovare applicazione contemporanea gli artt. 187 e 191, nel caso in cui il bambino venga abusato sfruttando l'incapacità d'intendere derivante dalla sua età. La dottrina ha, invece, vivacemente criticato questa impostazione affermando che essa contrasta con il divieto di doppia valutazione o doppia presa in considerazione (*Doppelverwertungsverbot*)<sup>39</sup>. Per la legge infatti qualsiasi atto sessuale con un minore è un abuso, ed è quindi impossibile isolare nel caso in questione una capacità di intendere che permetta al minore di esprimere, in alcuni casi e sempre con riferimento all'età, un "consenso"<sup>40</sup>. TRECHSEL percorre una via interpretativa che tenta di ricucire lo strappo, postulando, dunque, che un concorso ideale tra art. 187 e 191 è possibile ma solo alla condizione in cui l'incapacità del minore sia dovuta a cause diverse dall'età: ad esempio a causa di stordimento in seguito all'assunzione di droghe<sup>41</sup>. MAIER, soffermando la propria attenzione sullo scopo della norma, sostiene che l'art. 191 dovrebbe proteggere i bambini anche nel caso in cui non siano in condizioni di difendersi. In tale ipotesi, si tratterebbe solo di capire se il minore abbia compreso lo svolgersi degli eventi, indipendentemente dalla connotazione sessuale degli stessi che,

---

<sup>37</sup> STRATENWERTH/JENNY, *BT I* (28), pp. 174 ss.

<sup>38</sup> DTF 120 VI 197.

<sup>39</sup> TRECHSEL, *Praxiskommentar* (30), ad art. 63, § 17.

<sup>40</sup> *Idem*, ad art. 187, § 22.

<sup>41</sup> *Ibidem*.

a causa dell'età, rimarrebbe a lui comunque sempre estranea. In caso di risposta negativa, secondo l'autore, si ha concorso proprio tra gli articoli 187 e 191<sup>42</sup>.

Tale ultima impostazione, a parere di chi scrive, appare preferibile quantunque sia necessario operare una precisazione. Ammettere il concorso proprio tra gli artt. 187 e 191 consente indubbiamente di meglio cogliere il disvalore della condotta di chi si abbandona a compiere atti sessuali con bambini molto piccoli. Cionondimeno, non pare possibile configurare il reato di cui all'art. 187 CPS qualora soggetto passivo sia un neonato, ritenuto che il bene giuridico protetto dalla norma, ovvero sia il corretto sviluppo sessuale dei minorenni, non può dirsi minacciato in infanti che non sono nelle condizioni di percepire alcunché dell'accaduto. In tale ultima ipotesi sarà dunque solo l'art. 191 a entrare in linea di conto. 4.3

## **5. Concorso con l'art. 192: Atti sessuali con persone ricoverate, detenute od imputate**

L'art. 192 CPS interviene a sanzionare una condotta considerata speciosamente abietta perché commessa a danno di persone che si trovano in una posizione o in uno stato di debolezza o inferiorità nei confronti dell'abusante. In ciò la norma ribadisce un impianto consolidato già chiaramente enunciato all'art. 188 e lo adegua alle peculiarità del caso. Incorre nella pena chi, infatti, profittando di un rapporto di dipendenza, induce una persona ricoverata o collocata in uno stabilimento, detenuta, incarcerata o imputata, a commettere o subire un atto sessuale. Anche in questo caso, il bene giuridico tutelato dall'ordinamento è la libertà di autodeterminazione in campo sessuale<sup>43</sup>. La lettera della norma articola al proprio interno un terzetto di gruppi omogenei: *i*) il primo distinguo raccoglie le persone che stazionano in ospedali, cliniche, ricoveri, o istituzioni analoghe. Non costituisce un 5.1  
L'art. 192

---

<sup>42</sup> MAIER, *Bsk* (35), *ad art.* 191, § 7 s.

<sup>43</sup> MAIER, *Bsk* (35), *ad art.* 191, n. 1; TRECHSEL, *Praxiskommentar* (30), *ad art.* 192, § 1.

componente rilevante la circostanza che il soggetto-persona offesa abbia deciso l'internamento volontariamente o per ordine del giudice; *ii*) nella seconda cerchia il codice pone le «*persone collocate in uno stabilimento*», dizione che, a differenza della categoria precedente, rimanda a soggetti che sono stati internati a motivo di custodia, educazione al lavoro o semplicemente per assistenza<sup>44</sup>; *iii*) infine, nel terzo gruppo, menzionati come possibili soggetti passivi, sono i detenuti sia in custodia cautelare che incarcerati per scontare una pena definitiva<sup>45</sup>. Trasversalmente a tutte queste ipotesi, permane il fondamentale fattore della sussistenza di un rapporto di dipendenza e del suo sfruttamento a fini di abuso sessuale. L'autore deve avvalersi del legame di inferiorità o subalternità che lo astringe alla persona protetta e per commettere il reato deve quindi essere dotato di una certa autorità sul soggetto passivo. Esemplicativamente, non può, dunque, essere autore un semplice visitatore dell'istituto<sup>46</sup>.

5.2  
Concorso con il  
187

Dal punto di vista del concorso con l'art. 187, si segnala che la dottrina non ha ancora raggiunto un'unanime convergenza di consensi. Per la dottrina prevalente, l'evenienza in cui la vittima abbia meno di 16 anni e si trovi, ad esempio, ricoverata in ospedale, viene ricondotta al paradigma del concorso ideale con il 187<sup>47</sup>. Secondo STRATENWERTH/JENNY il reato di atti sessuali con fanciulli assorbirebbe, infatti, il 192 in quanto il primo prevede una cornice edittale più ampia, permettendo di tenere in considerazione i rapporti di dipendenza come aggravanti<sup>48</sup>. Altra autorevole dottrina dissente e propone una chiave di lettura che si discosta parzialmente. Secondo SUTER-ZURCHER è possibile ammettere il concorso tra le due fattispecie, a patto che si sorregga tale esegesi assumendo che: *a*) le norme proteggano beni giuridici differenti; *b*) l'abuso di autorità non sia

---

<sup>44</sup> STRATENWERTH/JENNY, *BT I* (28), p. 157.

<sup>45</sup> *Ibidem*; MAIER, *Bsk* (35), *ad art.* 192, § 6.

<sup>46</sup> MAIER, *Bsk* (35), *ad art.* 192, § 7 ss.

<sup>47</sup> CORBOZ, *Les infractions* (30), p. 730; MAIER, *Bsk* (35), *ad art.* 192, n. 15; TRECHSEL, *Praxiskommentar* (30), *ad art.* 187, § 22; STRATENWERTH/JENNY, *BT I* (28), pp. 158 s.

<sup>48</sup> DTF 102 IV 251; STRATENWERTH/JENNY, *BT I* (28), pp. 158 s.

considerato un presupposto per l'applicazione del 187, pur essendo, spesso, un elemento caratteristico degli abusi sui minori. Da ciò si giunge alla conclusione che lo sfruttamento della dipendenza *ex art.* 187 difficilmente potrà essere adeguatamente considerato, attraverso la sola applicazione del reato di atti sessuali con fanciulli<sup>49</sup>.

## 6. Concorso con l' art. 193: sfruttamento dello stato di bisogno

Nell'orizzonte normativo sotto la cui egida trova riparo la libertà di autodeterminazione in campo sessuale si rinviene anche l'art. 193<sup>50</sup>. Pertanto, in base al dettato di esso chi si avvale di uno stato di bisogno, di un rapporto di lavoro o comunque di dipendenza per indurre una vittima, sia di sesso maschile che femminile, a tollerare o compiere atti sessuali incorre nella pena prevista. Lo stato di bisogno sussiste nel momento in cui una persona (vittima) a causa di una preesistente caratteristica personale e/o di fatto non è indipendente o libera ma sottoposta a un'altra persona (autore). Esso viene inteso in un'accezione non strettamente economica, ricorrendo ad esempio nei casi di giovani donne provenienti da paesi poveri o in via di sviluppo, che non trovano alcuna alternativa per vivere se non subire la schiavitù del racket della prostituzione<sup>51</sup>. La norma, inoltre, ricorre nuovamente al concetto di «dipendenza» quale concetto aperto, anche se non manca di indicare una tipica situazione in cui esso si manifesta ovvero l'esistenza di un rapporto di lavoro.

Nella ricostruzione offerta dalla dottrina prevalente, la riconduzione della condotta dell'agente agli art. 187 e 193 dà luogo a una ipotesi di concorso ideale. Ciononostante, nell'opinione di SUTER-ZÜRCHER si rileva che se il soggetto attivo «*eine Notlage oder Abhängigkeit des Opfers ausnutzt, um die sexuellen Handlungen vornehmen zu können, erhöht den Unrechtsgehalt seiner Tat*»<sup>52</sup>. Tale

6.1  
L'art. 193

6.2  
Concorso con il  
187

<sup>49</sup> SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (29), p. 250.

<sup>50</sup> MAIER, *Bsk* (35), *ad art.* 193, § 1.

<sup>51</sup> STRATENWERTH/JENNY, *BT I* (28), p. 161.

<sup>52</sup> SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (29), p. 253.

impostazione appare senz'altro preferibile, considerato che gli elementi caratterizzanti dell'art. 193 non possono essere debitamente tenuti in considerazione dal solo 187, il quale non richiede lo sfruttamento di un rapporto di dipendenza. Queste considerazioni conducono ad ammettere il concorso proprio tra gli artt. 187 e 193 CPS.

## 7. Concorso con l'art. 194: esibizionismo

7.1  
Artt. 194

Con il precetto contenuto all'art 194, il Codice penale non ha voluto escludere dalla sua area di competenza anche la pratica dell'esibizionismo in quanto ritenuto lesivo al tempo stesso della libertà sessuale e dell'onore ovvero, e meglio, la libertà di una persona a non essere confrontata con atti sessuali contro la sua volontà. La norma è strutturata in via generale e astratta ma è indubbio che la casistica presenti una netta prevalenza di componente maschile. Infatti e tipicamente, integra la fattispecie chi mostra il proprio membro in pubblico, senza perseguire ulteriori scopi illeciti. Tuttavia, fuoriesce da responsabilità penale colui che si denuda mostrando le *pudenda* per rivolgere un insulto ovvero chi scopre le proprie parti intime per espletare i propri bisogni corporali<sup>53</sup>. Sulla base di un'analisi empirica la dottrina ha avuto modo di suddividere i soggetti che commettono tale reato in tre categorie<sup>54</sup>:

- gli esibizionisti 'tipici': individui normalmente provenienti da famiglie ben integrate, i cui rapporti sociali e professionali non presentano esternamente elementi di devianza e la cui disfunzione sessuale inizia a manifestarsi attorno ai trent'anni;

---

<sup>53</sup> DTF 103 IV 168; MAIER, *Bsk* (35), ad art. 194, § 4; TRECHSEL, *Praxiscommentar* (30), ad art. 194, § 4; STRATENWERTH/JENNY, *BT I* (28), pp. 196 s.

<sup>54</sup> SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (29), p. 256; sul punto cfr. NORBERT NEDOPIL, *Forensische Psychiatrie*, Thieme, Stoccarda 2007, p. 200; WOLFGANG GAEBEL/Franz MÜLLER-SPAHN, *Diagnostik und Therapie psychiatrischer Störungen*, Kohlhammer, Stoccarda 2002, p. 658.

- gli esibizionisti ‘atipici’: individui che provengono, invece, da situazioni disagiate e sovente hanno disfunzioni cerebrali provocate o dall’abuso di alcol o da altri eventi traumatizzanti;
- gli esibizionisti pedofili: individui che indirizzano i destinatari vittime della loro esibizione nei bambini.

Perché possa fondarsi una responsabilità per esibizionismo, è necessario, sotto il profilo soggettivo, che l’autore agisca con l’intenzione precipua di far percepire la propria condotta alla vittima. Il dolo eventuale non è sufficiente; la fattispecie non può dirsi adempiuta se, ad esempio, un soggetto mostra il proprio membro per masturbarsi in un luogo isolato e una passante scorge casualmente il fatto<sup>55</sup>. A ciò deve aggiungersi, inoltre, che elemento ineliminabile è il motivo che spinge l’esibizionista ad agire, ovvero, essere visto da qualcuno nudo per eccitarsi sessualmente. È quindi essenziale che l’autore durante la condotta sia mosso da impulso sessuale e non, come già accennato sopra, da impulsi biologici o da intenti ingiuriosi<sup>56</sup>.

Secondo la dottrina prevalente l’esibizionismo *ex art. 194* può essere diretto solo nei confronti di persone adulte. Qualora un soggetto dovesse quindi masturbarsi al cospetto di un gruppo di quindicenni, egli verrebbe punito solo per atti sessuali con fanciulli e non per esibizionismo<sup>57</sup>. Diversamente, nel caso in cui l’autore si limiti a mostrare il proprio membro a un soggetto protetto dal 187, senza compiere alcuna ulteriore azione a sfondo sessuale, allora, a trovare applicazione sarà l’art. 194<sup>58</sup>. Tale conclusione è criticata da SUTER-ZÜRCHER<sup>59</sup>, la quale ritiene che sia concepibile il concorso tra esibizionismo e atti sessuali con fanciulli in quanto le due norme proteggerebbero beni giuridici differenti. A parere di chi scrive, la tesi

7.2

7.3

Concorso con il  
187

<sup>55</sup> TRECHSEL, *Praxiskommentar* (30), ad art. 194 § 3; STRATENWERTH/JENNY, *BT I* (28), p. 196; MAIER, *Bsk* (35), ad art. 194, § 12.

<sup>56</sup> SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (29), p. 253.

<sup>57</sup> CORBOZ, *Les infractions* (30), p. 730; TRECHSEL, *Praxiskommentar* (30), ad art. 194 § 7; STRATENWERTH/JENNY, *BT I* (28), p. 198.

<sup>58</sup> SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (29), p. 258.

<sup>59</sup> SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (29), p. 259.

del concorso tra le due norme è da ammettere qualora il minore si sia opposto all'atto, oppure abbia manifestato il suo disappunto, è invece da respingere nelle altre ipotesi. In tali ultime situazioni il bene giuridico protetto dall'art. 187, quantunque *prima facie* diverso da quello tutelato dall'art. 194, a ben vedere lo ricomprende. Il corretto sviluppo sessuale del minore presuppone infatti anche la tutela dello stesso da atti di esibizionismo "consensuali".

## 8. Concorso con l'art. 195: sfruttamento della prostituzione

8.1  
Lo sfruttamento  
della  
prostituzione

L'art. 195 è dedicato all'attività del meretricio. Assodato che il suo esercizio è legale e illecito è solo il suo sfruttamento, è comprensibile che il bene giuridico tutelato dalla norma sia l'autodeterminazione della persona a prostituirsi. Per prostituzione si intende un rapporto di scambio per cui una persona offre a terzi prestazioni sessuali al fine di procurare soddisfazione sessuale e ricevere di converso una mercede o altra controprestazione. Il servizio fornito non deve consistere necessariamente nel coito<sup>60</sup>. L'articolazione dell'art. 195 dettaglia minuziosamente al proprio interno cinque differenti condotte, tre delle quali concernono l'induzione alla prostituzione ovvero l'induzione di un minore, l'induzione sfruttando un rapporto di dipendenza e l'induzione a scopo di lucro. Perché possa sussistere induzione non è sufficiente un comportamento di semplice istigazione; l'influenza deve essere superiore ed è di intensità sufficiente quando l'autore sollecita e insiste<sup>61</sup>. Ulteriori varianti della fattispecie sono un insieme di possibili condizionamenti all'attività di chi si dedica alla prostituzione e, quindi, ad esempio, il sorvegliare, l'imporre tempo, luogo, estensione o altre circostanze a chi si prostituisce<sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup> MENG/SCHWEIBOLD, in MARCEL NIGGLI/HANS WIPRÄCHTIGER, *Basler Kommentar. Strafrecht II*, Helbing & Lichtenhahan, Basilea 2007, ad art. 195, n. 2; STRATENWERTH/JENNY, *BT I* (28), p. 179.

<sup>61</sup> MENG/SCHWEIBOLD, *Bsk* (35), ad art. 195, § 11.

<sup>62</sup> STRATENWERTH/JENNY, *BT II* (28), p. 182; DTF 129 IV 81.

Qualora venga indotto alla prostituzione un minore di anni 16, si ha concorso proprio tra l'art. 195 e l'art. 187 cpv. 1. Oltre allo sviluppo del minore viene infatti violata anche la sua libertà di autodeterminazione. L'art. 195 non prende in considerazione la necessità di protezione del bambino, mentre il 187 non può considerare in modo adeguato la circostanza che si tratti di prostituzione<sup>63</sup>.

8.2  
Concorso con il  
187

## 9. Concorso con l'art. 182 (vArt. 196): tratta di esseri umani

L'art. 182 CPS è stato introdotto in seguito alla ricezione da parte della Svizzera del Protocollo facoltativo del 25 maggio 2000 alla Convenzione sui diritti del fanciullo concernente la vendita di fanciulli, la prostituzione infantile e la pedopornografia<sup>64</sup>. Anteriormente, una norma analoga, ma dalla portata più limitata, era contenuta nell'art. 196 CPS vecchio conio. La fattispecie in esame mira a punire tutti quei casi in cui gli esseri umani vengono trattati come merce. Il bene giuridico tutelato è costituito dalla libertà personale, con particolare riferimento all'ambito sessuale e lavorativo<sup>65</sup>. «*Fare commercio*» significa offrire, procacciare, procurare, trattare, vendere, rilevare, indipendentemente dalla qualificazione giuridica formale del negozio<sup>66</sup>. Il dolo è specifico e richiede che il soggetto agente abbia commesso il fatto a scopo di sfruttamento sessuale o lavorativo, oppure ai fini di prelevare un organo della vittima<sup>67</sup>.

9.1  
L'art. 182

La dottrina maggioritaria nega che tra gli articoli 187 e 182 possa ricorrere concorso proprio. La circostanza che la vittima sia minorenni, che l'autore sfrutti la dipendenza e che induca il soggetto passivo a prostituirsi sono elementi tipici anche della tratta di esseri umani. Tale

9.2  
Concorso con il  
187

<sup>63</sup> MENG/SCHWEIBOLD, *Bsk* (35), ad art. 195, § 37; STRATENWERTH/JENNY, *BT II* (28), p. 183; SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (29), pp. 262 s.

<sup>64</sup> RS 0.107.2.

<sup>65</sup> DTF 126 IV 225; VERA DELNON/BERNHARD RÜDY, *Bsk* (35), ad art. 182, § 8; STRATENWERTH/JENNY, *BT II* (28), p. 184.

<sup>66</sup> DELNON/RÜDY, *Bsk* (35), ad art. 182, § 16.

<sup>67</sup> DELNON/RÜDY, *Bsk* (35), ad art. 182, § 32.

reato dunque assorbirebbe gli atti sessuali con fanciulli<sup>68</sup>. Altri autori invece sostenevano con riferimento al vecchio art. 186 che tra le due fattispecie potesse sussistere un concorso proprio, in quanto la norma previgente proteggeva anche la libertà di autodeterminazione. Solo una siffatta conclusione avrebbe permesso quindi di considerare in modo adeguato il disvalore di una tratta di essere umani avente ad oggetto dei bambini<sup>69</sup>. Tuttavia, con la nuova formulazione, e l'esplicita previsione di un aumento di pena nel caso in cui la vittima sia minorenni, appare evidente come la tratta di esseri umani assorba completamente gli atti sessuali con fanciulli, costituendone un'ipotesi speciale di aggravante.

## 10. Concorso con l'art. 198: molestie sessuali

10.1  
L'art. 198

Il reato di molestie sessuali mira a proteggere l'integrità e l'autodeterminazione sessuale. Esso è costituito da due fattispecie: il compimento di atti sessuali di fronte a un terzo (art. 198 cpv. 1) e le molestie verbali o attraverso vie di fatto (art. 198 cpv. 2). Nella prima ipotesi non è richiesto un contatto fisico o un coinvolgimento della vittima, la quale assume il ruolo di semplice osservatore. Affinché la fattispecie sia integrata, il fatto deve aver «creato scandalo»; non contano invece i motivi che hanno indotto l'autore al compimento del gesto. La seconda ipotesi prevede due varianti: molestie verbali e con contatto fisico. Le prime possono avvenire in forma orale o a mezzo di scritti dal contenuto esplicitamente volgare e offensivo; le molestie attraverso vie di fatto consistono invece nella commissione di un atto oggettivamente sessuale su una persona non consenziente. Tutte le varianti ex art. 198 richiedono il dolo<sup>70</sup>.

---

<sup>68</sup> DELNON/ RÜDY, *Bsk* (35), ad art. 182, § 45; STRATENWERTH/JENNY, *BT II* (28), p. 186.

<sup>69</sup> SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (29), p. 265.

<sup>70</sup> MENG/SCHWEIBOLD, *Bsk* (35), ad art. 198, §§ 3 ss; sulle condotte sessuali ex art. 198 si veda PHILIPP MAIER, *Umschreibung sexueller Verhaltensweisen im Strafrecht*, in *AJP* 11/1999, p. 1400; HANS WIPRÄCHTIGER, *Das geltende Sexualstrafrecht – eine kritische Standortbestimmung*, in *ZStrR* 3/2007, p. 314.

Nel caso in cui venga compiuto un atto sessuale di fronte a un minore di anni sedici si ha un coinvolgimento *ex art. 187 III CPS* e troverà applicazione solo il reato di atti sessuali con infrasedicenni in quanto *lex specialis*. Analogo discorso può essere fatto nel caso in cui un infrasedicenne venga molestato attraverso vie di fatto. Troverà invece applicazione unicamente l'art. 198 nel caso in cui il soggetto agente ponga in essere molestie verbali. Tale condotta, infatti, non costituisce un atto sessuale ai sensi dell'art. 187<sup>71</sup>.

10.2  
Concorso con  
l'art. 187

#### 11. Concorso con l'art. 213 CPS: l'incesto

A differenza dei precedenti, l'art. 213 CPS trova collocazione nel Titolo VI del Codice penale, dedicato ai crimini contro l'integrità della famiglia. Esso reprime la condotta dell'incesto e scopo della norma è primariamente quello di evitare che si instaurino delle relazioni sessuali all'interno dell'ambito più ristretto della famiglia. STRATENWERTH, ricordando che tale norma è legata a fattori essenzialmente socio-culturali, storicamente relativizzati, propone una lettura evolutiva, adeguata alla percezione attuale, per cui essa sarebbe da intendersi con riferimento agli abusi dei genitori nei confronti dei figli<sup>72</sup>. Il bene giuridico tutelato sarebbe, dunque, la difesa di una «*uralte Tabuvorstellung*»<sup>73</sup>. Puniti sono gli atti sessuali tra ascendenti e discendenti in linea retta e collaterale, tra fratelli di sangue o uterini. Dal punto di vista strutturale, si tratta di un reato plurisoggettivo, in cui entrambi i partecipanti vanno in contro a responsabilità penale, tuttavia, in base al cpv. 2, va esente da pena il minore che è stato sedotto.

11.1  
Incesto

<sup>71</sup> SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (29), pp. 271-272; MAIER, *Bsk* (35), *ad art. 187*, § 39.

<sup>72</sup> STRATENWERTH/JENNY, *BT II* (28), p. 21; DONATSCH, *Strafrecht II*, (4), p. 469.

<sup>73</sup> SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (29), p. 273; STRATENWERTH/JENNY, *Schweizerisches Strafrecht* (28), pp. 142-143; CORBOZ, *Les infractions* (30), p. 730.

11.2  
Concorso con il  
187

La dottrina ammette senza esitazione il concorso proprio tra l'art. 187 e l'art. 213 in quanto norme poste a tutela di beni giuridici diversi. Mentre il primo, infatti, proibisce agli adulti qualsiasi attività sessuale con i *infrasedicenni*, il secondo si occupa del caso particolare in cui tra soggetto attivo e passivo vi siano specifici rapporti di parentela<sup>74</sup>.

## 12. Rapporti tra 187 e pornografia (art. 197)

### a. Introduzione

12.1  
Correlazione tre  
art 187 e art. 197

L'art. 197 disciplina in modo ampio il reato di pornografia e per come elaborato dal Legislatore, esso si pone in stretta correlazione con l'art 187. Ciò risulta palese se si fa mente locale anche solo a due aspetti: *i*) mostrare del materiale pornografico in presenza di un minore rappresenta, infatti, una specificazione e al tempo stesso un completamento del capoverso 3 dell'articolo sugli atti sessuali con fanciulli (ovverosia coinvolgere un minore in atti sessuali); *ii*) inoltre, i cpv. 3 e *3bis* dell'art. 197 puniscono la c.d. pornografia "dura" ovvero, tra le altre, la rappresentazione di atti sessuali con fanciulli e nella produzione di tale materiale è insito come necessario presupposto un abuso sessuale. È dunque riscontrabile un ineludibile punto di contatto tra art. 187 cpv. 1 e art. 197 cpv. 3<sup>75</sup> e alla luce di ciò sembra non solo opportuno ma anche doveroso esporre in questa sede i tratti salienti dell'art. 197 e il loro legame con il reato di atti sessuali con fanciulli *ex* art. 187, in un approccio critico e rivolto a cogliere le peculiarità che consentono la delimitazione delle due fattispecie normative.

12.2  
Tenore letterale

L'art. 197 CP nella sua formulazione entrata in vigore il 1 aprile 2002 recita:

### **Art. 197: pornografia**

---

<sup>74</sup> SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (29), p. 273. Sul punto vedi anche FRITZ BAUMANN, *Blutschande und ihre Rechtlichen Folgen*, in SJZ, 63/1963, p. 322.

<sup>75</sup> Sul punto MENG/SCHWEIBOLD, *Bsk* (35), *ad* art. 187; SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (29), pp. 66 ss.; STRATENWERTH/JENNY, *BT I* (28), p. 187.

1. Chiunque offre, mostra, lascia o rende accessibili a una persona minore di sedici anni, scritti, registrazioni sonore o visive, immagini o altri oggetti o rappresentazioni pornografici, o li diffonde per mezzo della radio o della televisione, è punito con una pena detentiva sino a tre anni o con una pena pecuniaria.

2. Chiunque espone o mostra in pubblico oggetti o rappresentazioni a tenore del numero 1 o li offre ad una persona che non gliene ha fatto richiesta, è punito con la multa.

Chiunque in occasione di mostre o di rappresentazioni in locali chiusi, attira previamente l'attenzione degli spettatori sul carattere pornografico di queste, è esente da pena.

3. Chiunque fabbrica, importa, tiene in deposito, mette in circolazione, propaganda, espone, offre, mostra, lascia o rende accessibili oggetti o rappresentazioni a tenore del numero 1, vertenti su atti sessuali con fanciulli, animali, escrementi umani o atti violenti, è punito con una pena detentiva sino a tre anni o con una pena pecuniaria.

Gli oggetti sono confiscati.

*3bis.* Chiunque acquista, si procura per via elettronica o in altro modo o possiede oggetti o rappresentazioni a tenore del numero 1, vertenti su atti sessuali con fanciulli, animali o atti violenti, è punito con una pena detentiva o una pena pecuniaria.

Gli oggetti sono confiscati.

4. Se il colpevole ha agito per fini di lucro, la pena è una pena detentiva fino a tre anni o una pena pecuniaria. Con la pena detentiva è cumulata una pena pecuniaria.

5. Gli oggetti o rappresentazioni a tenore dei numeri 1-3 non sono considerati pornografici se hanno un valore culturale e scientifico degno di protezione.

*b. Elementi della fattispecie*

La protezione dell'integrità sessuale, in particolare dei minori (cpv. 1) e dei cittadini, dal confronto non ricercato con la pornografia costituisce l'obbiettivo principale dell'art. 197. Tale proposito si conferma al cpv. 3 dove il Codice ritiene appropriato introdurre una protezione preventiva (*Vorbeugender Jugendschutz*), attraverso la quale

12.3  
Bene giuridico  
tutelato

vengono tutelati anche gli adulti dalla c.d. pornografia dura (*Harte Pornographie*)<sup>76</sup>.

12.4  
Oggetti delle  
condotte

La rilevanza penale della condotta può essere raggiunta attraverso un largo ventaglio di ipotesi; la lettera della norma parla di scritti, registrazioni, immagini e rappresentazioni pornografiche, ma con la dizione «*altri oggetti*» l'elencazione non può ritenersi tassativa ma aperta alla concretizzazione giurisprudenziale. In merito, con tale locuzione («*andere Gegenstände solcher Art*» nella versione tedesca) viene identificata qualsiasi rappresentazione o registrazione contenente materiale pornografico che non rientri in una delle altre categorie elencate. Il Tribunale federale ha già affrontato la questione anche se mentre in un caso ha escluso che tra gli «*altri oggetti*» ex art. 197 I possano essere considerati i discorsi osceni<sup>77</sup>, in un altro ha differentemente considerato come possibile oggetto delle condotte secondo la disposizione in commento le registrazioni sonore a contenuto pornografico<sup>78</sup>. Tale impostazione ha suscitato perplessità ed è stata giustamente criticata dalla dottrina, siccome foriera di un infelice discrimine tra discorsi 'dal vivo' e discorsi registrati, allorquando sarebbe stato più conforme allo spirito e scopo della norma una diversa qualificazione operata in base al contenuto<sup>79</sup>.

12.5  
Concetto di  
pornografia

Affinché una rappresentazione venga qualificata come pornografica sono necessari due requisiti. Innanzitutto il prodotto deve essere oggettivamente concepito per essere idoneo a eccitare sessualmente il lettore, ascoltatore o osservatore. Non trovano quindi spazio considerazioni di natura soggettiva, né tantomeno ci si può appellare alla riserva mentale del produttore e nemmeno a quali effetti l'oggetto provoca sul destinatario. Il secondo requisito richiede che la rappresentazione concentri l'attenzione in modo inequivoco e smodato sugli organi genitali, laddove si tratta di atti sessuali. La componente

---

<sup>76</sup> FF 1985 981 ss.; MENG/SCHWEIBOLD, *Bsk* (35), ad art. 187, n. 7; STRATENWERTH/JENNY, *BT I* (28), p. 187; TRECHSEL, *Praxiskommentar* (30), ad 197, § 2;

<sup>77</sup> DTF 121 IV 109.

<sup>78</sup> TRECHSEL, *Praxiskommentar* (30), ad 197, § 3.

<sup>79</sup> SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (29), p. 75.

sentimentale deve essere del tutto assente o deve rimanere relegata in secondo piano e separata dall'atto puramente erotico. Non è condivisibile l'idea secondo la quale un elemento caratteristico della pornografia sarebbe la sottomissione della donna e la sua rappresentazione come un mero oggetto degli istinti sessuali maschili<sup>80</sup>. Nonostante non si possa negare che tale elemento sia spesso presente, soprattutto nei film a contenuto scabroso, esso non ne costituisce un elemento imprescindibile. Soprattutto nelle riproduzioni pornografiche omosessuali e pedofile, che maggiormente perpetrano offesa al comune senso del pudore, le donne non solo non vengono 'oggettivizzate', ma non sono nemmeno presenti. Una tale visione può discendere dalla tentazione di inserire rivendicazioni politiche di stampo femminista nella lotta contro un certo tipo di pornografia, ma tale posizione deve essere recisamente abbandonata, in quanto rischia di disperdere energie allontanandosi dal vero fulcro del problema. ovvero la specificazione del bene giuridico preservato dalla norma, la quale non tutela la parità tra uomo e donna o la dignità della donna, oggetto invece di altre fattispecie penali. La materia si presta a essere al centro di discussioni come dimostra la motivazione della sentenza del Tribunale federale del 6 dicembre 1999, con la quale viene condannato per pornografia un soggetto che aveva pubblicato sulla *Neue Zürcher Zeitung* degli annunci osceni («*Willige Ausländerinnen für Poposex ab Fr. 70*», «*Hausfrauen spreizen die Beine im Bhf.-WC*»). Secondo la Corte tali scritti, pubblicati in un quotidiano accessibile anche ai minori, avrebbero potuto influire negativamente sullo sviluppo dei bambini in quanto spingevano «*Frauen zu blosse Objekten sexueller Begierde herabzuwürdigen, über die nach Belieben verfügt werden Kann*». Il messaggio secondo il quale le donne sarebbero inferiori agli uomini, trasmesso attraverso l'umiliazione del ruolo femminile può essere considerato biasimevole, ma non giunge certo a ledere l'integrità sessuale del minore, la quale rappresenta il bene giuridico protetto dalla norma in esame. Più confacente con lo spirito della legge sarebbe stata una motivazione che facesse perno attorno all'intrinseca idoneità di tali pubblicazioni a

<sup>80</sup> SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (29), pp. 76 ss.

traumatizzare i bambini confrontandoli con un mondo a loro estraneo e dal quale devono essere tenuti al riparo.

12.6  
Rappresentazioni che non rientrano della fattispecie

Lo stesso art. 197 oltre a definire l'area del penalmente rilevante, si spinge a circoscrivere un'area di esclusione. Infatti, oggetti o rappresentazioni nel senso sopraesposto non sono considerati pornografici ai sensi dell'art. 197 CP, se hanno un particolare valore culturale o scientifico. Non rientra nella fattispecie in commento, ad esempio, una scena d'amore appassionata, collocata in un contesto che non faccia solo riferimento al carattere sessuale della stessa. Per quel che riguarda l'ambito scientifico non rappresenta pornografia una ricostruzione storica o culturale, benché il suo contenuto sia oggettivamente scabroso<sup>81</sup>.

*b. Protezione dalla pornografia 'morbida'*

12.7

Con l'accezione "pornografia morbida" si intendono quelle rappresentazioni che si situano a metà strada tra l'arte e la pornografia dura. Si tratta della semplice e cruda messa in mostra della sessualità umana, la quale riduce l'essere umano a semplice oggetto<sup>82</sup>. Secondo l'art. 197 cpv. 1 non devono essere resi accessibili a persone inferiori di 16 anni registrazioni, scritti e rappresentazioni pornografiche, per cui anche l'offerta di tali contenuti è vietata. Non costituisce, tuttavia, 'offerta' l'ipotesi in cui un esercizio di videonoleggio delimiti un'area, indicando chiaramente che il materiale riposto non è adatto ai minori. Ugualmente, non si configura nessun reato *ex art. 197* nell'ipotesi di videocassette esposte in vendita su uno scaffale, in quanto ciò non costituisce una pubblica esposizione del loro contenuto<sup>83</sup>. Problematico è, invece, il caso in cui un'emittente televisiva straniera trasmetta sul suolo nazionale rappresentazioni pornografiche; non è chiaro infatti se tali condotte ricadano sotto la giurisdizione svizzera o estera. La dottrina sembra tuttavia aver risolto il dilemma stabilendo che tali fatti

---

<sup>81</sup> MENG/SCHWEIBOLD, *Bsk* (35), *ad art. 187*, n. 63 ss.; SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (29), pp. 78 s.

<sup>82</sup> MENG/SCHWEIBOLD, *Bsk* (35), *ad art. 187*, n. 18; STRATENWERTH/JENNY, *BT I* (28), p. 188; DTF 117 IV 455.

<sup>83</sup> SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (29), pp. 79 s.

non vengono puniti in base alla legge elvetica, poiché la pornografia è un reato di mera condotta, e nel caso considerato, essendo l'azione compiuta all'estero, viene meno anche l'operatività dell'art. 197 CPS<sup>84</sup>.

c. *La pornografia 'dura'*

La pornografia c.d. dura si caratterizza come tale per la presenza alternativa di una delle seguenti caratteristiche: il coinvolgimento di bambini, la partecipazione di animali, l'impiego di escrementi umani o il ricorso alla violenza. Elemento comune è, dunque, la rappresentazione di perversioni estreme o di pratiche sessuali stravaganti e abominevoli<sup>85</sup>.

12.8  
Concetto

Il divieto relativo a prodotti pornografici in cui sono presenti bambini si rivolge alla piaga del mercato della pedopornografia. Le modalità di coinvolgimento e il ruolo nella partecipazione dei minori sono ininfluenti. Con il termine «*fanciulli*» vengono intesi i minori infrasedicenni in analogia al cpv. 1. Dalla rappresentazione deve essere chiaro che i soggetti sono dei minori<sup>86</sup>. TRECHSEL vorrebbe limitare la punibilità *ex art. 197 cpv. 3* solo nel caso in cui il materiale «*sexuelle Vorgänge mit offensichtlich nicht geschlechtreifen Menschen Gegenstand haben*»<sup>87</sup>. Nonostante la norma faccia riferimento ad «*atti sessuali con fanciulli*», la fattispecie può ritenersi integrata anche nei casi in cui i bambini vengono coinvolti solo come spettatori ovvero nel caso in cui compiano atti sessuali tra loro<sup>88</sup>. Rientrano nella fattispecie anche quei casi in cui i minori vengono ritratti in pose ambigue, poiché, ai fini della punibilità di una condotta relativa a un prodotto pedopornografico, è essenziale che essa documenti un reato anche solo in via potenziale *ex artt. 187 ss.*, compiuto, ad esempio, dal fotografo o da un altro membro

12.9  
Atti sessuali con fanciulli

<sup>84</sup> CHRISTIAN SCHWARZENEGGER, *Der räumliche Geltungsbereich des Strafrechts im Internet*, in *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, Berna 2/2000, p. 124; MENG/SCHWEIBOLD, *Bsk* (35), *ad art. 187*, § 18.

<sup>85</sup> MENG/SCHWEIBOLD, *Bsk* (35), *ad art. 187*, n. 19; DTF 128 IV 201; 121 IV 130. Vedi anche CASSANI, *Les représentations illicites du sexe et de la violence*, in *ZStrR*, 111/1993, p. 428; PHILIPPE WEISSEBERGER, *Wann sind Fotos nackter Kinder pornographisch?*, in *ZBJV*, 138/2002, p. 356.

<sup>86</sup> SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (29), p. 82.

<sup>87</sup> TRECHSEL, *Praxiskommentar* (30), *ad art. 197*, § 10;

<sup>88</sup> SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (29), p. 83.

della produzione<sup>89</sup>. La SUTER-ZÜRCHER a tal proposito fa giustamente notare come «*es ist ja nicht so, dass Kinder bis zu 16 Jahren freiverantwortlich für pornographische oder zumindest 'laszive' Fotos posieren würden; dahinten steht vielmehr immer eine nach schweizerischen Rechtsverhältnissen strafrechtlich relevante Missbrauchssituation*»<sup>90</sup>.

12.10 La realtà pone spesso la giurisprudenza di fronte a ipotesi difficili da valutare. Ne costituisce un esempio la pronuncia pubblicata in DTF 128 IV 25 che si è occupata di un caso in cui un soggetto aveva realizzato degli ingrandimenti (da 100% a 400%) di dettagli di foto in cui erano visibili gli organi genitali di ragazze minori di anni 16, successivamente fatte sviluppare in un laboratorio fotografico. Un tale comportamento ha condotto alla condanna per pornografia *ex art. 197 cpv. 3* in primo e secondo grado dell'accusato e, conseguentemente, al pagamento di una multa di CHF 600.— . Di fronte al Tribunale federale la questione centrale era capire se la condotta configurasse una 'produzione'; la corte accettò invece implicitamente le statuizioni dei precedenti gradi di giudizio secondo cui il materiale era da considerarsi pornografico. Secondo tali argomentazioni le foto in questione erano palesemente finalizzate a eccitare l'osservatore. Non è stata quindi considerata credibile la tesi secondo cui il ricorrente avrebbe scattato gli ingrandimenti per interesse tecnico-scientifico o anatomico, come affermato dallo stesso. Meritevole di segnalazione è lo sforzo ermeneutico operato dalla Corte d'Appello, la quale per reperire un criterio di valutazione è giunto a coniare una massima, in forza della quale le foto di nudo si ritengono pornografiche se mirano a eccitare con l'osservazione attraverso un'esagerata sottolineatura delle zone intime. Sembra quindi che il Tribunale federale muova da un concetto piuttosto ampio di pornografia (infantile) che giunge a lambire e ricomprendere anche il caso in cui l'autore abbia elaborato in chiave pornografica fotografie in origine in sé non oscene di bambini nudi.

---

<sup>89</sup> PHILIPPE WEISSENBERGER, *Revisonentwurf zur harten Pornographie: in dubio contra libertate*, *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins*, 3/1999, pp. 160 ss.; SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (29), p. 83.

<sup>90</sup> SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (29), p. 83.

D'altro canto tale delimitazione può apparire eccessivamente restrittiva, in quanto esclude quelle riproduzioni che, pur non esasperando le zone erogene, sono comunque pornografiche. La linea di demarcazione dovrebbe essere ricercata interrogandosi se il materiale in questione si trovi oltre la soglia di ciò che è socialmente accettato e se nessuna ragione oggettiva, che non sia l'eccitamento dell'osservatore, giustifichi tale raffigurazione<sup>91</sup>.

Gli atti compiuti con animali devono manifestarsi come inequivocabilmente sessuali. Il requisito è quindi che gli organi sessuali o gli orifici anali degli esseri umani coinvolti siano evidenti. La punibilità richiede inoltre la presenza di animali veri, non rientrando nella fattispecie le rappresentazioni Fantasy<sup>92</sup>.

12.11  
Atti sessuali con animali

Per atti sessuali violenti si intendono l'insieme delle pratiche comunemente conosciute come sadomasochiste e caratterizzate da abusi e inflizioni di vario tipo<sup>93</sup>. Non è sufficiente che la rappresentazione offra immagini di atti sessuali accompagnati da violenza ma si deve trattare di pornografia nel senso sopra precisato<sup>94</sup>.

12.12  
Atti sessuali violenti

Escrementi ai sensi dell'art. 197 cpv. 3 sono considerati le feci e le urine. Non rientrano nella definizione il sangue, il sudore, le lacrime, il latte materno, lo sperma o altri liquidi organici. Non sembra rientrare nella fattispecie l'utilizzo di escrementi animali<sup>95</sup>. A differenza delle altre categorie di pornografia dura, in questo caso le condotte semplicemente rappresentate non costituiscono di per sé reato<sup>96</sup>.

12.12  
Atti sessuali con escrementi

Secondo l'art. 197 cpv. 3 viene infatti punita non tanto la raffigurazione in sé ma la sua attività di diffusione e distribuzione, pertanto la sanzione ricade su chi «fabbrica, importa, tiene in deposito,

12.13  
Punibilità della detenzione

<sup>91</sup> SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (29), p. 83.

<sup>92</sup> MENG/SCHWEIBOLD, *Bsk* (35), ad art. 187, § 23.

<sup>93</sup> DTF 117 IV 465; MENG/SCHWEIBOLD, *Bsk* (35), ad art. 187, § 25.

<sup>94</sup> MENG/SCHWEIBOLD, *Bsk* (35), ad art. 187, § 24; TRECHSEL, *Praxiskommentar* (30), ad 197, § 10; DTF 117 IV 284.

<sup>95</sup> MENG/SCHWEIBOLD, *Bsk* (35), ad art. 187, n. 26; TRECHSEL, *Praxiskommentar* (30), ad 197, § 12;

<sup>96</sup> SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (29), p. 87.

*mette in circolazione, propaganda, espone, offre, mostra, lascia o rende accessibili»* quei contenuti. Anche l'attività preparatoria tratteggia un antefatto punibile<sup>97</sup> e il suo raggio tocca anche quegli atti posti in essere per garantire il proprio consumo<sup>98</sup>. Con l'introduzione del cpv. 3bis, dal 1 aprile 2002 viene inflitta una pena anche a chi semplicemente detiene, acquista o si procura gli oggetti sopra descritti. Il concetto di «*detenzione*» è definito facendo riferimento ad altre fattispecie che prevedono tale variante, in particolare, viene in rilievo il rimando al furto (art. 139) e stando al dettato del Tribunale federale la detenzione consiste nella signoria di fatto sulla cosa unitamente alla volontà di utilizzarla<sup>99</sup>.

12.14  
Non punibilità  
del consumo

Va invece mandato esente da qualunque conseguenza penale chi si limita a osservare rappresentazioni pornografiche senza essere in possesso del materiale. Analogamente non rientra nella fattispecie, la condotta di chi osserva su internet immagini o filmati, rientranti nella categoria in esame, senza salvarne il contenuto su supporti informatici<sup>100</sup>.

#### d. Concorso tra 187 e 197

12.15  
187 e  
pornografia  
'morbida'

Per quel che riguarda il concorso con l'art. 187 CP, il cpv. 1 del 197 è dotato di forza pari a una *lex specialis* e, qualora la condotta possa essere fatta risalire a entrambe le fattispecie, l'autore sarà punito unicamente per pornografia. Nell'ipotesi in cui, invece, gli atti in questione rappresentino un semplice 'preliminare', il 187 assorbe il 197<sup>101</sup>.

<sup>97</sup> WEISSENBERGER, *Revisonentwurf* (), p. 161.

<sup>98</sup> TRECHSEL, *Praxiskommentar* (), ad 197, n. 14; STRATENWERTH/JENNY, *BT I* (28), p. 194.

<sup>99</sup> DTF IV 106; MENG/SCHWEIBOLD, *Bsk* (35), ad art. 187, § 48; MARTIN SCHUBARTH/PETER ALBRECHT, *Die Strafbestimmungen der Betäubungsmittelgesetzes (Art. 19-28 BetmG)*, Stämpfli, Berna 2007, p. 65.

<sup>100</sup> MENG/SCHWEIBOLD, *Bsk* (35), ad art. 187, § 48;

<sup>101</sup> TRECHSEL, *Praxiskommentar* (30), ad 197, § 11; MENG/SCHWEIBOLD, *Bsk* (35), ad art. 187, § 23.

Sul fronte della pornografia dura, chi esegue le riprese è duplicemente punito in base al 197 cpv. 3 e al 187, in quanto le due norme proteggono beni giuridici distinti, mentre è configurabile un concorso ideale tra 197 cpv. 3 e 197 cpv. 1<sup>102</sup>.

12.16  
187 e  
pornografia  
'dura'

### 13. Bibliografia

WOLFGANG GAEBEL/FRANZ MÜLLER-SPAHN, *Diagnostik und Therapie psychiatrischer Störungen*, Kohlhammer, Stoccarda 2002; BERNARD CORBOZ, *Les infractions en droit suisse*, Stämpfli, Berna 2002; JOSÉ HURTADO POZO, *Droit penal. Partie Generale II*, Schulthess, Zurigo 2002; GÜNTER STRATENWERTH/GUIDO JENNY, *Schweizerisches Strafrecht*, BT I, Stämpfli, Berna 2003; STEFAN TRECHSEL/PETER NOLL, *Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, 6. Auflage*, Schulthess, Zurigo, Basilea, Ginevra 2004; GÜNTER STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat*, 3a ed., Stämpfli, Berna 2005; KURT SEELMANN, *Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl.*, Helbing & Lichtenhan, Basilea, Ginevra, Monaco, 2005; ANDREAS DONATSCH/BRIGITTE TAG, *Strafrecht I Verbrechenslehre, 8. Auflage*, Schulthess, Zurigo, Basilea, Ginevra 2006; FELIX MARCEL NIGGLI/HANS WIPRÄCHTIGER, *Basler Kommentar. Strafrecht II*, Helbing & Lichtenhahan, Basilea 2007; MARCEL NIGGLI/HANS WIPRÄCHTIGER, *Basler Kommentar. Strafrecht I*, Helbing&Lichtenhahn, Basiela 2007; FERRANDO MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte generale*, Cedam, Padova 2007; STEFAN TRECHSEL, *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Praxiskommentar*, Dike, Zurigo 2008; MICHEL DUPUIS/ BERNARD GELLER/ GILLES MONNIER/ LAURENT MOREILLON/ CHRISTOPHE PIGUET, *Code Penal I*, Helbing & Lichtenhahn, Basilea, 2008.

13.1  
Opere generali  
in materia di  
diritto penale

JEAN HUBER, *Concours idéal et concours imparfait, notamment les rapports entre le Code pénal et les lois spéciales*, JDT, IV/1958, p. 79; HEIKE JUNG, *Zur Nachahmung empfohlen: Aufgabe der Rechtsfigur der fortgesetzten Handlung durch Schweizer Bundesgericht*, in NJW, 1994, p. 916; STEFAN WEHRLE, *Die Bedeutung erstinstanzlicher Urteile bei der retrospektiven Konkurrenz (Art. 68 Ziff. 2 StGB)*, in SJZ, 96/2000, p. 56; JÜRIG SOLLBERGER, *Besondere Aspekte der Geldstrafe*, in ZStrR, 2003, p. 261; HANS WEST/ ANDREAS EIKER, *Retrospektive Konkurrenz, Urteilsanmerkung zu BGE 129 IV 113*, in AJP, 2004, p. 207

13.1  
Studi e  
monografie sulla  
parte generale

ERNST WITTSCHI, *Zur Bestrafung der Notzucht an Kindern*, in SJZ, 54/1958, p. 82; CARL LUDWIG, *Zum Begriff der Unzucht und des unzüchtigen*, PJM, 1960, p. 109; FRITZ BAUMANN, *Blutschande und ihre Rechtlichen Folgen*, in SJZ, 63/1963, p. 322 CLAUDE PONCHET, *La censure cinematographique en droit administratif suisse et en droit genevois*, in SJ, 1979, p. 49; LUDWIG A. MINELLI, *Das Recht auf Zugang zu Pornographie*, SJZ, 83/1987, p. 182; ID, *Die Schweiz- im Jahr 232 nach Casanova*, plädoyer, 2/1992, p. 11; ANNE-MARIE BARONE, *Définition du harcèlement sexuel*, in

13.2  
Opere sulla parte  
speciale

<sup>102</sup> TRECHSEL, *Praxiskommentar* (30), ad 197, § 21; MENG/SCHWEIBOLD, *Bsk* (35), ad art. 187, § 73.

plädoyer, 1/1989, p. 64; ANNE-MARIE BARONE, *Violences conjugales et sexuelle*, in plädoyer, 2/1990, p. 51; CORNELIA KRANIK, *Rechtliche Aspekte zum Therapiemissbrauch*, plädoyer, 6/1992, p. 36; URS BRODER, *Delikte gegen die Familie ins besondere Vernachlässigung von Unterhaltspflichten*, in ZStrR, 19/ 1992, p. 290; MARC SPESCHA, *Über das Sittlichkeitsgefühl des normal empfindenden Bürgers*, in plädoyer, 1/1992, p. 28, JEANNE BUBOIS, *Das Opferhilfegesetz (OHG): endlich haben Opfer einer Straftat gegen Leib und Leben mehr Rechte. Was bringt das OHG Frauen, deren sexuelle Integrität verletzt wurde?*, in AJP, 2/1993, p. 1395; URSULA CASSANI, *Les représentation illicites du sexe et de la violence*, in ZStrR, 111/1993, p. 428; PHILIPP MAIER, *Das Tatbestandsmerkmal des unterpsychischen-durk-setzen im schweizerischen Strafgesetzbuch*, in ZStrR, 117/1999, p. 402; PHILIPPE WEISSENBERGER, *Wann sind Fotos nackter Kinder pornographisch?*, in ZBJV, 138/2002, p. 356; STEFANIA SUTER-ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit der sexuellen Handlungen mit Kindern nach art. 187 StGB*, Schulthess, Zurigo 2003; GIORGES FREY/ESTHER OMLIN, *«Genesis»-Pornographie und Internet*, in AJP, 11/2003, p. 1378.

13.2  
Studi e  
monografie sul  
titolo V

HANS SCHULTZ, *Die Revision des schweizerischen Sexualstrafrechts*, SJZ, 78/1982, p. 245; FRANZ RIKLIN, *Zur Reform des Sexualstrafrechts in der Schweiz*, in recht, 1/1983, p. 53; MARTIN KILLIAS/ MANFRED REHBINDER, *«Sexualdelikt und Strafrechtsreform»: sind die Reformer irrational?*, in ZBJV, 119/1983, p. 221; GUNTHER ARZT, *Sexualdelikte und Strafrechtsreform*, in ZBJV, 119/1983, p. 1; JÖRG REHBERG, *Das revidierte sexualstrafrecht* AJP, 2/1993, p. 16; STEFAN TRECHSEL, *Fragen zum neuen Sexualstrafrecht*, in ZBJV, 129/1993, p. 575; MARC FORSTER, *Die Korrektur des strafrechtlichen Rechtsgüte-und Sanktionenkataloges im gesellschaftlichen Wandel*, in ZSR, NF 114/1995, II, p. 1; PHILIPP MAIER, *Umschreibung sexueller Verhaltensweisen im Strafrecht*, in AJP 11/1999; PHILIPPE WEISSENBERGER, *Revisionentwurf zur harten Pornographie: in dubio contra libertate*, in Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, 3/1999; CHRISTIAN SCHWARZENEGGER, *Der räumliche Geltungsbereich des Strafrechts im Internet*, in Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Berna 2/2000; HANS WIPRÄCHTIGER, *Das geltende Sexualstrafrecht – eine kritische Standortbestimmung*, in ZStrR 3/2007; Id., *Aktuelle Praxis des Bundesgerichts zum Sexualstrafrecht*, ZStrR, 117/1999, p. 121.

13.3  
Opere sulla  
revisione del  
CPS

BÄNZIGER/ ANNEMARIE HUBSCHMID/ JÜRIG SOLLBERGER, *Zur Revision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafrechts und zum neuen materiellen Jugendstrafrecht*, Stämpfli, Berna 2006.





## CAPITOLO VIII

### LE CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE

SOMMARIO: 1. Cenni generali – 2. Cause di giustificazione legali e art. 187 CPS – 3. Il consenso dell'avente diritto e art. 187 CPS – 4. Bibliografia

#### 1. Cenni generali

##### *a. Principi*

Non tutte le azioni riconducibili a fattispecie penali sono per ciò solo illegittime. Le condotte tipiche rappresentano degli illeciti solo quando sono commesse in assenza di una causa di giustificazione. Le cause di giustificazione o scriminanti sono «*particolari situazioni in presenza delle quali un fatto, che altrimenti sarebbe reato, tale non è perché la legge lo impone o lo consente*»<sup>1</sup>. Esse descrivono i presupposti in presenza dei quali l'ordinamento penale approva un'azione che integra una fattispecie vietata dalla legge. Lo scopo è assicurare la protezione di un valore più alto rispetto al bene giuridico di volta in volta tutelato<sup>2</sup>.

1.1  
Definizione

---

<sup>1</sup> FERRANDO MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, Padova 2007, p. 249. Cfr. inoltre GÜNTER STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, Stämpfli, Berna 2005, p. 205; JOSÉ HURTADO POZO, *Droit penal. Partie General*, Schulthess, Zurigo 2008, pp. 100 ss.; MARTIN KILIAS/ ANDRÉ KUHN/ NATHALIE DONGOIS/ MARCELO F. AEBI, *Precis de droit penal general*, Stämpfli, Zurigo 2008, pp. 107 ss

<sup>2</sup> KURT SEELMANN, in MARCEL NIGGLI/HANS WIPRÄCHTIGER, *Basler Kommentar. Strafrecht I*, Helbing&Lichtehahn, Basilea 2007, Vor art. 14, § 2;

1.2  
Sussidiarietà e  
proporzione

Per questo motivo l'applicazione di una scriminante presuppone sempre il rispetto del principio di proporzionalità: il bene giuridico danneggiato e l'entità del suo pregiudizio devono essere ragionevolmente proporzionali al valore che si persegue con la condotta. Ulteriore principio che viene in rilievo nell'applicazione delle cause di giustificazione è quello di sussidiarietà: l'attacco è tollerato solo nel caso in cui l'agente non possa tutelare l'interesse ritenuto più alto in altro modo<sup>3</sup>.

*b. La riforma*

1.3  
La novella del  
2007

La riforma del 2007 non ha apportato modifiche di rilievo alla disciplina delle scriminanti. Gli articoli 14, 15 e 17 riprendono le disposizioni degli articoli 32 ss. CPS vecchio conio. Il legislatore ha ancora una volta rinunciato a codificare le circostanze scriminanti extra-legali sviluppate dalla dottrina e dalla giurisprudenza (in particolare il consenso della vittima e la salvaguardia di interessi preponderanti). La decisione fu motivata evidenziando la scarsa determinatezza in ambito dottrinale circa la portata di tali circostanze. Secondo il legislatore una specifica disposizione legale sul punto sarebbe risultata eccessivamente generica, e quindi inutile o estremamente complicata da applicare nella prassi<sup>4</sup>.

1.4  
Atto permesso  
dalla legge

L'art. 14 (atto permesso dalla legge) mantiene la norma precedentemente codificata nel vecchio art. 32 con qualche modifica di ordine formale. La proposta di eliminare l'art. 14, siccome ritenuto superfluo, fu respinta giacché si convenne che la sua previsione favorisce la certezza del diritto. Esso non menziona più i doveri d'ufficio e i doveri professionali i quali, secondo il parere unanime della dottrina, non costituiscono circostanze esimenti autonome<sup>5</sup>. La riforma ha inoltre

---

FRANZ RIKLIN, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I Verbrechenlehre*, 3<sup>a</sup> ed., Schulthess, Zurigo-Basilea-Ginevra 2007, pp. 182 ss.

<sup>3</sup> RIKLIN, *ATI* (2), p. 183.

<sup>4</sup> FF 1999 1691.

<sup>5</sup> BRIGITTE TAG/MAX HAURI, *Die Revision des Strafgesetzbuches Allgemeiner Teil*, Dike, Zurigo 2006, p. 32; THOMAS HANSJAKOB/HORST SCHMITT/JÜRG

modificato il lessema «*lecito*» del vecchio art. 32 con il sintagma «*non punibile*». Il legislatore ritenne infatti la precedente formulazione scorretta, siccome foriera di confusione, nella misura in cui equipara due concetti ontologicamente diversi: mentre infatti un'azione lecita non è mai punibile, un'azione non punibile ben può risultare illecita<sup>6</sup>.

Una novità è rappresentata dalla previsione in due articoli differenti (art. 15 e art. 16) della legittima difesa esimente e della legittima difesa disculpante (*Notwehrerzess*)<sup>7</sup>. Tale intervento sottolinea la differenza che l'applicazione delle due disposizioni esplica nella prassi. Nell'ottica civilistica per esempio, qualora il soggetto si difenda lecitamente di massima non è tenuto a risarcire l'aggressore (art. 52 I CO). Sorgerà un'obbligazione di risarcimento danni invece qualora i limiti della difesa legittima siano travalicati<sup>8</sup>.

1.5  
Legittima difesa

Anche lo stato di necessità disculpante e lo stato di necessità esimente, prima riuniti nell'art. 34, sono stati inseriti in due diverse disposizioni (art. 17 e art. 18)<sup>9</sup>. L'art. 17, relativo allo stato di necessità esimente, non riporta l'enumerazione esemplificativa dei beni la cui difesa può giustificare la sua applicazione, come invece disponeva il vecchio art. 34. Di quest'ultimo tuttavia la nuova norma riprende in forma sintetica i requisiti, che rimangono quindi invariati<sup>10</sup>.

1.6  
Stato di necessità

Il nuovo art. 17 riunisce inoltre all'interno di un unico capoverso il numero 1 comma 1 e il numero 2 del vecchio art. 34, relativi alle

1.7

---

SOLLBERGER, *Kommentierte Textausgabe zum revidierten Strafgesetzbuch*, 2. Auflage, CCFW, Berna, Lucerna 2006, p. 12.

<sup>6</sup> FF 1999 1671.

<sup>7</sup> TAG/HAURI, *Die Revision* (5), pp. 32 ss.; HANSJAKOB/SCHMITT/SOLLBERGER, *Kommentierte Textausgabe* (5), p. 13; HURTADO POZO, *Droit pénal* (1), pp. 232 ss.

<sup>8</sup> FF 1999 1691 s.

<sup>9</sup> TAG/HAURI, *Die Revision* (5), p. 34; HANSJAKOB/SCHMITT/SOLLBERGER, *Kommentierte Textausgabe* (5), p. 14; HURTADO POZO, *Droit pénal* (1), pp. 244 ss.

<sup>10</sup> FF 1999 1692; HANSJAKOB/SCHMITT/SOLLBERGER, *Kommentierte Textausgabe* (5), p. 15.

ipotesi in cui il soggetto agisce per preservare un proprio bene rispettivamente un bene appartenente a un terzo<sup>11</sup>.

*c. Le singole cause di giustificazione*

1.8  
La  
classificazione

Le cause di giustificazione vengono classificate secondo la loro fonte<sup>12</sup>:

- i.* Cause legali penali, ossia previste dal codice penale (*Strafgesetzliche Rechtfertigungsgründe*): atto permesso dalla legge (art. 14), legittima difesa esimente (art. 15) e stato di necessità esimente (art. 17):

**Art. 14 Atto permesso dalla legge**

Chiunque agisce come lo impone o lo consente la legge si comporta lecitamente anche se l'atto in sé sarebbe punibile secondo il presente Codice o a un'altra legge.

**Art. 15 Legittima difesa esimente**

<sup>1</sup> Ognuno ha il diritto di respingere in modo adeguato alle circostanze un'aggressione ingiusta o la minaccia ingiusta di un'aggressione imminente fatta a sé o ad altri.

<sup>2</sup> Chi eccede i limiti della legittima difesa per scusabile eccitazione o sbigottimento non agisce in modo colpevole.

**Art. 17 Stato di necessità esimente**

Chiunque commette un reato per preservare un bene giuridico proprio o un bene giuridico altrui da un pericolo imminente e non altrimenti evitabile agisce lecitamente se in tal modo salvaguarda interessi preponderanti.

- ii.* Cause codificate ma non nel codice penale (*Ausserstrafgesetzliche Rechtfertigungsgründe*) riconducibili all'art. 14 CP, atto permesso dalla legge;
- iii.* Cause non codificate (*Uebergesetzliche Rechtfertigungsgründe*): consenso della parte lesa, presunto consenso della parte lesa e tutela di legittimi interessi<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> FF 1999 1693.

L'art. 14 sottolinea in modo pleonastico che un'azione permessa dalla legge è sempre giustificata. Non si fa riferimento in questo caso unicamente al diritto penale, ma a tutto l'ordinamento giuridico. Gravi atti sovrani contro gli individui devono in ogni caso, secondo il principio della legalità, essere giustificati da una base legale, dall'interesse pubblico e dalla proporzionalità<sup>14</sup>. Parte della dottrina ritiene che l'art. 14, limitandosi semplicemente a ribadire l'unità dell'ordinamento giuridico, potrebbe essere stralciato poiché superfluo<sup>15</sup>.

1.9  
Atto permesso  
dalla legge

Il Codice prevede la legittima difesa esimente all'art. 15. L'art. 16 disciplina invece la legittima difesa disculpante. Chi respinge un'aggressione eccedendo i limiti dell'articolo 15, viene condannato con pena attenuata<sup>16</sup>.

1.10  
Legittima difesa  
esimente

La legittima difesa è l'esercizio di un diritto di tutela contro un'aggressione a danno di beni giuridici. Essa si incentra su due elementi: aggressione ingiusta e reazione legittima<sup>17</sup>.

1.11

Perché vi sia aggressione ingiusta occorrono i seguenti requisiti:

- soggetto attivo dell'aggressione deve essere l'uomo, dovendo essa provenire dalla condotta umana o da animali o cose appartenenti all'uomo e, perciò, soggetti alla sua vigilanza<sup>18</sup>;
- per quel che riguarda i tipi di aggressione, si può trattare non solo di un'azione, anche non violenta, ma anche di un'omissione<sup>19</sup>;

<sup>12</sup> STRATENWERTH, *ATI* (1), pp. 206 ss.; RIKLIN, *ATI* (2), p. 183.

<sup>13</sup> Sul punto STRATENWERTH, *ATI* (1), p. 231; ANDREAS DONATSCH/BRIGITTE TAG, *Strafrecht I, Verbrechenlehre*, 8<sup>a</sup> ed., Schulthess, Zurigo-Basilea-Ginevra 2006, § 18, pp. 213 s; RIKLIN, *ATI* (2), p. 184.

<sup>14</sup> SEELMANN, *Bsk* (2), ad art. 14, § 1; KURT SEELMANN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2<sup>a</sup> ed., Helbling & Lichtenhan, Basilea-Ginevra-Monaco 2005, p. 73.

<sup>15</sup> FF 1999 1669. Vedi anche STRATENWERTH, *ATI* (1), pp. 206 ss.; STEFAN TRECHSEL, *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Praxiskommentar*, Dike, Zurigo 2008, ad art. 14, § 1.

<sup>16</sup> DONATSCH/TAG, *Strafrecht I* (13), pp. 216 s.

<sup>17</sup> STRATENWERTH, *ATI* (1), pp. 235 ss.

<sup>18</sup> DONATSCH/TAG, *Strafrecht I* (13), pp. 217 ss; RIKLIN, *ATI* (2), pp. 186 ss;

- oggetto dell'aggressione deve essere un diritto altrui. Quest'ultimo da intendersi in senso lato, comprensivo oltre che dei diritti soggettivi *strictu sensu* e di qualunque situazione giuridica soggettiva attiva, anche degli interessi legittimi. Non rientrano invece gli interessi giuridicamente tutelati quali beni collettivi<sup>20</sup>;
- l'offesa minacciata deve essere ingiusta. L'antigiuridicità può derivare da qualsiasi norma dell'ordinamento giuridico<sup>21</sup>.
- l'aggressione al diritto deve concretare un pericolo attuale. «Attuale» è innanzitutto il pericolo incombente, scaturente cioè da una situazione che, se non interrotta, sfocerebbe subito nella lesione del diritto. È attuale inoltre il pericolo perdurante, che si ha quando la lesione è in corso e possono pertanto esserne evitati gli ulteriori sviluppi oppure quando la lesione non si è ancora consolidata, non essendosi completato il passaggio dalla situazione di pericolo a quella di danno effettivo<sup>22</sup>.

La reazione è legittima se ricorrono i requisiti seguenti:

- essa deve anzitutto cadere sull'aggressore. Anche terzi hanno il diritto di prestare soccorso all'agredito respingendo un'aggressione ingiusta (*Notwehrhilfe*); si parla in questo caso dell'aiuto alla legittima difesa secondo l'art. 15 CPS<sup>23</sup>.
- essa deve inoltre essere adeguata. La difesa deve quindi rispettare il principio di proporzionalità in senso ampio che si compone dell'inevitabilità altrimenti dell'offesa e della

---

<sup>19</sup> STATENWERTH, *AT I*(1), pp. 236 ss; SEELMANN, *Strafrecht I* (14), p. 68;

<sup>20</sup> STEFAN TRECHSEL/PETER NOLL, *Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 6<sup>a</sup> ed., Schulthess, Zurigo-Basilea-Ginevra 2004; § 27, pp. 126 ss.

<sup>21</sup> DONATSCH/TAG, *Strafrecht I* (13), p. 217 ss; RIKLIN, *AT I* (2), pp. 186 ss;

<sup>22</sup> DONATSCH/TAG, *Strafrecht I* (13), pp. 217 ss; RIKLIN, *AT I* (2), pp. 186 ss; STATENWERTH, *AT I* (1), pp. 236 ss; SEELMANN, *Strafrecht I* (14), p. 68; TRECHSEL, *Praxiskommentar* (15), ad art. 15, § 3 ss.; TRECHSEL/NOLL, *AT I* (20), pp. 126 ss.

<sup>23</sup> SEELMANN, *Bsk* (2), ad art. 15, § 9; STATENWERTH, *AT I*(1), pp. 236 ss; SEELMANN, *Strafrecht I* (14), p. 68;

proporzionalità in senso stretto. L'inevitabilità altrimenti dell'offesa indica l'impossibilità del soggetto di difendersi mediante un'offesa meno grave di quella arrecata. La proporzione in senso stretto tra difesa e offesa è rispettata quando il bene giuridico sacrificato all'aggressore è inferiore, eguale o tollerabilmente superiore, al male da lui minacciato<sup>24</sup>. Qualora, per esempio, è possibile la fuga il requisito in esame non sarà rispettato<sup>25</sup>.

Lo stato di necessità codifica il principio della *necessitas non habet legem*: non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé o altri dal pericolo attuale di una violazione di beni giuridici. Contrariamente alla difesa legittima in questo caso la persona colpita non è responsabile per lo stato di necessità e l'atto di difesa è rivolto contro beni giuridici di terzi<sup>26</sup>. Ciò porta la conseguenza che l'art. 17 conosce dei presupposti più severi dell'art. 15<sup>27</sup>.

1.12  
Stato di necessità  
esimente

Il pericolo deve essere concreto e attuale. Una violazione di beni giuridici deve essere quindi molto probabile e il pericolo non deve essere stato causato volontariamente dall'agente. Indifferente è la fonte della situazione di pericolo; può derivare da forze naturali o animali, come pure dalla aggressione di un uomo, sempre che l'aggredito diriga la propria azione non sull'aggressore, ma contro estranei. Oggetti dell'aggressione possono essere, come nella legittima difesa, solo beni giuridici individuali<sup>28</sup>.

1.13

<sup>24</sup> STRATENWERTH, *AT I* (1), pp. 239 ss; DONATSCH/TAG, *Strafrecht I* (13), § 18, pp. 224 ss; RIKLIN, *AT I* (2), § 14, p. 188 s.; SEELMANN, *Strafrecht* (14), pp. 69 ss; TRECHSEL/NOLL, *Schweizerisches Strafrecht* (20), § 27, pp. 130 ss.

<sup>25</sup> MANTOVANI, *Diritto Penale* (1), p. 254.

<sup>26</sup> DONATSCH/TAG, *Strafrecht I* (13), p. 229.

<sup>27</sup> RIKLIN, *AT I* (2), p. 190.

<sup>28</sup> DONATSCH/TAG, *Strafrecht I* (13), p. 230; RIKLIN, *AT I* (2) p. 191; STRATENWERTH, *AT I* (1), pp. 223 ss; SEELMANN, *Strafrecht I* (14), pp. 58 ss; TRECHSEL/NOLL, *AT I* (20), p. 121; TRECHSEL, *Praxiskommentar* (15), ad art. 17, § 7;

1.14 Il fatto lesivo, ai fini di beneficiare della scriminante in esame, deve essere innanzitutto il mezzo per salvare un bene personale e deve essere proporzionato in senso ampio. L'inevitabilità altrimenti del pericolo va interpretata più rigorosamente che nella legittima difesa. Si parla al riguardo di principio di sussidiarietà assoluta. Lo stesso vale per la proporzione tra il fatto e il pericolo, la quale deve rispettare requisiti più severi (principio di proporzionalità in senso stretto)<sup>29</sup>.

1.15 Consenso della parte lesa La scriminante del consenso della parte lesa, nell'ordinamento elvetico non è espressamente codificata, ma considerata una *übergestzlicher Rechtfertigungsgrund*<sup>30</sup>. Il consenso della parte lesa si basa sul principio *volenti non fit iniuria*. Di principio infatti non si rende punibile chi lede o pone in pericolo un diritto col consenso della persona che può validamente disporre del diritto<sup>31</sup>. La scriminante in esame non trova applicazione nei casi in cui la mancanza del consenso costituisce un requisito esplicito o implicito del reato<sup>32</sup>.

1.16 Il consenso può essere prestato solo con riferimento a beni personali disponibili. La distinzione tra beni disponibili e indisponibili non è sempre agevole, dovendosi essa desumere in rapporto alle singole categorie di beni, dall'intero ordinamento e dalla sua natura personalistica<sup>33</sup>. Incontestabilmente disponibili sono i diritti patrimoniali, la libertà personale, l'onore e la libertà sessuale. Tuttavia, il consenso alla violazione dell'autodeterminazione carnale non è scriminante quando la vittima non è pienamente capace di intendere e volere ed è quindi bisognosa di protezione<sup>34</sup>. Tra i diritti personalissimi è assolutamente indisponibile la vita, come del resto si evince dagli art.

---

<sup>29</sup> DONATSCH/TAG, *Strafrecht I* (13), p. 234 ss; RIKLIN, *AT I* (2) p. 191 s; STRATENWERTH, *AT I* (1), pp. 225 ss; SEELMANN, *Strafrecht I* (14), pp. 59 ss; TRECHSEL/NOLL, *AT I* (20), pp. 122 s.

<sup>30</sup> SEELMANN, *Bsk* (2), Vor art. 14, § 6; STRATENWERTH, *AT I* (1), pp. 206 ss.

<sup>31</sup> TRECHSEL/NOLL, *AT I* (20), pp. 140 ss.

<sup>32</sup> RIKLIN, *AT I* (2), pp. 193 ss. Sul punto vedi anche ARTHUR HEIFLIGER, *Über die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht*, in *ZStrR*, 57/1952, pp. 92 ss.

<sup>33</sup> DONATSCH/TAG, *Strafrecht I* (13), pp. 194 ss

<sup>34</sup> RIKLIN, *AT I* (2), p. 194.

114 e 115 che puniscono l'omicidio su richiesta della vittima e l'istigazione e l'aiuto al suicidio<sup>35</sup>.

Problematica è le fattispecie delle lesioni personali. Le lesioni semplici *ex art. 123* sono sempre giustificate in presenza di un consenso, indipendente dallo scopo che viene perseguito dall'agente o dalla vittima<sup>36</sup>. Il consenso per lesioni gravi ai sensi dell'art. 122 è invece solo scriminante se esiste un'ulteriore circostanza rilevante, come per esempio nel caso degli atti vantaggiosi per la salute del soggetto<sup>37</sup>. 1.17

Quanto alla validità del consenso, occorre, innanzitutto, che chi consenta sia legittimato a farlo. Tale è il titolare del bene protetto dalla norma e che, altrimenti, sarebbe il soggetto passivo del reato. Il legittimato deve disporre, inoltre, della capacità di discernimento: egli deve poter riconoscere la situazione in cui si trova e essere in condizione di giudicare le implicazioni di un eventuale consenso. Quest'ultimo deve essere inoltre effettivo e libero, cioè non viziato da violenza, errore, dolo e, quando richiesto, anche spontaneo ed informato. Deve essere inoltre *attuale*, cioè esistente al momento del fatto e perdurante. Esso è sempre revocabile<sup>38</sup>. 1.18  
Validità del consenso

Dottrina e giurisprudenza riconoscono a certe condizioni anche la legittimità di un consenso presunto. Primo presupposto è che la vittima sia impossibilitata a manifestare la propria volontà o sia temporaneamente priva della capacità di discernimento. Un'azione senza consenso manifestato può essere legittima solo se l'agente agisce nell'interesse della vittima. Si pensi al caso di un medico che deve 1.19  
Presunto consenso della parte lesa

<sup>35</sup> DONATSCH/TAG, *Strafrecht I (13)*, p. 247; RIKLIN, *AT I (2)*, p. 194; STRATENWERTH, *AT I (1)*, pp. 211 ss; TRECHSEL/NOLL, *AT I (20)*, pp. 141 ss.

<sup>36</sup> TRECHSEL/NOLL, *AT I (20)*, p. 142.

<sup>37</sup> RIKLIN, *AT I(2)*, p. 194.

<sup>38</sup> SEELMANN, *Bsk (2)*, Vor art. 14, § 14; DONATSCH/TAG, *Strafrecht I (13)*, p. 249 s, 142; TRECHSEL/NOLL, *AT I (20)*, p. 142.

eseguire un'operazione molto rischiosa su una persona che ha perso i sensi e che senza tale intervento morirebbe<sup>39</sup>.

## 2. Cause di giustificazione legali e art. 187 CPS

2.1 Legittima difesa I rigidi requisiti posti dall'art. 15 CPS (legittima difesa esimente) sembrerebbero, già *prima facie*, ontologicamente incompatibili con le fattispecie di cui all'art. 187 CPS.

2.1.1 Prima ipotesi applicativa Cionondimeno, parte della dottrina ipotizza il caso dell'uomo aggredito da un gruppo di baby rapinatrici che, per difendersi, tocca le minori nelle parti intime<sup>40</sup>. La medesima autrice giunge peraltro a concludere che anche in una tale situazione non sarebbero dati i requisiti per l'applicazione dell'art. 15<sup>41</sup>.

2.1.2 A ben vedere, infatti, in una tale evenienza non occorre neppure chinarsi nella ricerca di una scriminante, l'analisi potendosi arrestare già allo stadio della tipicità. Il contatto fugace non può invero rappresentare un atto sessuale se è oggettivamente privo della necessaria concupiscenza<sup>42</sup>. Le medesime considerazioni valgono per la ragazza che, vistasi circondata da un gruppo di piccoli scippatori, assesti un «colpo basso» a uno di loro per assicurarsi una via di fuga. Sotto il profilo soggettivo difetterebbe inoltre, di tutta evidenza, il dolo.

2.1.3 Seconda ipotesi applicativa A parere di chi scrive, si può peraltro ipotizzare la situazione seguente: una quindicenne obnubilata da un amore morboso e non corrisposto per un ragazzo di venticinque anni, dinnanzi all'ennesimo rifiuto di costui, brandisce un coltello e, sotto minaccia di morte, gli palpeggia disperatamente i genitali nella convinzione di riuscire in tal modo a coinvolgerlo in un improbabile rapporto sessuale. In tal caso, il

---

<sup>39</sup> SEELMANN, *Bsk* (2), Vor art. 14, § 15; DONATSCH/TAG, *Strafrecht I* (13), pp. 251 ss.; TRECHSEL/NOLL, *AT I* (20), pp. 143 ss.

<sup>40</sup> SUTER-ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit der sexuellen Handlungen mit Kindern nach art. 187 StGB*, Schulthess, Zurigo 2003, p. 127.

<sup>41</sup> *Ibidem*.

<sup>42</sup> V. Cap. IV.

soggetto agente versava nell'impossibilità oggettiva di difendersi mediante un'offesa meno grave di quella arrecata (inevitabilità altrimenti dell'offesa) e il bene giuridico sacrificato – il corretto sviluppo sessuale del minore – è sicuramente inferiore al bene vita minacciato (proporzionalità in senso stretto tra difesa e offesa). il giovane che “subisce” l'atto sessuale ben potrebbe quindi invocare la scriminante della legittima difesa.

Occorre invece domandarsi se lo stato di necessità esimente ex art. 17 CPS possa trovare un qualche spazio applicativo in relazione alle fattispecie di cui all'art. 187. La dottrina lo esclude; in particolare non sarebbero in questo caso dati i requisiti della sussidiarietà e del maggior valore del bene in pericolo<sup>43</sup>.

2.2  
Stato di necessità

A parere di chi scrive, la questione merita peraltro un approfondimento. Nell'ipotesi di concorso omissivo nel reato commissivo altrui può entrare in linea di conto per es. il caso del genitore che assiste inerme all'abuso della figlia quattordicenne (consenziente) da parte del compagno e che nulla può opporre siccome minacciata, pendente l'abuso, con una pistola. In questo caso il valore vita si colloca in un rango superiore rispetto al sano sviluppo sessuale del minore, di modo che la scriminante dello stato di necessità potrebbe essere invocata con successo dalla madre. Evidentemente la posizione di garante assunta dal genitore, impone che non appena cessata la minaccia provveda immediatamente ad avvisare la polizia, nell'ottica di scongiurare ulteriori abusi. In difetto, più che di un autentico stato di necessità si tratterebbe di un caso di *vis compulsiva* suscettibile tutt'al più di dare accesso all'attenuante di cui all'art. 48 lett. a n. 3 CPS<sup>44</sup>.

2.2.1  
Concorso omissivo nel reato commissivo altrui

Altra variante applicativa potrebbe risiedere nel caso di una ragazza quindicenne, i cui genitori scoprono intrattenere rapporti sessuali con un ventunenne<sup>45</sup> con il quale da qualche tempo ha avviato una relazione sentimentale, e che per tale ragione la obbligano a

2.2.2

<sup>43</sup> SUTER-ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (40), p. 128.

<sup>44</sup> Cap. XI.

<sup>45</sup> Che supera quindi di poco la soglia di impunità prevista dall'art. 187 III CPS, v. Cap. IX.

troncare il legame; sennonché, giunti all'esasperazione per i continui e logoranti conflitti originati con la figlia, culminati con propositi suicidali della minore, finiscono con il tollerare la frequentazione. In tali evenienze, l'omissione del genitore sarebbe dettata dalla volontà di salvaguardare il bene vita del minore (o perlomeno la sua salute psichica), nonché la pace e la serenità familiari, che nella specie potrebbero acquistare un valore almeno equipollente rispetto al sano sviluppo sessuale dell'infrasedicenne, già comunque segnato dai precedenti rapporti intrattenuti con il ragazzo. L'esimente dello stato di necessità potrebbe quindi essere invocata da costoro ritenuto che un intervento genitoriale arrischiava di causare danni più gravi di quelli che mirava a evitare.

2.2.3  
Reato  
commissivo

Più ostica si delinea invece la configurazione di un autentico stato di necessità esimente nelle ipotesi di reato commissivo. Riprendendo il caso suggerito in materia di legittima difesa possiamo nondimeno tentare di strutturare la variante che segue. Una quindicenne accecata dalla passione per un ragazzo di venticinque anni, si infila nuda nel letto di lui confidando di volerglisi concedere sessualmente. Dinanzi all'inaspettato rifiuto del giovane, colta dalla disperazione, impugna il coltellino svizzero riposto sul comodino e se lo porta alla gola, minacciando di togliersi la vita qualora egli avesse persistito nel declinare le sue avances. Per timore di gesti inconsulti, il ragazzo inizia a praticare atti sessuali fin quando, in un momento di distrazione della minore, riesce a immobilizzarla e a scongiurare il peggio. Anche in questa ipotesi (invero molto teorica) i principi della proporzionalità e della sussidiarietà potrebbero ben dirsi rispettati. Appare quindi arbitrario escludere *a priori* l'applicazione dell'esimente dello stato di necessità al reato di atti sessuali con fanciulli.

### 3. Consenso dell'avente diritto e art. 187 CPS

Dal tenore letterale dell'art. 187 si evince che a una simile disposizione non è possibile applicare la causa di giustificazione del consenso dell'avente diritto<sup>46</sup>. Sul punto è stato fatto notare come una tale soluzione instauri una discutibile limitazione all'auto-determinazione del minore. Quest'ultimo infatti non gode di una vera libertà sessuale in positivo, in quanto la legge gli preclude qualsiasi contatto sessuale con gli adulti<sup>47</sup>. Una simile restrizione è tuttavia necessaria in funzione di tutelare il corretto sviluppo sessuale del fanciullo. La stessa fissazione "convenzionale" di un'età del consenso ha proprio lo scopo di evitare la prova caso per caso della maturità del soggetto passivo (e quindi anche della sua attitudine ad acconsentire), circostanza che renderebbe molto difficile la repressione degli abusi<sup>48</sup>. Il reato *ex art.* 187 è basato quindi su una presunzione di assoluta intangibilità del minore, la quale non lascia spazio a un eventuale consenso della vittima<sup>49</sup>.

Nello spirito di tali considerazioni, il Tribunale federale ha respinto un ricorso mediante cui l'accusato, reo di atti sessuali con infrasedicenni, chiedeva l'applicazione della causa di giustificazione in esame. In quel caso il ricorrente aveva accolto nella propria dimora un minore di sedici anni in fuga da un istituto intrattenendo per tre giorni rapporti sessuali con il giovane<sup>50</sup>.

<sup>46</sup> TRECHSEL, *Praxiskommentar* (15), *ad art.* 187, § 18; PHILIPP MAIER in MARCEL NIGGLI/HANS WIPRÄCHTIGER, *Basler Kommentar. Strafrecht II*, Helbing & Lichtenhahn, Basilea 2007, *ad art.* 187 N. 26a; SUTER-ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit*, (40), pp. 128 s.

<sup>47</sup> PAOLO VENEZIANI, *ad art.* 609-*quater*, in ALBERTO CADOPPI, *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, Cedam, Padova 2006, pp. 620-621.

<sup>48</sup> AA.VV., *Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch nach den Beschlüssen der Expertenkommission*, Berna 1896, p. 60.

<sup>49</sup> VENEZIANI, *ad art.* 609-*quater* (44), p. 623

<sup>50</sup> DTF del 19 agosto 1997. Vedi anche DTF 120 IV 6, c. 2c/aa.

3.3  
 Consenso e artt.  
 187 II e III

Il consenso dell'avente diritto non può giustificare la condotta del soggetto agente nemmeno nelle ipotesi previste dai cpvv. 2 e 3 dell'art. 187. In particolare, il cpv. 3 già prende in considerazione attraverso la locuzione «*particolari circostanze*» l'ipotesi in cui tra autore e vittima ricorra un rapporto affettivo. Questo sistema permette inoltre di coprire, in alcuni casi, l'ipotesi in cui l'iniziativa provenga dalla vittima. Il 'consenso' dunque opera in rapporto all'art. 187 III come causa di esclusione della punibilità. Non rimane dunque spazio per l'applicazione della causa di giustificazione in esame al reato di atti sessuali con infrasedicenni<sup>51</sup>.

#### 4. Bibliografia

4.1  
 Lavori  
 preparatori al  
 Codice penale  
 Svizzero

CONSIGLIO FEDERALE SVIZZERO, *Messaggio concernente la modifica del Codice penale svizzero (Disposizioni generali, introduzione e applicazione della legge) e del Codice penale militare nonché una legge federale sul diritto penale minorile (M 98.038)*, in *FF* 1999, 1669, Ufficio centrale degli stampati e del materiale, Berna 1999.

4.2  
 Opere generali  
 in materia di  
 diritto penale e  
 procedura

FERRANDO MANTOVANI, *Diritto Penale*, Parte generale, 4<sup>a</sup> ed., Cedam, Padova 2001; MARTIN KILIAS, *Precis de droit penal*, 2<sup>a</sup> ed., Stämpfli, Berna 2001; STEFAN TRECHSEL/PETER NOLL, *Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 6<sup>a</sup> ed., Schulthess, Zurigo, Basilea, Ginevra 2004; GÜNTHER STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat*, 3<sup>a</sup> ed., Stämpfli, Bern, 2005; KURT SEELMANN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2<sup>a</sup> ed., Helbing & Lichtenhan, Basilea, Ginevra, Monaco 2005; ANDREAS DONATSCH/BRIGITTE TAG, *Strafrecht I, Verbrechenlehre*, 8<sup>a</sup> ed., Schulthess, Zurigo, Basilea, Ginevra 2006; PAOLO VENEZIANI, in ALBERTO CADOPPI, *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, Cedam, Padova 2006; MARCEL NIGGLI/HANS WIPRÄCHTIGER, *Basler Kommentar. Strafrecht II*, Helbing & Lichtenhahan, Basilea 2007; FRANZ RIKLIN, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I Verbrechenlehre*, 3<sup>a</sup> ed., Schulthess, Zurigo-Basilea-Ginevra 2007; JOSÉ HURTADO POZO, *Droit pénal, Partie général, Nouvelle édition refondue et augmentée*, Schulthess, Zurigo-Basilea-Ginevra 2008; STEFAN TRECHSEL, *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Praxiskommentar*, Dike, Zurigo 2008.

4.3  
 Studi e  
 monografie

ARTHUR HEIFLIGER, *Über die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht*, in *ZStrR*, 57/1952, p. 92; ID., *Rechtmässigkeit der durch Gesetz oder Berufspflicht gebotenen Tat*, in *ZStrR*, 80/1964, p. 27; HANS WEBER, *Die strafbarkeit der Unzucht mit Kindern (art. 191 StGB)*, in *SJZ* 54, 1958; HANS SCHULTZ, *Die Eigenmächtige Heilbehandlung: eine kantonrechtliche Lösung?*, in *ZStrR*, 107/1990, p. 281;

---

<sup>51</sup> SUTER-ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (40), p. 129.

## CAP. VIII – LE CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE

---

ANDRES DONATSCH, *Gedanken zum strafrechtlichen Schutz des Sportlers*, in ZStrR, 107/1990, p. 400; JEAN-MARC SCHWENTER, *De la faute sportive à la faute pénale*, in ZStrR, 108/1991, p. 321; JÖRG REHBERG, *Das revidierte Sexualstrafrecht*, AJP 2 (1993), 16; PHILIPP MAIER, *Umschreibung von sexuellen Verhaltensweisen im Strafrecht*, in AJP (1999); STEFANIA SUTER-ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit der sexuellen Handlungen mit Kindern nach art. 187 StGB*, Schulthess, Zurigo 2003; ALBERTO CADOPPI (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e la pedofilia*, Cedam, Padova 2006; HANS WIPRÄCHTIGER, *Das geltende Sexualstrafrecht – eine kritische Standortbestimmung*, in ZStrR 3, 2007, p. 283.

BRIGITTE TAG/MAX HAURI, *Die Revision des Strafgesetzbuches Allgemeiner Teil*, Dike Verlag, Zurigo 2006; THOMAS HANSJAKOB/HORST SCHMITT/JÜRIG SOLLBERGER, *Kommentierte Textausgabe zum revidierten Strafgesetzbuch*, 2<sup>a</sup> ed., CCFW, Berna, Lucerna 2006.

4.3

Opere generali  
sulla revisione  
del codice penale



**CAPITOLO IX**  
**LE CAUSE DI NON PUNIBILITÀ**  
**(E DI ESCLUSIONE DELLA COLPEVOLEZZA)**

SOMMARIO: 1. Cenni generali – 2. La punizione priva di senso ex art. 52 CPS – 3. L'intervenuta riparazione ex art. 53 CPS – 4. Autore duramente colpito ex art. 54 CPS – 5. Esclusione della punibilità e della colpevolezza ex art. 187 CPS – 5a. Gli amori giovanili – 5b. La giovane età dell'autore – 5c. Il matrimonio riparatore – 6. Bibliografia

**1. Cenni generali**

Ricorrono situazioni in cui una condotta tipica, antigiuridica e inescusabile non trae come conseguenza la comminazione di una pena, siccome il fatto non è ritenuto meritevole di essere punito secondo lo stesso ordinamento, oppure poiché, talora, intervengono ragioni di convenienza. Proprio in quest'ottica, il *conditor iuris* tanto nella parte speciale, quanto in quella generale del Codice, ha disciplinato delle c.d. cause di non punibilità, in presenza delle quali il reo va mandato esente da pena<sup>1</sup>. Tali norme rappresentano un temperamento al principio di legalità, sancito dall'art. 1 CPS, che, nelle predette situazioni, dovrà cedere il passo in favore del principio di opportunità. In base a siffatto postulato l'autorità è tenuta a sostenere l'accusa solo qualora l'interesse

1.1  
Definizione

---

<sup>1</sup> GÜNTER STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht. AT II*, Stämpfli, Berna 2006, p. 233.

pubblico appaia pregiudicato, non essendo sufficiente la commissione di un fatto tipico<sup>2</sup>.

1.2  
La riforma della  
parte generale  
del Codice  
penale

Nella vecchia formulazione della parte generale del Codice, l'unica disposizione che si occupava dell'esclusione della punibilità era il *66bis*:

**vArt. 66bis Autore colpito dalle conseguenze del suo atto**

<sup>1</sup> Se l'autore è stato così duramente colpito dalle conseguenze dirette del suo atto che una pena risulterebbe inappropriata, l'autorità competente prescinde dal procedimento penale, dal rinvio a giudizio o dalla punizione.

<sup>2</sup> Nelle stesse circostanze la sospensione condizionale della pena o la liberazione condizionale non saranno revocate.

<sup>3</sup> I Cantoni designano quali autorità competenti organi della giustizia penale.

1.3

Il 1. gennaio 2007 è entrata in vigore la riforma della parte generale del Codice penale svizzero che ha provveduto a novellare l'art. *66bis*. La riforma ha istituito una sezione specifica relativa all'impunità e alla sospensione del procedimento coniano all'uopo gli artt. 52-55, che contemplano distinte ipotesi meritevoli, a parere del *conditor iuris*, di prescindere da ogni pena<sup>3</sup>.

1.4  
L'art. 52

Con l'art. 52 il legislatore ha espressamente voluto introdurre nell'ordinamento penale un moderato principio di opportunità dell'azione penale<sup>4</sup>. È interessante notare come la dottrina già additasse l'art. *66bis* vecchio conio, il quale costituisce l'antesignano del vigente art. 54, come una «*bundesrechtliche Regel des gemässigten*

---

<sup>2</sup> ANNE BERKEMEIER, *Das Opportunitätsprinzip*, Schulthess, Zurigo 2008, p. 10. Vedi anche BRIGITTE TAG/PETER GRUBMILLER, *Vom alten zum neuen Strafrecht. Allgemeiner Teil. Synoptische Darstellung*, Dike, Zurigo 2007, p. 135.

<sup>3</sup> FELIX BÄNZIGER/ANNEMARIE HUBSCHMID/JÜRIG SOLLBERGER, *Zur Revision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafrechts und zum neuen materiellen Jugendstrafrecht*, Stämpfli, Berna 2006, p. 14; BRIGITTE TAG/ MAX HAURI, *Die Revision des Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil*, Dike, Zurigo 2006, p. 100.

<sup>4</sup> FF 1999 I 748 ; BERKEMEIER, *Das Opportunitätsprinzip* (2), p. 43.

*Opportunitätsprinzip*»<sup>5</sup>. L'art. 66bis presentava identica dizione, ma nel previgente Codice era collocato con una sistematica criticabile.

L'art. 53 rappresenta invece un'autentica novità nel panorama penale elvetico. L'effettività pratica di tale disposizione, che introduce l'istituto della riparazione in diritto penale, racchiude tuttavia ancora grandi incertezze. Qualora il reo ripari il danno, infatti, non entrerà in linea di conto soltanto un'attenuante ex art. 48 lit. d CPS<sup>6</sup>, ma, in presenza di talune condizioni, l'autore potrà addirittura andare esente da pena. La riparazione quale motivo di impunità è foriera di dispute che coinvolgono la funzione stessa della pena e di cui non è evidentemente qui possibile dar conto. Pare nondimeno opportuno segnalare che, secondo parte della dottrina, l'istituto di cui all'art. 53 CPS favorirebbe i più agiati<sup>7</sup>. In realtà, il Messaggio non ha mancato di sottolineare come tale disposizione sia pensata soprattutto a vantaggio delle vittime, le quali spesso preferiscono incamerare un indennizzo, piuttosto che vedere l'autore condannato. Inoltre, sempre secondo il parere dell'Esecutivo, è a torto che si ritiene l'art. 53 un *favor* nei confronti degli imputati più abbienti: a chi ha commesso il reato è richiesto infatti solamente di aver intrapreso «*tutto quanto si poteva ragionevolmente da lui pretendere per riparare il torto causato*»<sup>8</sup>, e non un risarcimento integrale.

Qualora siano adempiuti i presupposti di una causa di non punibilità, l'autorità competente deve prescindere dal procedimento, dalla comminazione di una sanzione o dall'emissione di un atto d'accusa. Inoltre, in applicazione della disposizione comune di cui all'art. 55 CPS, il giudice ometterà di revocare la sospensione condizionale o, in caso di liberazione condizionale, di ripristinare

1.5  
Gli artt. 53 e 54

1.6  
Art. 55:  
Gli effetti

---

<sup>5</sup> BERKEMEIER, *Das Opportunitätsprinzip* (2), p. 44.

<sup>6</sup> Sul punto si veda il Cap. XI.

<sup>7</sup> FF 1998 1749. Vedi anche FRANZ RIKLIN, in MARCEL NIGGLI/HANS WIPRÄCHTIGER, *Basler Kommentar. Strafrecht I*, Helbig & Lichtehahn, Basilea 2007, ad art. 53, § 1; FELIX BOMMER, *Bemerkungen zur Wiedergutmachung (Art. 53 StGB)*, in *Forum Poenale*, 3/2008, pp. 171 ss.

<sup>8</sup> FF 1998 1749; BÄNZIGER/ HUBSCHMID/ SOLLBERGER, *Zur Revision*, (3), p. 15; TAG/ HAURI, *Die Revision* (3), pp. 100-101.

l'esecuzione. Con la locuzione «*autorità competenti*» il legislatore federale ha voluto intendere gli organi preposti al perseguimento penale, quali il procuratore pubblico e il giudice, ma non la polizia giudiziaria. L'intenzione del *conditor iuris* è di permettere la rinuncia all'azione penale il più presto possibile. Si vuole in tal modo scongiurare l'istruzione di un dibattimento allo solo scopo di verificare la colpevolezza e applicare soltanto in seguito la causa di non punibilità con conseguente spreco di tempo e di denaro<sup>9</sup>.

## 2. La punizione priva di senso ex art. 52 CPS

### a. Art. 52 CPS

- 2.1 Come visto, l'art. 52 CPS nel prevedere la non punibilità dei casi bagatellari, introduce nell'ordinamento elvetico un limitato principio di opportunità dell'azione penale<sup>10</sup>:

#### **Art. 52 Punizione priva di senso**

L'autorità competente prescinde dal procedimento penale, dal rinvio a giudizio o dalla punizione se la colpa e le conseguenze del fatto sono di lieve entità.

2.2  
Elementi  
costitutivi

Requisito per l'applicazione di tale disposizione è che sia la «*colpa*» (*rectius* colpevolezza<sup>11</sup>) sia le «*conseguenze del fatto*» siano lievi. Non andrà quindi esente da pena chi a fronte di una colpevolezza di scarsa entità avrà causato un danno molto rilevante, come spesso avviene nei casi di omicidio colposo. Di sovente, in tali situazioni una semplice distrazione può infatti arrecare conseguenze gravi come la

---

<sup>9</sup> STRATENWERTH, *AT II* (1), p. 235; MICHEL DUPUIS/BERNARD GELLER/GILLES MONNIER/LAURENT MOREILLON/CHRISTOPHE PIGUET, *Code Penal I*, Helbing & Lichtenhahn, Basilea 2008, ad art. 52, §§ 6 ss.

<sup>10</sup> STEFAN TRECHSEL, *Schweizerisches Strafrecht. Praxiskommentar*, Dike, Zurigo 2008, ad art. 52, § 1; STRATENWERTH, *AT II* (1), p. 234.

<sup>11</sup> La versione in lingua tedesca dell'art. 52 CPS parla infatti di «*Schuld*» così come quella francese di «*culpabilité*». Sul punto si veda anche il Cap. XI.

morte di una persona e il legislatore non ha di tutta evidenza voluto estendere il campo di applicazione dell'art. 52 a queste ipotesi<sup>12</sup>.

Rimane nondimeno arduo determinare in concreto quando la colpevolezza e le conseguenze siano lievi. Lo spirito della norma non vuole certo condurre alla rinuncia al perseguimento di tutti i reati poco gravi in generale; si tratta piuttosto di astenersi dal comminare una pena in quelle ipotesi in cui non ricorra un interesse pubblico a punire. La gravità deve quindi essere valutata con riferimento ad altri reati dello stesso genere: solo se il fatto commesso dall'autore apparirà irrilevante sotto questo profilo potrà entrare in linea di conto l'art. 52<sup>13</sup>. La colpevolezza viene valutata attraverso i criteri dettati per la commisurazione della pena (art. 47); entreranno quindi in linea di conto anche la vita anteriore, le condizioni personali dell'autore, i moventi e gli obiettivi perseguiti, il suo comportamento dopo il fatto *etc.*<sup>14</sup>. Non verranno invece presi in considerazione, nell'analisi della gravità della colpevolezza, la rilevanza della lesione o della messa in pericolo del bene giuridico tutelato. Tali elementi, infatti, pur derivando dall'art. 47 vengono menzionati separatamente dall'art. 52 (attengono precisamente alle «*conseguenze del fatto*») ed è da escludere, come precisato sopra, che essi siano sufficienti per l'applicazione della causa di non punibilità in esame<sup>15</sup>.

Nonostante la norma parli di conseguenze del fatto e non di disvalore della condotta, la dottrina maggioritaria è dell'avviso che l'art. 52 richieda anche la scarsa rilevanza di quest'ultima. In tal modo si esclude che possa andare esente da pena chi tenta di commettere un reato molto grave: in questo caso le conseguenze sarebbero infatti di

2.3  
Presupposti.  
La colpevolezza

2.4  
Conseguenze del  
fatto

---

<sup>12</sup> FF 1999 1748; TRECHSEL, *Praxiskommentar* (10), ad art. 52, § 1; STRATENWERTH, *AT II* (1), p. 234; DUPUIS/ GELLER/MONNIER/MOREILLON/ PIGUET, *Code Penal I* (9), ad art. 52, § 3.

<sup>13</sup> FF 1999 1748; STRATENWERTH, *AT II* (1), p. 235; ESTHER OMLIN, *Strafgesetzbuch. Revision des allgemeinen Teil*, Helbing&Lichtenhahn, Basilea 2006, p. 43.

<sup>14</sup> V. Cap. XI.

<sup>15</sup> RIKLIN, *Bsk* (7), ad art. 52, § 13.

scarso rilievo, mentre il disvalore della condotta risulterebbe invece assai rilevante<sup>16</sup>.

2.5  
L'art. 52 e gli atti  
sessuali con  
fanciulli

Con riferimento al reato di atti sessuali con infrasedicenni non è difficile ipotizzare situazioni in cui potrebbe venire in soccorso l'art. 52, nonostante la giurisprudenza non abbia ancora avuto modo di chinarsi sulla sua concreta applicabilità *in subiecta materia*. Possiamo ad es. immaginare il caso di un diciannovenne che palpeggia il sedere di una ragazza prossima all'età del consenso, la quale di tutta evidenza non ha accusato conseguenze sul piano del suo sviluppo sessuale e che si è prontamente difesa assestando un sonoro ceffone all'indirizzo dell'autore, mettendolo in ridicolo di fronte agli astanti. In siffatta ipotesi tanto la colpevolezza quanto le conseguenze del fatto possono ben dirsi lievi e l'interesse pubblico non sembrerebbe richiedere alcuna sanzione.

*b. L'art. 44 LAV*

2.6 Si deve qui dar conto di come la Legge sull'aiuto alle vittime<sup>17</sup>, nel caso di atti sessuali con fanciulli, consenta di abbandonare il procedimento penale anche qualora colpa e conseguenze del fatto non siano lievi, ma ricorrano ulteriori presupposti. L'art. 44 della LAV dispone infatti:

**Art. 44 Non luogo a procedere**

L'autorità competente incaricata del procedimento penale può eccezionalmente decidere il non luogo a procedere se:

- a. l'interesse del minore lo esige imperativamente e questo prevale chiaramente sull'interesse dello Stato ad esercitare l'azione penale e
- b. il minore o, in caso di incapacità di discernimento, il suo rappresentante legale vi consente

(...)

---

<sup>16</sup> RIKLIN, *Bsk* (7), *ad art. 52*, § 13; DUPUIS/ GELLER/MONNIER/ MOREILLON/ PIGUET, *Code Penal I*, (9), *ad art. 52*, § 3.

<sup>17</sup> RU 2008 1607.

Si tratta di una norma finalizzata, come l'art. 52 CPS, a introdurre nell'ordinamento il principio di opportunità dell'azione penale ma questa volta nell'esclusivo interesse della vittima. È da escludere infatti che le due disposizioni possano concorrere in quanto si fondano su presupposti radicalmente diversi. L'art. 44 LAV, in particolare, è pensato per quelle situazioni in cui il fatto abbia arrecato conseguenze talmente gravi che la prosecuzione del procedimento potrebbe condurre a mettere in pericolo la vita della vittima<sup>18</sup>. Occorre peraltro operare una ponderazione tra l'interesse del minore e quello pubblico al perseguimento penale: solo qualora il primo sia manifestamente superiore al secondo è possibile abbandonare il procedimento<sup>19</sup>. A parere di chi scrive, ciò non potrà mai essere il caso in ipotesi di pericolosità sociale dell'autore.

### 3. L'intervenuta riparazione ex art. 53 CPS

L'art. 53 prevede l'impunità nel caso in cui l'autore abbia risarcito la vittima: 3.1

#### **Art. 53 Riparazione**

Se l'autore ha risarcito il danno o ha intrapreso tutto quanto si poteva ragionevolmente pretendere da lui per riparare al torto da lui causato, l'autorità competente prescinde dal procedimento penale, dal rinvio a giudizio o dalla punizione qualora: a) le condizioni per la sospensione condizionale della pena siano adempiute (art. 42); e b) l'interesse del pubblico e del danneggiato all'attuazione del procedimento penale sia di scarsa importanza.

---

<sup>18</sup> PETER GOMM/DOMINIK ZEHNTNER, *Opferhilfegesetz*, Stämpfli, Berna 2005, p. 198, § 4. Vedi anche BERKEMEIER, *Das Opportunitätsprinzip* (2) p. 38.

<sup>19</sup> GOMM/ZEHNTNER (18), p. 198, §5.

3.2  
Gli elementi  
costitutivi. Primo  
presupposto

La norma *de qua* dovrebbe, facendo appello alla coscienza dell'autore, contribuire a migliorare i rapporti tra autori di reati e vittime<sup>20</sup>. Primo requisito per l'applicazione della causa di non punibilità in commento è che siano adempiuti i presupposti per la sospensione condizionale della pena *ex art. 42 CPS*, ovverosia nelle ipotesi in cui:

- Una pena definitiva non sembra necessaria per trattenere l'imputato dal commettere nuovi reati;
- L'autore non è recidivo, salvo circostanze particolarmente favorevoli.

3.2.1

Sarà quindi necessaria una preliminare valutazione circa la commisurazione della pena ai fini di valutare correttamente se il presupposto in questione è dato<sup>21</sup>.

3.3  
Secondo  
presupposto

Affinché il secondo presupposto sia adempiuto l'autore deve aver risarcito completamente il danno o aver fatto tutto quanto era da lui ragionevolmente esigibile per riparare al torto causato. Quest'ultimo elemento è valutato dall'autorità competente con ampio potere di apprezzamento<sup>22</sup>. Parte della dottrina<sup>23</sup> sostiene che il risarcimento presuppone a sua volta il sincero pentimento dell'autore. La dottrina maggioritaria, basandosi anche su quanto affermato nel Messaggio, non ritiene tuttavia che il sentimento di rimorso sia un elemento necessario affinché il secondo presupposto dell'art. 53 possa dirsi adempiuto<sup>24</sup>. La causa di non punibilità in esame può quindi essere riconosciuta anche nel caso in cui l'autore abbia fatto il possibile per indennizzare la

---

<sup>20</sup> TRECHSEL, *Praxiskommentar* (10), *ad art. 53, § 1*; DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET, *Code Penal I* (9), *ad art. 53, § 1*; DOMINIQUE ESQUIS, *Sinn und Gesinnung: Bemerkungen zu Art. 53 rev. StGB*, PJA, 3/2005, pp. 309-314.

<sup>21</sup> RIKLIN, *Bsk* (7), *ad art. 53, § 15*; TRECHSEL, *Praxiskommentar* (10), *ad art. 53, § 2*; DUPUIS/GELLER/MONNIER/MOREILLON/PIGUET, *Code Penal I* (9), *ad art. 53, § 9*.

<sup>22</sup> STRATENWERTH, *AT II* (1), p. 237; TRECHSEL, *Praxiskommentar* (10), *ad art. 53, § 3*.

<sup>23</sup> Vedi TRECHSEL, *Praxiskommentar* (10), *ad art. 53, § 3*.

<sup>24</sup> RIKLIN, *Bsk* (7), *ad art. 53, § 17*; FF 1999 1749.

vittima unicamente per motivi egoistici, ovvero sia nel tentativo di sfuggire al processo; tale soluzione evita di dover dimostrare le intenzioni del reo, esigenza che condurrebbe a notevoli difficoltà applicative<sup>25</sup>.

Nel caso in cui non sia possibile riparare il danno, siccome non intervenuto oppure non sia praticabile una *restituito in integrum*, anche una riparazione simbolica è suscettiva di soddisfare le esigenze della norma. In quest'ultimo caso l'autore potrà offrire una donazione o una prestazione lavorativa per la vittima oppure per la comunità<sup>26</sup>.

Terzo presupposto ai fini dell'applicabilità dell'art. 53 CPS è la scarsa rilevanza dell'interesse pubblico o privato al perseguimento del reato. La rinuncia alla punizione deve apparire accettabile nell'ottica della vittima o della comunità. Nel caso in cui danneggiato sia rimasto un privato cittadino, si richiede perlomeno che egli accetti il risarcimento, dimostrando così di non essere più interessato alla prosecuzione del procedimento. Un rifiuto contrario al principio della buona fede tuttavia non impedisce l'applicazione dell'art. 53: sarà determinante stabilire se, sotto un profilo oggettivo, sussiste o meno un interesse tutelato giuridicamente alla prosecuzione dell'azione penale<sup>27</sup>.

La giurisprudenza non si è ancora chinata sul caso di un reo *ex art. 187 CPS* che abbia riparato il danno e quindi postulato l'impunità. Tuttavia, per quel che riguarda i primi due presupposti dell'art. 53, essi potrebbero pacificamente essere dati anche in ipotesi di atti sessuali con infrasedicenni.

In particolare, l'autore ben potrebbe beneficiare della sospensione condizionale della pena e aver indennizzato la vittima e/o

3.4

3.5

Terzo  
presupposto

3.6

Atti sessuali con  
fanciulli e art. 53

3.6.1

Sospensione  
della pena e  
indennizzo della  
vittima

---

<sup>25</sup> DUPUIS/ GELLER/MONNIER/ MOREILLON/ PIGUET, *Code Penal I* (9), ad art. 53, § 8; TRECHSEL, *Praxiskommentar* (10), ad art. 53, § 3.

<sup>26</sup> DUPUIS/ GELLER/MONNIER/ MOREILLON/ PIGUET, *Code Penal I* (9), ad art. 53, § 5; TRECHSEL, *Praxiskommentar* (10), ad art. 53, § 5

<sup>27</sup> RIKLIN, *Bsk* (7), ad art. 53, § 16; TRECHSEL, *Praxiskommentar* (10), ad art. 53, § ; DUPUIS/ GELLER/MONNIER/ MOREILLON/ PIGUET, *Code Penal I* (9), ad art. 53, § 8.

essersi attivato a sostegno di associazioni che si occupano di crimini contro i minori oppure ancora, prestato lavori di pubblica utilità.

3.6.2  
Mancanza di un  
interesse  
pubblico  
contrario

Più problematica è indubbiamente la realizzazione del terzo requisito: la mancanza di interesse pubblico al perseguimento penale. Il reato *ex art. 187* tutela infatti interessi sia pubblici che individuali<sup>28</sup>, e un indennizzo prestato alla vittima, così come la riappacificazione con l'autore e financo il totale disinteresse, dichiarato dalla persona offesa, nei riguardi del procedimento penale, potrebbero non rivelarsi affatto sufficienti a far venir meno l'interesse della collettività alla punizione del reo<sup>29</sup>. L'applicabilità dell'art. 53 in relazione alla fattispecie di atti sessuali con infrasedicenni non può nondimeno essere esclusa *a priori*. Il legislatore non ha infatti indicato categorie di reati reiette dall'alveo della causa di non punibilità in commento. La valutazione dovrà essere quindi operata necessariamente *in concreto*. Ciò posto, un'ipotesi applicativa potrebbe ancorarsi a fatti di lievissima gravità (ma fuori delle ipotesi applicative dell'art. 52 CPS) e a fronte ad es. di un concreto sostegno economico o materiale in favore di associazioni a tutela dell'infanzia, della riparazione della vittima e, se capace di discernimento, del consenso di questa<sup>30</sup>. In siffatte evenienze non è peregrino ritenere che anche l'interesse pubblico sia suscettivo di cedere il passo alla pace sociale potendosi dunque prescindere dalla pena.

#### 4. Autore duramente colpito ex art. 54 CPS

4.1

---

<sup>28</sup> V. Cap. IV.

<sup>29</sup> REINER ANGST/ HANS MAURER, *Das 'Interesse der Oeffentlichkeit' gemäss Art. 53 lit. b StGB – Versuch einer Konkretisierung (Teil 1)*, in *Forum Poenale*, Stämpfli, Berna 2008, 5, pp. 301 ss.

<sup>30</sup> Il difetto di pericolosità sociale dell'autore (confortato da perizie psichiatriche e dall'eventuale esito positivo di un trattamento ambulatoriale e/o farmacologico) dovrebbe di contro essere preso in esame unicamente per valutare se ricorrono le condizioni di una sospensione condizionale della pena.

Come si è visto, l'art. 54 CPS ripropone quanto previsto dal vecchio art. 66bis, cpv. 1:

**Art. 54 Autore duramente colpito**

Se l'autore è stato così duramente colpito dalle conseguenze dirette del suo atto che una pena risulterebbe inappropriata, l'autorità competente prescinde dal procedimento penale, dal rinvio a giudizio o dalla punizione.

Nelle intenzioni del legislatore, la norma dovrebbe permettere di considerare la circostanza che talora l'autore di un reato appare già sufficientemente punito dalle conseguenze della sua azione od omissione. L'art. 54 trova applicazione sia in ipotesi di reati dolosi che colposi<sup>31</sup>.

4.2  
Elementi  
costitutivi

Le conseguenze del fatto devono aver colpito direttamente l'autore ed essere intervenute durante l'esecuzione della condotta oppure sorgere come conseguenza diretta dell'evento previsto dalla fattispecie tipica. Innanzitutto, assumono rilievo le lesioni personali eventualmente subite dal reo<sup>32</sup>. Possono inoltre rappresentare un presupposto per l'applicazione dell'art. 54 le sofferenze psichiche per il ferimento o l'uccisione di un congiunto. Parte della dottrina ammette la sussistenza del requisito in esame anche nel caso in cui il dispiacere sia ricollegabile ai danni fisici provocati a una persona con cui l'autore non ha rapporti né di parentela né di amicizia. In quest'ultimo caso tuttavia la colpevolezza deve essere minima e il fatto causato da circostanze sfortunate<sup>33</sup>. Altri autori, tra cui STRATENWERTH, negano che l'art. 54 sia suscettibile di trovare applicazione in ipotesi di traumi che vedono la loro scaturigine nelle lesioni fisiche inferte a uno sconosciuto; in questa evenienza, infatti, non entrerà in linea di conto l'esclusione della

4.3  
Primo requisito

---

<sup>31</sup> DTF 121 IV 175; RIKLIN, *Bsk* (7), *ad* art. 54, § 10; TRECHSEL, *Praxiskommentar* (10), *ad* art. 54, § 1; STRATENWERTH, *AT II* (1), p. 240;

<sup>32</sup> DTF 121 IV 162.

<sup>33</sup> HANS SCHULZ, *Die Delikte gegen Leib und Leben nach der Novelle 1989*, in *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 4/1991, p. 398.

punibilità, ma l'attenuante del sincero pentimento<sup>34</sup>. Da segnalare comunque come nemmeno la giurisprudenza sia unanime sul punto<sup>35</sup>.

4.4  
Secondo  
requisito

Secondo requisito per l'applicazione dell'art. 54 è che un'eventuale pena appaia inadeguata. La giurisprudenza accetta la massima secondo cui la rinuncia alla repressione è da ammettere qualora una colpevolezza lieve è accompagnata da gravi conseguenze per l'autore mentre è da respingere nel caso opposto<sup>36</sup>. In generale quindi più la colpevolezza sarà grave tanto più le conseguenze dovranno colpire duramente l'autore affinché una pena possa risultare inappropriata<sup>37</sup>.

4.6  
Atti sessuali con  
fanciulli e art. 54

In ipotesi di atti sessuali con infrasedicenni non è da escludere *a priori* che una causa di impunità come quella in commento sia suscettiva di trovare applicazione. Si pensi al caso del soggetto che si masturba in presenza di un minore di sedici anni e che, a seguito del fatto commesso, venga travolto dal rimorso, tanto da tentare il suicidio con gravi ripercussioni a livello fisiopsichico<sup>38</sup>.

4.6.1  
L'art. 54 e la  
vendetta privata

Questione controversa è se possa applicarsi l'art. 54 nel caso in cui l'autore di atti sessuali con infrasedicenni subisca, a seguito del fatto, un linciaggio dalla folla o, più in generale, un c.d. atto di giustizia privata. Il tenore letterale della disposizione in commento sembrerebbe limitarne la portata alle sole conseguenze che intervengono

---

<sup>34</sup> STRATENWERTH, *AT II* (1), p. 241; HANS WIPRÄCHTIGER, *Der Verzicht auf Weiterverfolgung und Strafbefreiung nach art. 66bis – ein Weg zu mehr Einzelfallgerechtigkeit?*, in *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 2003/2, pp. 141-171. V. anche Cap. XI.

<sup>35</sup> RIKLIN, *Bsk* (7), *ad art. 54*, § 22.

<sup>36</sup> DTF 117 IV 248 ; 119 IV 281 ; TRECHSEL, *Praxiskommentar* (10), *ad art. 54*, § 3.

<sup>37</sup> RIKLIN, *Bsk* (7), *ad art. 54*, § 49 ; DUPUIS/ GELLER/MONNIER/ MOREILLON/ FIGUET, *Code Penal I* (9), *ad art. 54*, § 8.

<sup>38</sup> Sul punto si veda SILVAN FLÜCKIGER, *Art. 66bis StGB/ Art. 54 f. StGBneu – Betroffenheit durch Tatfolgen*, Stämpfli, Berna 2006, pp. 198 ss.

immediatamente durante l'esecuzione della condotta, escludendo la punizione inflitta da un terzo in un momento temporale successivo<sup>39</sup>.

La giurisprudenza ha tuttavia ritenuto corretto applicare la causa di non punibilità in esame anche nell'eventualità in cui l'autore accusasse gravi ripercussioni a cagione dell'intervento di una persona estranea al fatto principale. Una sentenza del 1958, pronunciata nel Canton Berna, mandò esente da pena una guardia carceraria che, avendo aggredito un detenuto, dovette subire la vendetta da parte del compagno di cella<sup>40</sup>. Più recentemente un tribunale del Canton Argovia ha riconosciuto l'applicabilità dell'art. 66bis vecchio conio per essere stato il reo, in un momento successivo alla commissione dell'infrazione, malmenato dagli agenti di polizia<sup>41</sup>. Le Corti interpretano quindi in modo estensivo il sintagma «*conseguenze dirette*», sì da ricomprendere tutte quelle situazioni in cui appare evidente che sia sopraggiunta una *poena naturalis*. Nondimeno non può dirsi ricorrere una sanzione 'naturale' quando gli svantaggi subiti dal reo sono necessariamente connessi al procedimento penale e quindi si rivelano solo indirettamente causati dall'infrazione (perdita della reputazione, separazione dalla moglie, *etc.*). Il primo presupposto dell'art. 54 sarà invece realizzato in tutti gli altri casi e quindi anche qualora un terzo abbia vendicato la vittima.

4.6.2  
L'estensione  
giurisprudenziale

In esito alle considerazioni che precedono, non pare dunque potersi escludere l'applicazione dell'art. 54 CPS in ipotesi di atti sessuali con infrasedicenni qualora l'autore sia rimasto a sua volta vittima di una rappresaglia. Dovrà tuttavia essere attentamente valutata nel caso concreto la sussistenza del secondo requisito dell'art. 54. Affinché una pena risulti inadeguata, infatti, i danni subiti dal reo devono risultare particolarmente gravi per rapporto al fatto principale. Circostanza che potrebbe ad esempio inverarsi nel caso in cui un soggetto colpevole di

4.6.3  
Vendetta privata  
e atti sessuali con  
fanciulli

---

<sup>39</sup> Non così invece il diritto penale minorile, il quale prevede la punizione del terzo come causa autonoma di esclusione della punibilità, a fianco di una disposizione analoga a quella dell'art. 54 CPS. HANSUELI GÜRBER/CHRISTOPH HUG/PATRIZIA SCHÄFLI, *Bsk* (7), ad art. 21 JStG, §§ 10-11.

<sup>40</sup> TRECHSEL, *Praxiskommentar* (10), ad art. 47, § 26.

<sup>41</sup> FLÜCKIGER, *Art. 66bis* (38), p. 136.

atti sessuali con un infrasedicenne resti paralizzato per le lesioni subite a seguito di un linciaggio popolare.

## 5. Esclusione della punibilità e della colpevolezza ex art. 187 CPS

### a. Gli amori giovanili

5.1  
Prima ipotesi di  
esclusione della  
punibilità

Ex art. 187 comma 2 CP non incorre in conseguenze penali colui che, pur avendo posto in essere la condotta tipica, al momento in cui ha commesso il fatto aveva meno di tre anni più della vittima. In tal modo il legislatore ha voluto lasciare impuniti gli amori giovanili, trattandosi di particolari situazioni in cui si ritiene che il corretto sviluppo sessuale delle persone coinvolte non sia posto in pericolo<sup>42</sup>.

5.1.1  
Causa limitativa  
della tipicità o  
della punibilità?

Sotto il profilo dogmatico, secondo la dottrina elvetica il secondo comma dell'art. 187 sarebbe costitutivo di una causa limitativa della fattispecie e non di esclusione della punibilità<sup>43</sup>: l'autore va mandato esente da pena siccome il fatto commesso non è tipico. Si è peraltro opportunamente osservato<sup>44</sup> come nell'ipotesi considerata sia dogmaticamente scorretto parlare di piena liceità degli atti sessuali tra minorenni; non si spiegherebbe infatti la ragione secondo cui il consenso di un tredicenne dovrebbe ritenersi valido se espresso nei confronti di un quindicenne, ma non se riferito a un sedicenne. Il minore di anni sedici infatti non può prestare validamente il proprio consenso a prescindere dal soggetto che si trova di fronte. D'altro canto, la previsione dell'art. 187 II non rappresenta, a ben vedere, nemmeno una causa di esclusione della punibilità, giacché tale impostazione

---

<sup>42</sup> PHILIPP MAIER, *Bsk* (7), ad art. 187, § 23; TRECHSEL, *Praxiskommentar* (10), ad art. 187, § 10.

<sup>43</sup> STEFANIA SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit der sexuellen Handlungen mit Kindern nach art. 187 StGB*, Schulthess, Zurigo 2003, pp. 106 ss. BERNARD CORBOZ, *Les infractions en droit suisse*, Stämpfli, Berna 2002, pp. 724- 725.

<sup>44</sup> PAOLO VENEZIANI, ad art. 609-quater, in ALBERTO CADOPPI, *Commentario sulle norme contro la violenza sessuale e la pedofilia*, Cedam, Padova 2006, pp. 643 ss.

presupporrebbe la piena meritevolezza della pena da parte del soggetto agente, e quindi la sua rimproverabilità, ciò che non appare il caso.

La disposizione in esame sembra dunque piuttosto assumere i tratti tipici di una causa di esclusione della colpevolezza, ovvero di una circostanza che fa venir meno la mera rimproverabilità dell'azione<sup>45</sup>. Tale impostazione appare preferibile: da un lato, evita stridenti contraddizioni logiche a livello di analisi della tipicità, in particolare permette di far salvo il principio generale secondo cui è vietato qualsiasi contatto sessuale con un minore di anni sedici; dall'altro, evita di criminalizzare gli amori giovanili, che sfuggono manifestamente a qualsiasi giudizio di rimproverabilità.

5.1.2  
Causa di  
esclusione della  
colpevolezza

Venendo all'esame della disposizione in commento, la dottrina ha avuto modo di rilevare come l'art. 187 II CPS si presti ad abusi. Si pensi ad esempio al caso di un giovane di 18 anni che compia una violenza sessuale ai danni di una quindicenne. Egli andrebbe incontro a responsabilità penale per coazione sessuale (art. 189 CP) o violenza sessuale (art. 190 CP), ma non per atti sessuali con fanciulli, nonostante il probabile trauma inflitto alla giovane<sup>46</sup>. Non si potrebbe d'altra parte restringere il campo di applicazione della norma in commento alle ipotesi di atti sessuali consenzienti siccome una tale soluzione striderebbe con il principio *nulla poena sine lege*, nonché con l'art. 1 CP<sup>47</sup>.

5.2

*b. La giovane età dell'autore e il matrimonio riparatore*

Di cause di esclusione della punibilità vere e proprie si può parlare con riferimento alle disposizioni contenute nel capoverso 3 dell'art. 187. Il legislatore attribuisce all'autorità giudicante il potere di prescindere da ogni pena qualora al momento del fatto il soggetto agente non avesse ancora compiuto gli anni venti e fossero presenti

5.2  
Seconda ipotesi

---

<sup>45</sup> PAOLO VENEZIANI, *ad art. 609-quater*, in ALBERTO CADOPPI, *Commentario sulle norme contro la violenza sessuale e la pedofilia*, Cedam, Padova 2006, pp. 643 ss.

<sup>46</sup> Come si è visto (cap. X) gli artt. 189 e 190 sono in concorso ideale con la fattispecie di cui all'art. 187 CPS.

<sup>47</sup> SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (43), p. 103.

particolari circostanze oppure abbia in seguito contratto matrimonio con la vittima<sup>48</sup>.

5.3  
Prima causa di  
non punibilità

Per quel che riguarda la prima variante, è fondamentale discernere cosa intenda il legislatore con la locuzione «*circostanze particolari*». La linea guida che dovrebbe illuminare il giudice nell'esercizio del potere di apprezzamento muove dall'idea secondo cui la pena deve essere evitata qualora non sia possibile parlare di un abuso nei confronti del soggetto più giovane. Il concetto di circostanza particolare dovrebbe quindi essere interpretato in modo piuttosto estensivo, così da ricomprendere tutti i casi di amori giovanili. Rientrano nella categoria menzionata, in particolare, le ipotesi in cui ricorra una vera relazione sentimentale oppure in cui è la vittima medesima a prendere l'iniziativa. Circostanza particolare può essere ritenuto anche il fatto che il differenziale di età superi di poco il limite legale di tre anni<sup>49</sup>. Nel giudizio relativo a tali elementi occorrerà comunque tenere in considerazione il genere di atti sessuali che sono stati posti in essere. Ad esempio acquisterà un disvalore diverso il *petting* se commesso tra un diciannovenne e una quindicenne, rispetto alla medesima condotta posta in essere da un quindicenne nei confronti di una undicenne. Nel secondo caso, infatti, la circostanza che il soggetto passivo sia con ogni probabilità prepubere aumenta il disvalore della condotta e amplifica il pericolo per lo sviluppo del minore<sup>50</sup>. La causa di non punibilità in esame, secondo un'interpretazione condivisibile, trova applicazione anche nel caso in cui il soggetto attivo ha iniziato la relazione prima del compimento del ventesimo anno di età, ma la continua anche successivamente<sup>51</sup>.

---

<sup>48</sup> MEIER, *Bsk* (7), ad art. 187, § 18; GÜNTER STRATENWERTH/ GUIDO JENNY, *Schweizerisches Strafrecht. BT I*, Berna 2003, p. 150.

<sup>49</sup> SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (43), p. 108.

<sup>50</sup> SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (43), p. 108; MEIER, *Bsk* (7), ad art. 187, § 18.

<sup>51</sup> STRATENWERTH/ JENNY, *BT I* (48), p. 150.

La seconda ipotesi in cui l'autorità giudicante è ritenuta in facoltà di prescindere da una punizione ricorre nel caso di intervenuto matrimonio tra autore e vittima. Tale disposizione si basa sulla considerazione secondo la quale «*die Liebe keine Grenze kennt*», con la conseguenza che in siffatte circostanze sarebbe da escludere un vero pericolo per lo sviluppo del minore. Anche la seconda causa di non punibilità prevista dal 3° comma dovrebbe quindi trovare applicazione nei casi in cui nonostante la tipicità del fatto posto in essere, l'integrità sessuale del soggetto passivo non è stata messa in pericolo<sup>52</sup>. Da notare come la mera presenza del vincolo del matrimonio non comporti automaticamente l'esclusione della punibilità. Si vuole infatti evitare che il reo obblighi la vittima a contrarre matrimonio al solo scopo di sfuggire alla condanna<sup>53</sup>. Per quel che riguarda la nozione di matrimonio, vale quella civilistica (art. 90 ss. CCS). Dall'entrata in vigore della legge sulle unioni civili sono parificate al matrimonio le unioni domestiche registrate<sup>54</sup>. Il cpv. 3 non può trovare applicazione nei casi di semplice convivenza *more uxorio*, elemento criticato a giusta ragione dalla dottrina in quanto di dubbia compatibilità con l'art. 8 i.c.d. con l'art. 14 CEDU<sup>55</sup>.

5.4  
Seconda causa di  
non punibilità

Il cpv. 3 dell'art. 187 comporta diverse problematiche evidenziate dalla prassi. Risulta innanzitutto di non semplice soluzione il caso in cui la relazione sentimentale tra autore e vittima, seppur esistente al momento dell'atto sessuale, venga in seguito meno. In giudizio espressioni come «*non ti ho mai amato*» o «*non mi hai mai amato*» pronunciate dal più giovane pongono il giudice in notevole difficoltà. In siffatte situazioni di “scaramucce amorose”, la dottrina suggerisce di ritenere provata la sincera relazione sentimentale, nel momento in cui

5.5  
Problematiche  
applicative

---

<sup>52</sup> MEIER, *Bsk* (7), ad art. 187, § 18.

<sup>53</sup> CHRISTIAN FAVRE/ MARC PELLET/ PATRICK STOUDEMANN, *Code penal annoté*, Bis et Ter, Losanna 2007, ad art. 187 n. 3.1.

<sup>54</sup> RU 2005 5685, 5713.

<sup>55</sup> MEIER, *Bsk* (7), ad art. 187, § 19; STRATENWERTH/ JENNY, *BT I* (48), p. 150; SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (43), p. 108.

l'imputato in buona fede poteva al momento dei fatti ritenerla sussistente<sup>56</sup>.

5.6 Lo sfruttamento della vittima esclude inoltre che la relazione amorosa possa ricadere nel novero delle «*circostanze particolari*» ai sensi dell'art. 187 III. Si pensi al caso di un'infrasedicenne che accetti di intrattenere un rapporto sessuale con un ventenne solo perché questi ha dichiarato che in caso di suo rifiuto porrebbe fine alla loro relazione. Qualora il soggetto attivo non consideri la minore come la propria ragazza e dopo il fatto non si curi affatto di lei, egli non può invocare a propria difesa la circostanza che tra i due intercorresse al *tempus commissi delicti* una relazione sentimentale<sup>57</sup>.

5.7 Con riferimento al capoverso 3 appaiono inoltre problematici i casi in cui è la vittima a provocare l'autore. La dottrina ritiene scorretto riconoscere l'esclusione della punibilità ogni volta che sia stato il soggetto passivo a prendere l'iniziativa. La SUTER-ZÜRCHER sostiene che altrimenti «*müssten Mädchen, die mit noch nicht 20-jährigen Jungen ausgehen möchten, 'weggeschlossen' werden, weil sie riskieren, dass der Täter im Falle von sexuellen Übergriffen von vornherein ohne Strafe davonkommt*»<sup>58</sup>. Tale argomentazione non appare del tutto convincente dacché, mancando il consenso della ragazza per tutta la durata del rapporto, l'autore, nel caso citato, sarebbe comunque punibile per violenza sessuale. Fuori dalla descritta ipotesi, è difficile immaginare l'ipotesi in cui una minore di 16 anni che decida di uscire con un ragazzo minore di 20 anni e di abbandonarsi ad atti sessuali, possa subire anche solo astrattamente dei danni al proprio sviluppo fisiopsichico.

## 6. Bibliografia

- 6.1 HANS SCHULZ, *Die Delikte gegen Leib und Leben nach der Novelle 1989*, in *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 4/1991.  
Lavori preparatori del CPS

---

<sup>56</sup> SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (43), p. 113.

<sup>57</sup> *Idem*, p. 114.

<sup>58</sup> *Idem*, p. 115.

## CAP. IX – LE CAUSE DI NON PUNIBILITÀ (E DI NON COLPEVOLEZZA)

- BERNARD CORBOZ, *Les infractions en droit suisse*, Stämpfli, Berna 2002 ; GÜNTER STRATENWERTH/ GUIDO JENNY, *Schweizerisches Strafrecht. BT I*, Berna 2003; GÜNTER STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil II*, Stämpfli, Berna 2006; MARCEL NIGGLI/HANS WIPRÄCHTIGER, *Basler Kommentar. Strafrecht I*, Helbig&Lichtehahn, Basilea 2007; CHRISTIAN FAVRE/ MARC PELLET/ PATRICK STOUDEMANN, *Code penal annoté, Bis et Ter*, Losanna 2007; MICHEL DUPUIS/ BERNARD GELLER/ GILLES MONNIER/ LAURENT MOREILLON/ CHRISTOPHE PIGUET, *Code Penal I*, Helbing & Lichtenhahn, Basilea, 2008; STEFAN TRECHSEL, *Schweizerisches Strafrecht. Praxiskommentar*, Dike, Zurigo 2008.
- HANS WIPRÄCHTIGER, *Der Verzicht auf Weiterverfolgung und Strafbefreiung nach art. 66bis – ein Weg zu mehr Einzelfallgerechtigkeit ?*, in *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 2003/2, pp. 141-171; STEFANIA SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit der sexuellen Handlungen mit Kindern nach art. 187 StGB*, Schulthess, Zurigo 2003; DANIEL JOSITSCH, *Strafbefreiung gemäss Art. 52 ff. StGBneu und prozessrechtliche Umsetzung*, RSJ, 2004, p. 2; DOMINIQUE ESQUIS, *Sinn und Gesinnung: Bemerkungen zu Art. 53 rev. StGB*, PJA, 3/2005, pp. 309-314; PETER GOMM/DOMINIK ZEHNTER, *Opferhilfegesetz*, Stämpfli, Berna 2005; ALBERTO CADOPPI, *Commentario sulle norme contro la violenza sessuale e la pedofilia*, Cedam, Padova 2006; SILVAN FLÜCKIGER, *Art. 66bis StGB/ Art. 54 f. StGBneu – Betroffenheit durch Tatfolgen*, Stämpfli, Berna 2006; WALTER WYSS, *Bemerkungen zu Art. 4 Strv.*, in *Saatsanwaltschaft des Kantons Bern (Hrsg.), «Zu Wert und Unwert», Festgabe zum 60. Geburtstag von Generalprokurator Markus Weber*, Bern 2007, p. 37; ANNE BERKEMEIER, *Das Opportunitätsprinzip*, Schulthess, Zurigo 2008; FELIX BOMMER, *Bemerkungen zur Wiedergutmachung (Art. 53 StGB)*, in *Forum Poenale*, 3/2008; REINER ANGST/HANS MAURER, *Das 'Interesse der Öffentlichkeit' gemäss Art. 53 lit. b StGB – Versuch einer Konkretisierung (Teil 1)*, in *Forum Poenale*, Stämpfli, Berna 2008.
- HANS WIPRÄCHTIGER *Revision des Allgemeinen Teils des StGB. Änderungen im Schatten des Sanktionenrechts*, RPS, 4/2005, pp 403 ss.; FELIX BÄNZIGER/ANNEMARIE HUBSCHMID/JÜRIG SOLLBERGER, *Zur Revision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafrechts und zum neuen materiellen Jugendstrafrecht*, Stämpfli, Berna 2006; BRIGITTE TAG/ MAX HAURI, *Die Revision des Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil*, Dike, Zurigo 2006 ; BRIGITTE TAG/PETER GRUBMILLER, *Vom alten zum neuen Strafrecht. Allgemeiner Teil. Synoptische Darstellung*, Dike, Zurigo 2007.

6.2  
Opere generali  
in materia di  
diritto penale

6.3  
Studi e  
monografie

6.4  
Opere sulla  
revisione del  
codice penale



## CAPITOLO X

### IL PROBLEMA DELL'IMPUTABILITÀ

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Cenni storici – 3. L'imputabilità nel Codice penale svizzero (art. 19 I CPS) – 4. La semimputabilità (art. 19 II CS) – 5. La valutazione delle condizioni psichiche nel processo penale – 6. Pedofilia e imputabilità secondo la dottrina specialistica – 7. Pedofilia e imputabilità secondo la giurisprudenza – 8. Bibliografia

#### 1. Introduzione

Molti nel corso della storia hanno sostenuto e, ancor oggi sostengono, una correlazione tra malattia mentale e crimine. Il reato viene considerato espressione sintomatica di un disturbo psichico; la malattia mentale sarebbe determinante nei comportamenti aggressivi. Per sgombrare il campo da falsi convincimenti si dirà che le ricerche cliniche, epidemiologiche e statistiche dimostrano il contrario, cioè che la maggior parte dei delinquenti non presenta disturbi psichici di rilievo e che i malati di mente non commettono, in percentuali superiori, reati più di quanto commettano le persone definite normali.

La figura del pedofilo non sfugge all'etichettatura popolare; nell'immaginario collettivo viene inquadrato come un mostro, un essere spregevole che agisce in modo del tutto irrazionale per soddisfare i più bassi istinti a danno dei bambini. Le tesi affacciate dalle scienze psichiatriche, talora confortate dalle letture socio-psicologiche dei fenomeni, mettono peraltro in luce come gli individui che pongono in essere atti sessuali con soggetti prepuberi siano talora affetti da

1.1  
Rapporto tra  
malattia mentale  
e crimine

1.2  
Il pedofilo e la  
società

psicopatologie. Si pone dunque all'attenzione del giurista il problema dell'imputabilità del pedofilo.

1.3  
Imputabilità e  
colpevolezza.  
*Nulla poena sine  
culpa*

Secondo la teoria generale del reato, affinché il giudice possa comminare la sanzione penale non basta che il soggetto agente ponga in essere una condotta tipica prevista in una disposizione speciale del codice (ad es., ex art. 187 CPS, il compiere un atto sessuale con un infredicenne); che il suo comportamento sia antiggiuridico, siccome non giustificato dalla presenza di alcuna scriminante (legittima difesa, stato di necessità, ecc.) e che in relazione a quel fatto illecito egli versi in dolo o colpa. La rimproverabilità giuridico-penale del soggetto agente, come ci ricorda l'antico brocardo latino *nulla poena sine culpa*, postula l'inveramento di altri elementi, che concorrono a determinare l'inescusabilità della condotta del reo e quindi la sua colpevolezza. Tra questi fattori spicca, per importanza, l'imputabilità<sup>1</sup>.

1.4  
Imputabilità  
quale capacità  
d'intendere e di  
volere

Nel nostro diritto positivo, la disciplina dell'imputabilità determina la capacità di agire in diritto penale; in particolare essa delinea i tratti della persona normale, la quale sola è assoggettabile alla sanzione. Più precisamente, l'agente, al momento del fatto, deve possedere condizioni di maturità e consapevolezza etica affinché gli si possa imputare una colpa, intesa quest'ultima non quale colpa giuridica (ovverosia quale condotta dolosa, negligente, imprudente o imperita), bensì quale colpa morale, a valere quest'ultima quale giudizio di riprovevolezza etica in base al quale l'azione viene imputata al suo essere e per la quale è chiamato a rispondere dinanzi all'ordinamento<sup>2</sup>. Ancor più incisivamente si può affermare che *«se il reato è un fatto tipico, antiggiuridico e colpevole e la colpevolezza non è soltanto dolo o colpa, ma anche, valutativamente, riprovevolezza, rimproverabilità, l'imputabilità è ben di più che non una semplice condizione soggettiva di riferibilità della conseguenza del reato data dalla pena, divenendo*

---

<sup>1</sup> *Ex multis* GÜNTER STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht*, Allgemeiner Teil I, 3<sup>a</sup> ed., Stämpfli, Berna 2005, §§ 8.25 ss., p. 140.

<sup>2</sup> GIUSEPPE MAGGIORE, *Diritto penale*, Vol. I, Parte generale, Zanichelli, Bologna 1955, p. 360.

piuttosto la condizione dell'autore che rende possibile la rimproverabilità del fatto»<sup>3</sup>.

Ancor prima che rappresentare una premessa stessa della pena, l'imputabilità costituisce dunque un presupposto della colpevolezza; anzi, più propriamente, essa invero determina una *capacità di colpevolezza*: infatti l'imputabilità, se da un lato ritrae uno *status* personale essenziale per la colpevolezza, da questa di fatto ne risulta distinta<sup>4</sup>. In tale ottica l'imputabilità esprime l'attitudine soggettiva del reo e si identifica nella sua capacità d'intendere e di volere<sup>5</sup>.

La capacità d'intendere consiste nell'idoneità del soggetto a valutare l'illiceità della propria condotta, a rendersi conto del significato sociale del proprio agire<sup>6</sup>.

1.5  
Imputabilità  
quale capacità di  
colpevolezza

1.6  
Capacità  
d'intendere

<sup>3</sup> Cass. it., S.U., n. 9163/2005 dell'8.3.2005.

<sup>4</sup> MANTOVANI, *Diritto penale* (6), p. 305; AA. VV., *Psicologia e giustizia*, Anno 5, n. 1, Gennaio-giugno 2004, p. 10; PHILIPPE GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, 2<sup>a</sup> ed., Stämpfli, Berna 1995, pp. 227 ss.; MARTIN KILIAS, *Précis de droit pénal général*, 2<sup>a</sup> ed., Stämpfli, Berna 2001, pp. 37 ss.; DONATSCH/TAG, *Strafrecht I* (5), pp. 258-259; Cass. it., S.U., n. 9163/2005 dell'8.3.2005; MARIO BRANDA, *La perizia psichiatrica secondo l'art. 20 CP: annotazioni su criteri e prassi nella determinazione della responsabilità dell'imputato*, in: AA.VV., *Le perizie giudiziarie*, CPGF/Helbing & Lichtenhahn, Lugano/Basilea 2008, p. 130.

<sup>5</sup> ANDREAS DONATSCH/BRIGITTE TAG, *Strafrecht I. Verbrechenlehre*, Schulthess, Zürich 2006, § 24, pp. 264; FELIX BOMMER, vor art. 19 n. 5, in MARCEL NIGGLI, HANS WIPRÄCHTIGER, *Basler Kommentar – Strafgesetzbuch I Art. 1-110 StGB*, Helbing & Lichtenhahn, Basel 2007; STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht AT I* (1) §11.5 e 11.8; Sul concetto di responsabilità cfr. CARLOS NINO, *Introduzione all'analisi del diritto*, Giappichelli, Torino 2006, pp. 164 ss.; GUGLIELMO GULOTTA, *Elementi di psicologia giuridica e di diritto psicologico*, Giuffrè, Milano 2002, p. 378; BRANDA, *La perizia psichiatrica* (4), p. 131.

<sup>6</sup> DONATSCH/TAG, *Strafrecht I* (5), § 23, p. 261. GIOVANNI FIANDACA/ENZO MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, 4<sup>a</sup> ed., Bologna, 2001, pp. 297-298. Come evidenza opportunamente FERRANDO MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, 4<sup>a</sup> ed., Cedam, Padova 2001, p. 667, la capacità d'intendere non richiede né un sentimento, né tantomeno un'adesione morale. Il non sentire il disvalore sociale di un fatto a motivo di uno *status* psichico di incomunicabilità tra individuo e società, l'essere privi di sentimenti o il dissentire da alcuni valori morali (si pensi ai soggetti rivoluzionari, all'omicidio per causa d'onore, alla vendetta, ovvero al giustificazionismo

- 1.7  
Capacità di  
volere
- La capacità di volere si identifica invece nell'attitudine della persona di agire pur avendo valutato il carattere illecito della propria condotta, di determinarsi in modo autonomo in conformità al proprio giudizio<sup>7</sup>.
- 1.8  
Imputabilità e  
colpevolezza
- Possiamo dire, con una formula estremamente sintetica ma efficace, che l'imputabilità si risolve nella «*capacità del reo di agire altrimenti*»<sup>8</sup>. Questa qualità può risultare assente in quegli individui che non dispongano di una sufficiente maturità psichica, che non siano sani di mente o assimilati.
- 1.9  
Presunzione di  
imputabilità
- Il nostro diritto positivo muove dalla regola generale secondo cui la capacità d'intendere e di volere è presunta negli adulti<sup>9</sup>. Essendo di fatto impossibile valutare la capacità del singolo di agire in un modo piuttosto che in un altro nella singola situazione, la libertà viene ricavata in negativo presumendola presente in ogni essere umano in assenza delle cause che valgono generalmente a escluderla. MANTOVANI sintetizza questa impostazione giungendo ad affermare che contro le variabili estremistiche delle tradizioni indeterministiche e deterministiche<sup>10</sup>, per le quali i delinquenti sono o tutti responsabili o tutti irresponsabili, «*resta la costante realistica che, accanto ai molti responsabili, residua pur sempre un nucleo di pochi irresponsabili*»<sup>11</sup>.
- 1.10  
La *ratio*  
dell'imputabilità
- Non è qui evidentemente possibile chinarsi sulla *ratio* e i postulati logici sottesi alla soluzione prevista nella più gran parte dei codici penali vigenti, che mandano esenti da pena i non imputabili, e che spiegano perché è necessaria l'imputabilità per punire. Che il sottoporre a pena

---

imperante in molti soggetti pedofili, ecc.) non è per ciò solo motivo di incapacità d'intendere.

<sup>7</sup> DONATSCH/TAG, *Strafrecht I* (5), § 23, p. 261; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale* (6), pp. 297-298.

<sup>8</sup> ALBERTO CADOPPI/PAOLO VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, Cedam, Padova 2007, pp. 353 ss.

<sup>9</sup> DONATSCH/TAG, *Strafrecht I* (5), § 23, p. 261. Diversa è invece la soluzione prevista nel Codice penale minorile svizzero, che all'art. 11 richiede un accertamento positivo dell'imputabilità per i soggetti minori di anni 18.

<sup>10</sup> *Infra*.

<sup>11</sup> MANTOVANI, *Diritto penale* (6), p. 665.

un soggetto non *compos sui* (siccome infermo di mente, ovvero manchevole di un certo sviluppo psichico) rappresenti una risposta ripugnante da parte di uno Stato di diritto, è indubbiamente un sentimento radicato nella coscienza collettiva e invero piuttosto risalente<sup>12</sup>. L'imputabilità sottende infatti la libertà di volere quale postulato stesso della responsabilità umana, nonché quale fondamento del *discrimen* tra soggetti meritevoli di pena (perché normali e intimidibili) e non meritevoli (perché anormali e non intimidibili)<sup>13</sup>.

## 2. Cenni storici

Tre sono gli indirizzi riconducibili ai moderni sistemi codicistici e relativi al modo di disciplinare l'imputabilità:

2.1  
Tre indirizzi  
codicistici

- i. *indirizzo psicopatologico*<sup>14</sup> secondo cui non è punibile il malato che abbia commesso un reato solo se affetto da una malattia prevista e normata nel codice. Vale a dire che il soggetto che presenta il disturbo codificato è di per sé stesso esonerato da responsabilità indipendentemente da un ulteriore accertamento;
- ii. *indirizzo normativo*<sup>15</sup> secondo cui, a prescindere dall'esistenza o meno di una malattia psichica, il soggetto è irresponsabile se al momento del fatto era incapace di intendere e di volere;
- iii. *indirizzo combinato psicopatologico-normativo*<sup>16</sup> secondo cui prima si dovrà accertare la presenza di un'infermità psichica e di

<sup>12</sup> Già il diritto romano prevedeva l'impunità per i „furiosi“ e per gli infanti. Era infatti opinione radicata e diffusa che i malati mentali fossero già sufficientemente puniti dall'infelicità arrecata dalla loro malattia: «*Infans vel furiosus si hominem occiderint, lege Cornelia non tenentur, cum alterum innocentia consilii tuetur, alterum fati infelicitas excusat*» tratto da LUKAS GSCHWEND, *Zur Geschichte der Lehre von der Zurechnungsfähigkeit: Ein Beitrag insbesondere zur Regelung im Schweizerischen Strafrecht*, Dissertazione dell'Università di Zurigo, Schulthess, Zurigo 1996, pp. 114 ss.

<sup>13</sup> MANTOVANI, *Diritto penale* (6), p. 666.

<sup>14</sup> Detto anche *metodo biologico* o *meramente psichiatrico*.

<sup>15</sup> Altrimenti conosciuto come *metodo psicologico*.

poi valutare l'incidenza della stessa sulla capacità di intendere e di volere al momento del fatto.

2.2  
Il Codice penale  
napoleonico

Il primo intervento legislativo dell'evo moderno che ebbe a recepire le riflessioni or ora esposte, e che costituì la base per tutte le codificazioni successive, fu il Codice penale napoleonico del 1810, che sul punto così disponeva<sup>17</sup>:

**Art. 64**

Il n'y a ni crime ni délit, lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l'action, ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister.

[Non ha luogo né crimine né delitto allorché l'imputato trovavasi in stato di demenza al momento dell'azione, ovvero vi fu costretto da una forza alla quale non poteva resistere.]<sup>18</sup>

2.3  
I Codici penali  
cantionali ante  
unificazione

I codici penali cantionali vigenti sino alla promulgazione del Codice penale federale unificato del 1937 prevedevano un approccio diversificato al tema dell'imputabilità. Alcuni di essi, traendo ispirazione dalla menzionata legislazione francese, si limitavano a enumerare quei disturbi psichici che la escludevano (*metodo psicopatologico*); altri designavano la capacità come quella necessaria capacità di giudizio per rendersi conto della punibilità della propria condotta, o come libera determinazione della volontà (*metodo normativo*); altri ancora combinavano i due metodi anzidetti (*metodo combinato*)<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> Conosciuto pure come *metodo psichiatrico-normativo* o anche *biologico-psicologico*, cfr. FELIX BOMMER/VOLKER DITTMANN, *ad art. 19 n. 14*, in MARCEL NIGGLI, HANS WIPRÄCHTIGER, *Basler Kommentar – Strafgesetzbuch I Art. 1-110 StGB*, Helbing & Lichtenhahn, Basel 2007; Sul punto si veda anche BRANDA (4), p. 18.

<sup>17</sup> GIOVANNI BATTISTA TRAVERSO, *Responsabilità, imputabilità e perizia psichiatrica*, in VITTORIO VOLTERRA, *Psichiatria forense, criminologia ed etica psichiatrica*, Masson, Milano 2006, p. 15; STRATENWERTH, *ATI* (1), § 11.12.

<sup>18</sup> Volgimento in italiano nostro.

<sup>19</sup> STRATENWERTH, *ATI* (1), § 11.12.

Anche molti codici dell’Italia preunitaria accolsero l’indirizzo psicopatologico, enumerando le cause in presenza delle quali l’imputato poteva andare esente da colpa in quanto «*in stato di demenza al momento dell’azione*». In base alla testimonianza del CARRARA ciò condusse a una grande confusione siccome la scienza del tempo non aveva ancora stabilito in modo certo il significato di termini come imbecillità, mania, o furore. Diversa fu invece la soluzione del Codice Toscano il quale, forte dell’insegnamento secondo cui *omnis definitio in iure periculosa est*, adottò già *illo tempore* il metodo normativo puro, evitando l’esposizione casistica dei motivi e optando per una clausola di portata generale<sup>20</sup>.

2.4  
I Codici penali  
dell’Italia  
preunitaria

Anche nel Canton Ticino le codificazioni ottocentesche prevedevano disposizioni volte a garantire l’impunità ai soggetti che

2.5  
Codice penale  
ticinese del 1816

<sup>20</sup> «Parecchi legislatori hanno creduto necessario di definire la teorica della imputazione o dei suoi gradi con una completa enumerazione di parti: hanno descritto l’errore di diritto e di fatto; la ubriachezza piena o meno piena; la imbecillità, la mania, il furore, il sordomutismo senza istruzione o con istruzione, e via così discorrendo. E cosa ne avvenne? Dispute fra i Giuristi; dispute fra i psichiatri; incertezza negli insegnamenti; fluttuanza e contrarietà nelle Giurisprudenze. La storia è là per affermarlo con irrecusabili monumenti. Il codice Toscano al contrario si è sbarazzato dallo impaccio di tutta questa casuistica. Esso, come l’aquila, fissa il guardo nel sole e cerca la luce nella sua genesi, e ve la cerca senza pericolo perché la luce del vero non abbarbaglia come la luce fisica. Esso ha ridotto la dottrina della imputabilità ai più semplici termini. Esso ha ricordato che l’uomo è imputabile perché la coscienza illumina il suo intelletto, perché la libertà accompagna le sue determinazioni volitive. Da questo supremo vero ne ha dedotto che un agente di nulla è imputabile se non ebbe coscienza della pravità del suo atto, o se non ebbe libertà di eleggere nella sua determinazione: ne ha dedotto che l’uomo è meno imputabile (quantunque sempre imputabile) quando la sua coscienza fu in parte illusa e quando la sua libertà fu in parte menomata. Ed ecco che con i due articoli 34 e 64 ha completato tutta questa teorica intricatissima in altri codici. E che l’abbia completata efficacemente e sufficientemente noi Toscani lo abbiamo veduto e toccato con mano da quasi venti anni a questa parte». F. CARRARA, *Lineamenti di pratica legislativa penale esposti mediante svariate interpretazioni*, Torino, 1874, pp. 97-98 tratto da ALBERTO CADOPPI, *Introduzione allo studio del diritto penale comparato*, 2<sup>a</sup> ed., Cedam, Padova 2004, pp. 104-105.

commettevano reati in stato di incapacità. Il Codice penale ticinese del 1816<sup>21</sup> propose per il metodo psicopatologico<sup>22</sup>:

**Art. 3**

Non vengono imputate a delitto le azioni ed omissioni delle persone abitualmente prive dell'uso della ragione o costituite in uno stato alternante di pazzia e di ragione, quando agiscono durante l'accesso di pazzia.

2.6  
Codice penale  
ticinese del 1873

L'edizione del 1873 ebbe a eleggere invece l'indirizzo normativo<sup>23</sup>:

**Art. 46**

Non è imputabile di crimine o delitto colui che nel momento in cui commise il fatto: a) si trovava in tale stato di non avere coscienza dei suoi atti, ovvero b) vi fu costretto da una forza morale o fisica, alla quale non ha potuto resistere.

2.7  
Codice penale  
svizzero del 1937

Il Codice penale svizzero del 1937 optò invece per il metodo combinato: da un lato infatti accolse l'impostazione psicologica, scomponendo l'imputabilità nella capacità d'intendere e di volere, dall'altro, in applicazione del metodo biologico, ebbe a circoscrivere le cause che potevano condurre alla sua esclusione a precise (per l'epoca) diagnosi psichiatriche<sup>24</sup>:

**Art. 10**

Non è punibile colui che, per malattia o debolezza di mente o per grave alterazione della coscienza, non era, nel momento del fatto, capace di valutare il carattere illecito dell'atto o, pur valutandolo, di agire secondo tale valutazione. Sono riservate le misure previste negli artt. 43 e 44 CP.

---

<sup>21</sup> Su tale Codice, altrimenti conosciuto quale «*Il Codice sgradito*», si veda l'interessante pubblicazione AA.VV., *Il Codice sgradito*. Atti del convegno sul Codice penale della Repubblica e Cantone del Ticino (1816), Archivio storico ticinese, Bellinzona 2007.

<sup>22</sup> BRANDA, *La perizia psichiatrica* (4), p. 130.

<sup>23</sup> BRANDA, *La perizia psichiatrica* (4), pp. 130-131.

<sup>24</sup> STEFAN TRECHSEL, *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Kurzkommentar*, Schulthess, Zürich 1997, ad art. 10.

Introdusse inoltre il concetto di scemata imputabilità<sup>25</sup>:

2.8  
Scemata  
imputabilità

**Art 11**

Se la sanità mentale o la coscienza dell'imputato era, nel momento del fatto, soltanto turbata o se lo sviluppo mentale dell'imputato era incompleto, cosicché fosse scemata la sua capacità di valutare il carattere illecito dell'atto o, pur valutandolo, di agire secondo tale valutazione, il giudice può attenuare la pena secondo il suo libero apprezzamento (art. 66). Sono riservate le misure previste negli artt. 42a, 44 e 100bis.

Già quindi nel 1937, il Codice penale svizzero considerava la capacità di intendere e volere come presupposti dell'imputabilità. Quest'ultima era esclusa solo in presenza di determinate cause: malattia psichica, debolezza di mente e grave alterazione della coscienza.

2.9

**3. L'imputabilità nel Codice penale svizzero (art. 19 I CP)**

*a) La genesi dell'art. 19 cpv. I CP*

Rielaborato con una formulazione più laconica e compiuta, l'art. 19 CP nuovo conio riunisce in un'unica disposizione legislativa il tenore dei precedenti articoli 10 e 11 CP. Come si è detto, l'esclusione dell'imputabilità nel vecchio art. 10 era fondata su una malattia psichica, una deficienza, o un disturbo della coscienza. L'art. 19 del progetto preliminare SCHULTZ<sup>26</sup> manteneva questi tre elementi anche nella

3.1  
Il nuovo art. 19  
CP

---

<sup>25</sup> *Idem*, ad art. 11.

<sup>26</sup> La riforma della parte generale del Codice penale svizzero marca l'impronta dogmatica del Prof. HANS SCHULTZ, cui nel 1983 il Dipartimento federale di giustizia e polizia assegnò l'incarico di approntare un progetto preliminare per la revisione dei Libri I e III del Codice. Le riflessioni del cattedratico bernese sono poi confluite in una pubblicazione: HANS SCHULTZ, *Bericht und Vorentwurf zur Revision des Allgemeinen Teil und des Dritten Buches "Einführung und Anwendung des Gesetzes" des Schweizerischen Strafgesetzbuches*, Stämpfli, Berna 1987. L'onere di predisporre uno studio per una legge organica sul diritto penale minorile fu invece affidato al Prof. MARTIN STETTLER il quale depositò la sua relazione nel 1986. V. MARTIN STETTLER, *Avant-projet de loi fédérale concernant la condition pénale des mineurs et rapport explicatif*, DFG, Berna 1986.

novellata formulazione dell'imputabilità. Il Disegno di legge del Consiglio federale volle tuttavia rinunciare in quanto reputava tali concetti superati dalle scienze psichiatriche: si introdusse dunque la più generica locuzione «grave turba psichica»<sup>27</sup>. Secondo il Messaggio dell'Esecutivo licenziato il 21 settembre 1998 con la locuzione «turba psichica» dovevano intendersi le turbe di natura organica, nonché le turbe della personalità, del comportamento e dello sviluppo ma anche i casi di stato psichico anomalo temporaneo che rientrano oggi nel concetto di turba della coscienza<sup>28</sup>. Affinché potesse peraltro pronunciarsi la non imputabilità sarebbe stato necessario che la turba psichica assumesse il carattere della gravità. La struttura psichica dell'autore doveva scostarsi nettamente dalla media, rispetto non soltanto agli altri soggetti giuridici, ma anche e soprattutto agli altri criminali<sup>29</sup>. Sembrava quindi che sostanzialmente non dovessero esserci cambiamenti rispetto a quanto avveniva in base al diritto previgente: l'imputabilità doveva essere esclusa in presenza di quelli che erano considerati gravi disturbi psichici<sup>30</sup>. La Commissione del Consiglio degli Stati lamentò tuttavia una mancanza di chiarezza sulla nuova terminologia: la locuzione «gravi disturbi psichici» non comprendeva per esempio un disturbo passeggero della coscienza<sup>31</sup>. Il concetto di gravi disturbi psichici venne considerato quindi troppo poco preciso, e parallelamente esso fu percepito come una forma di discriminazione nei confronti dei soggetti portatori di handicap mentale, vietata dall'art. 8 Cost. fed.<sup>32</sup>. Per risolvere il problema si decise di eliminare del tutto dal dettato normativo il riferimento alle possibili cause dell'imputabilità, anche sul rilievo che non sarebbe compito del legislatore indicare i motivi dell'incapacità d'intendere e di volere. La proposta incontrò i

---

<sup>27</sup> FF 1999 1975.

<sup>28</sup> FF 1999, 1693.

<sup>29</sup> FF 1999, 1693; DTF 93 IV 20; 98 IV 153; 100 IV 129; 102 IV 225.

<sup>30</sup> BOMMER/DITTMANN, *BSK* (16), *ad art.* 19 n. 6-7.

<sup>31</sup> Rechtskommission NR, Protokoll der Sitzung vom 3.-5.7.2000, 7-9 tratto da: BOMMER/DITTMANN, *BSK* (16), *ad art.* 19 n. 6.

<sup>32</sup> Art. 8 Cost. fed.: «Nessuno può essere discriminato (...) a causa (...) di menomazioni fisiche, mentali o psichiche.».

favori sia del Consiglio Nazionale<sup>33</sup> che del Consiglio degli Stati<sup>34</sup>. Il nuovo articolo 19 CP dispone dunque:

<sup>33</sup> BU CN 6.6.2001, p. 544, deputato DORLE VALLENDER : «Die Diskussion hinsichtlich der "schweren psychischen Störung" hat ergeben, dass dieser Begriff sehr unscharf ist und auch von der Wissenschaft und von der Weltgesundheitsorganisation nicht einheitlich gebraucht wird. Wenn einzig auf die von der Wissenschaft verwendete Definition abgestellt würde, wären die Menschen mit einer geistigen Behinderung diskriminiert. Dies verbietet indessen Artikel 8 Absatz 2 der neuen Bundesverfassung. Zudem ergeben sich auch besondere Probleme im Verhältnis zur französischen Terminologie. Die Kommission ist der Ansicht, dass der Begriff der "schweren psychischen Störung" zudem nicht zwingend genannt werden müsste. Es ist nicht Aufgabe des Gesetzgebers zu sagen, aus welchen Gründen einem Täter die Schuldfähigkeit mangeln kann. Das Gericht hat vielmehr die Frage zu beantworten, ob der Täter das Unrecht seiner Tat einsehen konnte. Falls der Täter dazu nicht fähig war, sind sodann die Gründe für die Schuldunfähigkeit bzw. Teilschuldfähigkeit abzuklären oder abklären zu lassen. Dies um auszuschliessen, dass der Täter diesen Zustand gemäss Artikel 17a bewusst selber herbeigeführt hat, die so genannte "actio libera in causa". Die Kommission war daher - bei einem Stimmenverhältnis von mit 13 zu 0 bei 1 Enthaltung - der Auffassung, dass die neue Formulierung von Artikel 17 besser ist.»; deputato ANNE-CATHERINE MÉNÉTREY-SAVARY : «A propos de cet article, la commission s'est lancée dans une grande discussion pour savoir ce que recouvre le terme de "grave trouble mental". Nous aurions voulu déterminer si ce terme englobe à la fois la maladie psychique, le handicap mental ou le trouble psychologique ou émotionnel passager. Nous avons même chargé l'administration d'aller chercher dans les livres de médecine pour savoir ce qu'impliquait ce diagnostic. Mais, finalement, nous nous sommes rendu compte que la responsabilité ou l'irresponsabilité, au moment de commettre un acte, pouvaient être évaluées pour elles-mêmes, avec ou sans diagnostic psychiatrique. Un schizophrène peut être parfaitement responsable de ses actes, quand il n'est pas en crise, alors qu'une personne prétendument "normale" peut se trouver momentanément dans un état émotionnel très perturbé, qui pourrait l'empêcher d'apprécier le caractère illicite de son acte. Voilà pourquoi nous vous proposons d'en rester à la constatation d'une incapacité d'apprécier l'illicéité de l'acte, que cette incapacité résulte d'un trouble mental ou d'une autre cause.».

<sup>34</sup> BU CS 19.9.2001, p. 508, deputato CHRISTIANE BRUNNER : «Le Conseil national a supprimé l'élément de "trouble mental", car l'état d'irresponsabilité peut résulter d'un trouble mental ou d'une autre cause. Une personne jouissant de sa pleine santé mentale peut également agir dans un état d'irresponsabilité. La commission s'est ainsi ralliée à l'unanimité à la version du Conseil national.».

**Art. 19 Incapacità e scemata imputabilità**

<sup>1</sup> Non è punibile colui che al momento del fatto non era capace di valutarne il carattere illecito o di agire secondo valutazione.

<sup>2</sup> Se al momento del fatto l'autore era soltanto in parte capace di valutarne il carattere illecito o di agire secondo tale valutazione, il giudice attenua la pena.

<sup>3</sup> Possono essere ordinate tuttavia le misure previste negli articoli 59-61, 63, 64, 67 e 67 b.

<sup>4</sup> I capoversi 1-3 non sono applicabili se l'autore poteva evitare l'incapacità o la scemata imputabilità e prevedere così l'atto commesso in tale stato.

3.2  
Opzioni  
terminologiche

La nuova formulazione letterale dell'art. 19 presenta rilevanti novità anche sotto il profilo terminologico, con sfumature diverse a seconda della versione linguistica (tedesca, italiana e francese). Per quel che ne è della versione tedesca, il legislatore elvetico ha deciso di sostituire il lessema *Zurechnungsfähigkeit* con *Schuldfähigkeit*. In passato la dottrina aveva già evidenziato come l'Art. 10 vecchio conio non intendeva riferirsi alla semplice imputabilità oggettiva del fatto all'autore, ma alla colpevolezza quale ulteriore elemento per la punibilità di un fatto tipico e antiggiuridico<sup>35</sup>. Il Messaggio sul punto, infatti, stabilisce che «*non si tratta di attribuire un comportamento vietato ad una determinata persona, bensì della repressibilità di tale comportamento*»<sup>36</sup>. Evidentemente il termine *Zurechnungsfähigkeit* era percepito dagli autori come simbolo della concezione psicologica della colpa, la quale, già nella prima metà del XX secolo, era ormai ritenuta superata dalla teoria normativa<sup>37</sup>. Per le medesime ragioni, nella versione italiana del nuovo art. 19 si è preferito adottare il *rubrum* «*incapacità e scemata imputabilità*» sostituendolo ai precedenti lessemi «*irresponsabilità*» e «*scemata responsabilità*»<sup>38</sup>. Il testo francese

---

<sup>35</sup> HANS SCHULTZ, *Bericht* (26), p. 43; STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht AT I* (1), p. 261.

<sup>36</sup> FF 1999, 1694.

<sup>37</sup> DONATSCH, *Strafrecht I* (5), p. 259.

<sup>38</sup> La soluzione terminologica della versione italiana appare sostanzialmente corretta, ritenuto come l'imputabilità si identifichi appunto con la capacità di colpevolezza (*supra* § 1). Preferibile era piuttosto l'adozione di un lessico più unitario, sostituendo il troppo generico lessema «*incapacità*» con il termine

ripropone invece inalterate le locuzioni «*irresponsabilité*» e «*responsabilité restreinte*»<sup>39</sup>.

Parte della dottrina ha vivacemente criticato la scelta di eliminare ogni riferimento alle cause che possono giungere all'esclusione dell'imputabilità. Innanzitutto è stato posto in luce come gli elementi eziologici vengano enumerati da quasi tutti i codici dell'Europa continentale, rimanendo isolata la scelta elvetica<sup>40</sup>. Si è sostenuto addirittura che essa rappresenterebbe in realtà una svista del legislatore, in quanto la locuzione «*grave turba psichica*» non sarebbe affatto viziata da poca chiarezza: da più di 20 anni nella prassi e in dottrina apparirebbero ben distinti i limiti di tale concetto<sup>41</sup>.

A ogni modo, il tenore letterale del nuovo art. 19 fa riferimento a un metodo puramente normativo (*reine normative Methode*)<sup>42</sup> per la determinazione della capacità di intendere e di volere: esso prende in considerazione unicamente la capacità, la cui mancanza comporta l'esclusione della punibilità. Vengono quindi del tutto tralasciati gli elementi eziologici. La dottrina tuttavia non ha mancato di sostenere che anche in seguito alla novella il legislatore avrebbe di fatto optato per un metodo misto psichiatrico-normativo (*psychiatrisch-normative Methode*)<sup>43</sup>. Rimarrebbe dunque necessario anche sotto l'impero della novellata parte generale un referto psichiatrico, ovvero una precisa diagnosi medica<sup>44</sup>. I vantaggi del metodo psichiatrico-normativo nella

3.3  
Critica al nuovo  
art. 19

3.4  
Il metodo  
psichiatrico-  
normativo.

---

«*inimputabilità*» che ben si accostava a «*scemata imputabilità*» o ancor più sinteticamente a «*semimputabilità*».

<sup>39</sup> GRAVEN, *L'infraction* (4), p. 227.

<sup>40</sup> Si veda ad es. la formulazione adottata dal CPI in MANTOVANI, *Diritto penale* (6), p. 686.

<sup>41</sup> BOMMER/DITTMANN, *BSK* (16), *ad art.* 19 n. 9.

<sup>42</sup> Definito anche metodo psicologico. Cfr. STRATENWERTH, *ATI* (1), pp. 266-267. Vedi inoltre DONATSCH/TAG, *Strafrecht I* (5), pp. 258-259.

<sup>43</sup> BOMMER/DITTMANN, *BSK* (16), *ad art.* 19 n. 14; STRATENWERTH, *ATI* (1), pp. 266-267.

<sup>44</sup> BOMMER/DITTMANN, *BSK* (16), *ad art.* 19 n. 14. Non così peraltro il deputato ANNE-CATHERINE MÉNÉTREY-SAVARY, v. *supra* NPP 33, in occasione della presentazione alle Camere del progetto della Commissione

determinazione della punibilità sono determinati da motivi pratici e di politica legislativa. Per quel che riguarda quest'ultimo aspetto, un filtro rappresentato dall'indicazione delle cause conduce a una diminuzione delle sentenze di proscioglimento per incapacità di intendere e di volere dell'imputato<sup>45</sup>. I motivi biologici in presenza dei quali è possibile un'esclusione della punibilità rappresentano infatti una linea guida per il giudice, il quale deve basare le proprie decisioni su quanto concluso dalla perizia psichiatrica<sup>46</sup>.

*b) Le cause che conducono all'esclusione dell'imputabilità*

3.5  
I gravi disturbi  
psichici

Può condurre a un'esclusione dell'imputabilità la presenza di un grave disturbo psichico. Esempi di una tale disfunzione possono essere indicati dalle seguenti diagnosi psichiatriche: gravi disturbi cerebrali, psicosi esogene, psicosi schizofreniche e aggressive, altri disturbi psichici nel caso in cui producano effetti rilevanti dal punto di vista forense simili a quelli di una psicosi<sup>47</sup>.

3.6  
Le malattie  
cerebrali

I gravi disturbi cerebrali<sup>48</sup> non sono nella prassi forense molto frequenti. Nei casi più gravi si assiste a un forte pregiudizio delle funzioni cognitive: il soggetto non è più in grado di rendersi conto delle azioni che sta compiendo e di ciò che accade intorno a lui. Rientrano in questa categoria le forme di demenza gravi e le situazioni crepuscolari organiche. Per quel che riguarda quest'ultima patologia, in particolare,

---

di esperti : «*Mais, finalement, nous nous sommes rendu compte que la responsabilité ou l'irresponsabilité, au moment de commettre un acte, pouvaient être évaluées pour elles-mêmes, avec ou sans diagnostic psychiatrique.*» (sottolineatura nostra). Tale assunto appare peraltro privo di senso e in stridente contraddizione con l'art. 20 CP (v. *infra* § 5).

<sup>45</sup> TRECHSEL, *Schweizerisches Strafgesetzbuch* (24), vor art. 19 n. 11.

<sup>46</sup> BOMMER/DITTMANN, *BSK* (16), ad art. 19 n. 15.

<sup>47</sup> NORBERT NEDOPIL, *Forensische Psychiatrie. Klinik, Begutachtung und Behandlung zwischen Psychiatrie und Recht*, Thieme, Stuttgart 2007, p. 23 ; STRATENWERTH, *ATI* (1), §§ 11.16 ss., p. 269.

<sup>48</sup> GIOVANNI CASSANO, *Psicopatologia e clinica psichiatrica*, Utet, Torino 2006, pp. 191 ss.; VOLKER DITTMANN/ANNELISE ERMER, *Forensische Psychiatrie und Begutachtung* in WOLFGANG GAEBEL/Franz MÜLLER-SPAHN, *Diagnostik und Therapie psychiatrischer Störungen*, Kohlhammer, Stoccarda 2002, p. 1055.

si tratta di un disturbo rarissimo. In ambito forense tale patologia è stata solitamente richiamata solamente nell’ottica di una strategia difensiva incapace di trovare motivazioni più convincenti<sup>49</sup>.

Le schizofrenie non creano grossi problemi dal punto di vista forense. Soggetti che hanno perso contatto con la realtà e che agiscono sotto l’influsso di follia o le cui azioni sono dettate da voci interne immaginarie, sono di regola non imputabili. La presenza di un tale disturbo non comporta però automaticamente l’esclusione della capacità di intendere e di volere. Gli psichiatri individuano infatti vari stadi delle malattie citate a cui corrispondono diverse gravità. Non tutti i livelli comportano una diminuzione tale della capacità di intendere e volere da escludere l’imputabilità. BOMMER e DITTMANN sottolineano come in ambito forense siano da evitare le patologie definite «borderline» o «latenti». Esse infatti rappresentano concetti molto dibattuti in dottrina e contrastano con l’esigenza di praticità del giurista. La diagnosi deve innanzitutto fare riferimento a un sintomo psicopatologico e a un criterio classificato nel ICD-10 ed essere quindi ampiamente riconosciuto dagli specialisti. Bisogna quindi chiedersi se la patologia individuata presenta un collegamento con il comportamento criminale. Infine è necessario capire quale sia stato in precedenza il comportamento del soggetto al di fuori dell’ambito delinquenziale<sup>50</sup>.

3.7  
Le schizofrenie

Per quel che riguarda i disturbi affettivi, le manie e le depressioni portano raramente alla commissione di reati<sup>51</sup>. Relativamente alle depressioni tuttavia si sono presentati all’attenzione degli esperti di psichiatria forense casi di «erweiterter Suizid» (suicidio collettivo). Sensi di colpa, rabbia e follia possono condurre all’uccisione di se stessi e di tutte le persone presenti sul luogo al momento della crisi. Se l’autore sopravvive si pone il problema di una sua eventuale imputabilità. Nella misura in cui si riesca a provare di essere affetto dai sintomi tipici di una depressione e che già diverso tempo prima della commissione del fatto i

3.8  
Disturbi affettivi

<sup>49</sup> BOMMER/DITTMANN, *BSK* (16), ad art. 19 n. 31.

<sup>50</sup> BOMMER/DITTMANN, *BSK* (16), ad art. 19 n. 32; DITTMANN/ERMER, *Forensische Psychiatrie* (48), pp. 1057 ss.

<sup>51</sup> Sul punto cfr. CASSANO, *Psicopatologia* (48), pp. 261 ss.

suoi impulsi, sensazioni e capacità di autocontrollo sono stati pregiudicati in modo rilevante, può essere riconosciuta un'assenza della capacità di intendere e volere. Il caso in questione necessiterebbe tuttavia di un'ampia argomentazione psichiatrico-forense: tali condotte possono essere infatti poste in essere anche da soggetti non affetti da alcuna patologia e quindi non giustificare l'incapacità del soggetto agente<sup>52</sup>.

3.9  
Grave deficit di  
intelligenza

I soggetti con un'intelligenza estremamente compromessa compiono raramente dei reati. Denotano invece un'intelligenza generalmente inferiore alla norma la maggior parte dei delinquenti comuni<sup>53</sup>. Spesso accade infatti che le aspettative di un soggetto contrastino fortemente con le sue concrete possibilità di realizzarle, generando frustrazioni che conducono alla commissione di crimini. Tuttavia è da negare che un quoziente di intelligenza estremamente basso sia sufficiente per un'esclusione dell'imputabilità<sup>54</sup>.

3.10  
Gravi disturbi  
della coscienza

I gravi disturbi o alterazioni della coscienza («*schwere Störung des Bewusstseins*») comprendono i c.d. «*Dämmerzustände*» (situazioni crepuscolari conseguenti a un trauma o a una crisi epilettica) e gli stordimenti dovuti a intossicazioni<sup>55</sup>. Per il riconoscimento di un'incapacità di intendere e di volere è necessario che il soggetto interessato non si trovasse nelle condizioni di percepire con chiarezza il mondo circostante e di riconoscersi quale soggetto attivo. Nella maggior parte dei casi, tuttavia, i disturbi della coscienza non implicano un'incapacità, ma una semimputabilità<sup>56</sup>.

---

<sup>52</sup> BOMMER/DITTMANN, *BSK* (16), ad art. 19 n. 33; DITTMANN/ERMER, *Forensische Psychiatrie* (48), pp. 1057 ss.

<sup>53</sup> NEDOPIL, *Forensische Psychiatrie* (47), p. 210.

<sup>54</sup> BOMMER/DITTMANN, *BSK* (16), ad art. 19 n. 34; DITTMANN/ERMER, *Forensische Psychiatrie* (48), p. 1060.

<sup>55</sup> BOMMER/DITTMANN, *BSK* (16), ad art. 19 n. 35; NEDOPIL, *Forensische Psychiatrie* (47), p. 89; CASSANO, *Psicopatologia* (48), pp. 251 ss.

<sup>56</sup> *Infra*.

c) *Le conseguenze*

Nel caso in cui risulti, conseguentemente a una perizia psichiatrica, che l'imputato ha commesso il reato in stato di incapacità di intendere e di volere, il giudice emette sentenza di proscioglimento<sup>57</sup>. La gravità del fatto non rileva.

3.11  
La sentenza di  
proscioglimento

L'art. 19 cpv. 3 CP stabilisce che in caso di mancata condanna per incapacità dell'imputato possono essere ordinante le misure previste dagli artt. 59-61, 63 ss., 67 e 67 b CP.

3.12  
Le misure  
personali

Qualora nella fase precedente al dibattimento il perito ritiene che l'autore abbia agito in stato di incapacità di intendere e di volere, e la pubblica accusa condivide quanto affermato nella perizia il processo si conclude nelle forme previste dalle varie norme cantonali. Nel caso in cui la pubblica accusa ritenga tuttavia necessario ordinare una misura, gli ordinamenti cantonali sono orientati secondo due sistemi. Il primo modello prevede il rinvio al giudice di merito<sup>58</sup>; il procedimento non viene dunque archiviato nonostante sia chiaro sin dall'inizio che non si giungerà alla comminazione di una pena, ma all'ordinazione di una misura. La causa segue il normale *iter* previsto per le procedure di prima istanza, come l'obbligo di essere assistiti da un difensore. L'unica eccezione riguarda l'assunzione delle prove, che viene, in alcuni Cantoni, abbreviata<sup>59</sup>. Il secondo modello prevede invece l'interruzione del procedimento nel momento in cui l'accusa riconosce l'impossibilità di comminare una pena a causa dell'incapacità dell'imputato. Il giudice di merito può a questo punto unicamente pronunciarsi positivamente o negativamente sulla misura richiesta dal procuratore pubblico<sup>60</sup>.

3.13  
La fase  
antecedente al  
dibattimento

<sup>57</sup> BOMMER/DITTMANN, *BSK* (16), *ad art.* 19 n. 44 ; STRATENWERTH, *ATI* (1), p. 272.

<sup>58</sup> BOMMER/DITTMANN, *BSK* (16), *ad art.* 19 n. 49.

<sup>59</sup> Cfr. §§ 285 b ss. StPO ZH.

<sup>60</sup> StPO LU § 191 ss.

#### 4. La semimputabilità (art. 19 II CP)

##### a) Differenze rispetto all'art. 19 cpv. 1 CP

4.1  
La modifica  
dell'art. 19 CP

Anche con riferimento alla semimputabilità la formulazione normativa in vigore prima della riforma annoverava le cause che potevano giungere a una tale situazione<sup>61</sup>. Le riflessioni sviluppate dalle commissioni di esperti concludevano tuttavia, e sempre in analogia con la disciplina dell'imputabilità, per l'eliminazione dal dettato normativo di ogni riferimento eziologico<sup>62</sup>. Anche per la semimputabilità, la dottrina ritiene tuttavia che l'interpretazione dell'art. 19 cpv. 2 CP non possa prescindere dal metodo psichiatrico-normativo<sup>63</sup>.

4.2  
Caratteri  
generali

Nel caso in cui sia riconosciuta una semimputabilità, l'autore del fatto previsto come reato è imputabile. Ciò significa che per l'ordinamento egli avrebbe potuto rendersi conto della illiceità della propria condotta e avrebbe potuto scegliere di non delinquere. A causa di un grave disturbo psichico però queste determinazioni sarebbero risultate a lui più difficoltose rispetto a una persona "normale". La semimputabilità non è però un *tertium genus* tra l'incapacità e l'imputabilità: il diritto penale riconosce infatti una gradazione delle conseguenze giuridiche in base alla gravità dei disturbi psichici<sup>64</sup>.

##### b) Le cause della semimputabilità

4.3  
I presupposti per  
la scemata  
imputabilità

Presupposto per la semimputabilità è la presenza di un disturbo psichico di sufficiente gravità. I disturbi che vengono in rilievo *ex art. 19 cpv. 2 CP* sono dunque i medesimi presi in considerazione per l'incapacità, ma si manifestano in forme più lievi. Per questo motivo è

---

<sup>61</sup> TRECHSEL, *Schweizerisches Strafgesetzbuch* (24), art. 11.

<sup>62</sup> Rechtskommission NR, Protokoll der Sitzung vom 28-30.8.2000, 28-32 tratto da : BOMMER/DITTMANN, *BSK* (16), *ad art.* 19 n. 55.

<sup>63</sup> *Supra*.

<sup>64</sup> BOMMER/DITTMANN, *BSK* (16), *ad art.* 19 n. 59 ; STRATENWERTH, *ATI* (1), pp. 272-273.

quindi essenziale la correlazione con inequivocabili diagnosi psichiatriche<sup>65</sup>.

Quali cause che possono giungere al riconoscimento di una semimputabilità vengono in primo luogo in rilievo i disturbi psichici dovuti all'assunzione di sostanze psicotrope. Le sostanze considerate per questo tipo di disturbo sono principalmente l'alcol, gli stupefacenti e i farmaci sedativi, tra i più ricorrenti nella casistica forense. Dal punto di vista criminologico l'alcol è la principale di tali sostanze soprattutto nei delitti aggressivi e sessuali<sup>66</sup>. Il comportamento delinquenziale può essere indotto da un'unica assunzione di tali sostanze (stato di ebbrietà) oppure da un abuso cronico dal quale consegue uno sviluppo di una dipendenza con modifica della personalità<sup>67</sup>. La giurisprudenza federale ha determinato che un tasso alcolico del 2‰ può essere l'indizio di una diminuzione della responsabilità e che un tasso del 3‰ o superiore comporta generalmente uno stato di inimputabilità (c.d. «*Promille-Rechtssprechung*»). La quantità di alcol nel sangue comunque è solo uno degli elementi da prendere in considerazione per la determinazione della responsabilità nei casi di delitti commessi sotto l'effetto di alcolici. Il mancato riconoscimento di una piena responsabilità si avrà dunque solo in assenza di elementi che facciano invece presumere che l'agente versasse al momento del fatto nella piena capacità di intendere e volere<sup>68</sup>. Per quanto concerne le sostanze stupefacenti rileva, invece, solo un'ebrietà media che comporta una diminuzione della coscienza, delle facoltà volitive o della capacità di reazione. Un semplice uso

4.4  
Abuso di  
sostanze  
psicotrope

<sup>65</sup> BOMMER/DITTMANN, *BSK* (16), *ad art.* 19 n. 60; DONATSCH/TAG, *Strafrecht I* (5), p. 271.

<sup>66</sup> BOMMER/DITTMANN, *BSK* (16), *ad art.* 19 n. 62; NEDOPIL, *Forensische Psychiatrie* (47), p. 210; RINO FROLDI, *Abuso di alcol e di sostanze stupefacenti e psicotrope. Il doping* in VITTORIO VOLTERRA, *Psichiatria forense, criminologia ed etica psichiatrica*, Masson, Milano 2006, pp. 274-275; ALBERTO SIRACUSANO, *Manuale di psichiatria*, Il pensiero scientifico editore, Roma 2007, pp. 557 ss.

<sup>67</sup> DITTMAN/ERMER, *Forensische Psychiatrie* (48), p. 1055.

<sup>68</sup> STF 6S.17/2002 c. 1c/aa; Sul punto cfr. anche BRANDA, *La perizia psichiatrica* (4), p. 23.

regolare di stupefacenti tuttavia non è sufficiente al fine di porre in discussione la responsabilità penale<sup>69</sup>.

4.5  
Disturbi della  
personalità, del  
comportamento  
e sessuali

Una grande porzione dei gravi disturbi psichici forensi è costituita dai disturbi della personalità, del comportamento e sessuali. Per il riconoscimento forense è necessario che il disturbo sia annoverato in un moderno sistema di classificazione come l' ICD-10<sup>70</sup>. Per quel che riguarda le psicopatologie sessuali è essenziale innanzitutto capire quale rilevanza abbia tale devianza nella vita del soggetto. Anche le tendenze sessuali più strane possono essere soddisfatte senza ricorrere alla delinquenza, attraverso forme particolari di prostituzione. La semplice devianza sessuale dunque non può generalmente ancora far concludere per la presenza di una scemata imputabilità: a ogni essere umano è richiesta infatti una certa capacità di controllo dei propri istinti. Secondo la dottrina, la capacità di volere in soggetti affetti da disturbi sessuali è pregiudicata soltanto nei seguenti casi<sup>71</sup>:

- Quando il comportamento sessuale si manifesta quale sintomo di un altro disturbo. Ad esempio una turba psichica organica o una schizofrenia;
- Quando la sessualità rappresenta l'espressione di un conflitto nevrotico;
- Quando le pratiche sessuali diventano un comportamento maniaco stereotipato. Tale situazione comporta una diminuzione del piacere associata a un aumento della pratica tale da portare il soggetto a non prendere più in considerazione le conseguenze penali del suo agire. In questo caso il soggetto presenta una forte assuefazione tale da pregiudicare irrimediabilmente la sua personalità.

---

<sup>69</sup> Sentenza non pubblicata del Tribunale federale 6S.284/2005 del 9 settembre consid. 2.3.

<sup>70</sup> BOMMER/DITTMANN, *BSK* (16), ad art. 19 n. 67; NEDOPIL, *Forensische Psychiatrie* (47), pp. 198-199; SIRACUSANO, *Manuale di psichiatria* (66), pp. 500 ss.; CASSANO, *Psicopatologia* (48), pp. 549 ss.

<sup>71</sup> NEDOPIL, *Forensische Psychiatrie* (47), p. 204.

Per quanto concerne i disturbi della personalità, il Tribunale federale ha negato il carattere di gravità sufficiente per giustificare una scemata responsabilità nei seguenti casi:

4.6  
Disturbi della  
personalità

- Psicopatia: solo gli psicopatici afflitti da disturbi consistenti e la cui struttura mentale si colloca al di fuori della norma e da quella degli altri soggetti delinquenti recidivi possono beneficiare di una scemata responsabilità<sup>72</sup>;
- Profonda incapacità di risolutezza, sentimenti di titubanza e di inettitudine<sup>73</sup>;
- Gioco d'azzardo patologico<sup>74</sup>.

Terza categoria individuata dalla dottrina è quella dei disturbi della coscienza e degli affetti<sup>75</sup>. Il riconoscimento dei delitti caratterizzati dalla presenza nel soggetto agente di tali anomalie rappresenta uno dei compiti più difficili e ambiziosi della psichiatria forense. In ogni delitto infatti si può riscontrare una «*gewisse affektive Beteiligung*»: si tratta quindi di un problema di quantificazione. L'analisi di questi fatti deve inoltre necessariamente essere in un'ottica retrospettiva, dal momento che il disturbo non è più presente al momento della perizia. Proprio con lo scopo di fronteggiare queste difficoltà e per rendere più agevole il compito dei professionisti sono stati compilati dei «*Kriterienkataloge*» con le caratteristiche che, di volta in volta, vengono considerate sintomatiche della presenza o dell'assenza di un pregiudizio<sup>76</sup>. Il problema del giudizio relativo ai reati caratterizzati dai disturbi affettivi permette di cogliere il diverso punto di vista della psichiatria/psicologia da un lato e della giurisprudenza dall'altro. Fino a che punto infatti può essere richiesto a un soggetto un

4.7  
Disturbi della  
coscienza e degli  
affetti

---

<sup>72</sup> Sentenza del Tribunale federale 6S. 216/2005 del 3 luglio 2005 c. 2.2. Sul punto cfr. anche BRANDA, *La perizia psichiatrica* (5), p. 21.

<sup>73</sup> DTF 102 IV 225 consid. 7b.

<sup>74</sup> Sentenza del Tribunale federale 6P. 153/1999 del 27 aprile 2000 c. 4b – 4cc.

<sup>75</sup> *Supra*.

<sup>76</sup> DITTMANN/ERMER, *Forensische Psychiatrie* (48), pp. 1058 ss.

controllo dei suoi impulsi, indipendentemente dalla loro natura, rimane una questione strettamente giuridica<sup>77</sup>. In sede processuale, quindi, il giudice potrà, senza scostarsi dalla perizia, riconoscere una responsabilità piena anche di fronte a un referto psichiatrico attestante un disturbo della personalità.

c) *Le conseguenze processuali della semimputabilità*

4.8  
Attenuazione  
della pena

Accertato che l'imputato ha agito in stato tale da comportare una scemata imputabilità, il giudice attenua la pena. Tale riduzione è ora obbligatoria, anche se il Tribunale Federale ha inteso in senso restrittivo questa disposizione: è da ritenersi esclusa soltanto la condanna alla pena più alta prevista dalla cornice edittale<sup>78</sup>. L'art. 19 cpv. 2 rimanda inoltre alle attenuanti dell'art. 48 a CP; il tribunale è quindi doppiamente libero nella commisurazione della pena: da un lato non è tecnicamente obbligato a diminuire la pena, dall'altro può fare riferimento a ulteriori elementi<sup>79</sup>. Di fatto questo sistema corrisponde al «*Strafmilderung nach freiem Ermessen*» del vecchio codice (vArt. 66)<sup>80</sup>.

4.9  
Il quantum di  
pena

Tra la diminuzione della pena e il grado della semimputabilità deve esserci «*une certaine correlation*»<sup>81</sup>. Nei casi di scemata imputabilità di grado lieve, medio e grave, la prassi dei tribunali prevede solitamente una riduzione di pena pari a risp. un quarto, la metà e tre quarti. Ciò non significa tuttavia che il giudice, qualora ritenga sussistente una diminuzione dell'imputabilità, dovrà operare una riduzione lineare o meramente matematica<sup>82</sup>. Il Tribunale federale ha stabilito infatti che un pregiudizio lieve, medio e forte non debbano

<sup>77</sup> BOMMER/DITTMANN, *BSK* (16), ad art. 19 n. 71.

<sup>78</sup> DTF 129 IV 22, 35 e. 6.2 ; 127 IV 101, 103 e. 2b ; 123 IV 49, 51. Vedi anche TRECHSEL, *Kurzkommentar* (24), ad art. 11 n. 6 ; STRATENWERTH, *AT I* (1), pp. 274-275 ; DOTATSCH/TAG, *Strafrecht I* (5), p. 274.

<sup>79</sup> BOMMER/DITTMANN, *BSK* (16), ad art. 19 n. 77.

<sup>80</sup> TRECHSEL, *Kurzkommentar* (24), ad art. 66.

<sup>81</sup> STRATENWERTH, *AT I* (1), p. 273; BOMMER/DITTMANN, *BSK* (16), ad art. 19 n. 76.

<sup>82</sup> DTF 123 IV 49 c. 2c.

necessariamente avere quale conseguenza riduzioni di pena rispettivamente del 25%, 50% o 75%<sup>83</sup>. Richiesta è quindi unicamente una corrispondenza logica tra le due variabili.

L'art. 19 cpv. 3 prevede la possibilità di ordinare le seguenti misure: trattamento stazionario (art. 59); trattamento della tossicodipendenza (art. 60); misure per giovani adulti (art. 61); trattamento ambulatoriale (art. 63); internamento (art. 64); interdizione dall'esercizio di una professione (art. 67); divieto di condurre (art. 67 b)<sup>84</sup>.

4.10  
Misure di  
sicurezza.

## 5. La valutazione delle condizioni psichiche nel processo penale

In sede processuale, il mezzo idoneo per valutare le condizioni psichiche dell'imputato ai fini di accertare un'eventuale incapacità è la perizia psichiatrica. L'art. 13 vCP prevedeva che l'autorità istruttoria o giudicante potesse ordinare l'esame dell'imputato solo qualora si trovasse (oppure avrebbe dovuto trovarsi<sup>85</sup>) in dubbio circa la sua responsabilità oppure quando, per ordinare una misura di sicurezza, occorressero informazioni sul suo stato psico-fisico<sup>86</sup>. Il nuovo art. 20 sembrerebbe a prima vista porre dei requisiti più stringenti richiedendo non soltanto un 'dubbio', bensì un dubbio 'serio'. In realtà, tale mutazione del dettato normativo rappresenta, come testimoniato dal Messaggio del Consiglio federale<sup>87</sup> una semplice modifica formale. In sostanza l'articolo 20 non si differenzia dall'art. 13 vCP per quel che

5.1  
Generalità

<sup>83</sup> DTF 129 IV 22.

<sup>84</sup> DTF 70 IV 111.

<sup>85</sup> DTF 115 IV 273 c. 4a; BRANDA, *La perizia psichiatrica* (4), p. 132.

<sup>86</sup> ROBERT HAUSER/ERHARD SCHWERI/KARL HARTMANN, *Schweizerisches Strafprozessrecht*, Helbing&Lichtenhahn, Basel 2005, pp. 308-309; BOMMER, *BSK* (5), ad art. 20; GERARD PIQUEREZ, *Manuel de procedure penale suisse*, Schulthess, Zürich 2001, p. 264; NEDOPIL, *Forensische Psychiatrie* (47), p. 378; ALEXANDRA SCHEIDEGGER, *Minderjährige als Zeugen und Auskunftspersonen im Strafverfahren*, Schulthess, Zürich 2006, pp. 281-282.

<sup>87</sup> FF 1999, 1694.

riguarda il contenuto; il nuovo tenore letterale relativo ai requisiti della perizia («*serio motivo di dubitare dell'imputabilità dell'autore*») rispecchia semplicemente quella che era la prassi del Tribunale federale in relazione alla norma abrogata<sup>88</sup>. Il giudice è tenuto a interpellare il perito non solo qualora nutra dubbi sulla *piena* capacità dell'autore, bensì anche se ritenga esservi spazio per una scemata imputabilità, dovendosene in tale ultimo caso determinare il grado<sup>89</sup>.

- 5.2 Stabilire in concreto quando sia indispensabile ricorrere al parere di un esperto rappresenta una questione di apprezzamento<sup>90</sup>. È peraltro fatto obbligo al giudice di far capo agli uffici di un consulente tecnico per risolvere il dubbio sull'imputabilità, non potendo egli far sfoggio di proprie cognizioni tecniche personali o, peggio, avventurarsi autonomamente nella letteratura specialistica<sup>91</sup>. Detto altrimenti: ai giudici e agli avvocati non è richiesto di immergersi in questioni scientifiche peraltro avulse dalla loro formazione; saranno gli esperti della psiche a ricercare come referenti dei giudici una risposta alle questioni loro sottoposte; il giudicante rimarrà dunque mero guardiano del metodo. Non basta comunque la mera possibilità o verosimiglianza che una certa condotta abbia scaturigine psichica<sup>92</sup>. Secondo il Tribunale federale inoltre, qualora l'autore abbia osservato un comportamento, prima durante e dopo il fatto, tale da preservare un contatto con la realtà, adeguandosi alle mutevoli esigenze della situazione ovvero sapendo attendere l'occasione favorevole o addirittura propiziandola, ciò denoterebbe l'assenza di un grave pregiudizio delle sue facoltà<sup>93</sup>. In pratica la circostanza che un soggetto abbia pianificato con dovizia metodologica il fatto criminoso induce il

---

<sup>88</sup> BOMMER/DITTMANN, *BSK* (16), ad art. 20 n.4; BRANDA, *La perizia psichiatrica* (4), p. 132.

<sup>89</sup> DTF 106 IV 241 c. 1b; BRANDA, *La perizia psichiatrica* (4), p. 132.

<sup>90</sup> DTF 102 IV 225 c. 7b; BRANDA, *La perizia psichiatrica* (4), p. 132.

<sup>91</sup> DTF 118 IV 6; STF 6S.353/2005 c. 5.1; BRANDA, *La perizia psichiatrica* (4), p. 132.

<sup>92</sup> DTF 102 IV 225; STF 6S.284/2005 c. 2.3; BRANDA, *La perizia psichiatrica* (4), p. 135.

<sup>93</sup> STF 6S.828/1997 c. 2c; 6S.543/2000 c. 2a; 6S.457/2002 c. 8.1.

giudice a una conclusione più rivolta all'imputabilità che non diversamente. Ma tale assioma non è affatto condivisibile e uno studio più approfondito e aggiornato della dottrina specialistica conduce ad altra conclusione cioè che esistono soggetti pienamente capaci e assolutamente disorganizzati e che ricorrono soggetti assolutamente incapaci, ma in grado di pianificare, anche nei dettagli, l'atto illecito.

Con riferimento sempre ai requisiti posti dall'art. 20 CP (e dal v. art. 13 CP), la giurisprudenza federale ha escluso l'idoneità di «*un semplice attestato del medico curante a sostituire la perizia*»<sup>94</sup>, nonché di un referto predisposto nel contesto di una procedura di interdizione<sup>95</sup>, laddove una perizia privata è suscettibile di assolvere una tale funzione nella misura in cui sia compiuta secondo i canoni generalmente ammessi<sup>96</sup>, ma con la riserva di un libero apprezzamento del giudice sotto il profilo della sua forza probante.

5.3

In ipotesi di reati bagatellari (per rapporto alla quantità di pena) si può rinunciare ad allestire una perizia psichiatrica pur in presenza di seri dubbi sull'imputabilità dell'autore<sup>97</sup>. In tali casi occorrerà però dare per scontata una scemata responsabilità attenuando conseguentemente la pena<sup>98</sup>.

5.4

Casi bagatellari

La Suprema Corte, già prima dell'entrata in vigore del nuovo art. 20 aveva stabilito che nei seguenti casi ricorrono indizi sufficienti per ordinare una perizia<sup>99</sup>:

5.5

Casistica

<sup>94</sup> STF 1P.53/2000 c. 3b che rinvia al *dictum* della pronuncia inedita del 14 luglio 1986 in *re B*.

<sup>95</sup> TRECHSEL, *ad art. 13 n. 5*; BRANDA, *La perizia psichiatrica* (4), p. 136.

<sup>96</sup> *Infra*.

<sup>97</sup> PHILIPP MAIER/ARNULF MÖLLER, *Das gerichtspsychiatrische Gutachten gemäss Art. 13 StGB: Unter Berücksichtigung der gesetzlichen Regelung ausgewählter Kantone*, Schulthess, Zurigo 1999, p. 98; BRANDA, *La perizia psichiatrica* (4), p. 135.

<sup>98</sup> HANS WIPRÄCHTIGER, *Psychiatrie und Strafrecht*, p. 219; BRANDA, *La perizia psichiatrica* (4), p. 135.

<sup>99</sup> La casistica è tratta da BRANDA, *La perizia psichiatrica* (4), pp. 132 ss.

- un individuo privo di precedenti penali ma con a carico un ricovero in una clinica psichiatrica e la presenza persistente di disturbi mentali<sup>100</sup>;
- una dipendenza da sostanze stupefacenti<sup>101</sup> o da alcolismo cronico<sup>102</sup>;
- l'esistenza di segni di una debolezza di mente o di un ritardo mentale<sup>103</sup> o l'interdizione per malattia mentale<sup>104</sup>;
- il riconoscimento di una scemata responsabilità in un procedimento anteriore<sup>105</sup>;
- quando un periodo importante è trascorso dalla perizia psichiatrica e sono intervenute nuove circostanze<sup>106</sup>;
- quando l'atto commesso stride con la personalità dell'autore<sup>107</sup>;
- un delinquente sessuale che manifesta pulsioni sessuali anomale<sup>108</sup>;
- quando l'inizio del comportamento penalmente rilevante coincide con il manifestarsi di una grave malattia della pelle di natura allergica o psicosomatica<sup>109</sup>;
- nel caso in cui dal momento della perizia sia trascorso molto

---

<sup>100</sup> STF 6S.2/2004 del 6.4.2004, c. 4.

<sup>101</sup> DTF 102 IV 74.

<sup>102</sup> DTF 116 IV 273 c. 4a.

<sup>103</sup> DTF 116 IV 273 c. 4a.

<sup>104</sup> DTF 72 IV 63.

<sup>105</sup> DTF 116 IV 273 c. 4a.

<sup>106</sup> DTF 88 IV 51.

<sup>107</sup> STF 6S.284/2005 del 9.9.2005 c. 2.4.

<sup>108</sup> DTF 71 IV 190.

<sup>109</sup> DTF 118 IV 6.

tempo e nel frattempo siano intervenute nuove circostanze<sup>110</sup>;

- nell’ipotesi in cui la colpa sia stata influenzata da uno stato emotivo particolare, per esempio la combinazione di elementi quali un’infanzia tumultuosa, un comportamento delinquenziale assiduo, etc.<sup>111</sup>.

Nei seguenti casi invece il Tribunale federale, ovvero la prassi cantonale, negano la necessità di predisporre una perizia psichiatrica<sup>112</sup>: 5.6

- nel caso in cui si disponga di una perizia psichiatrica relativa a un precedente procedimento penale di due anni addietro senza che siano intervenute circostanze suscettibili di modificare quelle valutazioni<sup>113</sup>;
- per una persona affetta da sindrome post-traumatica da stress poiché solo in rari casi tale disturbo può incidere sulla capacità di volere<sup>114</sup> o in presenza di una reazione acuta da stress, nella misura in cui il comportamento dell’autore prima, durante e dopo la commissione del reato (violenza carnale) non ha denotato particolarità eventualmente riconducibili al citato disturbo<sup>115</sup>;
- il semplice fatto che qualcuno sia sottoposto a trattamento medico per un preteso disturbo post-traumatico da stress<sup>116</sup>;
- nel caso in cui l’unico elemento per valutare la capacità di intendere e di volere sia la presenza di alcol nel sangue e il

---

<sup>110</sup> DTF 88 IV 49.

<sup>111</sup> STF 6S. 257/2003 del 9.12.2003 c. 3.2.

<sup>112</sup> La casistica è tratta da BRANDA, *La perizia psichiatrica* (4), pp. 132 ss.

<sup>113</sup> DTF 106 IV 236 c. 3.

<sup>114</sup> STF 6S.353/2005 c. 5.2.

<sup>115</sup> STF 6S.543/2000 c. 2b.

<sup>116</sup> DTF 132 IV 29.

- giudice abbia già riconosciuto una scemata imputabilità<sup>117</sup>;
- per una leggera ebrietà scaturita dall'uso di stupefacenti<sup>118</sup>;
  - nell'ambito di infrazioni alla legge federale sugli stupefacenti commesse da un soggetto tossicodipendente nel caso in cui il reato è stato commesso per finanziari o procurarsi le dosi necessarie<sup>119</sup>;
  - nel caso di propensione alla mitomania e alla megalomania<sup>120</sup>;
  - quando le modalità di attuazione del reato (*in casu* truffa per mestiere perpetrata nell'arco di sette anni nell'ambito di suoi conoscenti), il perseguimento nel lungo periodo dei propri obiettivi, la raffinatezza e l'adeguamento del modo di procedere, impediscono l'insorgenza di seri dubbi sull'imputabilità dell'autore<sup>121</sup>;
  - nell'ipotesi in cui l'imputato continui a negare la veridicità dei fatti benché molteplici ed evidenti prove dimostrino il contrario<sup>122</sup>.

---

<sup>117</sup> DTF 119 IV 120 c. 2b e STF 6S.17/2002 c. 1c/cc. Si ritiene che in tal caso il perito null'altro potrebbe attestare se non un grado di semimputabilità, ovvero l'inimputabilità, fondata sul quantitativo di alcol rinvenuto nell'organismo, operazione aritmetica cui potrebbe tranquillamente sopperire il giudice. La soluzione appare invero criticabile nella misura in cui non lascia spazio a un'indagine sulla possibile dipendenza cronica da sostanze psicotrope.

<sup>118</sup> STF 6S.284/2005 c. 2.3.

<sup>119</sup> PETER ALBRECHT, *Die Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes (Art. 19-28 BetmG)*, Stämpfli, Berna 2007, ad art. 19 n. 110; BRANDA, *La perizia psichiatrica* (4), p. 136.

<sup>120</sup> STF 6S.532/2001 c. 7c.

<sup>121</sup> STF 6S.457/2002 c. 8.2.

<sup>122</sup> STF 6S.100/2005 c. 2.3: si tratta di un caso di pedofilia e pornografia. Il TF rileva come sia frequente che un accusato, malgrado le prove schiaccianti a suo carico e la piena capacità di discernimento, neghi la propria responsabilità. Tale elemento, dunque, non basta a far dubitare della sua piena capacità di intendere e volere.

Il Codice di procedura penale ticinese consacra alla perizia in generale gli artt. 142 e seguenti. In base all’art. 142 essa è richiesta «*se occorre stabilire fatti e circostanze, per l’accertamento dei quali sono necessarie cognizioni speciali*». Presupposto del mezzo di prova in esame è l’esistenza di un particolare tema probatorio, essendo escluso il ricorso alla perizia per la soluzione di una *quaestio iuris*<sup>123</sup>. L’art. 147 si occupa in particolare della perizia psichiatrica:

5.7  
L’ordinamento  
ticinese

**Art 147**

<sup>1</sup> L’accusato può essere sottoposto a perizia psichiatrica, con o senza ricovero presso l’ospedale neuropsichiatrico cantonale, per ordine del magistrato, del presidente della Corte o della Corte.

<sup>2</sup> La custodia nell’Ospedale neuropsichiatrico per i bisogni della perizia non può eccedere la durata di sessanta giorni.

<sup>3</sup> Solo eccezionalmente, con l’autorizzazione del magistrato, l’esaminando può essere ricoverato in altro stabilimento.

Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, tale disciplina non è lesiva del diritto alla libertà personale (art. 10 cpv. 2) e alla dignità umana (art. 7) sanciti dalla Costituzione<sup>124</sup>. L’imputato potrà tuttavia materialmente opporsi e l’autorità dovrà in questo caso rinunciare all’esame personale, se esso richiede una collaborazione attiva del peritando<sup>125</sup>.

5.8

In alcuni Cantoni come Zurigo<sup>126</sup> e Lucerna<sup>127</sup> sono state adottate disposizioni normative in merito a come allestire le perizie psichiatriche nel processo penale, norme che affiancano e integrano quanto previsto dai rispettivi codici di procedura penale. Essendo queste la

5.9  
Alcune discipline  
cantionali

<sup>123</sup> DELFINO SIRACUSANO ET ALIA, *Diritto processuale penale. Volume primo*, Giuffrè, Milano 2004, p. 374.

<sup>124</sup> STF Ip.53/2000 del 24.2.2000, c. 3a.

<sup>125</sup> BRANDA, *La perizia psichiatrica* (4), p. 137.

<sup>126</sup> Verordnung (Regierungsrat ZH) über psychiatrische Gutachten im Strafverfahren del 10 Febbraio 1999.

<sup>127</sup> Verordnung Obergericht Luzern über psychiatrische und aussagenpsychologische Gutachten im Strafverfahren dell’8 gennaio 2002.

crystallizzazione di quanto sostenuto da dottrina e giurisprudenza prevalenti, possono costituire un punto di riferimento anche in quei Cantoni, tra cui il Ticino, che non hanno adottato disposizioni specifiche sugli aspetti disciplinati in tali ordinanze<sup>128</sup>. Significative sono inoltre le disposizioni emanate per regolamentare la procedura dinnanzi al Tribunale penale federale (Legge federale sulla procedura penale del 15 giugno 1934): anch'esse, pur non essendo vincolanti per le corti ticinesi, possono costituire tuttavia un valido punto di riferimento<sup>129</sup>. Infine, anche la Conferenza svizzera delle autorità di perseguimento penale<sup>130</sup> ha approntato un elenco di quesiti uniformato.

5.10  
Domande tipo

In particolare, la riferita ordinanza del Canton Lucerna propone il seguente decalogo di domande da sottoporre al perito incaricato di predisporre una perizia psichiatrica in ambito forense<sup>131</sup>:

**A. In merito alla presenza di un disturbo psichico**

L'accertamento psichiatrico ha permesso di concludere che l'imputato, al momento del fatto, soffriva di un disturbo psichico? In caso affermativo, di quale disturbo si tratta e di quale gravità?

[*Hat die psychiatrische Untersuchung ergeben, dass die beschuldigte Person zur Zeit der Tat(en) an einer psychischen Störung gelitten hat? Wenn ja, an welcher und welchen Ausmasses?*]

**B. In merito all'imputabilità (art. 19 cpv. 1 e 2 CP)**

B.1 Al momento del fatto, era l'imputato, a causa di questo disturbo psichico, non capace di valutarne il carattere illecito o di agire secondo tale valutazione (art. 19 cpv. 1 CP)?

[*War die beschuldigte Person zur Zeit der Tat(en) wegen dieser psychischen Störung nicht fähig zur Einsicht in das Unrecht der Tat(en) oder zum Handeln gemäss dieser Einsicht (Art. 19 Abs. 1 StGB)?*]

---

<sup>128</sup> BRANDA, *La perizia psichiatrica* (4), p. 13.

<sup>129</sup> Artt. 91-96 PPF.

<sup>130</sup> <http://www.ksbs-caps.ch>.

<sup>131</sup> Il volgimento in lingua italiana è nostro.

B.2 Al momento del fatto, era l'imputato, a causa di questo disturbo psichico, soltanto in parte capace di valutarne il carattere illecito o di agire secondo tale valutazione (art.19 cpv. 2 CP)?

*[War die beschuldigte Person zur Zeit der Tat(en) wegen dieser psychischen Störung nur teilweise fähig zur Einsicht in das Unrecht der Tat(en) oder zum Handeln gemäss dieser Einsicht (Art. 19 Abs. 2 StGB)?]*

B.3 In caso affermativo, in che misura (leggera, media o grave) stima la diminuzione di imputabilità?

*[Wenn ja, in welchem Grad (leicht, mittel, schwer) schätzen Sie die Verminderung der Schuldfähigkeit ein?]*

**C. In merito al pericolo di recidiva**

C.1 Esiste per l'imputato il pericolo di commettere nuovamente reati?

*[Besteht bei der beschuldigten Person die Gefahr, erneut Straftaten zu begehen?]*

C.2 Quali reati sono da attendersi e con quale probabilità?

*[Welche Straftaten sind mit welcher Wahrscheinlichkeit zu erwarten?]*

C.3 Nella misura in cui si tratti di un delitto contemplato dall'art. 64 CP, esiste il pericolo che l'imputato commetta nuovamente simili reati a motivo di una turba psichica di notevole gravità, persistente o di lunga durata, ovvero esiste un tale pericolo a motivo di tratti della sua personalità, delle circostanze in cui fu commesso il reato o della complessiva condotta di vita dell'imputato?

*[Besteht die Gefahr erneuter solcher Straftaten auf Grund einer anhaltenden oder lang dauernden psychischen Störung von erheblicher Schwere, oder besteht die Gefahr auf Grund von Persönlichkeitsmerkmalen der beschuldigten Person, der Tatumstände oder seiner gesamten Lebensumstände?]*

**D. In merito all'applicazione di una misura (artt. 59-61 e 63 CP)**

D.1 Continuano a sussistere i disturbi psichici accertati al momento del fatto? I fatti imputati sono in connessione con tali disturbi psichici?

*[Besteht die für die Tatzeit festgestellte psychische Störung weiterhin? Stand(en) die vorgeworfene(n) Tat(en) damit in Zusammenhang?]*

D.2 Esiste un trattamento per gli accertati disturbi psichici? Tale trattamento è in grado di scongiurare la commissione di nuovi reati? In caso affermativo, in cosa dovrebbe consistere un tale trattamento?

*[Gibt es für die festgestellte psychische Störung eine Behandlung? Lässt sich durch diese der Gefahr neuerlicher Straftaten begegnen? Wenn ja, wie sollte eine solche Behandlung aussehen?]*

D.3 L'imputato è disposto a sottoporsi a un simile trattamento? Tale trattamento può essere attuato con successo anche contro la volontà dell'imputato?

*[Ist die beschuldigte Person bereit, sich dieser Behandlung zu unterziehen? Könnte allenfalls auch die gegen den Willen der beschuldigten Person angeordnete Behandlung erfolversprechend durchgeführt werden?]*

D.4 Sono indicate misure terapeutiche stazionarie ai sensi degli artt. 59-60 CP, un trattamento ambulatoriale ex art. 63 CP oppure più misure secondo l'art. 56a CP? Solo un trattamento stazionario è adeguato a ovviare il rischio di commettere nuovi reati, oppure è sufficiente anche un trattamento ambulatoriale? Che possibilità esistono in merito alla pratica fattibilità della misura?

*[Ist die Anordnung einer stationären therapeutischen Massnahme im Sinne von Art. 59–60 StGB, einer ambulanten Behandlung im Sinne von Art. 63 StGB oder mehrerer Massnahmen im Sinne von Art. 56a StGB zweckmässig? Ist nur eine stationäre Behandlung geeignet, der Gefahr weiterer Straftaten zu begegnen, oder genügt auch eine ambulante Behandlung? Welche Möglichkeiten der praktischen Durchführbarkeit der Massnahme gibt es?]*

D.5 Il tipo di trattamento può essere avviato anche contemporaneamente o prima dell'esecuzione della pena?

*[Kann der Art der Behandlung auch bei gleichzeitigem oder vorherigem Strafvollzug Rechnung getragen werden?]*

D.6 Nella misura in cui al momento del fatto l'imputato non avesse ancora raggiunto il 25° anno di età:

È l'imputato turbato in modo rilevante nello sviluppo della sua personalità?

*[Ist die beschuldigte Person in ihrer Persönlichkeitsentwicklung erheblich gestört?]*

Esiste una connessione tra il fatto e il disturbo nello sviluppo della personalità?

[Besteht ein Zusammenhang zwischen Tat und Störung der Persönlichkeitsentwicklung?]

Può una misura per giovani adulti ai sensi dell'art. 61 CP diminuire il rischio di commettere nuovi reati? L'imputato è pronto a soggiornare in una tale struttura? Una tale misura è attuabile contro la volontà dell'imputato? Occorre adottare misure aggiuntive ex artt. 59-60 CP e 63 CP?

[Kann die Massnahme für junge Erwachsene im Sinne von Art. 61 StGB die Wahrscheinlichkeit weiterer Straftaten vermindern? Ist die beschuldigte Person zu einem Aufenthalt in einer solchen Anstalt bereit? Ist diese Massnahme gegen den Willen der beschuldigten Person erfolgreich durchführbar? Bedarf es zusätzlich einer Massnahme nach Art. 59–60 und 63 StGB?]

**E. Ev. domande aggiuntive**

**F. Eventuali ulteriori osservazioni del perito**

## 6. Pedofilia e imputabilità secondo la dottrina specialistica

Le moderne scienze psichiatriche ritengono che la preferenza sessuale per i bambini sia una manifestazione psicopatologica. L'ICD-10 considera la pedofilia un problema legato alla salute e la classifica tra le parafilie, a loro volta inserite tra i disturbi mentali e del comportamento<sup>132</sup>. Anche il DSM-IV-TR MG prende in considerazione la patologia in esame collocandola tra i «*disturbi mentali*», nel paragrafo intitolato «*eccitazione sessuale deviata*»<sup>133</sup>. Le parafilie sono disturbi sessuali che determinano disagio e difficoltà di comportamento nell'area sociale e lavorativa; esse sono caratterizzate da «*fantasie, impulsi sessuali o comportamenti ricorrenti e intensamente eccitanti sessualmente che in genere riguardano: 1. Oggetti inanimati; 2. La sofferenza o l'umiliazione di se stessi o del partner; 3. Bambini o altre*

6.1  
Introduzione

---

<sup>132</sup> Vedi il testo completo dell' *International statistical classification of diseases and related Health problems 10th Revision* sul sito della World Health Organization, [www.who.int](http://www.who.int) (consultato il 20 giugno 2008).

<sup>133</sup> AA.VV., *DSM-IV-TR MG. Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali per la medicina generale*, Masson, Milano 2004, p. 238.

*persone non consenzienti*<sup>134</sup>. Tuttavia, tali psicopatologie non vengono generalmente considerate vere e proprie «malattie» o turbe psichiche<sup>135</sup>, ma piuttosto dei semplici disturbi del comportamento e della personalità<sup>136</sup>. Dal punto di vista clinico, comunque, con il termine pedofilia spesso vengono indicati disturbi che assumono di volta in volta significati psicopatologici o psicologici diversi, a seconda delle caratteristiche del soggetto e del caso concreto. La preferenza sessuale per i soggetti prepuberi, infatti, in presenza di particolari circostanze, può essere la manifestazione di altri disturbi gravi o diventare essa stessa una vera e propria malattia psichica<sup>137</sup>. Rimane dunque da capire se un soggetto affetto da tale psicopatologia che compie un abuso sessuale sia da ritenersi imputabile alla luce di quanto dispone l'art. 19 CP. Il concetto di pedofilia, infatti, richiama alla mente l'idea di una scarsa consapevolezza di sé e conseguentemente di una minore responsabilità nei confronti di ciò che si fa<sup>138</sup>. Esistono inoltre alcune malattie psichiche, come la schizofrenia<sup>139</sup>, che sono in grado di provocare distorsioni della percezione molto gravi. Di conseguenza, chi ne è affetto può compiere azioni penalmente rilevanti in preda ad allucinazioni o deliri persecutori senza tuttavia essere imputabile, in quanto incapace di intendere e di volere<sup>140</sup>. Si tratta dunque di capire se la pedofilia rientri tra queste psicopatologie.

6.2  
Le teorie  
psichiatriche

Stabilire se il disturbo parafilico in esame possa giungere a una diminuzione della percezione della realtà tale da giustificare l'applicazione dell'art 19 CP è una questione vivacemente dibattuta tra

---

<sup>134</sup> AA.VV., *DSM-IV-TR MG* (133), p. 175 ; SIRACUSANO, *Manuale* (66), p. 500.

<sup>135</sup> UGO FORNARI, *Trattato di psichiatria forense*, Utet, Torino 2004, p. 359.

<sup>136</sup> GAEBEL/MÜLLER-SPAHN, *Diagnostik und Therapie* (48), p. 655.

<sup>137</sup> NEDOPIL, *Forensische Psychiatrie* (47), p. 204 ; FORNARI, *Trattato* (135), pp. 359-376.

<sup>138</sup> ROBERTA BRUZZONE, *Il profilo criminologico del pedofilo*, in *Atti del Convegno 'Pedofilia oggi: il dolore ha gli occhi di un bambino'* – Darfo Boario Terme, 13 Marzo 2004.

<sup>139</sup> CASSANO, *Psicopatologia* (48), pp. 333 ss.

<sup>140</sup> *Supra* § 3.6.

gli esperti. VOLTERRA sostiene che, essendoci nell'ambito della pedofilia, una grande eterogeneità di situazioni, risulta difficile stabilire criteri precisi e valevoli per ogni contingenza. Tuttavia l'autore tende a escludere che la violenza sia un elemento costitutivo del disturbo pedofilico. Per lo meno nel caso di abusi caratterizzati dall'uso della violenza sembra dunque da respingere l'idea che la pedofilia possa scusare condotte contrarie alla legge<sup>141</sup>. AGUGLIA e RIOLO, sempre facendo riferimento all'eterogeneità dei casi di pedofilia, ritengono che in alcune situazioni il soggetto non sarebbe di fatto consapevole né della rilevanza penale delle sue azioni, né del danno procurato alle vittime. Considerando l'incertezza dominante in ambito scientifico relativamente alla problematica in esame, alcuni autori preferiscono risolvere la questione caso per caso, senza stabilire regole<sup>142</sup>.

Per capire se la pedofilia possa comportare una diminuzione o un'esclusione della punibilità, la BRUZZONE<sup>143</sup> propone di analizzare sotto il profilo criminologico cosa avviene nella mente di un soggetto che si determina a compiere un abuso su un minore:

6.3  
Il modello  
criminologico

- i. Primo elemento da tenere in considerazione è la pulsione sessuale, avvertita da qualsiasi soggetto adulto;
- ii. L'Io riorganizza questo impulso e lo orienta in base alle fantasie sessuali<sup>144</sup>. Nel caso di un pedofilo tali fantasie riguardano i bambini. Il soggetto, dunque, prende coscienza del proprio stato;
- iii. Prima di passare all'atto, il pedofilo valuta i vantaggi e gli svantaggi che deriverebbero dalla sua condotta. Egli, attraverso il processo di significazione, anticipa mentalmente le conseguenze

<sup>141</sup> LUIGI CORTELLESA/NATALE FUSARO, *Pedofilia e criminalità*, Koinè, Roma 2003, p. 50.

<sup>142</sup> *Idem*, p. 52.

<sup>143</sup> BRUZZONE, *Il profilo criminologico* (138).

<sup>144</sup> Sul punto cfr. CARLO SERRA, *Proposte di criminologia applicata 2003*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 11-12; TULLIO BANDINI ET ALIA, *Criminologia. Il contributo della ricerca alla conoscenza del crimine e della reazione sociale*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 118.

dell'azione criminale. Tra gli elementi presi in considerazione ci sono anche i danni alla vittima e la paura dei sensi di colpa;

- iv. Solo a questo punto il soggetto decide se passare all'atto vero e proprio o se mantenere tutto a livello di pure fantasie. Internet ha introdotto una variante in questo punto. Il pedofilo può infatti decidere di dirigere le proprie pulsioni erotiche verso la pedopornografia e la rete<sup>145</sup>.

6.4 Analizzando questo schema emerge come una certa responsabilità sia da riconoscere al soggetto che compie un abuso su un minore. Il pedofilo decide infatti di porre in essere la condotta criminosa solo dopo aver soppesato bene le conseguenze del suo agire, e non in preda ad un *raptus* di follia.

6.5  
La pedofilia  
come  
psicopatologia  
lucida

Per quel che riguarda la pedofilia, quindi, l'alterazione clinica è limitata alla preferenza sessuale nei confronti dei soggetti prepuberi e il disturbo non incide sulla capacità di intendere e di volere, prerequisito essenziale per l'imputabilità. Il pedofilo è lucidamente consapevole infatti della natura criminale delle proprie azioni e sceglie consapevolmente di porre in essere delle condotte contrarie alla legge<sup>146</sup>. L'autrice conclude dunque che la pedofilia è un disturbo della personalità che non comporta di per sé un'esclusione automatica dell'imputabilità. Essa consiste in una semplice preferenza sessuale per i soggetti prepuberi e viene definita per questo come psicopatologia lucida<sup>147</sup>. Per quanto suggestivo, lo schema proposto dalla BRUZZONE rappresenta in verità una petizione di principio: quale premessa maggiore della propria dimostrazione viene di fatto assunta la capacità di intendere di volere del pedofilo, che costituisce proprio la conclusione cui si intendeva arrivare.

---

<sup>145</sup> CORTELLESA/FUSARO, *Pedofilia e criminalità* (141), pp. 53 ss.

<sup>146</sup> BRUZZONE, *Il profilo criminologico* (138).

<sup>147</sup> *Ibidem*.

Ciò non toglie che la conclusione cui giunge l'A. rappresenta l'attuale *acquis* delle scienze psichiatriche: la pedofilia in quanto tale costituisce un disturbo della personalità, che quantunque trovi specifica collocazione nell'ICD-10 e nel DSM-IV-TR MG, non rileva *eo ipso* ai fini della capacità d'intendere e di volere<sup>148</sup>. Una scemata imputabilità o un'esclusione dell'imputabilità in un caso di pedofilia potrà essere pronunciata unicamente in presenza di ulteriori elementi. La preferenza sessuale per i soggetti prepuberi può essere in primo luogo sintomo di un disturbo schizofrenico o nevrotico: il soggetto è vittima in questo caso di una grave psicopatologia che comporta la perdita di contatto con la realtà ed è di regola non imputabile<sup>149</sup>. Senza essere sintomo di un'altra malattia il disturbo parafilico in esame può condurre a una semimputabilità nel caso in cui esso assuma le caratteristiche di un comportamento maniaco stereotipato che porta il soggetto agente a non tenere più in considerazione il significato delle proprie azioni<sup>150</sup>. In questo caso si assiste a una sorta di assuefazione che porta l'individuo a perdere il controllo delle proprie azioni (*Süchtigkeitskonzept*)<sup>151</sup>.

Una menzione a parte merita la realizzazione del reato *ex art. 187* sotto l'influsso di sostanze psicotrope: sono infatti numerosissimi i casi di reati sessuali segnati dall'abuso di alcol. Nonostante la giurisprudenza ritenga che una certa presenza di tale sostanza nel sangue<sup>152</sup> faccia presumere una diminuzione della capacità di discernimento, tale presunzione non è assoluta. La piena capacità del soggetto attivo potrà quindi essere provata con altri elementi e riconosciuta dal giudice anche di fronte ad alte concentrazioni di alcol nel sangue. Qualora, tuttavia,

6.6  
Incapacità nei  
casi di pedofilia

6.7  
Pedofilia e abuso  
di sostanze  
psicotrope

<sup>148</sup> MARCO MARCHETTI/STEFANO KUSTERMAN, *Disturbi di personalità e imputabilità*, in VOLTERRA, *Psichiatria forense* (17), pp. 161 ss a proposito della sentenza della Suprema Corte di Cassazione italiana, n. 9163/05.

<sup>149</sup> BOMMER/DITTMANN, *BSK* (16), *ad art.* 19 n. 32; DITTMANN/ERMER, *Forensische Psychiatrie* (48), pp. 1057 ss.

<sup>150</sup> BOMMER/DITTMANN, *BSK* (16), *ad art.* 19 n. 68.

<sup>151</sup> NEDOPIL, *Forensische Psychiatrie* (47), p. 204.

<sup>152</sup> Il tasso del 2‰ può essere l'indizio di una scemata imputabilità mentre un tasso del 3‰ o superiore comporta generalmente uno stato di non imputabilità. Cfr. *Supra* § 4.4.

dovesse risultare che l'autore abbia agito effettivamente in stato di incapacità di intendere e volere, egli non andrebbe comunque esente da condanna qualora fosse a lui imputabile la sua ubriachezza *ex art. 19 cpv. 4 (c.d. Actio libera in causa)*<sup>153</sup>. Tale disposizione esclude l'applicabilità dei capoversi 1 e 3 dell'art. 19 qualora «*l'autore poteva evitare l'incapacità o la scemata imputabilità e prevedere così l'atto commesso in tale stato*» e trova applicazione nella prassi soprattutto nei casi di reati commessi sotto l'influsso di alcol<sup>154</sup>. Si parla di *Actio libera in causa* non solo nell'ipotesi in cui il soggetto attivo assuma sostanze psicotrope con lo scopo di commettere il reato, ma anche nel caso in cui egli, provocando lo stato di incapacità, accetti il rischio di commettere un'eventuale condotta criminosa («*Eventualvorhaben*»)<sup>155</sup>. Non verrà condannato invece nel caso in cui abbia provocato il suo stato di incapacità con negligenza («*Fahrlässige actio libera in causa*»), non essendo configurabile una commissione colposa del reato *ex art. 187*. In ogni caso, qualora l'autore del reato abbia agito sotto l'effetto di alcolici o altre sostanze psicotrope sarà inoltre punibile ai sensi dell'art. 263 CP, il quale dispone:

**Art. 263 CP**

Chiunque essendo in stato di irresponsabilità a cagione di ebbrezza colposa, prodotta da alcool o da altra intossicazione, commette un fatto represso come crimine o delitto, è punito con una pena pecuniaria sino a 180 aliquote giornaliere.

---

<sup>153</sup> STEFANIA SUTER-ZÜRCHER, *Die strafbarkeit der sexuellen Handlungen mit Kindern nach art. 187 StGB*. Schulthess, Zürich 2003, p. 136; BOMMER/DITTMANN, *BSK* (16), *ad art. 19 n. 86 ss.*; STRATENWERTH, *AT I* (1), pp. 275-276; DONATSCH/TAG, *Strafrecht I* (5), pp. 268 ss.

<sup>154</sup> BOMMER/DITTMANN, *BSK* (16), *ad art. 19 n. 87*.

<sup>155</sup> DONATSCH/TAG, *Strafrecht I* (16), p. 269; SUTER-ZÜRCHER, *Die strafbarkeit der sexuellen Handlungen* (153), p. 136.

## 7. Pedofilia e imputabilità secondo la giurisprudenza

Il Tribunale federale svizzero non ha ancora assunto una posizione netta in merito alla questione dell'imputabilità nei casi di pedofilia. Le sentenze a noi note che riguardano casi di atti sessuali con fanciulli in relazione all'imputabilità presentano sempre delle patologie collaterali o maggiori, così che il rapporto diretto pedofilia-imputabilità non appare mai oggetto di analisi. I casi riguardanti l'articolo 187 del codice penale censurano principalmente le modalità di computo della scemata responsabilità nella commisurazione della pena. Essi presentano comunque molti indizi che evidenziano la posizione del Tribunale Federale al riguardo. Nella sentenza 6S.151/2004 del 15 giugno 2004 veniva ad. es. censurato come a fronte di una diminuzione del 50% della capacità di discernimento fosse stata comminata una pena troppo severa. La Suprema Corte pone in luce come una diminuita imputabilità espressa in percentuale non implichi una diminuzione lineare della pena, ma vada piuttosto tenuta conto in modo logico e misurato assieme a tutti gli altri fattori che la possono influenzare. La sentenza ribadisce che la commisurazione delle misure rappresenta una *quaestio iuris*, demandata unicamente all'apprezzamento del giudice. La perizia ha quindi solo carattere probatorio. La sentenza 6S.114/1999 del 12 maggio 2000 lascia inalterata una sentenza impugnata dall'imputato. Questi lamentava, tra l'altro, la mancata considerazione dei propri disturbi psichici. La Suprema Corte precisa come i disturbi della personalità e i disturbi in campo sessuale dell'imputato non abbiano influito sulla sua intelligenza. Egli poteva infatti rendersi conto del carattere illecito delle proprie azioni. Questi disturbi hanno invece influito sulla sua capacità di volere, intaccandola però solo mediamente: in altri termini l'imputato si collocava a metà strada tra la normalità e la malattia mentale. La pena appariva pertanto equilibrata. Nella pronuncia 6S.135/2003 viene invece riconosciuta all'imputato, peraltro *obiter* non essendo la questione oggetto di specifica lagnanza, «una lieve responsabilità scemata ai sensi dell'art. 11 CP [oggi art. 19 CP], originariamente da porre in relazione con gli abusi sessuali patiti dal ricorrente nell'infanzia e più ampiamente con le privazioni affettive che hanno caratterizzato il periodo della sua crescita».

7.1  
Indizi  
giurisprudenziali

7.2  
Analisi del TF

Da queste e altre sentenze è possibile annotare come il Tribunale federale, fondandosi su risultanze peritali, non abbia mai dovuto prendere in considerazione la pedofilia in sé e per sé, come malattia che influisca sull'imputabilità. La Suprema Corte incentra piuttosto la propria analisi sui disturbi psichici che si affiancano a tale disturbo, valutandone l'influenza che possono aver avuto nel caso concreto. Queste osservazioni rimangono comunque interessanti, in quanto analizzano disturbi più o meno strettamente alla pedofilia stessa legati.

7.3  
La sentenza del  
TF del  
24.04.2008

Importante per il concetto di rapporto tra disturbo psichico e imputabilità è poi la sentenza 6b.779/2007 del 24 Aprile 2008. Il Kreisgericht di Gaster-See aveva condannato l'accusato a sette mesi di reclusione per aver commesso atti sessuali con fanciulli. Contro la sentenza di condanna insorgeva l'imputato presentando gravame al Kantonsgericht di San Gallo, il quale, in seguito a una nuova perizia psichiatrica, pronunciava l'assoluzione del reo siccome incapace di intendere e volere al momento del fatto. Il Procuratore pubblico si determinava quindi a impugnare la sentenza per arbitrario apprezzamento dei fatti (Art. 9 Cost. fed.) e scorretta applicazione degli Artt. 20 e 50 CPS. In particolare lamentava la dubbia attendibilità delle risultanze peritali per quanto riguardava la capacità di intendere e volere. Secondo la perizia, l'imputato soffriva da molto tempo di un disturbo affettivo bipolare (ICD-10 F31), il quale comportava fasi in cui la personalità del soggetto risultava profondamente modificata. L'imputato non era affetto da pedofilia, ma presentava uno sviluppo incompleto della sessualità con un costante desiderio di attenzioni e affettuosità. Con riferimento ai fatti contestati, la perizia affermava che con grande probabilità essi erano stati commessi durante una crisi ipomaniacale. Tale stato, concludeva l'esperto, poteva provocare una parziale diminuzione della capacità di volere e una mancanza totale della capacità di intendere. Il procuratore pubblico lamentava un errore di giudizio sull'imputabilità. Innanzitutto si contestava come l'esperto non avesse quantificato l'entità, la gradazione e l'intensità del disturbo, limitandosi a richiamare in modo generico la dottrina. Mancava inoltre l'apprezzamento circa gli effetti concreti della psicopatologia sul comportamento dell'imputato. La perizia si limitava a dichiarare come in questi casi sia ammissibile una diminuita imputabilità, senza però motivare e analizzare gli effetti che avrebbe avuto la malattia nel caso

concreto, e soprattutto senza considerare che l'imputato era sotto trattamento medico che per un lungo periodo sembrava aver prodotto effetti positivi. Tali motivazioni indussero il Tribunale Federale ad accogliere le censure e ad annullare la sentenza impugnata.

La decisione appena esaminata testimonia la posizione del TF in merito all'imputabilità nei casi di atti sessuali con fanciulli, sottolineando peraltro un dato emergente dal dettato normativo: tanto l'indirizzo normativo quanto quello psichiatrico-normativo sanciscono il principio secondo cui a escludere l'imputabilità non è la malattia in sé, bensì la capacità dell'autore, al momento del fatto, di comprendere il valore delle proprie azioni e di agire secondo questa conoscenza. Le perizie psichiatriche devono, quindi, sì valutare lo stato di salute mentale dell'imputato, ma altresì fornire al giudice i criteri per valutarne le condizioni e l'imputabilità contingenti rispetto al crimine commesso senza sostituirsi ad esso.

7.4  
Pedofilia e  
imputabilità nel  
diritto svizzero.

La giurisprudenza tedesca ha invece già statuito con chiarezza che la pedofilia in quanto tale non è bastevole ai fini del riconoscimento di una scemata imputabilità. Vengono tuttavia individuati alcuni casi in cui la preferenza sessuale per i soggetti prepuberi può provocare un pregiudizio della capacità di intendere e di volere. Si fa generalmente riferimento al c.d. *Süchtigkeitskonzept*, il quale comporta una sorta di dipendenza maniacale che porta il soggetto a perdere contatto con la realtà<sup>156</sup>. Il Tribunale federale tedesco ha stabilito che, ai fini del riconoscimento dell'incapacità, il soggetto agente deve essere mosso da una pulsione alla quale egli non può resistere nemmeno opponendosi con tutte le proprie forze; oppure deve essere affetto da una psicopatologia talmente grave da modificare in modo profondo la sua personalità e da non permettergli di disporre delle inibizioni necessarie per resistere alla tentazione<sup>157</sup>. Con riferimento ai casi di individui affetti da parafilie in particolare la Suprema Corte tedesca ha stabilito che la psicopatologia può portare a una diminuzione della capacità di

7.5  
La  
giurisprudenza  
tedesca

<sup>156</sup> NEDOPIL, *Forensische Psychiatrie* (47), p. 350; analogo concetto è espresso dalla dottrina svizzera, cfr. BOMMER/DITTMANN, *BSK* (47), ad art. 19 n. 68.

<sup>157</sup> BGH 1997, NStZ 1998, pp. 30-31.

intendere e di volere *«wenn abweichende Sexualität Suchtcharakter annimmt und die Persönlichkeit des Täters insgesamt verändert»*<sup>158</sup>. La giurisprudenza tedesca ha inoltre stabilito che le corti devono in questi casi necessariamente confrontarsi con lo sviluppo psichico e il carattere dell'agente, nonché con i motivi che lo hanno indotto a delinquere<sup>159</sup>.

7.6  
La  
giurisprudenza  
italiana

Di fondamentale importanza per quel che riguarda l'imputabilità nei casi di pedofilia è la sentenza della Corte di Cassazione italiana n. 43135 del 12 novembre 2003. Il ricorso esaminato dalla Suprema Corte faceva riferimento a un caso di ripetuti abusi su un minore. Gli atti contestati comprendevano rapporti sia orali che anali, ai quali i genitori della vittima non solo avevano acconsentito, ma per i quali avevano ottenuto una remunerazione. Il giudice di merito aveva ritenuto l'imputato colpevole di violenza sessuale aggravata per aver commesso il fatto su un minore di anni quattordici e per avere l'imputato ricevuto la vittima in custodia dai genitori. La Corte d'Appello di Perugia, con sentenza del 9 luglio 2002, condannava dunque l'imputato principale a otto anni di reclusione. Il tribunale fondava il proprio convincimento sulle dichiarazioni del minore, dei genitori e di un assistente scolastico che aveva assistito a un abuso. Il ricorrente si doleva in Cassazione in particolare della carenza di motivazione in relazione alla decisione del tribunale di non ordinare una nuova perizia per appurare l'affidabilità delle dichiarazioni del minore, dell'eccessività della pena e del disconoscimento delle attenuanti generiche. Si lamentava inoltre di una mancanza di motivazione in relazione al rifiuto di disporre un'ulteriore perizia psichiatrica nei confronti dell'imputato. Il giudice di secondo grado aveva infatti ritenuto sufficienti le conclusioni del perito d'ufficio, il quale dava atto di una piena imputabilità dell'imputato. La Cassazione rigettava il ricorso e con riferimento a quest'ultimo aspetto stabiliva un principio fondamentale: la pedofilia non comporta una *«automatica mancanza o diminuzione della capacità di intendere e di volere»*<sup>160</sup>. La Suprema Corte faceva notare come la parafilia in esame

---

<sup>158</sup> BGH 1999, NStZ 1999, pp. 611-612.

<sup>159</sup> BGH 1998, NJW 1998, p. 2753.

<sup>160</sup> Sentenza n. 43135 del 12 novembre 2003.

«*presenta ordinariamente carattere di abitudine e ai fini penali questa condizione non esclude né attenua la capacità di intendere e di volere, e, di conseguenza, la penale responsabilità per abusi sessuali sui minori*». I giudici della Cassazione affermano che è possibile un riconoscimento dell’incapacità di intendere e volere nei casi di abusi sui minori, ma ciò deve essere valutato nel caso concreto «*sulla base dell’esame dei test psicologici e psichiatrici, di colloqui clinici e di altri elementi atti a valutare se ricorrono le condizioni di una vera e propria malattia in grado di escludere o grandemente scemare la capacità di intendere e di volere*». La giurisprudenza italiana sembra dunque condividere la tesi della BRUZZONE per cui la semplice presenza del disturbo pedofilico non comporta un’automatica diminuzione della facoltà di intendere e di volere.

Deve peraltro qui darsi conto anche dell’importante pronuncia 25 gennaio - 8 marzo 2005 n. 9163/2005 emessa dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione italiana, con cui viene sancito il principio fondamentale secondo cui «*Anche i “disturbi della personalità”, come quelli da nevrosi e psicopatie, possono costituire causa idonea ad escludere o grandemente scemare, in via autonoma e specifica, la capacità di intendere e di volere del soggetto agente ai fini degli articoli 88 e 89 c.p., sempre che siano di consistenza, intensità, rilevanza e gravità tali da concretamente incidere sulla stessa; per converso, non assumono rilievo ai fini della imputabilità le altre “anomalie caratteriali” o gli “stati emotivi e passionali”, che non rivestano i suddetti connotati di incisività sulla capacità di autodeterminazione del soggetto agente; è inoltre necessario che tra il disturbo mentale ed il fatto di reato sussista un nesso eziologico, che consenta di ritenere il secondo casualmente determinato dal primo.*». Si vuole con ciò affermare che i disturbi della personalità, che si caratterizzano per essere “inflexibili e maladattativi”, «*quand’anche non inquadrabili nelle figure tipiche della nosografia clinica iscrivibili al più ristretto novero delle “malattie” mentali, possono costituire anch’esse “infermità”, anche transeunte, rilevante ai fini degli artt. 88 e 89 c. p., ove determinino lo stesso risultato di pregiudicare, totalmente o grandemente, le capacità intellettive e volitive. Deve, perciò, trattarsi di un disturbo idoneo a determinare (e che abbia, in effetti, determinato) una situazione di assetto psichico incontrollabile ed ingestibile (totalmente o in grave misura), che, incolpevolmente, rende l’agente incapace di esercitare il dovuto controllo dei propri atti, di conseguentemente indirizzarli, di*

7.7  
Cass. S.U.  
9163/2005

*percepire il disvalore sociale del fatto, di autonomamente, liberamente, autodeterminarsi: ed a tale accertamento il giudice deve procedere avvalendosi degli strumenti tutti a sua disposizione, l'indispensabile apporto e contributo tecnico, ogni altro elemento di valutazione e di giudizio desumibile dalle acquisizioni processuali.»*. Per converso, ai fini dell'imputabilità non entrano in linea di conto «*altre "anomalie caratteriali", "disarmonie della personalità", "alterazioni di tipo caratteriale", "deviazioni del carattere e del sentimento", quelle legate "alla indole" del soggetto, che, pur afferendo alla sfera del processo psichico di determinazione e di inibizione, non si rivestano, tuttavia, delle connotazioni testé indicate e non attingano, quindi, a quel rilievo di incisività sulla capacità di autodeterminazione del soggetto agente, nei termini e nella misura voluta dalla norma, secondo quanto sopra si è detto. (cfr., ex ceteris, Cass., Sez. III, n. 22834/2003; id., Sez. VI, n. 7845/1997).*».

- 7.8 Secondo questo nuovo orientamento della Cassazione il giudice di merito dovrà dunque valutare caso per caso, senza limitarsi alla verifica dell'esistenza di una malattia mentale ma indagando altresì se l'agente sia affetto da un disturbo della personalità di notevole portata capace di incidere sulla capacità d'intendere e di volere al momento del fatto<sup>161</sup>. Il risultato raggiunto dalle Sezioni Unite, propugnato e auspicato dalla dottrina, è quindi una definizione aperta di infermità per la quale anche i disturbi di personalità possono costituire causa idonea a escludere o grandemente scemare, in via autonoma e specifica, la capacità di intendere e di volere del soggetto agente ai fini degli artt. 88 e 89 CPI.

## 8. Bibliografia

8.1  
Lavori  
preparatori al  
Codice penale  
svizzero

MARTIN STETTLER, Avant-projet de loi fédérale concernant la condition pénale des mineurs et rapport explicatif, DFPG, Berna 1986; HANS SCHULTZ, *Bericht und Vorentwurf zur Revision des Allgemeinen Teil und des Dritten Buches "Einführung und Anwendung des Gesetzes" des Schweizerischen Strafgesetzbuches*, Stämpfli Verlag, Berna 1987, ISBN 3-7272-9669-0; UFFICIO FEDERALE DI

---

<sup>161</sup> MARCHETTI/KUSTERMANN, *Disturbi di personalità* (148), p. 165.

GIUSTIZIA, *Rapporto concernente la revisione della Parte generale e del Libro terzo del Codice penale nonché un avamprogetto di Legge federale sulla giurisdizione penale minorile* (redatto sulla base del rapporto finale della Commissione peritale), Ufficio centrale degli stampati e del materiale, Berna 1993; IDEM, *Avamprogetti della commissione peritale concernenti la Parte generale e del Libro terzo del Codice penale nonché per una legge federale sul diritto penale dei minori*, Ufficio centrale degli stampati e del materiale, Berna 1993; CONSIGLIO FEDERALE SVIZZERO, *Messaggio concernente la modifica del Codice penale svizzero (Disposizioni generali, introduzione e applicazione della legge) e del Codice penale militare nonché una legge federale sul diritto penale minorile (M 98.038)*, in *FF* 1999, 1669, Ufficio centrale degli stampati e del materiale, Berna 1999.

VINCENZO MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano secondo il codice del 1930*, Tomi I-III, UTET, Torino 1933; GIUSEPPE MAGGIORE, *Diritto penale*, Vol. I, Parte generale, Zanichelli, Bologna 1955; NIKLAUS SCHMIDT, *Strafprozessrecht. Eine Einführung auf der Grundlage des Strafprozessrechtes des Kantons Zürich und des Bundes*, Schulthess, Zurigo 1993; PHILIPPE GRAVEN, *L'infraction pénale punissable*, 2<sup>a</sup> ed., Stämpfli, Berna 1995; STEFAN TRECHSEL, *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Kurzkommentar*, Schulthess, Zürich 1997; NICCOLÒ SALVIONI, *Codice di procedura penale*, Edizioni Salvioni SA, Locarno 1999; GERARD PIQUEREZ, *Procédure pénale suisse – Traité théorique et pratique*, Schulthess, Zurigo 2000; GERARD PIQUEREZ, *Manuel de procédure pénale suisse*, Schulthess, Zürich 2001; MARTIN KILIAS, *Précis de droit pénal général*, 2<sup>a</sup> ed., Stämpfli, Berna 2001; GIOVANNI FIANDACA/ENZO MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, 4<sup>a</sup> ed., Bologna 2001; FERRANDO MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, 4<sup>a</sup> ed., Cedam, Padova 2001; GIOVANNI CONSONO/VITTORIO GREVI, *Compendio di procedura penale*, Cedam, Padova 2003; ALBERTO CADOPPI, *Introduzione allo studio del diritto penale comparato*, 2<sup>a</sup> ed., Cedam, Padova 2004; DELFINO SIRACUSANO ET ALIA, *Diritto processuale penale. Volume I*, Giuffrè, Milano 2004; ROBERT HAUSER/ERHARD SCHWERI/KARL HARTMANN, *Schweizerisches Strafprozessrecht*, Helbing&Lichtenhahn, Basel 2005; GÜNTER STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat*, III ed., Stämpfli Verlag, Berna 2005; IDEM, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II: Strafen und Massnahmen*, II ed., Berna 2006; ANDREAS DONATSCH/BRIGITTE TAG, *Strafrecht I. Verbrechenlehre*, Schulthess, Zürich 2006; ALEXANDRA SCHEIDEGGER, *Minderjährige als Zeugen und Auskunftspersonen im Strafverfahren*, Schulthess, Zürich 2006; JACQUES MEYER, *Le projet de Code de procédure pénale suisse: inquiétude des justiciables et de leurs défenseurs*, in *Anwalts revue*, 10/2006, Helbing & Lichtenhahn, Basilea; GÜNTER STRATENWERTH/WOLFGANG WOHLERS, *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Handkommentar*, Stämpfli Verlag, Berna 2007; CHRISTIAN FAVRE/MARC PELLET/PATRICK STAUDMANN, *Code pénal annoté*, III ed., Bis et ter Editions, Losanna 2007; FELIX BOMMER, *vor art. 19*, in MARCEL NIGGLI, HANS WIPRÄCHTIGER, *Basler Kommentar – Strafgesetzbuch I Art. 1- 110 StGB*, Helbing & Lichtenhahn, Basel 2007; FELIX BOMMER/VOLKER DITTMANN, *ad art. 19* in MARCEL NIGGLI, HANS WIPRÄCHTIGER, *Basler Kommentar – Strafgesetzbuch I Art. 1- 110 StGB*, Helbing & Lichtenhahn, Basel 2007; ALBERTO CADOPPI/PAOLO VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, Cedam, Padova 2007; WOLFGANG WOHLERS, *Internationales Strafrecht, EMRK und Verfassungsrecht*, in *Forum Poenale*, 1/2008, Schulthess, Zurigo 2008; EDY MELY/JOHN NOSEDA, *Il nuovo codice di diritto processuale penale svizzero e l'organizzazione giudiziaria ticinese*, CPGF, Lugano 2008.

8.2

Opere generali  
in materia di  
diritto penale e  
procedura

- 8.3 Opere giuridiche specifiche in materia di imputabilità
- LUKAS GSCHWEND, *Zur Geschichte der Lehre von der Zurechnungsfähigkeit: Ein Beitrag insbesondere zur Regelung im Schweizerischen Strafrecht*, Dissertazione dell'Università di Zurigo, Schulthess, Zurigo 1996 ; PHILIPP MAIER/ARNULF MÖLLER, *Das gerichtopsychiatrische Gutachten gemäss Art. 13 StGB: Unter Berücksichtigung der gesetzlichen Regelung ausgewählter Kantone*, Schulthess, Zurigo 1999; ALBERTO MANACORDA, *La perizia psichiatrica*, CIC, Roma 2003 ; MARIO BRANDA, *La perizia psichiatrica secondo l'art. 20 CP: annotazioni su criteri e prassi nella determinazione della responsabilità dell'imputato*, in: AA.VV., *Le perizie giudiziarie*, CPGF/Helbing & Lichtenhahn, Lugano/Basilea 2008.
- 8.4 Opere in materia di psicologia giuridica, psicopatologia forense e vittimologia, psichiatria
- MONIQUE DE BONIS, *Personnalité et expertise psychiatrique*, Presses universitaires de France, Paris 1984 ; GUGLIELMO GULOTTA, *Elementi di psicologia giuridica e di diritto psicologico*, Giuffrè, Milano 2002 ; VOLKER DITTMANN/ANNELISE ERMER, *Forensische Psychiatrie und Begutachtung* in WOLFGANG GAEBEL/Franz MÜLLER-SPAHN, *Diagnostik und Therapie psychiatrischer Störungen*, Kohlhammer, Stoccarda 2002 ; LUIGI CORTELLESSA/NATALE FUSARO, *Pedofilia e criminalità*, Koinè, Roma 2003 ; CARLO SERRA, *Proposte di criminologia applicata 2003*, Giuffrè, Milano, 2003 ; TULLIO BANDINI ET ALIA, *Criminologia. Il contributo della ricerca alla conoscenza del crimine e della reazione sociale*, Giuffrè, Milano 2003 ; UGO FORNARI, *Trattato di psichiatria forense*, Utet, Torino 2004 ; AA. VV., *Psicologia e giustizia*, Anno 5, n. 1, Gennaio-giugno 2004 ; ROBERTA BRUZZONE, *Il profilo criminologico del pedofilo*, in *Atti del Convegno 'Pedofilia oggi: il dolore ha gli occhi di un bambino'* – Darfo Boario Terme, 13 Marzo 2004 ; AA.VV., *DSM-IV-TR MG. Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali per la medicina generale*, Masson, Milano 2004 ; ANNELIESE ERMER, *Ambulante Therapie bei Sexualstraftätern*, in *Psychiatrie und Recht. Psychiatrie et Droit*, Schulthess, Zurigo 2005 ; DITTMANN, *Qualitätskriterien psychiatrischer Gutachten*, in *Psychiatrie und Recht cit.* ; CORNELIA BESSLER, *Prinzipien der Glaubwürdigkeitsbegutachtung bei sexuell missbrauchten Kindern*, in *Psychiatrie und Recht cit.* ; GIOVANNI BATTISTA TRAVERSO, *Responsabilità, imputabilità e perizia psichiatrica*, in VITTORIO VOLTERRA, *Psichiatria forense, criminologia ed etica psichiatrica*, Masson, Milano 2006 ; MARCO MARCHETTI/STEFANO KUSTERMAN, *Disturbi di personalità e imputabilità*, in VOLTERRA, *Psichiatria forense cit.* ; RINO FROLDI, *Abuso di alcol e di sostanze stupefacenti e psicotrope. Il doping in* VOLTERRA, *Psichiatria forense cit.* ; GIOVANNI CASSANO, *Psicopatologia e clinica psichiatrica*, Utet, Torino 2006 ; DARIO ITEM, *La vittima di reati violenti intenzionali nel diritto internazionale*, Iulia, Lugano 2007 ; NORBERT NEDOPIL, *Forensische Psychiatrie. Klinik, Begutachtung und Behandlung zwischen Psychiatrie und Recht*, Thieme, Stuttgart 2007 ; ALBERTO SIRACUSANO, *Manuale di psichiatria*, Il pensiero scientifico editore, Roma 2007.
- 8.5 Opere di diritto in generale
- SERGIO BARTOLE/BENEDETTO CONFORTI/GUIDO RAIMONDI, *Commentario alla convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova 2001 ; CARLOS NINO, *Introduzione all'analisi del diritto*, Giappichelli, Torino 2006 ; STEFANIA SUTER-ZÜRCHER, *Die strafbarkeit der sexuellen Handlungen mit Kindern nach art. 187 StGB*, Schulthess, Zürich 2003.





## CAPITOLO XI

### LA COMMISURAZIONE DELLA PENA

SOMMARIO: 1. Cenni generali – 2. Gli elementi costitutivi dell'art. 47 CPS – 3. Le attenuanti generiche ex art. 48 CPS – 4. Gli effetti dell'attenuazione ex art. 48a CPS – 5. L'obbligo di motivazione di cui all'art. 50 CPS – 6. Commisurazione della pena e art. 187 CPS – 7. Bibliografia

#### 1. Cenni generali

Nel Titolo III del Codice «*Delle pene e delle misure*», al Capo I «*Delle pene*», preceduta dalle Sezioni 1 e 2, che trattano risp. «*Della pena pecuniaria, del lavoro di pubblica utilità e della pena detentiva*» e «*Della condizionale*» vede la sua collocazione la Sezione n. 3 che si occupa interamente «*Della commisurazione della pena*». Qui trova spazio l'art. 47 CPS che fissa il principio generale in materia. In particolare la disposizione recita che:

1.1  
Profili sistematici

##### **Art. 47 Principio**

<sup>1</sup> Il giudice commisura la pena alla colpa dell'autore. Tiene conto della vita anteriore e delle condizioni personali dell'autore, nonché dell'effetto che la pena avrà sulla sua vita.

Il secondo comma dell'art. 47 CPS si preoccupa invece di enucleare il contenuto stesso della nozione di “colpa”. In esso infatti si legge che:

1.2  
Determinazione  
della  
colpevolezza

<sup>2</sup> La colpa è determinata secondo il grado di lesione o esposizione a pericolo del bene giuridico offeso, secondo la riprensibilità dell'offesa, i moventi e gli

obiettivi perseguiti, nonché, tenuto conto delle circostanze interne ed esterne, secondo la possibilità che l'autore aveva di evitare l'esposizione a pericolo o la lesione.

1.3  
Colpa o  
colpevolezza?

Dal dettato dell'art. 47 si percepisce in fretta che il lessema «colpa» è adoperato impropriamente dal legislatore. Il riferimento qui infatti non può che essere orientato a un senso latissimo di colpa, che include tanto gli elementi oggettivi che quelli soggettivi, e che finisce con il corrispondere con il concetto di colpevolezza o di reità. La versione francese dell'art. 47 CPS parla del resto esplicitamente di «culpabilité» e non di *faute*. La versione tedesca usa invece l'espressione più ambigua «Verschulden» e non quindi «Schuld» (omologo, appunto, alla nostra colpevolezza). Ma l'interpretazione che ne è data dalla dottrina, secondo cui «Verschulden i.S.v. Art. 47 ist das Mass der Vorwerfbarkeit des Rechtsbruch»<sup>1</sup> lascia bene intendere che il riferimento è alla rimproverabilità e dunque alla colpevolezza. Del resto anche il Messaggio<sup>2</sup>, nel commento all'art. 47 CPS, parla in maniera ricorrente di «colpevolezza» per poi inspiegabilmente allegare alla medesima relazione dell'Esecutivo un disegno di legge che, negli articoli del Codice, fa largo uso in sua vece del lessema «colpa»<sup>3</sup>.

1.4  
Novella del 2007

La disposizione in commento risulta anch'essa rivisitata dalla riforma della parte generale del Codice. La nuova formulazione ha puntato soprattutto ad affinare la disciplina<sup>4</sup>, per un verso limitandosi a codificare la giurisprudenza<sup>5</sup> resa sotto l'impero della precedente normativa<sup>6</sup>, per altro verso precisando meglio il previgente art. 63 CPS

---

<sup>1</sup> HANS WIPRÄCHTIGER, in MARCEL NIGGLI/HANS WIPRÄCHTIGER, *Basler Kommentar. Strafrecht I*, Helbig & Lichteahn, Basilea 2007, ad art. 47 N. 12.

<sup>2</sup> FF 1999 1744 ss.

<sup>3</sup> FF 1999 1975 ss.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> Si vedano in particolare DTF 117 IV 112 e 116 IV 288.

<sup>6</sup> THOMAS HANSJAKOB/HORST SCHMITT/JÜRIG SOLLBERGER, *Kommentierte Textausgabe zum revidierten Strafgesetzbuch*, Books on demand, Lucerna 2004, p. 43; CEDRIC PIGNAT, *La fixation de la peine avant et après la révision de 2002*, in ANDRÉ KUHN/LAURENT MOREILLON/BAPTISTE VIREDAZ/ALINE WILLI-JAYET, *Droit des sanctions. De l'ancien au nouveau droit*, Stämpfli, Berna 2004, p. 34

che trattava in termini ben più laconici e generici il tema della commisurazione della pena<sup>7</sup>. Ma al di là dell'opera di *restyling*, come vedremo più diffusamente in prosieguo il nuovo enunciato normativo conia di fatto nuovi limiti di sicurezza, indicati in modo sufficientemente accurato da essere suscettivi di censura al cospetto del Tribunale federale quale suprema Corte di legittimità<sup>8</sup>.

L'art. 47 CPS traccia il percorso logico che deve guidare il giudice nella determinazione della pena – la quale dovrà aderire il più possibile alla colpevolezza dell'autore – sviluppando all'uopo precisi criteri di valutazione, da intendersi peraltro come non tassativi<sup>9</sup>. Dalla nuova struttura della norma si evince in particolare che il processo valutativo che conduce alla commisurazione della sanzione muove da un'indagine a largo spettro sulla persona del reo, che involge tanto il suo «agire» quanto il suo «essere». L'«agire» del reo si misurerà avuto riguardo al fatto commesso e al disvalore di esso; il suo «essere» terrà invece in considerazione gli aspetti personologici dell'autore. Per fare ciò il giudizio non si ridurrà a una verifica limitata al *locus et tempus commissi delicti*, la scena del crimine non dovendo infatti catalizzare più del dovuto l'attenzione del giudicante. Così se da un lato, la colpevolezza in senso stretto continuerà a parametrarsi in base al fatto commesso (visto nella sua esteriorità) e al modo di essere dell'autore (esaminato nei suoi tratti più peculiari) in un tempo strettamente connesso all'infrazione compiuta, gli altri fattori menzionati all'art. 47 I CPS snodano il giudizio fino a ricomprendere momenti e luoghi differenti. Più precisamente, la valutazione si estenderà: a un'epoca precedente, quando si tratterà di prendere in esame la vita anteriore del reo; a un periodo successivo, là dove viene richiesto di ponderare gli effetti della pena sulla sua vita futura e infine, al tempo del reato, ma astraendo da esso, nella misura in cui si domanda al giudice di avere riguardo delle condizioni personali

1.5  
Il percorso verso  
la  
commisurazione  
della pena

<sup>7</sup> Art. 63 vCP: «Il giudice commisura la pena alla colpa del reo, tenendo conto dei motivi a delinquere, della vita anteriore e delle condizioni personali di lui».

<sup>8</sup> Il potere d'esame della Suprema corte elvetica non è più infatti da ritenersi limitato, come in passato, alla verifica del rispetto del potere di apprezzamento dei giudici cantonali. Cfr. FF 1999 1745.

<sup>9</sup> V. *infra*.

dell'autore, ovverosia della sua età, del suo stato di salute, nonché dell'*habitat* e del contesto sociali da cui questi promana, *etc.*

1.6  
Diritto penale  
del fatto e diritto  
penale  
dell'autore

Il principio consacrato all'art. 47 CPS è del resto espressione di un'usuale (per i nostri tempi) soluzione di compromesso tra un diritto penale del puro fatto (che prescinde da qualsiasi riferimento alla personalità del reo) e un diritto penale dell'autore (che pone in secondo piano la gravità del fatto commesso)<sup>10</sup>. Nel dettato normativo si rinviene appunto una combinazione di elementi di natura oggettiva (il grado di lesione o esposizione del bene giuridico offeso e la repressibilità dell'offesa) e fattori di natura soggettiva (la vita anteriore, le condizioni personali dell'autore, l'effetto che la pena avrà sulla sua vita, i moventi e gli obiettivi perseguiti, come pure la possibilità che l'autore aveva, tenuto conto delle circostanze interne ed esterne, di non commettere il reato).

1.7  
Federalismo e  
uguaglianza di  
trattamento

Quantunque siano ora fissati precisi criteri di valutazione, la nuova disposizione del Codice continua a lasciare ampio margine di apprezzamento ai Cantoni, nel rispetto della struttura federale della Svizzera, per sviluppare prassi differenti in punto alle pene inflitte per le diverse categorie di reati<sup>11</sup>; il rischio di disparità tra le varie regioni elvetiche non è infatti ritenuto lesivo della Costituzione federale sotto il profilo del principio della parità di trattamento<sup>12</sup>.

1.8  
Principio di  
individualità  
delle pene

Il principio di individualità della pena (o di specialità) e l'ampio margine di apprezzamento riconosciuto in tale ambito all'autorità cantonale conducono, anche entro i medesimi confini cantonali, a talune divergenze che sono tollerate dal legislatore federale. Del resto, situazioni che appaiono simili sono suscettibili di differenziarsi sensibilmente in ordine alla commisurazione della pena. Azzardare dei termini di paragone attendibili presuppone che il giudice disponga di una conoscenza esatta di tutti gli elementi determinanti alla

---

<sup>10</sup> GERHARD FIOKA, *Das Rechtsgut als Massstab des Verschuldens in Art. 47 StGB*, in ZStrR 2/2007, pp. 140-141.

<sup>11</sup> STF 6B\_14/2007.

<sup>12</sup> DTF 124 IV 44 consid. 2c p. 47; STF 6B\_14/2007.

commisurazione della pena<sup>13</sup>. Per tali ragioni un Cantone non è vincolato da pronunce in materia di commisurazione della pena emesse da altri Cantoni; a contare sarà soltanto la verifica della corretta applicazione dei principi vigenti in materia e ricavabili dal diritto federale nel suo insieme<sup>14</sup>.

Nonostante gli sforzi profusi dal Tribunale federale negli ultimi anni per ancorare i parametri di commisurazione della pena a una quantità di colpevolezza predeterminata, in funzione di meglio fortificare il percorso argomentativo fatto proprio dal giudice e di scongiurare la formazione di pregiudizi, l'impresa di individuare precisi criteri di collegamento (*tot culpa, tot poenam*) – dai più ritenuta impossibile – non ha peraltro sortito risultati degni di rilievo, nemmeno in esito al nuovo art. 50 CPS<sup>15</sup>. Secondo autorevole dottrina, la pena continua ad apparire – *in finis* di più o meno articolati *considerata* – quale un semplice valore numerico, paragonabile secondo taluni a un *deus ex machina*<sup>16</sup>, secondo altri, ancor più efficacemente, «*wie die Taube aus dem Hut eines Zauberers*»<sup>17</sup>.

1.9  
Indeterminatezza della  
commisurazione  
della pena

## 2. Gli elementi costitutivi dell'art. 47 CPS

Volendo procedere a una disamina più specifica degli elementi costitutivi dell'art. 47, occorre innanzitutto evidenziare come la norma scinda i fattori che attengono più propriamente alla colpevolezza da un lato, e risp. la vita anteriore dell'autore, le sue condizioni personali, nonché l'effetto che la pena avrà sulla sua vita dall'altro.

2.1  
Elementi  
costitutivi

<sup>13</sup> DTF 123 IV 150 consid. 2a p. 153; STF 6B\_14/2007.

<sup>14</sup> STF 6B\_14/2007.

<sup>15</sup> *Infra* § 5.

<sup>16</sup> TRECHSEL ET AL., *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Praxiskommentar*. Dike, Zurigo 2008, ad art. 47 N. 34.

<sup>17</sup> Letteralmente «*come la colomba che esce dal cilindro di un mago*», così PETER ALBRECHT, *Die Strafzumessung im Spannungsfeld von Theorie und Praxis*, in ZStrR 108/1991, p. 50, tratto da TRECHSEL ET AL., *Praxiskommentar* (16), ad art. 47 N. 34.

2.2  
La colpevolezza

Come avveniva nel diritto previgente, anche nella previsione legislativa attuale la colpevolezza motiva e delimita la pena<sup>18</sup>. Essa si compone di elementi costitutivi oggettivi e soggettivi. L'elenco proposto dalla disposizione in esame è peraltro da considerarsi meramente enumerativa e non esaustiva<sup>19</sup>.

*a) Elementi costitutivi oggettivi della colpevolezza*

2.3  
Il grado di  
lesione o  
esposizione a  
pericolo del bene  
giuridico offeso

La gradazione della colpevolezza si determina innanzitutto avuto riguardo al «grado di lesione o esposizione a pericolo del bene giuridico offeso». Tale concetto è omologo alla nozione di risultato dell'attività illecita coniato dalla giurisprudenza *ante* riforma<sup>20</sup>. Il giudice deve ponderare l'entità del danno causato oltre che l'importanza del bene giuridico colpito ovvero del rischio arrecato da un reato di pericolo astratto. Il riferimento al bene giuridico ha qui semplice funzione descrittiva della gravità del fatto commesso, non essendovi spazio nella norma in esame per l'ingresso di speculazioni teoriche intorno alla nozione di *Rechtsgut* e più in particolare per un avvicinamento a una concezione del diritto penale incentrata sul c.d. *Erfolgsstrafrecht*. La vigente formulazione si allinea in sostanza alla consolidata prassi giurisprudenziale<sup>21</sup>.

2.4  
La riprensibilità  
dell'offesa

Altro elemento oggettivo da prendere in considerazione è la «riprensibilità dell'offesa». Il concetto si identifica nella nozione di «modalità di esecuzione dell'atto» sviluppata dalla giurisprudenza *ante*

<sup>18</sup> FF 1999 I 744 ss.

<sup>19</sup> GÜNTER STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil II*, Stämpfli, Berna 2005, § 6 NN. 19 ss.

<sup>20</sup> DTF 129 IV 6 c. 6.1; 118 IV 21 c. 2b; MICHEL DUPUIS/BERNARD GELLER/GILLES MONNIER/LAURENT MOREILLON/CHRISTOPHE PIGUET, *Code pénal I*, Partie générale – art. 1-110, DPMIn, Helbing Lichtenhahn, Basilea 2008, *ad* art. 47, n. 15. Rileva opportunamente un Autore che il riferimento nella lettera del codice al concetto di bene giuridico rappresenta una novità apportata dalla revisione del 2007. Il concetto *de quo*, evidentemente ben noto alla dottrina e alla giurisprudenza elvetica, trova ora formale ingresso nel dettato codicistico agli artt. 11 (reato omissivo improprio), 18 (stato di necessità colposo) e, appunto, 47. Cfr. GERHARD FIOŁKA, *Das Rechtsgut* (10), pp. 133-134.

<sup>21</sup> GERHARD FIOŁKA, *Das Rechtsgut* (10), p. 141.

riforma<sup>22</sup>. Si tratta di valutare il grado d'intensità che connota nel caso di specie la condotta illecita<sup>23</sup>, assumendo ad es. rilievo il livello di violenza o minaccia adoperati, il grado di premeditazione, la grossolanità ovvero la minuzia e l'accuratezza, *etc.*<sup>24</sup>.

*b) Elementi costitutivi soggettivi della colpevolezza*

I «*moventi e gli obiettivi perseguiti*» dall'autore assumono anch'essi rilievo primario in funzione della commisurazione della pena. La locuzione «*obiettivi perseguiti*» è equipollente ai «*motivi a delinquere*» di cui all'art. 63 CPS vecchio conio<sup>25</sup>. Trattasi in particolare dei risultati e degli scopi perseguiti dall'autore<sup>26</sup>. Entrano qui in linea di conto l'*animus* («*impulsions intérieures*»), quale ad es. la brama di potere o la cupidigia, il grado del dolo o il livello di negligenza, l'intensità della volontà delittuosa (che può manifestarsi anche mediante la ripetizione e la durata degli atti delittuosi o attraverso la persistenza a commettere infrazioni malgrado precedenti condanne) e anche, secondo taluni autori, il ruolo giocato da un eventuale agente provocatore<sup>27</sup>. In generale i moventi e gli obiettivi perseguiti avranno efficacia attenuante quando saranno onorevoli, altruistici e degni di rispetto; avranno per contro effetto aggravante se connotati da egoismo o da brama di ricchezza<sup>28</sup>.

Occorre infine valutare «*la possibilità che l'autore aveva di evitare l'esposizione a pericolo o la lesione*» tenuto conto delle «*circostanze interne e esterne*». Tale criterio segna per certi versi lo spartiacque tra l'imputabilità e i restanti profili soggettivi che concorrono a determinare

2.5

I moventi e gli obiettivi perseguiti

2.6

La possibilità di evitare l'esposizione a pericolo o la lesione

<sup>22</sup> Il riferimento è qui all' «*Art und Weise der Herbeiführung des Erfolges*» di cui alla DTF 129 IV 6 c. 6.1; DUPUIS, *Code Pénal* (20), *ad art.*

<sup>23</sup> GÜNTHER STRATENWERTH/WOLFGANG WOHLERS, *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Handkommentar*, Stämpfli, Berna 2007, *ad art.* 47 n. 6.

<sup>24</sup> WIPRÄCHTIGER, *Bsk* (1), *ad art.* 47 N. 81 ss.

<sup>25</sup> FF 1999 1745.

<sup>26</sup> TRECHSEL ET AL., *Praxiskommentar* (16), *ad art.* 47 N. 29.

<sup>27</sup> DUPUIS, *Code Pénal* (20), *ad art.* 47, NN. 21-22.

<sup>28</sup> TRECHSEL ET AL., *Praxiskommentar* (16), *ad art.* 47 N. 29.

l'inescusabilità della condotta del reo e quindi la sua colpevolezza<sup>29</sup>. All'infuori delle ipotesi patologiche di cui all'art. 19 CPS, la libertà dell'autore di determinarsi a favore della legalità e contro l'illegalità è infatti suscettiva di risultare comunque condizionata per ragioni che afferiscono alla personalità del reo<sup>30</sup>. Detto altrimenti, la capacità di valutare il carattere illecito dell'atto e di agire secondo tale valutazione possono risultare turbate anche in assenza di una scemata imputabilità. In tale evenienza l'imputato, quantunque ritenuto pienamente imputabile, sarà giudicato più benevolmente. Per «*circostanze interne*» la legge intende quelle situazioni personali che alterano, senza comprometterle, da un lato l'idoneità del soggetto a valutare l'illiceità della propria condotta, a rendersi quindi conto del significato sociale del proprio agire, dall'altro l'attitudine della persona di determinarsi pur avendo valutato il carattere illecito della propria condotta, di decidere in modo autonomo in conformità al proprio giudizio<sup>31</sup>. Le «*circostanze esterne*» si riferiscono invece alla situazione concreta in cui versava l'agente al momento dell'atto<sup>32</sup>. Il Messaggio menziona, a mo' d'esempio, la tentazione o condizioni d'emergenza che per la loro scarsa intensità non appaiono suscettibili di giustificare un'attenuazione specifica della pena ex art. 48 CPS<sup>33</sup>.

*c) Gli altri fattori legali che concorrono alla commisurazione della pena*

2.7  
La vita anteriore  
dell'autore

Il parametro della vita anteriore del reo racchiude un'importante novità. Esso infatti, a differenza di quanto disposto nella previgente disciplina<sup>34</sup>, ingloba ora anche l'ipotesi della recidiva. La recidiva pertanto non è più considerata un'aggravante specifica della parte

---

<sup>29</sup> V. Cap. X.

<sup>30</sup> FF 1999 1745.

<sup>31</sup> DUPUIS, *Code Pénal* (20), ad art. 47 N. 24.

<sup>32</sup> *Ibid.*

<sup>33</sup> FF 1999 1745.

<sup>34</sup> L'art. 63 così disponeva: «*Il giudice commisura la pena alla colpa del reo, tenendo conto dei motivi a delinquere, della vita anteriore e delle condizioni personali di lui*».

generale del Codice penale, bensì deve essere ritenuta, nell'alveo del principio generale della commisurazione della pena di cui all'art. 47 CPS, unicamente all'interno degli ordinari limiti penali. Tale opzione vuole scongiurare una duplice presa in considerazione della recidiva: in un primo tempo, nell'ambito dell'art. 47 CPS, apprezzando la vita anteriore del reo; successivamente, a ragione di una specifica disposizione aggravante del Codice. Per siffatte ragioni, la recidiva ricadrà in un generale giudizio complessivo sulla colpevolezza nel solco del principio generale consacrato dall'art. 47 CPS<sup>35</sup>.

Secondo la dottrina maggioritaria, il concetto di vita anteriore – che assumerà una valenza meno pregnante in caso giovane età del reo<sup>36</sup> – coinvolge l'insieme degli elementi che formano il vissuto dell'autore al momento del reato: trattasi in particolare delle relazioni instaurate nella famiglia parentale, dell'educazione ricevuta, della formazione scolastica seguita, dell'osservanza delle leggi, dell'integrazione sociale, *etc.*<sup>37</sup>. Secondo l'opinione di un autore, che riteniamo di condividere, tali fattori ricadono invero più nel criterio delle condizioni personali del reo e saranno pertanto trattate in relazione a tale elemento<sup>38</sup>.

In esito a quanto poc'anzi detto, nel concetto di vita anteriore residuano per lo più le precedenti condanne, incluse le pene irrogate all'estero, purché non contravvengano ai principi fondamentali dell'ordine giuridico svizzero<sup>39</sup>. Una pena pronunciata all'estero per gli stessi fatti deve essere computata soltanto e nella misura in cui essa sia stata scontata, o, trattandosi di una multa, pagata<sup>40</sup>. Ai fini della colpevolezza rileva altresì la circostanza che una precedente infrazione sia stata commessa intenzionalmente o per negligenza. Inoltre una serie

2.7.1  
Nozione di vita  
anteriore

2.7.2  
Nucleo residuo  
della vita  
anteriore

<sup>35</sup> FF 1999 1745.

<sup>36</sup> DTF 98 IV 131.

<sup>37</sup> WIPRÄCHTIGER, *Bsk* (1) ad art. 47 N. 94; *Code pénal* (20), ad art. 47 N. 4.

<sup>38</sup> MONIQUE GISEL-BUGNION, *L'individualisation d'une peine mesurée sur la culpabilité du délinquant*, Diss., Ginevra, 1978, p. 129 ; TRECHSEL ET AL., *Praxiskommentar* (16), ad art. 47 N. 30.

<sup>39</sup> DTF 105 IV 225 c. 2.

<sup>40</sup> DTF 105 IV 225 cc. 3 e 4.

di infrazioni della stessa natura inciderà più pesantemente sul giudizio di colpevolezza rispetto a reati di natura differente. Il decorso del tempo diluisce invece la rilevanza dei precedenti penali<sup>41</sup>. Il fatto che un procedimento sia sfociato in un non luogo a procedere o in un decreto di abbandono non escludono un'incidenza sulla colpevolezza a condizione che abbia potuto esercitare un effetto dissuasivo, in particolare se i reati offendono i medesimi beni giuridici ovvero testimonino un generale disprezzo nei riguardi dell'ordinamento giuridico<sup>42</sup>. Secondo la giurisprudenza sviluppatasi *ante* riforma<sup>43</sup> anche un'infrazione non più iscritta al casellario giudiziario poteva essere ritenuta dalla corte ancorché la cancellazione possa rappresentare l'indizio che la vecchia condanna abbia perso di importanza ai fini della commisurazione della pena. Secondo parte della dottrina, alla luce ora del chiaro tenore dell'art. 369 cpv. 7 CPS<sup>44</sup>, il menzionato principio giurisprudenziale non dovrebbe più operare<sup>45</sup>. Anche il comportamento irreprensibile tenuto da un condannato per un certo tempo deve essere considerato<sup>46</sup>. Infine, anche l'incensuratezza dell'autore depone evidentemente in suo favore<sup>47</sup>.

2.8  
Le condizioni  
personali  
dell'autore

Generalmente la dottrina<sup>48</sup> enuclea il concetto di condizioni personali dell'autore facendo riferimento a tutte le circostanze della vita del reo al momento della commisurazione della pena. Esula invece dalla nozione *de qua*, secondo la giurisprudenza più recente, la sensibilità alla pena che deve essere ora ponderata nel contesto del parametro relativo

---

<sup>41</sup> KG SG 23.2.1994; GVP SG 1994, N. 44.

<sup>42</sup> OG TG 1.4.1993; RBOG 1993 p. 89; DUPUIS, *Code pénal* (20), *ad art.* 47 N. 5.

<sup>43</sup> DTF 121 IV 3 c. 1c/dd; DUPUIS, *Code pénal* (20), *ad art.* 47 N. 5.

<sup>44</sup> Art. 369 cpv. 7 CPS: «*Le iscrizioni eliminate [dal Casellario giudiziale] non devono poter essere ricostruite. La sentenza eliminata non è più opponibile all'interessato*». E ancora il cpv. 8: «*I dati del casellario giudiziale non devono essere archiviati*».

<sup>45</sup> DUPUIS, *Code pénal* (20), *ad art.* 47 N. 5.

<sup>46</sup> DTF 102 IV 231 c. 3; DUPUIS, *Code pénal* (20), *ad art.* 47 N. 5.

<sup>47</sup> DTF 98 IV 124 c. 11a; DUPUIS, *Code pénal* (20), *ad art.* 47 N. 5.

<sup>48</sup> TRECHSEL ET AL., *Praxiskommentar* (16), *ad art.* 47 N. 32.

all'effetto della sanzione sulla vita futura dell'autore<sup>49</sup>. Rientra invece nelle «*condizioni personali*» la giovane età, che solitamente assume un effetto mitigatore<sup>50</sup>; le relazioni instaurate nella famiglia parentale, l'educazione ricevuta, la formazione scolastica seguita, l'osservanza delle leggi, l'integrazione sociale, i restanti elementi che formano il vissuto dell'autore al momento del reato<sup>51</sup>, la buona reputazione (ritenuta rilevante da una giurisprudenza più risalente<sup>52</sup>, non determinate, dalle pronunce più recenti e da autorevole dottrina<sup>53</sup>), nonché la posizione lavorativa e l'accresciuto grado di attenzione che da essa dovrebbe derivare (reputata significativa, in senso peggiorativo, dalla giurisprudenza<sup>54</sup>).

Secondo parte della dottrina nella nozione di «*condizioni personali dell'autore*» rientrerebbero pure lo stato di salute, in particolare le eventuali malattie, le facoltà intellettive e i *deficit* psichici che non incidano sull'imputabilità, come ad. es. in caso di prolungata crisi della pubertà<sup>55</sup>, la dipendenza da sostanze psicotrope<sup>56</sup>, la difficile situazione familiare non imputabile all'autore, come pure la circostanza che il reo abbia sofferto un'infanzia difficile (nella misura in cui tale evento sia in diretta correlazione con il reato)<sup>57</sup>, i momenti di

<sup>49</sup> TF 6B\_14/2007.

<sup>50</sup> DTF 118 IV 349; 98 IV 132, 133; 92 IV 121.

<sup>51</sup> WIPRÄCHTIGER, *Bsk* (1) ad art. 47 N. 94; DUPUIS, *Code pénal* (20), ad art. 47 N. 4.

<sup>52</sup> DTF 118 IV 21 c. 2b; DTF 96 IV 155; DUPUIS, *Code pénal* (20), ad art. 47 N. 5.

<sup>53</sup> TF 6S.85/2006 c. 2.4; 6S.467/2004 c. 2.2.1; STRATENWERTH, *AT II* (19), § 6 N. 47 ss.; DUPUIS, *Code pénal* (20), ad art. 47 N. 5.

<sup>54</sup> DTF 118 IV 26: caso di crassa violazione delle regole fondamentali della circolazione stradale a opera di un insegnante di guida.

<sup>55</sup> DTF 98 IV 132; WIPRÄCHTIGER, *Bsk* (1) ad art. 47 NN. 113 ss.; STRATENWERTH, *AT II* (19), § 6 NN. 50 ss.; DUPUIS, *Code pénal* (20), ad art. 47 N. 6.

<sup>56</sup> DTF 118 IV 349; BJM 1978 309.

<sup>57</sup> DTF 121 IV 202 c. 2d; DTF 101 IV 177 c. III/1; WIPRÄCHTIGER, *Bsk* (1) ad art. 47 N. 96; *Code pénal* (20), ad art. 47 N. 4; TRECHSEL ET AL., *Praxiskommentar* (16), ad art. 47 N. 30.

smarrimento (che sino a ora hanno peraltro assunto scarso rilievo pratico<sup>58</sup>) e il brutto carattere (di cui risponde comunque l'autore medesimo<sup>59</sup>). A parere di chi scrive, tali fattori non paiono peraltro muniti di valenza autonoma e dunque, in funzione di evitare una doppia presa in considerazione<sup>60</sup>, andrebbero ricondotti o alla categoria de «*la possibilità che l'autore aveva di evitare l'esposizione a pericolo o la lesione*» (segnatamente nell'alveo delle «*circostanze interne*» e ciò nella misura in cui pretendano di incidere sulle capacità valutative e volitive del reo), o a quella che tratta dell'«*effetto che la pena avrà sulla sua vita*»<sup>61</sup> (qualora vogliano invece riferirsi alla sensibilità del reo alla sanzione).

2.8.2  
Kulturkonflikt e  
Kulturschock

I costumi e la morale differenti (cc.dd. *Kulturkonflikt* e *Kulturschock*) possono entrare in considerazione nelle «*condizioni personali*» purché l'autore ignori *sine culpa* che l'atto *de quo* è anche punibile nel suo paese d'origine<sup>62</sup>.

2.9  
L'effetto sulla  
vita futura  
dell'autore

Secondo l'art. 47 il giudice è tenuto a prendere in considerazione i possibili effetti sulla vita futura dell'autore della sanzione da comminare. Tale criterio, che attiene alla vulnerabilità dell'autore alla sanzione, astraе dalla ponderazione della colpevolezza. Segnatamente, qualora si presuma che una pena più mite sia suscettiva di fungere da idoneo deterrente, si da distogliere l'autore dal commettere nuovi reati, il metro della colpevolezza cederà il passo a tale diversa valutazione. In

<sup>58</sup> ZR 91 (192) N. 14 p. 151.

<sup>59</sup> DTF 98 IV 154; HANS WIPRÄCHTIGER, *Der Verzicht auf Weiterverfolgung und Strafbefreiung nach Artikel 66bis StGB — ein Weg zu mehr Einzelfallgerechtigkeit?*, in ZStrR, 111/1993, pp. 186 ss.; WIPRÄCHTIGER, *Bsk I* (1), ad art. 47 N. 96.

<sup>60</sup> V. *Infra*.

<sup>61</sup> *Infra*.

<sup>62</sup> Ciò sarà ad es. il caso se la socializzazione del cittadino straniero devia in modo rilevante dai valori riconosciuti del paese ospitante, ritenuto comunque che più è lungo il tempo trascorso lontano dal suo paese d'origine meno potrà egli appellarsi a quegli usi e costumi. Cfr. DTF 117 IV 7 c. 3 con ampi riferimenti alla dottrina tedesca. Non si tratta tuttavia di giudicare una cultura, bensì un atto e il suo autore, cfr. DTF 117 IV 10 c. 1d; WIPRÄCHTIGER, *Bsk* (1) ad art. 47 N. 98; DUPUIS, *Code pénal* (20), ad art. 47 N. 4.

pratica il giudice dovrà avere riguardo alla circostanza che taluni delinquenti risultano più duramente colpiti dall'esecuzione di una pena privativa della libertà. Tale vulnerabilità dovrà essere ritenuta come attenuante solo e nella misura in cui renda la sanzione considerevolmente più pesante che per la media degli altri condannati, come in presenza di età avanzata<sup>63</sup>, cattive condizioni di salute<sup>64</sup>, malattie gravi, psicosi claustrofobiche e sordomutismo<sup>65</sup>. Non si tratta dunque di favorire i delinquenti estrazione delle classi più privilegiate per rapporto ai semplici cittadini che hanno meno da perdere a motivo della loro detenzione<sup>66</sup>. La situazione familiare del condannato non è presa in considerazione che in caso di circostanze particolari, per es. in caso di bambini in tenera età a carico del condannato, ritenuto altrimenti che ogni pena privativa della libertà genera ripercussioni sul coniuge e sulla prole<sup>67</sup>. Anche la circostanza di avere nel frattempo (in attesa della celebrazione del processo) reperito una buona occupazione non è determinante qualora la sospensione condizionale non possa essere concessa avuto riguardo alla gravità della colpevolezza<sup>68</sup>.

*d) Gli altri parametri ricavati dalla giurisprudenza*

Ai fini della commisurazione della pena assume rilievo anche il comportamento dell'autore dopo il fatto e nel corso del procedimento penale<sup>69</sup>. Entrano qui in linea di conto, in funzione mitigatrice le dichiarazioni di pentimento o di rammarico<sup>70</sup>; la crisi di coscienza<sup>71</sup>; il

2.10  
Il  
comportamento  
dopo il reato

<sup>63</sup> DTF 92 IV 204 ss.

<sup>64</sup> ZR 51 (1952) N. 187; TRECHSEL ET AL., *Praxiskommentar* (16), ad art. 47 N. 33.

<sup>65</sup> TF 6S.703/1995; HANS WIPRÄCHTIGER, *Basler Kommentar. Strafrecht I*, Helbing&Lichtenhahn, Basilea 2003 ad art. 63, n. 95; CHRISTIAN SCHWARZENEGGER/MARKUS HUG/DANIEL JOSITSCH, *Strafrecht II Strafen und Massnahmen*, Schulthess, Berna 2007, p. 102 s; STF 6B\_14/2007.

<sup>66</sup> WIPRÄCHTIGER, *Bsk* (65) ad art. 63, n. 95.

<sup>67</sup> WIPRÄCHTIGER, *Bsk* (65) ad art. 63, n. 96; STF 6B\_14/2007.

<sup>68</sup> STF 6B\_14/2007.

<sup>69</sup> DTF 129 IV 6 c. 6.1; 121 IV 202 c. 2 cc.

<sup>70</sup> DTF 96 IV 180; sulla portata dell'art. 48 lett. d v. *infra*.

tentativo di suicidio dovuto non a motivi egoistici (per esempio allo scopo di sfuggire alle conseguenze del reato) ma che sia espressione di un profondo rimorso<sup>72</sup>; il radicale cambiamento di vita che ha evitato la commissione di nuove reati<sup>73</sup>; il matrimonio in caso di violenza e coazione sessuale, purché sia costitutivo di indizio di perdono e pentimento<sup>74</sup>. Gli sforzi intrapresi per uscire dalla dipendenza dall'alcool assumono invece rilievo unicamente per la sospensione condizionale della pena<sup>75</sup>.

2.11  
La confessione e  
la cooperazione

Più articolata è la questione della rilevanza della confessione e della cooperazione prestata agli organi inquirenti per chiarire i fatti e individuare altri reati o complici. Secondo autorevole dottrina, in uno Stato di diritto la confessione non dovrebbe essere presa in considerazione quale attenuante, siccome un tale prassi finirebbe con l'influenzare la decisione su se tacere o parlare<sup>76</sup>. Di diverso avviso la giurisprudenza<sup>77</sup>. In alcuni casi, il comportamento dell'autore nel corso della procedura è stato peraltro ritenuto quale indizio della sua personalità<sup>78</sup>.

2.12  
Il principio di  
celerità

Gli artt. 29 cpv. 1 della Costituzione federale, 6 § I CEDU e 14 § 3 let. c Patto ONU II prevedono che ogni persona ha diritto a che la propria causa sia giudicata in un tempo ragionevole. Il principio di celerità impone alle autorità di condurre la procedura penale

<sup>71</sup> DTF 98 IV 132.

<sup>72</sup> DTF 106 IV 349.

<sup>73</sup> DTF 118 IV 341; l'impressione di aver invertito la marcia 121 IV 206.

<sup>74</sup> DTF 122 IV 244. Il TF sottolinea peraltro giustamente come di regola la violenza sessuale è repressa anche se intervenuta nel corso del matrimonio, per espressa volontà del legislatore, cfr. BU-CN 1990 p. 2257, intervento FANKHAUSER.

<sup>75</sup> DTF 122 IV 245; *contra* (nel senso di riconoscere l'attenuazione) 118 IV 349; WIPRÄCHTIGER, *Bsk I* (1), *ad art.* 47 NN. 129 ss.

<sup>76</sup> TRECHSEL ET AL., *Praxiskommentar* (16), *ad art.* 47 N. 24.

<sup>77</sup> DTF 121 IV 202 c. 2 cc (riduzione da un quinto sino a un terzo); 118 IV 349; ZR 91 (1992) N. 14 p. 51.

<sup>78</sup> DTF 113 IV 57; La rilevanza dell'aggressività dell'autore e la contestazione del fatto durante l'inchiesta è stata lasciata parzialmente indecisa in DTF 98 IV 133.

ininterrottamente allo scopo di non lasciare inutilmente l'accusato in una condizione di angoscia generata dal procedimento stesso. Una violazione del principio di celerità deve di regola essere tenuta in considerazione allo stadio della commisurazione della pena, conducendo solitamente a una riduzione della medesima e talora financo alla necessità di abbandonare il procedimento<sup>79</sup>.

Sempre secondo la giurisprudenza, la circostanza di aver subito una gogna mediatica prima del processo può costituire anch'essa motivo di attenuazione della pena<sup>80</sup>.

Un eccesso di detenzione preventiva subita a motivo di una parziale assoluzione non conferisce invece un diritto generalizzato a una pena più clemente, ritenuto che il tempo di carcerazione ingiustamente patito è indennizzato dallo Stato e che l'intervenuto ristoro non lascia spazio a trattamenti premiali<sup>81</sup>.

Fuori dalle ipotesi di applicazione dell'art. 54 CPS, le conseguenze dirette del reato che colpisce il suo autore possono essere tenute in considerazione in funzione mitigatrice secondo l'art. 47 CPS<sup>82</sup>.

*e) Il divieto di doppia presa in considerazione*

Il divieto di doppia presa in considerazione impedisce al giudice di valutare due volte le circostanze attenuanti e aggravanti contemplate nella parte speciale del Codice, ovvero sia al momento di determinare la cornice edittale sussumendo la fattispecie al fatto tipico e in occasione della commisurazione della pena alla colpevolezza ex art. 47 CPS<sup>83</sup>. È

2.13  
Processo  
mediatico

2.14  
Eccesso di  
detenzione

2.15  
Autore  
duramente  
colpito

2.16  
Divieto di  
doppia presa in  
considerazione

<sup>79</sup> DTF 130 IV 54 c. 3.3.1. Sulla nozione di durata ragionevole, con particolare riguardo alla complessità della pratica e al comportamento osservato dall'accusato si veda STF 1P.561/1997; DTF 124 I 139 c. 2c; 130 IV 54 c. 3.3.3.; STF 6B\_14/2007; WIPRÄCHTIGER, *Bsk Strafrecht I* (1), ad art. 47 NN. 137-143. Sulla distinzione tra il principio di celerità e l'art. 48 lett. e CP v. *infra*.

<sup>80</sup> DTF 128 IV 97 c. 3 b aa); Sentenza Corte penale federale del 29.11.1999 in *re* Oberst Nyffenegger (Inc. 9X.1/1998)

<sup>81</sup> STF 6S.421/2005 c. 1.3.

<sup>82</sup> DTF 120 IV 72; TRECHSEL ET AL., *Praxiskommentar* (16), ad art. 47 N. 26.

<sup>83</sup> DTF 72 IV 114; WIPRÄCHTIGER, *Bsk-Strafrecht I* (1), ad art. 47 NN. 77 ss.

peraltro ritenuta ammessa la valutazione sull'incidenza della circostanza attenuante o aggravante<sup>84</sup>.

*f) Concorso di circostanze*

2.17  
Concorso di  
circostanze

In ipotesi di concorso di circostanze queste devono essere unitariamente e complessivamente considerate. Più circostanze aggravanti condurranno a un aumento qualificato della pena all'interno della cornice edittale; di qui l'utilità di accertare tutte le circostanze del caso concreto<sup>85</sup>. Al giudice non è comunque prescritto di seguire alcun ordine di ponderazione<sup>86</sup>. In presenza di circostanze aggravanti e attenuanti è possibile almeno una parziale compensazione<sup>87</sup>.

### 3. Le attenuanti generiche ex art. 48 CPS

3.1  
Circostanze  
attenuanti  
generiche

La parte generale del Codice contempla talune circostanze attenuanti generiche che nella prassi sono suscettive di assumere grande importanza pratica. In particolare l'art. 48 CPS dispone che:

**Art. 48 Attenuazione della pena. Circostanze attenuanti**

Il giudice attenua la pena se:

- a. l'autore ha agito:
  1. per motivi onorevoli,
  2. in stato di grave angustia,
  3. sotto l'impressione d'una grave minaccia,
  4. ad incitamento di una persona a cui doveva obbedienza o da cui dipendeva;
- b. l'autore è stato seriamente indotto in tentazione dalla condotta della vittima;

---

<sup>84</sup> DTF 118 IV 347; STRATENWERTH, *AT II* (19), § 6 N. 22.; TRECHSEL ET AL., *Praxiskommentar* (16), ad art. 47 N. 27.

<sup>85</sup> TRECHSEL ET AL., *Praxiskommentar* (16), ad art. 47 N. 28.

<sup>86</sup> DTF 95 IV 61; TRECHSEL ET AL., *Praxiskommentar* (16), ad art. 47 N. 28.

<sup>87</sup> TRECHSEL ET AL., *Praxiskommentar* (16), ad art. 47 N. 28.

- c. l'autore ha agito cedendo a una violenta commozione dell'animo scusabile per le circostanze o in stato di profonda prostrazione;
- d. l'autore ha dimostrato con fatti sincero pentimento, specialmente se ha risarcito il danno per quanto si potesse ragionevolmente pretendere da lui;
- e. la pena ha manifestamente perso di senso visto il tempo trascorso dal reato e da allora l'autore ha tenuto buona condotta.

La riforma della parte generale del Codice ha riguardato anche la disposizione in commento, che ha ereditato la struttura dal v. art. 64 CPS. La *ratio* della norma consiste nell'isolare situazioni qualificate cui il principio generale *ex* art. 47 CPS non potrebbe, da solo, rendere giustizia<sup>88</sup>. Nelle ipotesi disciplinate dall'art. 48 la novella ha inoltre conferito carattere imperativo (in luogo della previgente prescrizione potestativa) all'attenuazione della pena in funzione di meglio adeguare il sistema delle circostanze esimenti al principio di colpevolezza.

3.2  
Novella del 2007

Nel merito delle singole circostanze attenuanti, si deve dar conto dell'espunzione dal novero delle ipotesi legali, della riduzione della pena per gli autori di reato di età compresa tra i 18 e i 20 anni, con la giustificazione – invero discutibile<sup>89</sup> – dell'abbassamento della maggiore età civile. Alcuni ritocchi redazionali e contenutistici hanno colpito poi le attenuanti: dell'autore che *«ha reagito nell'impeto d'ira o d'intenso dolore, determinato da ingiusta provocazione od offesa»* (art. 64 vCP) ora ad appannaggio di chi *«ha agito cedendo a una violenta commozione dell'animo scusabile per le circostanze e allo stato di profonda prostrazione»* (art. 48 lett.c); della decorrenza *«di un tempo relativamente lungo dal reato e se durante questo tempo il colpevole ha tenuto buona condotta»* (art. 64 vCP) mutata nella condizione che *«la pena ha manifestamente perso di senso visto il tempo trascorso dal reato e da allora l'autore ha tenuto buona condotta»* (art. 48 lett. e). Non ha invece trovato ingresso nel dettato codicistico, a motivo delle vivaci

3.2.1  
L'intervento  
sulle singole  
circostanze

---

<sup>88</sup> FF 1999 1745.

<sup>89</sup> Se infatti la *ratio* ispiratrice della novella è stata quella di adeguare il sistema delle sanzioni al principio di colpevolezza, l'immolare una circostanza attenuante generica sull'altare di una soglia anagrafica formale (quale è la maggiore età civile), rappresenta, a parere di chi scrive, un'involuzione.

critiche scaturite, l'attenuante dell'origine straniera di cui all'art. 50 lett. d del progetto preliminare, circostanza che potrà essere presa in esame solo nell'alveo dell'art. 47 CPS<sup>90</sup>.

a) Art. 48 lett. a

3.3  
Art. 48 lett. a

Le locuzioni «*motivi onorevoli*», «*stato di grave angustia*», «*sotto l'impressione di una grave minaccia*» e «*incitamento di una persona a cui doveva obbedienza o da cui dipendeva*» sono ripresi dall'art. 64 CPS vecchio conio, di modo che la giurisprudenza resa sotto l'impero della disposizione previgente è da ritenersi interamente applicabile.

a.i) *I motivi onorevoli*

3.4  
Definizione

I motivi rappresentano la causa psicologica di una data manifestazione di volontà. Essi costituiscono sovente espressione di sentimenti coscienti o incoscienti, di impulsi o di deduzioni razionali che hanno un'incidenza mediata o immediata sul reato. Dai motivi devono essere invece tenute distinte le convinzioni personali dell'autore; queste rappresentano la posizione – durevole, profonda o anche solo transeunte – che ogni essere umano assume avuto riguardo a certi valori di ordine etico, sociale o giuridico. Le convinzioni generali o particolari di un individuo possono intrattenere una relazione stretta con i suoi moventi, ma ciò non è necessariamente il caso<sup>91</sup>. I «*motivi onorevoli*» poggiano invece su convinzioni degne di rispetto<sup>92</sup> avuto riguardo alla scala dei valori etici riconosciuti dalla collettività nel suo insieme e senza che essi debbano necessariamente rispettare l'ordinamento vigente nella comunità<sup>93</sup>. Non è peraltro sufficiente che il motivo non sia criticabile sul piano morale, essendo ancora necessario che si situi nella fascia superiore dei valori etici<sup>94</sup>; segnatamente, esso deve suscitare una considerazione di stima e di rispetto ed essere infine

---

<sup>90</sup> FF 1999 1746.

<sup>91</sup> DTF 101 IV 387 c. 2b.

<sup>92</sup> DUPUIS, *Code pénal* (20), ad art. 48 N. 4.

<sup>93</sup> DTF 101 IV 387 c. 2b.

<sup>94</sup> DTF 128 IV 53 c. 3°; DTF 97 IV 77 c. 2a.

conforme alle idee di onore e di dignità. Il carattere onorevole del motivo è peraltro del tutto indipendente dall'atto commesso come pure dall'adeguatezza, che può ricorrere o meno, tra tale atto e lo scopo perseguito dall'autore<sup>95</sup>. Cionondimeno, da un lato la giurisprudenza ritiene che tra i motivi e il fatto deve ricorrere una stretta correlazione<sup>96</sup>, dall'altro essa ha sinora mostrato grande riserbo nell'applicazione dell'attenuante in commento<sup>97</sup>.

Avuto riguardo a tale circostanza ci si deve domandare se l'autore di atti sessuali con infrasedicenni che sia mosso da un profondo e sincero sentimento d'amore possa adempiere il requisito dei «*motivi onorevoli*» di cui all'art. 48 lett. a n. 1 e dunque beneficiare della corrispondente attenuazione di pena. La risposta non può che essere negativa. Innanzitutto, vi è da osservare che il fine non egoistico che sottende tale circostanza richiede quantomeno una partecipazione cosciente della vittima al sentimento dell'autore. Conseguentemente, è da escludere *a priori* l'applicabilità dell'attenuante *de qua* in difetto di capacità di discernimento della vittima, il che conduce ad approssimare considerevolmente la soglia di età necessaria a quella legale. Inoltre, già solo avuto riguardo alla crescente sensibilità della coscienza collettiva, appare quantomeno dubbio che tra i valori etici superiori possa rientrare il sentimento d'amore non platonico con un'infrasedicenne e che, soprattutto, esso sia collocabile in un rango più elevato rispetto al valore etico del sano sviluppo sessuale del minore.

*a.ii) Lo stato di grave angustia*

Lo «*stato di grave angustia*» può assumere contenuti tanto morali quanto materiali. L'autore deve essere stato indotto a violare la legge penale da una situazione prossima allo stato di necessità, ovverosia in una condizione per la quale, sotto pressione di un'angustia particolarmente grave, non ritenga di poter trovare una via d'uscita che

3.4.1  
Relativamente  
all'art. 187 CPS

3.5  
Definizione

<sup>95</sup> DTF 101 IV 387 c. 2b ; 97 IV 80.

<sup>96</sup> DTF 115 IV 65 p. 66; 118 IV 74 p. 82.

<sup>97</sup> WIPRÄCHTIGER, *Bsk I* (1), *ad art.* 48 N. 10.

nella commissione dell'infrazione<sup>98</sup>. Tra i moventi e il valore del bene leso deve inoltre ricorrere una certa proporzionalità<sup>99</sup>. Per tali ragioni, non agisce in stato di grave angustia colui che uccide semplicemente per sfuggire ad avversità finanziarie<sup>100</sup> o per evitare difficoltà gravi<sup>101</sup>. Se il semplice disagio non è ritenuto sufficiente, il fatto che lo stato di grave angustia sia imputabile all'autore non è invece motivo di esclusione dell'attenuante<sup>102</sup>.

3.5.1  
Grave angustia  
vs profonda  
prostrazione

Il rapporto che corre tra la «grave angustia» di cui all'art. 48 lett. a n. 2 e la «profonda prostrazione» figurante all'art. 48 lett. c. è avvolto da penombre. La dottrina maggioritaria ritiene le due circostanze perfettamente distinte, occorrendo peraltro discernere tra chi predilige leggere nell'art. 48 lett. c un'attenuante sussidiaria, applicabile in via residuale allorché appaiano precluse le disposizioni mitigatrici della parte speciale del Codice ovvero le altre circostanze generiche dell'art. 48<sup>103</sup>, chi estende l'applicabilità dell'attenuante della «profonda prostrazione» a ogni genere di reato<sup>104</sup>, chi vorrebbe di contro limitarla ai casi di lesione di beni giuridici primari come la vita e l'integrità sessuale<sup>105</sup> che rimarrebbero invece esclusi dall'alveo della «grave angustia» di cui all'art. 48 lett. a n. 2<sup>106</sup> e chi, infine, intravede distinte soglie di intensità e di ammissibilità: maggiore per la «profonda

<sup>98</sup> DTF 107 IV 94 c. 4a; 83 IV 187; *Code pénal* (20), ad art. 48 N. 8.

<sup>99</sup> DTF 107 IV 97; 115 IV 8 c. II/a.

<sup>100</sup> DTF 110 IV 9 c. 2; DUPUIS, *Code pénal* (20), ad art. 48 N. 8.

<sup>101</sup> DTF 107 IV 94 c. 4c; DUPUIS, *Code pénal* (20), ad art. 48 N. 8.

<sup>102</sup> DTF 83 IV 187; DUPUIS, *Code pénal* (20), ad art. 48 N. 9.

<sup>103</sup> Così WIPRÄCHTIGER, *Bsk I* (1), ad art. 48 N. 25 e STRATENWERTH, *AT II* (19), § 6 N. 101.

<sup>104</sup> HANSJAKOB/SCHMITT/SOLLBERGER, *Kommentierte Textausgabe* (6), p. 82.

<sup>105</sup> Sul punto si veda WIPRÄCHTIGER, *Bsk-Strafrecht I* (1), ad art. 48 NN. 25 ss.

<sup>106</sup> Così PIGNAT in KUHN/MOREILLON/VIREDAZ/WILLI-JAYET, *Droit des sanctions* (6) p. 37.

*prostrazione*», che deve anche apparire scusabile<sup>107</sup>, ed è quindi più difficilmente concedibile, minore per la «*grave angustia*»<sup>108</sup>.

I rigidi requisiti posti dalla dottrina e dalla giurisprudenza, rendono particolarmente ostica la concessione dell'attenuante in commento in relazione alle fattispecie di cui all'art. 187 CPS. Cionondimeno, la mitigazione della pena potrebbe trovare applicazione ancora una volta nei casi di concorso omissivo: il riferimento è qui al genitore che, una volta scoperto che la figlia quindicenne intrattiene rapporti sessuali con un uomo molto più adulto di lei con il quale ha avviato una relazione sentimentale, le impedisce di frequentarlo ancora, mantenendola sotto stretta sorveglianza; sfiancato e afflitto peraltro da aspri e reiterati contrasti con la minore, culminati con il ricovero di questa in un istituto per salute mentale, finisce per tollerare che la ragazza frequenti l'adulto<sup>109</sup>. In tali evenienze, l'omissione del genitore risulterebbe mossa dalla volontà di salvaguardare tanto la salute psichica della giovane tanto la serenità familiare, di modo che tra i moventi e il valore del bene leso (peraltro già intaccato da precedenti rapporti dei quali il genitore non può essere rimproverato) potrebbe risultare rispettata una certa proporzione. Qualora si ritenesse di aderire alla tesi che esclude dall'alveo dell'art. 48 lett. a n. 2 i reati più gravi, l'ipotesi qui affacciata potrebbe ricadere nell'art. 48 lett. c (autore che agisce in stato di «*profonda prostrazione*»)<sup>110</sup>.

3.5.2  
Relativamente  
all'art. 187 CPS

iii) *La grave minaccia*

Per «*grave minaccia*» deve intendersi una forza costringitiva o una violenza relativamente irresistibili, quale ad es. il costringimento

3.6  
Definizione

<sup>107</sup> *Infra*.

<sup>108</sup> RAPHAËL MAHAIM in ANDRÉ KUHN/LAURENT MOREILLON/BAPTISTE VIREDAZ/AUDE BICHOVSKY, *La nouvelle partie générale du Code pénal suisse*, Stämpfli, Berna 2006, p. 241.

<sup>109</sup> Il caso trattato nel Cap. VIII (Le cause di giustificazione), a proposito dello stato di necessità esimente, riguardava invece l'ipotesi più lieve del genitore che acconsente alla figlia quindicenne di intrattenere rapporti con il ragazzo ventunenne (che supera quindi di poco la soglia di impunità prevista dall'art. 187 III CPS, v. Cap. IX).

<sup>110</sup> *Infra*.

psichico, o ancora un procurato timore per un danno ingiusto (c.d. *vis compulsiva*) che preservi nell'agente una certa libertà d'azione sufficiente a permettergli di sottrarsi alle minacce di cui è oggetto o di conseguire un aiuto esterno, per esempio da parte della polizia<sup>111</sup>.

3.6.1  
*Vis compulsiva*  
*vs vis absoluta*

La *vis compulsiva* si distingue dalla *vis absoluta*, che connota la condizione di chi è mosso da una forza irresistibile assoluta, come il costringimento fisico invincibile. Autorevole dottrina nutre fondati dubbi che la circostanza attenuante in commento disponga della necessaria autonomia concettuale rispetto a quella dello stato di grave angustia<sup>112</sup>.

3.6.2

Secondo dottrina e giurisprudenza, mentre la *vis absoluta* esclude la colpevolezza, la *vis compulsiva* può di regola dar accesso solo all'applicazione della circostanza attenuante specifica dell'art. 48 lett. a n. 3. Cionondimeno, si ammette che in casi particolari di grave minaccia e avuto riguardo all'età, allo stato di salute e alla capacità di resistenza della vittima, una *vis compulsiva* possa assumere i caratteri della irresistibilità e condurre all'assenza di colpevolezza<sup>113</sup>.

3.6.3  
Relativamente  
all'art. 187 CP

A parere di chi scrive, relativamente alla fattispecie di atti sessuali con infrasedicenni, l'attenuante specifica della grave minaccia può entrare in linea di conto in ipotesi di concorso omissivo. Il riferimento potrebbe qui essere al caso della moglie che rimane passiva dinanzi al reiterato abuso delle figlie infrasedicenni da parte del padre o del proprio compagno per timore dell'attitudine spiccatamente violenta di costoro. Come si è detto, il singolo episodio di abuso perpetrato attraverso l'uso della grave minaccia di morte nei riguardi di un genitore (che a causa di essa sia rimasto passivo) in particolari situazioni

---

<sup>111</sup> DTF 104 IV 186 c. 3.

<sup>112</sup> STRATENWERTH, *AT II* (19), § 6 N. 98.

<sup>113</sup> ERNST HAFTER, *Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 2°ed., Berna 1946, pp. 179-180; HANS SCHULTZ, *Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts*, Vol.1, 2°ed., Berna 1982, p. 200-201; OSCAR ADOLF GERMANN, *Das Verbrechen im neuen Strafrecht*, Zurigo 1942, p. 175; HANS FLURI, *Zur Lehre von der Tatverantwortung*, Diss. Zurich 1972, p. 173; DTF 104 IV 186 c. 3.

potrebbe addirittura assurgere a stato di necessità<sup>114</sup>. Altra variante applicativa risiede nell'ipotesi dell'infrasedicenne che minaccia gesti estremi qualora i genitori le impediscano di frequentare un uomo adulto con il quale sanno intrattenersi in rapporti sessuali.

iv) *L'incitamento di una persona a cui doveva obbedienza o da cui dipendeva*

Il dovere di obbedienza può derivare soltanto dalla legge. In primo piano si collocano le corrispondenti disposizioni del diritto militare e la normativa sul pubblico impiego. Il riferimento è qui alle c.d. ingiunzioni di servizio che a seconda delle circostanze possono giustificare o, sussidiariamente, scusare il comportamento dell'autore subordinato<sup>115</sup>. In particolare, la causa di giustificazione cederà il passo all'attenuante specifica di cui all'art. 48 lett. a n. 4 quando l'ordine del superiore è stato inteso solo quale desiderio o suggerimento o comunque non sono riuniti i presupposti tanto della scriminante tanto della scusante specifica<sup>116</sup>.

3.7  
Obbedienza

La dipendenza può risultare dalla legge, da un contratto o ancora da rapporti di fatto, quali il concubinato. Assumeranno rilievo la situazione finanziaria, la personalità più o meno forte degli interessati, l'intensità e la natura delle loro relazioni reciproche. Tra lo stato di dipendenza e il reato deve inoltre ricorrere un rapporto di causa a effetto. Occorre quindi che l'illecito sia conseguenza dell'incitamento della persona da cui l'agente dipende e che tale sollecitazione, senza costituire un ordine, si manifesti quale pressione o impulso eccedente la normale intensità avuto riguardo all'*id quod prelumque accidit*. A rilevare in ogni caso sarà l'influsso che la manifestazione di volontà del

3.7.1  
Dipendenza

<sup>114</sup> V. Cap. VIII.

<sup>115</sup> Si veda in particolare l'art. 20 «*Ordine di un superiore*» del Codice penale militare che al I capoverso dispone che «*Se l'esecuzione di un ordine di servizio costituisce reato, è punito come autore il capo od il superiore che ha dato l'ordine.*» per poi aggiungere al II capoverso che «*Anche il subalterno è punibile quando si sia reso conto che eseguendo l'ordine cooperava ad un reato. Il giudice attenua la pena o prescinde da ogni pena.*»; Code pénal (20), ad art. 48 N. 15; WIPRÄCHTIGER, *Bsk-Strafrecht I* (1), ad art. 48 N. 18.

<sup>116</sup> WIPRÄCHTIGER, *Bsk* (1), ad art. 48 N. 18.

terzo esercita concretamente sulla persona in stato di dipendenza. Nell'ipotesi in cui più fattori abbiano influito sull'agente, la circostanza attenuante sarà data solo nella misura in cui si sia rivelato determinante l'influsso proveniente dalla persona da cui egli dipende. In ogni caso, l'incitamento deve aver limitato la libertà di decisione dell'autore, e quindi la sua colpevolezza, in modo da giustificare, alla luce delle circostanze concrete, una diminuzione della sanzione penale.

3.7.2  
Relativamente  
all'art. 187 CP

Nell'ipotesi che si giunga a commettere un atto di cui all'art. 187 CPS su ingiunzione di un superiore o su incitazione di una persona da cui si dipende non può essere esclusa *a priori* l'applicabilità dell'attenuante in commento. La mitigazione della pena dovrà peraltro postulare una marcata labilità di carattere e una significativa soggezione dell'autore nei riguardi del soggetto da cui l'incitamento promana; in particolare, avuto riguardo all'importanza e alla natura del bene giuridico protetto, la libertà di decisione dell'agente dovrà risultare condizionata per fattori a lui non imputabili e che al contempo appaiano suscettibili di temperare la sua colpevolezza. Possiamo per esempio ipotizzare il caso del fratello minore che a cagione di un plagio inveterato e di grave debolezza caratteriale, non è in potere di opporsi alla volontà del maggiore, che lo trascina in un festino erotico cui partecipano delle infrasedicenni, pur preservando la propria capacità di intendere e di volere.

*b) Art. 48 lett. b: La grave tentazione*

3.8  
Art. 48 lett. b

L'art. 48 lett. b tratta della circostanza attenuante della grave tentazione, che nel reato di atti sessuali con infrasedicenni assume un grande rilievo.

3.8.1  
Definizione

Secondo la prassi consolidata del Tribunale federale, il comportamento osservato dalla parte offesa dal reato deve aver costituito il pungolo della condotta criminosa dell'autore, in modo talmente insistente, da adombrare la sua responsabilità per essersi determinato all'atto, ritenuto che una parte di questa responsabilità debba essere assunta dalla vittima<sup>117</sup>. Ad acquistare rilevanza sarà però

---

<sup>117</sup> STRATENWERTH, *AT II* (19), § 6, N. 100; DTF 98 IV 68; 73 IV 157; 75 IV 6; 97 IV 76.

solo la condotta della parte lesa nei riguardi dell'autore e non già la situazione di tentazione come tale oppure la circostanza che la vittima si sia in qualche modo offerta all'agente<sup>118</sup>.

Fino al 1972, l'orientamento del Tribunale federale escludeva la concessione della circostanza attenuante in commento in favore di chi si fosse macchiato del reato di atti sessuali con infrasedicenni. Le ragioni del diniego si fondavano su considerazioni legate alla *ratio* medesima dell'art. 191 CPS vecchio conio. A parere della Suprema Corte, la responsabilità penale per l'intangibilità sessuale del minore di anni sedici ricadeva infatti interamente sull'adulto, siccome la vittima doveva essere protetta anche nelle proprie debolezze<sup>119</sup>.

3.8.2  
Relativamente  
all'art. 187 CPS

Con la pronuncia pubblicata in DTF 98 IV 67 il Tribunale federale mutò invece radicalmente il proprio orientamento. L'Alta Corte federale, da un lato ebbe a riconoscere che la precedente prassi era figlia di una confusione tra l'idea di tutela giuridica ancorata al vecchio art. 191 CPS e il concetto di colpevolezza dell'autore, con ciò sminuendo considerevolmente, a svantaggio dell'autore del reato, il rilievo del principio di colpevolezza in funzione di commisurare la pena. Dall'altro, riconosceva che una simile limitazione applicativa dell'attenuante di cui al v. art. 64 non era desumibile né dal dettato codicistico né tantomeno dalla volontà del legislatore, ritenuto che i lavori parlamentari riferivano l'applicazione dell'attenuante della seria tentazione proprio ai reati sessuali a danno di minori<sup>120</sup>. Il TF, confutando pure altra prassi<sup>121</sup> che a ristrette condizioni ammetteva l'applicazione dell'art. 64, nega che l'attenuante *de qua* possa trovare

3.8.2.1  
DTF 98 IV 67

<sup>118</sup> STRATENWERTH, *AT II* (19), § 6, N. 100; DTF 98 IV 68; 73 IV 157; 75 IV 6.

<sup>119</sup> DTF 73 IV 157; 78 IV 81; STF del 16.7.1946 in *re* Thöni, del 4.9.1947 in *re* Buholzer, del 29.11.1949 in *re* Nussbaum, del 5.5.1950 in *re* Fuchs.

<sup>120</sup> Si veda infatti l'intervento del deputato SEILER, Bollettino stenografico del Consiglio nazionale 1928, p. 965.

<sup>121</sup> DTF 78 IV 81: «*Verführung durch das Kind kann daher schwerlich jemals Strafmilderungsgrund sein (BGE 73 IV 157). Jedenfalls könnte davon höchstens dann die Rede sein, wenn das Kind einen ungefähr gleich alten Täter intensiv, raffiniert und andauernd reizt und verlockt und der Täter der Verführung schliesslich erliegt, nachdem er sich längere Zeit gegen sie ernsthaft zur Wehre gesetzt hat.*»

ingresso solo tra coetanei; ai fini di valutare la «*seria tentazione*» rileva infatti non già il rapporto di età tra autore e vittima, quanto piuttosto se la volontà di resistere dell'autore si è al punto fortemente attenuata attraverso la condotta della vittima che non era più possibile resistere alla tentazione.

3.8.2.2 Oltre a ciò, la giurisprudenza previgente, con riferimento all'esigenza di persistente seduzione dell'autore da parte del minore, trascurava che ad apparire meritevole di pena è la condotta del soggetto che, ripetutamente sottrattosi alla tentazione, e conscio quindi dei pericoli che ne derivano, per finire si lascia tuttavia trascinare in atti sessuali. Rispetto a questa situazione, la colpevolezza dell'autore che, confrontato repentinamente con un'intensa, raffinata e provocante condotta di un minore, finisca per cedere dopo aver seriamente opposto resistenza, appare sotto una luce più benigna.

3.8.3 I restanti principi conati dalla giurisprudenza antecedente in relazione al vecchio art. 64 III CPS mantengono invece la loro validità. In particolare, occorrerà che la vittima abbia dato l'abbrivio alla condotta dell'autore e con modalità così intense che l'agente non appare pienamente responsabile della propria determinazione a delinquere. Quali circostanze attenuanti non potranno tuttavia essere presi in considerazione quegli elementi che non risiedono nella condotta della parte lesa medesima e precisamente quelli riguardanti proprio il contegno dell'autore. Ciò vale per le provocazioni che poggiano sull'immoralità e sulle condizioni fisiche dell'agente medesimo (tra le quali rientra anche il mero «*istinto sessuale*»<sup>122</sup>) e che offrono a costui l'occasione favorevole per commettere reati. Il giudice deve pertanto rimanere persuaso che il minore attraverso la propria condotta attiva abbia al punto accresciuto obiettivamente il desiderio sessuale dell'autore che anche il più coscienzioso degli uomini avrebbe corso il rischio di cedere alla tentazione. La circostanza attenuante *de qua* non entra pertanto in linea di conto allorquando il minore mantiene un contegno passivo ovvero abbia ceduto alle lusinghe di un agente psicologicamente labile o facilmente eccitabile.

---

<sup>122</sup> DTF 75 IV 6 c. 5 parla di «*Geschlectstrieb*».

Secondo autorevole dottrina questa circostanza attenuante sarebbe da concedere a condizioni molto restrittive, in caso contrario si perderebbe di vista lo spirito della norma. In particolare, l'Autrice circoscrive il campo applicativo del vigente art. 48 lett. b CPS ai casi limite, come ad es. l'ipotesi della quindicenne prostituta e tossicodipendente che si offre sulla strada<sup>123</sup>. A parere di chi scrive, i principi sviluppati nella pronuncia di cui alla DTF 98 IV 67 appaiono già oltremodo selettivi con la conseguenza che un ulteriore giro di vite arrischia di rendere del tutto ineffettiva la norma in commento, in urto con la volontà del legislatore e, soprattutto, con il principio di colpevolezza.

c) *Art. 48 lett. c: la violenta commozione dell'animo e lo stato di profonda prostrazione*

Secondo la dottrina le locuzioni «*violenta commozione dell'animo*» e «*stato di profonda prostrazione*» sono mutuare dall'art. 113 CPS (omicidio passionale) di modo che la giurisprudenza resa a riguardo di tale disposizione è ritenuta utile per ricostruire la portata dell'attenuante *de qua*<sup>124</sup>.

Per violenta commozione si intende uno stato psicologico particolare, di origine emozionale e non patologica, che si caratterizza per la circostanza che l'autore è sopraffatto da un sentimento violento che restringe in una certa misura la sua capacità di analizzare correttamente la situazione oppure di dominarsi<sup>125</sup>. La questione della scusabilità della violenta commozione dell'animo dev'essere risolta esclusivamente alla stregua delle norme generali del comportamento umano, nel senso che una persona corretta e ragionevole avrebbe potuta provarla se calata nella medesima situazione<sup>126</sup>, mentre gli

<sup>123</sup> STEFANIA SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit der sexuellen Handlungen mit Kindern nach Art. 187 StrGB*, Schulthess, Zurigo 2003, p. 149-150.

<sup>124</sup> DUPUIS, *Code pénal* (20), ad art. 48 N. 19.

<sup>125</sup> DTF 119 IV 202; 118 IV 236; TRECHSEL, *Praxiskommentar* (16), ad art. 113 N. 2; GÜNTER SRATENWERTH/ GUIDO JENNY, *Schweizerisches Strafrecht. Besonderer Teil I*, Stämpfli, Berna 2003, p. 31 N. 27.

<sup>126</sup> DTF 107 IV 103 c. 2b/bb.

elementi anormali della personalità dell'agente vanno considerati soltanto per valutare concretamente la gravità della colpevolezza.

3.9.2  
La profonda  
prostrazione

Mentre la violenta commozione presuppone che l'autore reagisca in maniera più o meno immediata a un sentimento improvviso che lo sovrasta, la profonda prostrazione si riferisce a uno stato emotivo che matura progressivamente su un lungo periodo, covando per parecchio tempo sino a quando l'autore non sia completamente disperato e non veda altra via d'uscita che la commissione di un'infrazione. La giurisprudenza richiede inoltre che lo stato di profonda prostrazione appaia come scusabile<sup>127</sup>.

3.9.3  
Relativamente  
all'art. 187 CPS

In relazione all'art. 187, ci si deve interrogare se il soggetto adulto caduto in uno stato di profonda depressione a motivo della chiusura di una lunga storia sentimentale, che si innamori perdutamente di una ragazza di quindici anni grazie alla quale è riuscito a superare la propria condizione e con la quale si abbandoni in atti sessuali, possa beneficiare dell'attenuante *de qua*. A parere di chi scrive, la risposta non può che essere negativa. In siffatta evenienza verrebbe infatti a mancare un necessario rapporto di causa a effetto tra la «profonda prostrazione» e il compimento degli atti sessuali. La via d'uscita dalla sua condizione di infelicità si concreta infatti già nel frequentare la giovane che gli è venuta in soccorso, laddove la sfera sessuale appagherebbe altri suoi bisogni, che non sono connotati da stretta necessità e non sono quindi coperti dalla norma.

3.9.4  
Concorso  
omissivo

Sull'applicabilità dell'art. 48 lett. c al caso di concorso omissivo v. *supra* in relazione all'art. 48 lett. a n. 2.

*d) Art. 48 lett. d: Il sincero pentimento*

3.10  
Art. 48 lett. d

Secondo l'art. 48 lett. d CPS il giudice attenua la pena anche nel caso in cui l'autore abbia dimostrato con i fatti sincero pentimento, specialmente se ha risarcito il danno per quanto si potesse ragionevolmente pretendere da lui. In base alla giurisprudenza, solo l'autore che dimostra materialmente la volontà di riparare il male

---

<sup>127</sup> DTF 119 IV 202; 118 IV 233.

arrecato testimonia un sincero pentimento<sup>128</sup>. Tale condizione esige dall'autore una condotta che implica uno sforzo particolare in relazione con il reato commesso, nel senso che deve rivelarsi la conseguenza di esso e non il risultato di considerazioni tattiche<sup>129</sup>. La riparazione del danno non rappresenta peraltro che un esempio, non esclusivo, di sincero pentimento. Del resto, non ogni risarcimento del danno è indice di sincero pentimento, bensì solo quello che ha richiesto uno sforzo particolare dell'autore e purché non sia determinato da fini tattici, per es. sotto la pressione di un procedimento penale pendente o imminente<sup>130</sup>. La circostanza attenuante potrà pertanto entrare in linea di conto ancorché non sia stata versata alcuna compensazione in danaro qualora gli sforzi personali del reo e il fatto che egli si sia denunciato poco prima della decorrenza del termine di prescrizione appaiano come uno sforzo particolarmente significativo<sup>131</sup>. Il sincero pentimento dell'autore può essere ammesso anche se quest'ultimo si mostri realmente cooperativo durante la procedura<sup>132</sup>, anche se un comportamento corretto, e finanche di ravvedimento, in istruttoria non realizza di per sé gli estremi del sincero pentimento<sup>133</sup>.

Eccettuato il caso del matrimonio «riparatore» che acquistava un certo significato pratico sotto l'impero dell'art. 191 CPS vecchio conio e appare oggi superato dalla nuova dizione dell'art. 187 CPS, rimane la possibilità di una riparazione del danno non patrimoniale. Nonostante autorevole dottrina<sup>134</sup> ritenga che l'attenuante del sincero pentimento sia di scarsa applicabilità al reato di atti sessuali con infrasedicenni, esistono ipotesi in cui una tale attenuante potrebbe essere riconosciuta. Trattando delle cause di esclusione della punibilità, abbiamo

3.10.1  
Relativamente  
all'art. 187

<sup>128</sup> DTF 73 IV 160.

<sup>129</sup> DTF 98 IV 305 c. 2.

<sup>130</sup> *Rep.* 1987, 253-255.

<sup>131</sup> STF 6S.20/2006.

<sup>132</sup> *BJP* 2006, n. 15.

<sup>133</sup> *Rep.* 1987, 253-255.

<sup>134</sup> SUTER – ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (123), p. 151-152.

evidenziato<sup>135</sup> come l'art. 53 CPS, il quale prevede l'impunità per l'imputato che ripara al torto da lui causato, presenti difficoltà applicative nel caso dell'art. 187 CPS, specialmente per quel che riguarda il requisito del venir meno dell'interesse pubblico al perseguimento penale. Realizzati gli altri presupposti della predetta causa di non punibilità, una tale condotta riparatrice potrebbe però subsidiariamente entrare in linea di conto quale attenuante ex art. 48 lett. d. La dizione codicistica non osta infatti alla mitigazione della pena e qualsiasi preclusione fondata sul bene giuridico tutelato dall'art. 187 CPS o su speculazioni intorno a esso stridono insanabilmente con il principio di colpevolezza.

*e) Art. 48 lett. e: Il decorso del tempo*

3.11  
Il decorso del  
tempo e la  
diminuzione  
dell'interesse a  
punire

Il giudice deve mitigare la sanzione anche se la pena ha manifestamente perso di senso visto il tempo trascorso dal reato e da allora l'autore ha tenuto buona condotta. Secondo il Tribunale federale, l'art. 48 lett. e CPS muove dal medesimo postulato della prescrizione, ovvero sia che la necessità di punire decresce in ragione dell'effetto lenitivo del tempo trascorso<sup>136</sup>. Occorre inoltre tenere in considerazione che la buona condotta osservata per un tempo relativamente lungo testimonia la volontà per l'autore di riconoscere nuovamente l'ordinamento giuridico, di modo che la necessità di punire diminuisce<sup>137</sup>. Di regola, il tempo trascorso assume rilevanza per l'attenuante in commento nella misura in cui la prescrizione sia prossima al compimento, questione da determinarsi con riferimento al momento in cui sarà pronunciata la sentenza di primo grado, ovvero, in caso di appello con effetto devolutivo e sospensivo, determinante sarà la data della sentenza in seconda istanza<sup>138</sup>. La "prossimità" sarà data qualora siano decorsi due terzi del periodo di prescrizione dell'azione penale; il giudice può tuttavia ridurre il termine in funzione di

---

<sup>135</sup> *Supra.*

<sup>136</sup> DTF 92 IV 201 c. a.

<sup>137</sup> DTF 132 IV 1 c. 6.1.2.

<sup>138</sup> DTF 115 IV 95 c. 3.

considerare la natura e la gravità dell'infrazione<sup>139</sup>, rispettivamente aumentarlo qualora l'autore abbia ritardato di proposito la procedura<sup>140</sup>. Per quanto riguarda invece la nozione di «buona condotta», da intendersi soprattutto quale mancata commissione di atti punibili, secondo la dottrina non possono essere poste esigenze troppo elevate<sup>141</sup>.

A motivo peraltro della recente riuscita del referendum popolare volto a rendere imprescrittibili, tra le altre, proprio le fattispecie contemplate dall'art. 187 CPS<sup>142</sup>, la normativa in commento cederà necessariamente il passo a un'altra specifica disposizione del Codice, e meglio all'art. 101 CPS, che tra le ipotesi applicative vedrà quindi figurare anche il reato di atti sessuali con infrasedicenni: 3.11.1

#### **Art. 101 Imprescrittibilità**

<sup>1</sup> Sono imprescrittibili i crimini:

- a. volti a sterminare od opprimere un gruppo di popolazione a causa della sua nazionalità, razza, confessione o appartenenza etnica, sociale o politica;
- b. ritenuti gravi dalle convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949 e dagli altri accordi internazionali, ratificati dalla Svizzera, sulla protezione delle vittime della guerra, in quanto il reato risulti particolarmente grave a causa del modo in cui è stato commesso; o
- c. che, come mezzi d'estorsione o coazione, mettono o minacciano di mettere in pericolo la vita e l'integrità fisica di molte persone, segnatamente con l'impiego di mezzi di distruzione di massa, lo scatenamento di una catastrofe o in connessione con una presa d'ostaggi.

<sup>2</sup> Il giudice può attenuare la pena nel caso in cui l'azione penale fosse caduta in prescrizione in applicazione degli articoli 97 e 98.

<sup>3</sup> I capoversi 1 e 2 si applicano se il 1° gennaio 1983 l'azione penale o la pena non era ancora caduta in prescrizione secondo il diritto sino allora vigente.

---

<sup>139</sup> DTF 132 IV I c. 6.2.1.

<sup>140</sup> DTF 92 IV 204.

<sup>141</sup> TRECHSEL, *Praxiskommentar* (16), ad art. 48 N. 25.

<sup>142</sup> V. Cap. XII.

3.11.2 L'art. 101 II rappresenta un caso speciale di attenuazione della pena rispetto all'attenuante generica di cui all'art. 48 lett. e e muove dalla volontà di rendere praticabile, anche nelle ipotesi di reati imprescrittibili, una riduzione della pena a ragione dell'effetto lenitivo del tempo trascorso. Mentre, peraltro, l'art. 48 lett. e contempla una attenuazione imperativa, l'art. 101 II ha invece valenza meramente potestativa, con la conseguenza che la decisione di concedere la mitigazione della pena sarà rimessa al libero apprezzamento del giudice<sup>143</sup>.

3.11.6  
Artt. 48 lett. e,  
art. 101 II e  
principio di  
celerità

Come si è visto, le attenuanti di cui agli artt. 48 lett. e e 101 II CPS soggiacciono a condizioni differenti rispetto al principio di celerità<sup>144</sup>. Qualora siano riuniti i requisiti tanto dell'art. 101 II (o dell'art. 48 lett. e) tanto del principio di celerità, occorrerà tenere in considerazione entrambi i fattori di riduzione della pena<sup>145</sup>.

#### 4. Gli effetti dell'attenuazione ex art. 48a CPS

4.1 L'art. 48a CPS disciplina segnatamente l'ampiezza dei poteri riconosciuti al giudice in materia di attenuazione della pena:

##### Art. 48a Effetti

<sup>1</sup> Se attenua la pena, il giudice non è vincolato alla pena minima comminata.

<sup>2</sup> Il giudice può pronunciare una pena di genere diverso da quello comminato, ma è vincolato al massimo e al minimo legali di ciascun genere di pena.

4.2  
Novella del 2007

La riforma della parte generale del Codice penale ha operato una modifica radicale in materia di attenuazione della pena. La previgente disciplina prevedeva infatti un sistema imperniato su aliquote fisse (v. art. 65 CPS) o sul libero apprezzamento (v. art. 66 CPS). La novella ha di contro istituito un'attenuazione obbligatoria secondo il libero

---

<sup>143</sup> TRECHSEL, *Praxiskommentar* (16), ad art. 101 N. 6.

<sup>144</sup> *Supra*.

<sup>145</sup> STF 6B\_14/2007; WIPRÄCHTIGER, *Bsk* (65) ad art. 64, n. 31.

apprezzamento, senza vincolare il giudice a pene minime. L'unico limite risiede nei minimi e nei massimi legali di ciascuna specie di pena comminata. Il legislatore ha deliberatamente evitato *minima* qualificati di pena che nella prassi potevano condurre a risultati insoddisfacenti<sup>146</sup>.

Il giudice terrà conto del disposto di cui all'art. 48a CPS in tutti quei casi in cui il Codice prevede l'attenuazione della pena, come in ipotesi di commissione per omissione (art. 11 IV), legittima difesa disculpante (art. 16 I), stato di necessità disculpante (art. 18 I), semimputabilità (art. 19 II), errore sulla legge (art. 21), tentativo (art. 22), desistenza e pentimento attivo (art. 23), complicità (art. 25), imprescrittibilità (art. 101 II), *etc.*

4.3  
Campo di  
applicazione

Per «*pena di genere diverso*» s'intendono le quattro categorie di sanzioni previste dal Codice penale, ovverosia la pena detentiva, la pena pecuniaria, il lavoro di pubblica utilità e la multa<sup>147</sup>. In teoria, il quadro sanzionatorio offerto al giudice spazia dunque dall'ergastolo alla multa pari a 1.— CHF<sup>148</sup>, il che, a parere di autorevole dottrina<sup>149</sup>, nella prospettiva di uno Stato di diritto appare al limite della sostenibilità.

4.4  
Genere di pena  
diverso

Cionondimeno, se è vero che il giudice è tenuto a punire meno severamente il reo a beneficio di una circostanza attenuante rispetto a colui che non ne dispone, egli resta peraltro libero nel determinare la misura della attenuazione essendogli comunque precluso di pronunciare la pena massima edittale prevista per il reato di cui si tratta<sup>150</sup>.

4.5

<sup>146</sup> FF 1999 1746.

<sup>147</sup> Artt. 34, 37, 40 e 106 CPS; SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, *Strafrecht II* (65), pp. 77 ss.

<sup>148</sup> TRECHSEL, *Praxiskommentar* (16), *ad* art. 48a N. 2; WIPRÄCHTIGER, *Bsk.Strafrecht I* (1), *ad* art. 48a N. 1.

<sup>149</sup> STRATENWERTH, *AT II* (19), § 6 N. 106.

<sup>150</sup> STF 6B\_14/2007; STRATENWERTH, *AT II* (19), § 6 N. 106.

## 5. L'obbligo di motivazione di cui all'art. 50 CPS

5.1  
L'obbligo di  
motivazione

L'art. 50 CPS stabilisce infine un importante principio in funzione di conferire maggiore trasparenza all'opera del giudice:

### **Art. 50 Obbligo di motivazione**

Se la sentenza dev'essere motivata, il giudice vi espone anche le circostanze rilevanti per la commisurazione della pena e la loro ponderazione.

5.2  
Finalità

Secondo il Messaggio<sup>151</sup>, la disposizione *de qua* ambisce ad assicurare una maggiore certezza del diritto nella commisurazione della pena. Codificando la più recente prassi del Tribunale federale<sup>152</sup>, essa esige che il giudice renda noti i motivi e i fattori che hanno assunto particolare rilevanza ai fini di determinare la sanzione; nelle ipotesi di concorso di reati (art. 49 CPS), il giudice dovrà inoltre dichiarare l'importanza assegnata a ciascun reato. L'onere di motivazione assolve segnatamente la funzione di facilitare il controllo dell'operato del giudice nell'ambito della procedura di ricorso.

5.3  
Relativizzazione

Malgrado le legittime aspettative che potrebbero scaturire dalla lettura dell'art. 50, recentemente la giurisprudenza ne ha reso un'interpretazione piuttosto restrittiva, relativizzando parecchio l'obbligo di motivazione che discende dalla norma *de qua*. In particolare, secondo la Suprema Corte la lettera della disposizione in commento significa soltanto che, nel rendere la propria decisione, il giudice del merito deve esporre gli elementi essenziali relativi all'atto o all'autore considerati, di modo che si possa ricavare da essa che ogni elemento pertinente sia stato preso in considerazione e in che modo questo sia stato soppesato (che sia in senso attenuante o aggravante), potendo peraltro omettere di menzionare quegli elementi che, senza abusare del potere di apprezzamento, gli appaiano non pertinenti o di importanza secondaria. La motivazione deve reggere la pena pronunciata permettendo di seguire il ragionamento adottato, ritenuto che, più la pena è comparativamente elevata – avuto riguardo alla

---

<sup>151</sup> FF 1999 I 747.

<sup>152</sup> DTF 118 IV 14; 117 IV 112; 116 IV 288.

cornice edittale – più l’argomentazione deve essere completa, sebbene l’imputato non possa semplicemente dolersi di un considerando malfatto o incompleto nella misura in cui la pronuncia appaia conforme al diritto<sup>153</sup>; di contro, il giudice non è affatto tenuto a esprimere in cifre o percentuali l’importanza che assegna a ciascuno degli elementi menzionati in sentenza, né tantomeno la misura corrispondente di riduzione della pena per ciascuna circostanza ritenuta<sup>154</sup>.

La giurisprudenza del Tribunale federale appare sul punto criticabile. Innanzitutto, non è così chiaro che la *mens legis* abbia davvero inteso porre un limite all’obbligo di motivazione, se è vero che, in sede di dibattito parlamentare, la deputata LEUTHARD per conto della Commissione tenne ad affermare che «*Wir möchten, dass im Urteil nicht nur die Umstände, sondern auch deren Gewichtung bei der Zumessung der Strafe festgehalten werden. Dies entspricht auch der bisherigen Praxis des Bundesgerichtes, wonach nicht nur die Gründe, sondern auch der Umstand, in welchem Grad sie vom Gericht strafmildernd oder straf erhöhend berücksichtigt wurden, ins Urteil gehören. Nur so kann auch der Verurteilte die Richtigkeit der Bemessung überprüfen.*»<sup>155</sup>. Era dunque avvertita la necessità di indicare in motivazione non soltanto la circostanza attenuante o aggravante ma anche il relativo peso («*deren Gewichtung*») nella commisurazione della pena. Certamente errava la LEUTHARD nell’affermare che ciò corrispondesse propriamente alla prassi del Tribunale federale (che come abbiamo visto non si spinge fino a questo punto), ciò non toglie che la finalità della norma in commento, ovvero sia permettere la verifica della correttezza della commisurazione, si era stagliata ben chiara in Parlamento. E proprio per consentire di esaminare se il giudice abbia correttamente applicato i principi in materia di determinazione della sanzione è imprescindibile conoscere, con un minimo di rigore, il peso attribuito a ciascuna circostanza. Stante infatti

5.4  
Critica

<sup>153</sup> DTF 127 IV 101 c. 2c.

<sup>154</sup> STF 6B\_14/2007; STRATENWERTH, *AT II* (19), § 6 N. 91; DTF 127 IV 101 c. 2c; STRATENWERTH/WOHLERS, *Handkommentar* (23), ad art. 50 N. 2.

<sup>155</sup> Bollettino stenografico del Consiglio nazionale del 7.6.2001 (sottolineatura nostra) p. 564.

l'elevato numero di fattori oggettivi e soggettivi suscettibili di entrare in linea di conto in funzione di adeguare la pena alla colpevolezza del reo, non v'è chi non veda come i riferimenti "numerici" rappresentino quell'irrinunciabile filo d'arianna capace di guidare senza incertezze l'interprete lungo l'iter logico che ha guidato il giudice nel pronunciare la pena, o, in termini più schietti, di decifrare l'astruso algoritmo che ha tradotto in numeri la colpevolezza dell'imputato. Fin quando ciò non sarà, la pena continuerà ad apparire, parafrasando ALBRECHT, come la colomba che fuoriesce dal cilindro<sup>156</sup>.

## 6. Commisurazione della pena e art. 187 CPS

6.1  
Quadro  
normativo

Come si è detto, l'art. 187 CPS stabilisce due pene distinte e considera nei casi di cui ai commi 2 e 3 alcune ipotesi di esclusione della punibilità, al verificarsi di certe condizioni. Per il reato di atti sessuali con fanciulli *ex art. 187 I CPS* la sanzione prevista è la pena detentiva sino a cinque anni o la pena pecuniaria; il quarto comma prevede la pena detentiva fino a tre anni o la pena pecuniaria per chi ha commesso il fatto ritenendo colposamente che la vittima avesse almeno sedici anni.

6.2  
Cornice edittale

Nella commisurazione della pena, il giudice dovrà innanzitutto considerare la cornice edittale, che per l'ipotesi dolosa di cui all'art. 187 I CPS spazia dalla pena pecuniaria a 5 anni; laddove la variante colposa prevede una pena detentiva massima di 3 anni.

6.3

Posta la cornice edittale occorrerà procedere come segue: *i)* determinare concretamente la pena avuto riguardo ai principi enunciati all'art. 47 CPS; *ii)* aumentarla in caso di reato collettivo (art. 200); *iii)* attenuarla in caso di reato omissivo (art. 11 IV); *iv)* applicare eventuali deduzioni in caso di tentativo (art. 22 CPS), desistenza o pentimento attivo (art. 23); *v)* operare un'ulteriore decurtazione in caso di mera complicità (art. 25); *vi)* diminuire la pena risultante in ipotesi di semimputabilità (art. 19 II); *vii)* ridurla ulteriormente in presenza di

---

<sup>156</sup> ALBRECHT, *Die Strafzumessung* (17), p. 50.

circostanze attenuanti generiche (art. 48); *viii*) adeguarla infine in ipotesi di concorso di reati (art. 49).

*i. Determinazione della pena ex art. 47 CPS*

Seguendo il percorso tracciato dall'art. 47 CPS occorrerà poi determinare in concreto la colpevolezza dell'autore partendo innanzitutto dai suoi elementi oggettivi, ovverosia il «*grado di lesione o esposizione a pericolo del bene giuridico offeso*» e la «*reprensibilità dell'offesa*».

6.4  
Art. 47

La graduazione della lesione o dell'esposizione a pericolo nel reato di atti sessuali con infrasedicenni si determina avuto riguardo a:

6.4.1

- il numero e la durata degli episodi di abuso;
- il sesso della vittima, l'età e la sua capacità oggettiva di resistere o sottrarsi all'atto;
- l'età dell'autore;
- il grado di sensibilità e l'esperienza in materia sessuale della vittima;
- il genere di atti sessuali praticati (palpamenti, rapporti orali, vaginali, sodomia, *anilingus*);
- eventuale ripresa audio-video dei rapporti e diffusione a un numero indeterminato di soggetti (per es. a mezzo internet);
- l'intensità degli effetti sulla personalità della vittima.

Nonostante la presunzione assoluta di lesione del corretto sviluppo sessuale del minore, le conseguenze fisiopsichiche concrete arrecate alla vittima, in funzione di commisurare correttamente la pena (in senso aggravante), possono essere determinate solo con il conforto di un accertamento peritale. La letteratura specialistica internazionale offre da tempo una casistica attendibile dei possibili disturbi che affliggono le giovani vittime di abusi sessuali. Allo scopo di non sconfinare nell'arbitrio, il giudice dovrà stabilire le conseguenze dell'atto accertando la presenza di: disturbi d'ansia, depressione (tristezza, perdita di autostima), disturbi di personalità (pratiche autolesionistiche, tentativi di suicidio), disturbi dissociativi, disturbi

6.4.1.1  
La misura del danno fisiopsichico

alimentari, disturbi sessuali, somatizzazione (dolore pelvico, fibromialgia, cefalea, disturbi gastrointestinali), attacchi pseudo-epilettici, etc.<sup>157</sup>.

6.4.2  
Riprensibilità  
dell'offesa

La riprensibilità dell'offesa si misura, come visto, essenzialmente avuto riguardo alle modalità di esecuzione dell'atto in funzione di ponderare il grado di intensità della condotta illecita. In relazione all'art. 187 CPS entrano in considerazione i seguenti elementi:

- il grado di premeditazione e il livello di organizzazione dell'autore;
- l'esistenza e lo sfruttamento di un rapporto di dipendenza, di fiducia o uno stato di debolezza con la vittima;
- l'uso di pratiche sadomaso, o comunque legate a lesioni fisiche o a violenza psichica, al dolore e alla paura;
- le modalità materiali dell'atto (particolare perversione, uso di oggetti e penetrazioni plurime o simultanee, uso di escrementi, zoo- o necrofilie, o altre pratiche sessuali particolarmente umilianti o degradanti).

6.5  
Elementi  
soggettivi. I  
moventi e gli  
obiettivi  
perseguiti

Tra gli elementi costitutivi soggettivi della colpevolezza, rientrano, come si è visto, i «*moventi e gli obiettivi perseguiti*». Relativamente all'art. 187 CPS, essi assumeranno una valenza attenuante se tra autore e vittima era in essere un'autentica relazione sentimentale comunemente condivisa e sentita; aggravante, qualora le finalità dell'agente erano esclusivamente egoistiche, mosse da assenza di scrupoli o da motivi abietti, orientate quindi al bieco soddisfacimento dei propri istinti carnali o, peggio, quando la vittima rappresentava niente più che un oggetto, da usare a guisa di palestra sessuale.

---

<sup>157</sup> Per una disamina approfondita della letteratura internazionale in materia, cfr. ALESSIA SALVATORI/STEFANO SALVATORI, *L'abuso sessuale al minore e il danno psichico*, Giuffrè, Milano 2001, p. 36 *et passim*.

Per quanto riguarda la possibilità per l'autore di evitare l'esposizione a pericolo o la lesione tenuto conto delle «*circostanze interne o esterne*», nelle fattispecie di cui all'art. 187 CPS rileveranno innanzitutto, in senso attenuante, non solo gli stati di salute dell'autore segnati da ridotte facoltà intellettive o *deficit* psichici (che comunque non abbiano inciso sull'imputabilità), ma anche condizioni fisiopsichiche provate dall'assunzione non necessariamente cronica di sostanze psicotrope, oppure ancora i meri disturbi della personalità, come ad. es. in caso di prolungata crisi della pubertà, di un'infanzia difficile costellata di soprusi (purché abbia esercitato una certa influenza nella determinazione criminosa). Un classico, in proposito, è rappresentato dal fenomeno dell'*abusato-abusatore*, ovvero il caso di quei pedofili che nell'infanzia siano rimasti a loro volta vittime di abusi sessuali, ma che ciononostante non presentino le stigmate di uno stato propriamente patologico, pur essendo indubbio che simili traumi costituiscano terreno fertile per il proliferare di perversioni capaci di vulnerare la facoltà di resistenza dell'agente. La circostanza esterna che invece più si attaglia al reato di atti sessuali con infrasedicenni è rappresentata dalla tentazione. In pratica, il grado di colpevolezza dell'agente sarà valutato con minore severità se l'occasione per commettere il reato vede la sua scaturigine in contingenze non dipendenti dalla sua volontà, come ad es. nel caso del venticinquenne pederasta che entra in una sauna pubblica e coglie casualmente due quindicenni con inclinazioni omosessuali in atteggiamenti intimi<sup>158</sup>.

6.6  
La possibilità di evitare l'esposizione a pericolo o la lesione

Come per qualsiasi altro reato, nella ponderazione della vita anteriore il giudice dovrà anzitutto verificare il casellario giudiziale del reo. Valore attenuante assumerà l'incensuratezza e, più specificamente, stante la componente di pericolo insita nel reato di cui all'art. 187 CPS, l'assenza di pregressi procedimenti penali (terminati con non luogo a procedere, abbandono o proscioglimento) per reati di cui al Titolo V o all'art. 213 CPS (incesto). Valore aggravante e motivo di inquietudine per il giudicante acquisterà invece ogni situazione procedimentale

6.7  
La vita anteriore

<sup>158</sup> Il caso qui proposto non è invece suscumbibile nella circostanza attenuante generica dell'art. 48 lett. b stante la passività delle vittime.

pregressa che abbia registrato un *vulnus* da parte del reo dei beni giuridici tutelati dalle norme anzidette.

6.8  
Le condizioni  
personali del reo

Relativamente all'art. 187 CPS, le condizioni personali del reo entrano in rilievo sotto più profili. In primo luogo, l'eventuale giovane età dell'autore, se non già considerata ex art. 187 III, assume valore attenuante. In secondo luogo, effetto mitigatrice acquisteranno anche la difficile situazione familiare e le carenti relazioni affettive non imputabili all'autore, come pure un'educazione precaria (quali indici di abbandono e di mancanza di una figura guida), e ancora la bassa scolarizzazione, nonché ogni residuale espressione di disadattamento o scarsa integrazione sociale.

6.8.1  
Divergenze  
culturali

Esempi di divergenze culturali in relazione all'art. 187 CPS – e che potranno entrare in rilievo quali circostanze attenuanti alle condizioni esposte in precedenza – si concretano nei casi non infrequenti di matrimoni precocissimi o di rapporti incestuosi.

6.9  
L'effetto della  
pena sulla vita  
futura  
dell'autore

Come per qualunque altro genere di reato, anche nelle ipotesi di atti sessuali con infrasedicenni, l'età avanzata dell'autore assumerà valenza attenuante, giacché da un lato, il carcere vissuto in condizioni di senilità si mostra più penoso, dall'altro nelle ipotesi di lunghe pene detentive, la sanzione, con l'avanzare dell'età, potrebbe equivalere di fatto a un ergastolo. Particolarmente afflittivo si rivela poi il carcere per qualunque soggetto in cattive condizioni di salute o affetto da psicosi claustrofobiche o ancora con deficit fisiopsichici, motivo per cui si giustifica un'attenuazione della pena anche per l'autore di reati ex art. 187 CPS. Diverso può essere invece il rilievo assegnato alla presenza di bambini in tenera età a carico del condannato, ritenuto che di sovente gli autori di atti sessuali con infrasedicenni sono privati della potestà genitoriale. Il beneficio di un buon posto di lavoro, nelle ipotesi in cui sia esclusa una sospensione condizionale della pena, a parere di chi scrive può giocare un ruolo se con parte del salario ricavato l'autore è in grado (e si impegni in tal senso) di riparare almeno in parte al torto morale arrecato.

6.10  
Il  
comportamento  
dopo il reato

In relazione all'art. 187 CPS il comportamento dopo il reato può acquistare tanto importanza attenuante che aggravante. Motivo di aggravamento della pena costituirà per esempio un contegno giustificazionista (purtroppo non infrequente tra i pedofili) se non

addirittura un'autentica apoteosi dell'amore libero che può giungere fino a un ripudio *in toto* dell'ordinamento giuridico. Occasioni per mitigare la pena costituiranno invece tutte quelle manifestazioni, a parole e con i fatti, di profondo rimorso, nonché l'aver osservato buona condotta (circostanza rilevante solo se l'autore è a piede libero) sino al processo e perseveranza nel seguire i trattamenti ambulatoriali volti a scongiurare una ricaduta. La collaborazione prestata dal reo, se determinante per ricostruire altri casi di abuso altrimenti non identificabili, acquista anche valore premiale perché testimonia la volontà dell'autore di riconoscere l'ordinamento. Non invece, a parere di chi scrive, la confessione, la quale – oltre che per le puntuali ragioni individuate da TRECHSEL – non assume valenza positiva se non associata al pentimento e al rammarico, con il rischio quindi di una doppia presa in considerazione.

Quantunque rappresenti un fenomeno piuttosto raro in *subjecta materia*, e ciò specialmente per la pressione mediatica che spesso lo accompagna, un procedimento penale per atti sessuali con infrasedicenni che si sia protratto per un tempo eccessivamente lungo in assenza di valide ragioni, sarà motivo di attenuazione della pena in applicazione del principio di celerità. Cause di dilatazione della tempistica procedurale sono spesso le modalità di ascolto delle vittime e le consulenze tecniche volte alla dimostrazione dell'abuso o alla determinazione dell'imputabilità dell'autore che peraltro non assurgono a motivo sufficiente per invocare il principio *de quo*. In funzione di ottenere un'attenuazione di pena entrerà invece in linea di conto l'inattività vera e propria del magistrato inquirente o giudicante.

6.11  
Il principio di  
celerità

Motivo di attenuazione della pena costituisce anche la circostanza di aver subito un insistente attenzione da parte dei media, per quanto gli autori di simili fatti, salvo che non siano personaggi pubblici, restano tutelati con l'anonimato in applicazione della Legge federale sulla protezione dei dati<sup>159</sup>. Nella particolare situazione dei reati contro i minori, l'anonimato sulla persona dell'autore assolve la

6.12  
Processo  
mediatico

---

<sup>159</sup> LPD, RS 235.1.

funzione di tutelare indirettamente anche la persona offesa in applicazione della Legge sull'aiuto alle vittime di infrazioni<sup>160</sup>.

6.13  
Autore  
duramente  
colpito

Tra le conseguenze patite dall'autore a cagione del reato commesso che possono assumere rilievo nell'ambito dell'art. 47 CPS in funzione di mitigare la pena, sono da menzionarsi come esempi: eventuali vessazioni o lesioni subite in carcere da parte degli altri detenuti (spesso poco benevoli nei confronti di chi si macchi di reati a danno di minori), lesioni procurate dalla vittima medesima durante o successivamente al fatto, angherie o ritorsioni in genere subite dall'ambiente sociale in cui è inserito l'autore o da terzi soggetti.

*ii. Aumento della pena in caso di reato collettivo (art. 200)*

6.14  
Reato collettivo

Conformemente all'art. 200 CPS, in ipotesi di commissione in comune del reato il giudice potrà aumentare sino a una volta e mezza la pena comminata ex art 47 CPS ma nel rispetto del massimo legale della specie di pena, che in caso di pena detentiva si eleva sino a venti anni<sup>161</sup>.

*iii. Attenuazione della pena in caso reato omissivo (art. 11 IV)*

6.15

Qualora il reato di cui all'art. 187 CPS sia commesso per omissione, avuto riguardo alla posizione di garante rivestita dall'autore, in applicazione dell'art. 11 IV il giudice potrà attenuare la pena.

*iv. Attenuazione della pena in caso di tentativo, desistenza o pentimento attivo*

6.16  
Tentativo,  
desistenza o  
pentimento  
attivo

Nelle ipotesi di cui agli artt. 22 (tentativo e reato impossibile) e 23 I (desistenza) e II (pentimento attivo) il giudice attenua la pena. La misura dell'attenuazione dipenderà in particolare dalla prossimità del risultato e dalle conseguenze effettive degli atti commessi. In altre parole, la riduzione della pena sarà tanto più esigua tanto più vicino alla realizzazione sarà stato l'evento e tanto più grave saranno state le

---

<sup>160</sup> LAV, RS 312.5.

<sup>161</sup> Art. 40 CPS. Massimo legale che evidentemente potrà essere raggiunto solo in ipotesi di concorso con reati più gravi dell'art. 187 CPS la cui pena edittale si eleva nel massimo a cinque anni.

conseguenze dell'atto<sup>162</sup>. Nonostante la dizione potestativa («*può essere punito con pena attenuata*») secondo la giurisprudenza l'attenuazione, per motivi di coerenza sistematica, è da intendersi come un imperativo di legge<sup>163</sup>.

v. *Attenuazione della pena in caso di complicità*

Qualora il ruolo svolto dall'imputato sia limitato alla figura del complice, conformemente all'art. 25 CPS il giudice è tenuto ad attenuare la pena avuto riguardo al contributo effettivo apportato all'azione criminosa, nonché delle conseguenze e del disvalore di questa, ritenuto comunque come la sua responsabilità sia circoscritta agli atti cui egli ha voluto collaborare<sup>164</sup>. Nella misura in cui l'atto cui ha partecipato sia rimasto allo stadio del tentativo, anche il complice potrà beneficiare dell'attenuazione di cui all'art. 22 I CPS<sup>165</sup>.

6.17  
Complicità

vi. *Riduzione della pena in caso di semimputabilità*

In applicazione dell'art. 19 II CPS, il giudice è tenuto a praticare una riduzione di pena in ipotesi di scemata imputabilità. Come si è visto<sup>166</sup>, e pur avuto riguardo alle precisazioni del Tribunale federale<sup>167</sup>, la prassi dei giudici di merito tende a operare una riduzione di pena pari a risp. un quarto, la metà e tre quarti nelle ipotesi di imputabilità scemata risp. in modo lieve, medio e grave.

6.18  
Semimputabilità

vii. *Riduzione della pena in caso di concessione delle attenuanti generiche ex art. 48 CPS*

Qualora ricorrano i presupposti per la concessione di una delle attenuanti previste dall'art. 48 CPS, il giudice è tenuto ad attenuare

6.19  
Attenuanti ex  
art. 48

<sup>162</sup> DTF 121 IV 49.

<sup>163</sup> *Ibidem*.

<sup>164</sup> FORSTER, *Bsk-Strafrecht I* (1), ad art 25 N. 54.

<sup>165</sup> GÜNTHER SRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, Stämpfli, Berna 2005, §13, N. 123.

<sup>166</sup> Cap. X.

<sup>167</sup> DTF 129 IV 22.

ulteriormente la pena. In presenza di più circostanze attenuanti, la riduzione sarà conseguentemente maggiore.

*viii. Concorso di reati*

6.20  
Concorso di reati

In ipotesi di concorso di reati ex art. 49 CPS il giudice può estendere la cornice edittale non più della metà della pena massima prevista per il reato più grave, ed è in ogni modo vincolato al massimo legale del genere di pena. Per esempio, qualora l'autore commetta sia atti sessuali con infrasedicenni (187 CPS) sia atti sessuali con persone incapaci di discernimento o inette a resistere (art. 191 CPS, che prescrive una pena detentiva massima di dieci anni), la pena edittale potrà dilatarsi sino a complessivi quindici anni.

6.20.1

La commisurazione della pena nel caso di concorso di reati si articolerà nel modo seguente. In un primo momento, il giudice determinerà la pena per il reato astrattamente più grave, tenendo conto di tutti gli elementi pertinenti, tra i quali le circostanze aggravanti o attenuanti, la semimputabilità ecc. come sin qui illustrato. Successivamente, procederà ad aumentare la pena ex art. 49 CPS per tenere conto degli altri reati, considerando anche per questi ultimi tutte le circostanze concrete pertinenti per una corretta commisurazione avuto riguardo alla colpevolezza del reo<sup>168</sup>.

*ix. Casistica*

6.21

Pur con tutti i limiti connaturati al principio di individualità della pena e all'indisponibilità proprio di quegli elementi specifici e peculiari del caso concreto su cui fa perno la parametrizzazione della sanzione, pare comunque utile, al termine di questo capitolo, proporre una casistica del Tribunale federale in materia di commisurazione della pena nei reati di cui all'art. 187 CPS che, per gli ostacoli anzidetti, potrà peraltro offrire un quadro esclusivamente spannometrico:

---

<sup>168</sup> DTF 127 IV 101; 116 IV 300.

- pena di due anni e sei mesi di reclusione ritenuta troppo mite dal TF per ripetuti atti sessuali con un infante di 4 anni e 11 mesi<sup>169</sup>;
- pena di cinque anni e sei mesi di reclusione comminati a un insegnante per ripetuti atti sessuali commessi ai danni di più allievi<sup>170</sup>;
- pena di sei anni di reclusione comminati a un monitore sportivo per ripetuti atti sessuali commessi ai danni di due allievi infrasedicenni<sup>171</sup>;
- pena di tre anni e sei mesi di reclusione per un atto sessuale violento commesso ai danni di una quindicenne<sup>172</sup>;
- pena di due anni e sei mesi di reclusione a un maestro di teatro, cui è stata riconosciuta una lieve semimputabilità, per ripetuti atti sessuali ai danni di un tredicenne<sup>173</sup>;
- pena di due anni di reclusione per ripetuti atti sessuali commessi ai danni di una ragazza consenziente non ancora sedicenne (figlia della compagna dell'autore)<sup>174</sup>;
- pena di cinque mesi di detenzione ritenuta eccessivamente mite dal TF per un atto sessuale commesso da un cinquantenne recidivo, cui è stata riconosciuta una semimputabilità di grado medio (ma con riduzione di solo un terzo della pena), ai danni di una bambina di 7 anni<sup>175</sup>;
- pena di otto anni e sei mesi di reclusione ritenuta troppo severa dal TF per ripetuti atti sessuali con fanciulli (art. 187 CPS) e atti sessuali con persone incapaci di discernimento o inette a resistere (art. 191 CPS) commessi da un quarantenne, cui è stata

---

<sup>169</sup> DTF 120 IV 194.

<sup>170</sup> DTF 120 IV 6.

<sup>171</sup> DTF 119 IV 309.

<sup>172</sup> STF 6S.108/1991.

<sup>173</sup> STF 6S.56/1990.

<sup>174</sup> STF Str.234/1994.

<sup>175</sup> DTF 123 IV 49.

riconosciuta una semimputabilità di grado lieve, ai danni di bambini di età compresa tra i 4 e i 7 anni, di cui due di essi rappresentavano i figli dell'autore<sup>176</sup>.

## 7. Bibliografia

- 7.1 Opere generali in materia di diritto penale OSCAR ADOLF GERMANN, *Das Verbrechen im neuen Strafrecht*, Zurigo 1942; ERNST HAFTER, *Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 2°ed., Berna 1946; HANS SCHULTZ, *Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts*, Vol.1, 2°ed., Berna 1982; WOLFGANG GAEBEL/FRANZ MÜLLER-SPAHN, *Diagnostik und Therapie psychiatrischer Störungen*, Kohlhammer, Stoccarda 2002; BERNARD CORBOZ, *Les infractions en droit suisse*, Stämpfli, Berna 2002; JOSÉ HURTADO POZO, *Droit penal. Partie Generale II*, Schulthess, Zurigo 2002; GÜNTER STRATENWERTH/GUIDO JENNY, *Schweizerisches Strafrecht*, BT I, Stämpfli, Berna 2003; STEFAN TRECHSEL/PETER NOLL, *Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 6. Auflage, Schulthess, Zurigo, Basilea, Ginevra 2004; GÜNTER STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat*, 3a ed., Stämpfli, Berna 2005; KURT SEELMANN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Helbing & Lichtenhan, Basilea, Ginevra, Monaco, 2005; ANDREAS DONATSCH/BRIGITTE TAG, *Strafrecht I Verbrechenlehre*, 8. Auflage, Schulthess, Zurigo, Basilea, Ginevra 2006; FELIX MARCEL NIGGLI/HANS WIPRÄCHTIGER, *Basler Kommentar. Strafrecht II*, Helbing & Lichtenhahan, Basilea 2007; MARCEL NIGGLI/HANS WIPRÄCHTIGER, *Basler Kommentar. Strafrecht I*, Helbing&Lichtenhahn, Basilea 2007; FERRANDO MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte generale*, Cedam, Padova 2007; STEFAN TRECHSEL, *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Praxiskommentar*, Dike, Zurigo 2008; MICHEL DUPUIS/ BERNARD GELLER/ GILLES MONNIER/ LAURENT MOREILLON/ CHRISTOPHE PIGUET, *Code Penal I*, Helbing & Lichtenhahn, Basilea, 2008.
- 7.2 Studi e monografie sulla parte generale HANS FLURI, *Zur Lehre von der Tatverantwortung*, Diss. Zurich 1972; ALEX BRINER, *Die Ordentliche Strafmilderung nach dem Schweizerischem Strafgesetzbuch, unter besonderer Berücksichtigung der Strafmilderungsgründe von Art. 64*, Diss, Zurigo, 1977; MONIQUE GISEL-BUGNION, *L'individualisation d'une peine mesurée sur la culpabilité du délinquant*, Diss., Ginevra, 1978; HANS DUBS, *Grundprobleme des Strazumessungsrechts in der Schweiz*, in ZStW, 94/1982; PETER ALBRECHT, *Die Strafzumessung im Spannungsfeld von Theorie und Praxis*, in ZStrR 108/1991; MARTIN SCHUBARTH, *Qualifizierter Tatbestand und Strafzumessung in der neueren Rechtssprechung des Bundesgerichts*, in BJM, 1992, p. 57; THOMAS HANSJAKOB, *Zur Strafzumessung in Betäubungsmittel-Straffällen*, in SJZ, 90/1994, p. 57; GUNTHER ARZT, *Strafzumessung- Revolution in der Sackgasse*, in recht, 12/1994, p. 141; GIUSEP NAY, *Neue Entwicklungen in der Rechtssprechung des Kassationshofes des Bundesgerichts*, in ZStrR, 112/1994, p. 170; BERNARD CORBOZ, *La motivation de la peine*, in ZBJV, 131/1995, p. 1; HANS WIPRÄCHTIGER, *Strafzumessung und bedingter Strafvollzug – eine Herausforderung für die Strafbehörden*, ZStrR,

---

<sup>176</sup> STF 6B\_260/2008.

114/1996, p. 422; PETER ALBRECHT, *Neue Wege der Strafzumessung bei Betäubungsmitteldelikten*, in ZStrR, 116/1998, p. p. 418; ID., *Urteilsanmerkung*, in AJP, 1999, p. 1175; MATTHIAS HÄRRI, *Folgenberücksichtigung bei der Strafzumessung*, in ZStrR, 116/1998, p. 233; NICOLAS QUELOZ, *Commentaire de la Jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de fixation et de motivation de la peine, Faut-il fraiment clouer les Juges fédéraux au pilori?*, in ZStrR, 116/1998, p. 36; STEFAN TRECHSEL, *Gerechtigkeit im Fehlurteil*, in ZStrR, 118/2000, p. 1; CEDRIC PIGNAT/ANDRÉ KUHN, *Les nouvelles règles de la fixation de la peine: une révolution de velours*, in ZStrR, 122/2004, p. 251; GERHARD FIOLKA, *Das Rechtsgut als Massstab des Verschuldens in Art. 47 StGB*, in ZStrR 2/2007, pp. 133 ss.;

HANS WEBER, *Die strafbarkeit der Unzucht mit Kindern (art. 191 StGB)*, in SJZ 54, 1958; JÖRG REHBERG, *Das revidierte Sexualstrafrecht*, AJP 2 (1993), 16; PHILIPP MAIER, *Umschreibung von sexuellen Verhaltensweisen im Strafrecht*, in AJP (1999); ALESSIA SALVATORI/STEFANO SALVATORI, *L'abuso sessuale al minore e il danno psichico*, Giuffrè, Milano 2001; STEFANIA SUTER-ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit der sexuellen Handlungen mit Kindern nach art. 187 StGB*, Schulthess, Zurigo 2003; ALBERTO CADOPPI (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e la pedofilia*, Cedam, Padova 2006; HANS WIPRÄCHTIGER, *Das geltende Sexualstrafrecht – eine kritische Standortbestimmung*, in ZStrR 3, 2007, p. 283;

7.3  
Studi e  
monografie sulla  
parte speciale

THOMAS HANSJAKOB/HORST SCHMITT/JÜRG SOLLBERGER, *Kommentierte Textausgabe zum revidierten Strafgesetzbuch*, Books on demand, Lucerna 2004; FELIX BÄNZIGER/ANNEMARIE HUBSCHMID/JÜRG SOLLBERGER, *Zur Revision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafrechts und zum neuen materiellen Jugendstrafrecht*, Stämpfli, Berna 2006; BRIGITTE TAG/PETER GRUBMILLER, *Vom alten zum neuen Strafrecht. Allgemeiner Teil. Synoptische Darstellung*, Dike, Zurigo 2007.

7.4  
Opere sulla  
revisione



## CAPITOLO XII

### LA PRESCRIZIONE

SOMMARIO: 1. Cenni generali – 2. L’evoluzione normativa – a. Le principali riforme dall’entrata in vigore del Codice penale – b. La prescrizione dei reati sessuali contro i minori – 3. La normativa vigente – 4. Il futuro della prescrizione dei reati sessuali contro i minori

#### 1. Cenni generali

La prescrizione è un istituto giuridico che permea di sé diversificati settori del diritto ma con riferimento all’ambito di ricerca, trattato in questa sede, essa si pone principalmente come “causa estintiva legata al decorso del tempo”<sup>1</sup>. La prescrizione svolge un ruolo di sicurezza e garanzia all’interno del funzionamento della giustizia penale e, quindi, non sorprende che la maggior parte degli ordinamenti giuridici degli Stati adottino meccanismi analoghi<sup>2</sup>.

1.1  
Funzione della  
prescrizione in  
diritto penale

Molteplici sono le ragioni che inducono il legislatore penale al ricorso di tale strumento, essenzialmente, comunque, riconducibili a esigenze di diritto sostanziale e procedurale. Da un lato, infatti, il trascorrere del tempo blandisce la disapprovazione e il disvalore generato dal reato e dai suoi effetti; può infatti intervenire perdono o

1.2

---

<sup>1</sup> FERRANDO MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte generale*, Cedam, Padova 2007, p. 797.

<sup>2</sup> PETER MÜLLER, in MARCEL NIGGLI/HANS WIPRÄCHTIGER, *Basler Kommentar. Strafrecht I*, Helbing&Lichtenhahn, Basilea 2007, Vor art. 97, §§ 2 ss.

anche solo oblio sul fatto, cosicché l'effetto lenitivo del tempo priva di utilità l'azione di prevenzione sull'autore e rende senz'altro possibile la rinuncia alla punizione. Da altro lato, inoltre, quanto più ampia diviene la distanza tra la commissione del reato e il perseguimento dello stesso, tanto più arduo diventa il compito delle Autorità preposte a svolgere indagini nell'accertamento dei fatti e nell'assunzione del materiale indiziario e probatorio, difficoltà che aumentano in parallelo, in misura non trascurabile, al rischio di commettere errori giudiziari. Il termine di prescrizione spinge, dunque, le Autorità ad agire rapidamente, una risposta lenta dell'ordinamento frustra infatti l'effetto di deterrenza generale e si trasforma in implicito incentivo a delinquere<sup>3</sup>.

1.2.1  
La c.d.  
vittimizzazione  
secondaria

La prescrizione, tuttavia, non confina il proprio ruolo a sole finalità oggettive ma ha anche l'ambizione di proteggere le vittime di reati dalla cd. vittimizzazione secondaria ovvero il formarsi di pesi psicologici e situazioni altamente stressanti, collegati alla riedizione dell'evento attraverso lo svolgimento del processo che può celebrarsi solo dopo molto tempo e per tanti anni<sup>4</sup>.

1.3  
Le forme di  
prescrizione

La prescrizione penale si divide in due tipi: *i*) la prescrizione dell'azione penale e *ii*) la prescrizione della pena. Si tratta di forme che non si possono sovrapporre e operano in momenti distinti. Infatti, la prescrizione dell'azione penale pone fine al diritto-dovere di perseguire i reati, che non sono ancora stati giudicati, mentre la prescrizione della pena interviene successivamente a una condanna per impedire l'esecuzione delle sanzioni irrogate<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> STEFAN TRECHSEL, *Schweizerisches Strafrecht. Praxiskommentar*, Dike, Zurigo 2008, Vor art. 97, § 1; ANDREAS DONATSCH/BRIGITTE TAG, *Strafrecht I Verbrechenslehre*, 8. Auflage, Schulthess, Zurigo, Basilea, Ginevra 2006, p. 416; STEFAN TRECHSEL/PETER NOLL, *Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 6. Auflage, Schulthess, Zurigo-Basilea-Ginevra 2004, pp. 306 ss.; FRANZ RIKLIN, *Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I Verbrechenslehre*, 3. Auflage, Schulthess, Zurigo-Basilea-Ginevra 2007, p. 302; FF 2007 4934.

<sup>4</sup> *Ibidem*; THOM FRISCHKNECHT, *Neue Zürcher Zeitung*, 15.11.2008, p. 18.

<sup>5</sup> TRECHSEL/NOLL, *AT I* (3), p. 307.

## 2. L'evoluzione normativa

### a. Le principali riforme dall'entrata in vigore del Codice penale

Nonostante un'apparente alone di semplicità, le norme in materia di prescrizione hanno ricevuto e ancora stanno ricevendo molte attenzioni da parte del legislatore e non solo. Nel corso degli ultimi anni sono state, infatti, apportate diverse modifiche, anche rilevanti, segno questo evidente di come l'istituto incida nella giustizia penale<sup>6</sup>.

2.1

Il Codice penale svizzero prevedeva originariamente che, di regola, i crimini si prescrivessero in dieci anni, i delitti in cinque, e le contravvenzioni in uno. Vi era tuttavia la possibilità di interrompere i termini. A ogni interruzione la prescrizione ricominciava a decorrere dal principio<sup>7</sup>.

2.2

La disciplina della prescrizione nel CPS

Per porre un correttivo a tale sistema, il quale permetteva in teoria la protrazione *ad infinitum* dei termini, fu introdotta la prescrizione assoluta. Il vecchio art. 72 prevedeva infatti che l'azione penale si prescrivesse indipendentemente dalle interruzioni, se il termine ordinario era stato superato di un mezzo (crimini e delitti) o del doppio (contravvenzioni)<sup>8</sup>.

2.2.1

La prescrizione assoluta

Anche la prescrizione assoluta trovava tuttavia una limitazione nell'istituto della sospensione, il quale inibiva il decorrere dei termini fintantoché l'autore scontasse all'estero una pena privativa della libertà. La giurisprudenza estese inoltre la sospensione della prescrizione ai casi di impugnazione di fronte al TF, tra la sentenza cantonale di ultima istanza e la decisione della Suprema Corte. Lo scopo era evitare che i

2.2.2

La sospensione

<sup>6</sup> FF 2008 4932.

<sup>7</sup> MARTIN SCHUBARTH, *Das neue Recht der Strafrechtlichen Verjährung*, in *ZStrR*, 3/2002, pp. 321 ss.

<sup>8</sup> STEFAN TRECHSEL, *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Kurzkommentar*, Schulthess, Zurigo 1997, ad art. 72, § 4; SCHUBARTH, *Das neue Recht* (7), pp. 323-324.

condannati in seconda istanza decidessero di fare ricorso a meri fini dilatori<sup>9</sup>.

2.3  
Necessità di una  
nuova disciplina  
della  
prescrizione

Il fatto che le corti si videro costrette ad adottare una siffatta soluzione *extra ordinem*, la quale si palesava contraria al tenore letterale del vecchio art. 72, rappresentava un chiaro indizio di come il sistema abbisognasse un radicale intervento legislativo. Il calcolo della sospensione e dell'interruzione, inoltre, era fonte di grande incertezza, in quanto difettava una normativa precisa sul punto. Perfino l'individuazione degli atti che potevano darvi luogo non era immune da criticità<sup>10</sup>.

2.4  
La proposta del  
Consiglio  
federale

Il Messaggio del 21 settembre 1998 sulla revisione della parte generale del CP proponeva quindi di innalzare i termini ordinari e di eliminare gli istituti dell'interruzione e della sospensione. Per evitare che la prescrizione intervenisse durante una procedura di impugnazione, il Consiglio federale chiese inoltre di fissare l'estinzione dell'azione penale con la pronuncia di primo grado<sup>11</sup>.

2.4.1  
L'entrata in  
vigore della  
riforma

Il legislatore non volle tuttavia attendere l'entrata in vigore della riforma sull'intera parte generale (1° gennaio 2007) e introdusse le modifiche succitate con le leggi federali del 5 ottobre 2001<sup>12</sup> e del 22 marzo 2002<sup>13</sup>.

---

<sup>9</sup> DTF 116 IV 80; SCHUBARTH, *Das neue Recht* (7), pp. 324-325; VERA DELNON/ BERNHARD RÜDY, *Wann ruht die Verjährung?*, in AJP, 2000, p. 1059.

<sup>10</sup> SCHUBARTH, *Das neue Recht* (7), pp. 325-326; FF 1998 1813.

<sup>11</sup> SCHUBARTH, *Das neue Recht* (7), pp. 329; FF 1998 1814; THOMAS HANSJAKOB/ HORST SCHMITT/ JÜRIG SOLLBERGER, *Kommentierte Textausgabe zum revidierten Strafgesetzbuch*, 2<sup>a</sup> ed., CCFW, Berna-Lucerna 2006, p. 104; CHRISTIAN DENYS, *Prescription del l'action pénal: les nouveaux art. 70, 71, 109 et 333 al. 5 CP*, in SJ, II/2003, pp. 49-66.

<sup>12</sup> FF 2001 5164, RU 311.0.

<sup>13</sup> FF 2002 2481.

*b. La prescrizione dei reati sessuali contro i minori*

Il reato di atti sessuali con infrasedicenni ha sempre conosciuto fin dalla riforma del Titolo V dei termini di prescrizione speciali<sup>14</sup>. Il Consiglio federale aveva previsto nel Messaggio del 26 giugno 1985 un limite di due anni per evitare che l'equilibrio del minore venisse ulteriormente turbato da indagini lunghe e stressanti<sup>15</sup>. In tale orientamento il Consiglio federale era sorretto dall'opinione di psicologi e psichiatri che, in quel periodo, condividevano l'idea per cui bisognava assolutamente evitare alle vittime, che avessero ritrovato un certo grado di stabilità psichica, un nuovo sconvolgimento dovuto alle necessità collegate all'inchiesta e all'istruzione probatoria. In seguito alla discussione parlamentare, il termine di prescrizione venne nondimeno innalzato a 5 anni<sup>16</sup>.

Tuttavia, fu fin da subito evidente l'inadeguatezza di tale soluzione, nonostante il Tribunale federale avesse avallato un'interpretazione piuttosto flessibile del *dies a quo*<sup>17</sup>. La realtà dimostrava crudamente che moltissimi erano i casi, in cui la prescrizione impediva di punire i colpevoli, senza contare che, spesso, le vittime o non erano in condizione di riconoscere il carattere sessuale delle aggressioni<sup>18</sup> o addirittura, al tempo dei fatti, erano molte volte obbligate a tacere a causa della loro precaria condizione economica e sociale<sup>19</sup>. Con la legge federale del 21 marzo 1997 si decise quindi di

2.5

La prescrizione  
nel Messaggio  
del 26 giugno  
1985

2.6

L'innalzamento  
a 10 anni del  
termine

<sup>14</sup> FF 1985 1069.

<sup>15</sup> FF 1985 1069.

<sup>16</sup> STEFANIA SUTER-ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit der sexuellen Handlungen mit Kindern nach art. 187 StGB*, Schulthess, Zurigo 2003, p. 199.

<sup>17</sup> DTF 120 IV 9.

<sup>18</sup> SUTER-ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (16), p. 199; PHILIPP MAIER, *Die Strafrechtliche Qualifikation der sexuellen Ausbeutung von Kindern*, in *AJP*, 7/1997, pp. 860 ss.

<sup>19</sup> FF 2000 2617; PHILIPP MAIER, in MARCEL NIGGLI/HANS WIPRÄCHTIGER, *Basler Kommentar. Strafrecht II*, Helbing&Lichtenhahn, Basilea 2007, ad art. 187, § 30; Bollettino ufficiale dell'Assemblea federale, CN, pp. 173-174.

estendere ulteriormente il termine di prescrizione portandolo a dieci anni<sup>20</sup>.

2.7  
La richiesta della  
Commissione  
affari giuridici

Il 23 gennaio 1996, attraverso una mozione della Commissione affari giuridici del CN, il Consiglio federale fu demandato di presentare alle Camere una serie di modifiche in tema di reati contro l'integrità sessuale. Analogamente a quanto già previsto da altri ordinamenti europei in tema di reati contro i minori<sup>21</sup>, emerse la volontà di introdurre la sospensione dei termini di prescrizione fino al compimento della maggiore età da parte della vittima<sup>22</sup>.

2.8  
La proposta del  
Consiglio  
federale

Nel successivo Messaggio del 10 maggio 2000, il Consiglio federale sottolineò come, anche secondo il parere del Governo, la prescrizione in tema di reati sessuali contro minori in vigore al tempo apparisse inadeguata. Tali delitti venivano infatti spesso compiuti all'interno della famiglia e le vittime trovavano il coraggio di denunciarli solo molti anni dopo il loro allontanamento dai genitori. Basandosi sulle conoscenze scientifiche, si prese atto inoltre che spesso i bambini sviluppavano dei meccanismi di difesa inconsci per superare i traumi, come la rimozione, che rendevano possibile una denuncia solo a grande distanza di tempo dai fatti. Per i reati sessuali più gravi contro i minori di anni 16, si proponeva quindi di introdurre la sospensione fino al compimento del diciottesimo anno di età da parte della vittima, conformemente a quanto postulato dalla Commissione<sup>23</sup>.

2.9  
L'introduzione  
del *Bedenkzeit*

Le Camere tuttavia non giunsero ad approvare tale progetto, in quanto nel frattempo si decise di introdurre la già citata riforma, che prevedeva l'abolizione degli istituti dell'interruzione e della sospensione. Contestualmente alla novella, l'Assemblea decise di mantenere anche per i reati sessuali contro i minori i termini ordinari, che risultavano ora aumentati rispetto al regime previgente (7 anni per i

---

<sup>20</sup> RU 1997 1626.

<sup>21</sup> Ad esempio quello tedesco. Cfr. § 78b DStrGB.

<sup>22</sup> FF 2000 2617; SUTER-ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (16), p. 200.

<sup>23</sup> FF 2000 2609; SUTER-ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit* (16), p. 201; MARKUS HUG, *Glaubhaftigkeitsgutachten bei Sexualdelikten gegenüber Kindern*, in *ZStrR*, 1/2000, p. 23.

crimini, 15 per i delitti). Nello spirito delle riflessioni suesposte, si decise però di concedere alla vittima di presentare denuncia almeno sino al compimento del venticinquesimo anno di età<sup>24</sup>.

*c. Il futuro della prescrizione in tema di reati sessuali contro i minori*

L'affastellarsi di riforme, ripensamenti e ritocchi non ha, tuttavia, impedito all'associazione *Marche blanches* di portare avanti una propria battaglia e di presentare il 1° marzo 2006 l'iniziativa popolare per l'imprescrittibilità dei reati di pornografia infantile, corredata da ben 119'375 firme valide. Tale progetto ha aperto un nuovo capitolo nella storia movimentata della prescrizione dei reati sessuali su fanciulli<sup>25</sup>. L'iniziativa puntava a rendere imprescrittibile l'azione penale e la pena per i reati sessuali e di pornografia commessi su fanciulli mediante la seguente modifica della Costituzione federale:

2.10  
Iniziativa  
popolare 2006

**Art. 123 b (nuovo)**

L'azione penale e la pena per i reati sessuali o di pornografia commessi su fanciulli impuberi sono imprescrittibili.

I promotori dell'iniziativa consideravano inadatti i termini in vigore. Dovendosi decidere entro il venticinquesimo anno d'età in merito a una denuncia, la vittima veniva infatti messa eccessivamente sotto pressione. La possibilità di rivolgersi alle autorità penali era inoltre considerato un importante strumento terapeutico, adatto ad aiutare persone ormai diventate adulte a superare i traumi subiti durante l'infanzia. Ulteriore motivo a fondamento dell'iniziativa

2.11  
Gli obiettivi  
dell'iniziativa  
popolare

<sup>24</sup> Rapporto della commissione affari giuridici del CS, 16.II.2001; FF 1998 1813 ss.; TRECHSEL, *Praxiskommentar* (), ad art. 97, § 4; MÜLLER, *Bsk-Strafrecht I* (2), vor Art. 97 N. 3 s; THOMAS HANSJAKOB/HORST SCHMITT/JÜRIG SOLLBERGER, *Kommentierte Textausgabe zum revidierten Strafgesetzbuch*, 2<sup>a</sup> ed., CCFW, Berna-Lucerna 2006, p. 104.

<sup>25</sup> *Neue Zürcher Zeitung*, 15 novembre 2008, p. 18.

popolare era l'effetto deterrente che avrebbe avuto l'introduzione della modifica proposta<sup>26</sup>.

2.12  
La presa di  
posizione del  
Consiglio  
federale

Il Consiglio federale e le Camere hanno reagito con grande scetticismo. Si è eccepito che l'effetto deterrente di una norma non è determinato dai termini di prescrizione, ma dalla probabilità che si giunga alla comminazione di una sanzione e dall'immediatezza di essa. Anche la necessità di perseguire il colpevole in un'ottica terapeutica andò in contro alla critica del Governo. Non risultano infatti risultati scientifici certi sul tema. Alcuni autori erano dell'idea che la punizione del colpevole a distanza di molti anni potesse generare addirittura effetti negativi. Il procedimento penale, si fece infatti notare, non esplica la funzione di 'guarire' le vittime, ma di ristabilire la pace sociale. Il Consiglio federale concordò invece con i promotori dell'iniziativa sulla necessità di estendere il periodo di riflessione<sup>27</sup>.

2.12.1  
Le critiche di  
carattere  
terminologico

Criticata fu anche la terminologia impiegata. La proposta chiedeva infatti l'introduzione dell'imprescrittibilità per reati sessuali contro «*fanciulli imuberi*». Tale lessema risultava sconosciuto all'ordinamento giuridico svizzero e avrebbe necessitato di una più precisa definizione. Siccome la pubertà non è un periodo delimitato in modo preciso, ma varia da persona a persona, si sarebbe corso il rischio di introdurre l'indagine medica sulla maturità sessuale della vittima. Tale opzione sarebbe risultata in palese contrasto con lo spirito dell'art. 187, il quale stabilisce dei limiti di età convenzionali proprio per scongiurare un accertamento *ad personam*<sup>28</sup>. Con una formulazione come quella proposta dall'iniziativa si sarebbero inoltre spalancate le porte a gravi problemi probatori: a distanza di molti anni appariva praticamente impossibile stabilire quale grado di maturità sessuale avesse raggiunto la vittima al momento del fatto<sup>29</sup>. Anche il riferimento a «*reati sessuali o di pornografia*» andò in contro alle critiche del

---

<sup>26</sup> FF 1997 4940; TOM FRISCHKNECHT, *Zur Eidgenössischen Volksinitiative «für die Unverjährbarkeit pornografischer Straftaten an Kindern»*, in *ZStrR* 4/2008, p. 437.

<sup>27</sup> FF 1997 4942.

<sup>28</sup> Sul punto vedi Cap. II, § 1.6.

<sup>29</sup> FF 1997 4943.

Governo: non era chiaro se il riferimento fosse solo agli articoli relativi agli atti sessuali (art. 187-193 e 198 CPS) o anche a tutte le varianti del reato di pornografia (art. 197 CPS), oppure solo a una parte di esse<sup>30</sup>.

Sulla base di queste considerazioni il Consiglio federale oppose un controprogetto all'iniziativa popolare. In base a esso il termine di prescrizione rimaneva sospeso fino al compimento del diciottesimo anno della vittima per i più gravi reati commessi sui minori di anni sedici<sup>31</sup>:

2.13  
Il controprogetto

**Art. 97 cpv. 2, 4**

<sup>2</sup> In caso di reati secondo gli articoli 111 – 113, 122, 182, 189-191 e 195 diretti contro persone minori di sedici anni e in caso di atti sessuali con fanciulli (art. 187) e minori dipendenti (art. 188), la prescrizione penale decorre dal giorno in cui la vittima compie o avrebbe compiuto diciotto anni.

<sup>4</sup> La prescrizione dell'azione penale in caso di reati in cui al capoverso 2 è retta dai capoversi 1-3 se il reato è stato commesso prima dell'entrata in vigore della modifica del ..... del presente Codice e il relativo termine di prescrizione non è ancora scaduto a tale data.

Nella sessione estiva del 2008, le Camere decisero di adottare il controprogetto e raccomandare al Popolo e ai Cantoni di respingere l'iniziativa<sup>32</sup>. Nella successiva votazione popolare del 30 novembre 2008, il popolo svizzero non ha però seguito la raccomandazione delle Camere e del Consiglio federale con la conseguenza che l'iniziativa sull'imprescrittibilità è passata seppur per un soffio. Da un lato, essa è stata nettamente accettata dai Cantoni (20 contro 6) ma, dall'altro, la popolazione ha espresso il proprio voto favorevole con un risicato 51,9%. Nel Canton Ticino l'iniziativa è stata accettata con il 57,2% dei favori.

2.14  
Votazione popolare

I cittadini hanno quindi deciso di non attenersi alla raccomandazione delle Camere e del Governo. Questo atteggiamento è

2.14.1

<sup>30</sup> FF 1997 4943; FRISCHKNECHT, *Zur Eidgenössischen Volksinitiative* (26), p. 438.

<sup>31</sup> FF 4955; FRISCHKNECHT, *Zur Eidgenössischen Volksinitiative* (26), p. 439.

<sup>32</sup> FF 4953.

stato probabilmente suscitato dalla spinta emotiva legata alla tematica oggetto della consultazione, la quale non ha lasciato spazio alle valutazioni più strettamente giuridiche. Tale fattore può essere stato ulteriormente ampliato dai recenti fatti di cronaca che hanno coinvolto ecclesiastici in episodi di pedofilia (non è un caso che quasi tutti i Cantoni cattolici abbiano accettato l'iniziativa)<sup>33</sup>.

2.14.2  
Applicazione  
della nuova  
disposizione

La stessa presidentessa di Marche Blanche e principale promotrice dell'iniziativa popolare CHRISTINE BUSSAT si è detta incredula per il risultato raggiunto e ha ammesso che la proposta presenta alcuni nodi problematici. Il ministro di giustizia e polizia, EVELINE WIDMER-SCHLUMPF ha assicurato che, nonostante le difficoltà applicative, l'iniziativa entrerà in vigore dall'anno prossimo ma non avrà effetto retroattivo<sup>34</sup>. Nei prossimi mesi, le autorità federali, dovranno quindi definire il campo d'applicazione dell'iniziativa, sia fornendo una definizione di «età puberale», sia precisando il genere di delitti soggetti a imprescrittibilità. Il Professor FRANZ RIKLIN ha giustamente fatto notare come un'incertezza terminologica soprattutto in merito alla definizione di pubertà possa portare a un alto numero di proscioglimenti con conseguente spreco di risorse pubbliche. Il cattedratico propone quindi, in funzione di gettare chiarezza, di mutuare alcuni elementi del controprogetto, in particolare utilizzando il limite dei sedici anni al posto del termine «*fanciulli impuberi*», e di sostituire il lessema «*reati sessuali o di pornografia*» con gli articoli 111 – 113, 122, 182, 187-191 e 195 a cui faceva riferimento il controprogetto<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> *Corriere del Ticino*, 1° dicembre 2008, p. 4; <<http://www.parlament.ch/I/dokumentation/wa-va-volksabstimmungen/2008-11-30/Pagine/abstimmung-2008-11-30.aspx?>> (consultato il 3.12.2008).

<sup>34</sup> *Corriere del Ticino* (33), p. 4.

<sup>35</sup> *Neue Zürcher Zeitung*, 2 dicembre 2008, p. 16.

### 3. La normativa vigente

Venendo ora all'esame delle norme tuttora vigenti, la prescrizione è codificata nell'insieme degli articoli 97 - 101 CP. L'art. 97 CP regola la prescrizione per i crimini e i delitti<sup>36</sup>.

3.1  
L'art. 97

#### Art. 97 Prescrizione dell'azione penale. Termini

<sup>1</sup> L'azione penale si prescrive:

- a. in trent'anni, se per il reato è comminata la pena detentiva a vita;
- b. in quindici anni, se per il reato è comminata una pena detentiva superiore a tre anni;
- c. in sette anni, se per il reato è comminata un'altra pena.

<sup>2</sup> In caso di atti sessuali con fanciulli (art. 187) e minori dipendenti (art. 188), come pure di reati secondo gli articoli 111, 113, 122, 182, 189-191 e 195 diretti contro persone minori di sedici anni, l'azione penale non si prescrive prima che la vittima abbia compiuto venticinque anni.

<sup>3</sup> Se prima della scadenza del termine di prescrizione è stata pronunciata una sentenza di prima istanza, la prescrizione si estingue.

<sup>4</sup> In caso di atti sessuali con fanciulli (art. 187) e minori dipendenti (art. 188), come pure di reati secondo gli articoli 111-113, 122, 182, 189-191 e 195 diretti contro persone minori di sedici anni, la prescrizione dell'azione penale è retta dai capoversi 1-3 se il reato è stato commesso prima dell'entrata in vigore della modifica del 5 ottobre 2001 e il relativo termine di prescrizione non è ancora scaduto a tale data.

A completamento del quadro, l'art. 109 CPS dispone che le contravvenzioni si prescrivono in tre anni<sup>37</sup>.

3.2

<sup>36</sup> MÜLLER, *Bsk-Strafrecht I* (2), ad art. 97 §. 1; TRECHSEL, *Praxiskommentar* (3) ad art. 97, § 1; MICHEL DUPUIS/ BERNHARD GELLER/ GILLES MONNIER/ LAURENT MOREILLON/ CHRISTOPHE PIGUET, *Code Pénal I. Partie général- art. 1-110 DPMIn*, Helbing & Lichtenhahn, Basilea, 2008, ad art. 97 §§ 1 ss.; DANIEL JOSITSCH/ SARAH SPIELMANN, *Die Verfolgungsverjährung bei fahrlässigen Erfolgsdelikten*, AJP, 2007, p. 189.

<sup>37</sup> *Ibidem*.

3.3  
Determinazione  
della pena  
applicabile alla  
fattispecie

Per l'individuazione del termine da applicarsi in caso di norme che offrono una forchetta tra un minimo e un massimo edittale, determinante è la pena massima applicabile alla fattispecie. Decisiva è una considerazione astratta (*abstrakte Betrachtungsweise*) senza che entrino in linea di conto i principi di commisurazione della pena<sup>38</sup>.

3.4  
Decorrenza dei  
termini

L'art. 98 regola la decorrenza della prescrizione dell'azione penale:

**Art. 98 Decorrenza**

<sup>1</sup> La prescrizione decorre:

- a. dal giorno in cui l'autore ha commesso il reato;
- b. se il reato è stato eseguito mediante atti successivi, dal giorno in cui è stato compiuto l'ultimo atto;
- c. se il reato è continuato per un certo tempo, dal giorno in cui è cessata la continuazione.

3.5

Decisivo per la decorrenza della prescrizione è il *tempus commissi delicti* ovvero il giorno in cui l'autore ha commesso il reato<sup>39</sup>. Tale termine riserva delle peculiarità, poiché tende a conformarsi alla struttura della fattispecie di reato. Secondo il cpv. 1 lett. b, se il reato è stato commesso mediante atti successivi, la prescrizione decorre dal giorno in cui è stato compiuto l'ultimo atto. Sul punto preme sottolineare che il Tribunale federale ha abbandonato la figura dell'unità dei termini di prescrizione (*Verjährungsrechtliche Einheit*)<sup>40</sup>. Attualmente, la lett. b si rivolge a casi di *tatbestandsmässige Handlungseinheit* o *natürliche Handlungseinheit*: nel primo caso si tratta di ipotesi in cui la fattispecie presuppone diverse azioni; nel secondo si fa riferimento a situazioni in cui le diverse azioni si fondano

---

<sup>38</sup> DONATSCH/TAG, *Strafrecht I* (3), p. 417; RIKLIN, *AT I* (3), pp. 302 s.; DTF 108 IV 41 s.; MÜLLER, *Bsk* (), *ad art.* 97 n. 10.

<sup>39</sup> DTF 97 IV 238 ss.

<sup>40</sup> DTF 131 IV 93, 113; DONATSCH/TAG *Strafrecht I* (3), p. 419; MARC PIETH, *Die Verjährungsrechtliche Einheit gemäss Art. 71 abs. 2 StGB bei den Bestechungsdelikten*, in *BJM*, 1996, p. 57; LUCREZIA GLANZMANN-TARNUTZER, *Die neue Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Verjährungsrechtlichen Einheit gemäss Art. 71 Abs. 2 StGB*, in *PJA* 5/2001 pp. 557-567.

su una volontà unitaria, una connessione territoriale e temporale<sup>41</sup>. In caso di reati continuati, la prescrizione decorre dal giorno in cui è cessata la continuazione. Nell'evenienza, poi, di delitti di evento la decorrenza è ricondotta alla sola azione, essendo ininfluenza il successivo verificarsi dell'evento tipico<sup>42</sup>.

La prescrizione dell'azione penale termina il suo corso a partire dal momento in cui è stata pronunciata una decisione di prima istanza. Non solo quindi una sentenza di condanna, ma anche la pronuncia di un decreto d'accusa non impugnato<sup>43</sup> o una sentenza di proscioglimento danno luogo all'estinzione della prescrizione<sup>44</sup>.

3.6  
Estinzione

L'art. 99 CP disciplina dal canto suo la prescrizione della pena<sup>45</sup>:

3.7  
Prescrizione della  
pena

**Art. 99 Prescrizione della pena. Termini**

<sup>1</sup> La pena si prescrive:

- a. in trent'anni, se si tratta di una pena detentiva a vita;
- b. in venticinque anni, se si tratta di una pena detentiva di dieci o più anni;
- c. in venti anni, se si tratta di una pena detentiva da cinque a meno di dieci anni;
- d. in quindici anni, se si tratta di una pena detentiva di oltre un anno ma inferiore a cinque anni;
- e. in cinque anni, se si tratta di un'altra pena.

<sup>2</sup> Il termine di prescrizione di una pena detentiva è sospeso:

- a. durante l'esecuzione ininterrotta di questa pena o di un'altra pena detentiva o misura eseguita immediatamente prima;
- b. nel caso di liberazione condizionale, durante il tempo di prova.

<sup>41</sup> RIKLIN, *AT I* (3), p. 304; DONATSCH/TAG, *Strafrecht I* (3), p. 419.

<sup>42</sup> DTF 102 IV 80; TRECHSEL, *Praxiskommentar* () ad art. 98, § 1; GÜNTER STRATENWERTH/WOLFGANG WOHLERS, *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar*, Stämpfli, Berna 2007, ad art. 98, p. 326.

<sup>43</sup> FF 1998 1814.

<sup>44</sup> FF 1998 1814; RIKLIN, *AT I* (3), p. 305; DTF 102 IV 80; TRECHSEL, *Praxiskommentar* (3) ad art. 98, § 4; STRATENWERTH/ WOHLERS, *Handkommentar* (42), ad art. 98, p. 326.

<sup>45</sup> *Ibidem*.

3.8 Si precisa che l'articolo in commento non estende la sua applicabilità alle misure. Infatti, tutte le misure non sono soggette a prescrizione e vengono eseguite fintantoché le condizioni di applicabilità necessarie siano date nel caso concreto<sup>46</sup>.

3.9 Decorrenza della prescrizione della pena In via speculare all'art. 98, l'art. 100 norma la decorrenza della prescrizione della pena<sup>47</sup>.

#### **Art. 100 Decorrenza**

La prescrizione decorre dal giorno in cui la sentenza acquista forza di cosa giudicata. In caso di sospensione condizionale della pena o di previa esecuzione di una misura, decorre dal giorno in cui è ordinata l'esecuzione della pena.

3.10 Imprescrittibilità Gli articoli 99 e 100 CPS forniscono la base per la regola generale, alla quale il Codice penale affianca anche delle eccezioni. Il diritto penale svizzero contempla, dunque, ristretti e circoscritti casi di imprescrittibilità, illustrati nell'art. 101 CPS:

#### **Art. 101 Imprescrittibilità**

<sup>1</sup> Sono imprescrittibili i crimini:

- a. volti a sterminare od opprimere un gruppo di popolazione a causa della sua nazionalità, razza, confessione o appartenenza etnica, sociale o politica;
- b. ritenuti gravi dalle convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949<sup>1</sup> e dagli altri accordi internazionali, ratificati dalla Svizzera, sulla protezione delle vittime della guerra, in quanto il reato risulti particolarmente grave a causa del modo in cui è stato commesso; o
- c. che, come mezzi d'estorsione o coazione, mettono o minacciano di mettere in pericolo la vita e l'integrità fisica di molte persone, segnatamente con l'impiego di mezzi di distruzione di massa, lo scatenamento di una catastrofe o in connessione con una presa d'ostaggi.

<sup>2</sup> Il giudice può attenuare la pena nel caso in cui l'azione penale fosse caduta in prescrizione in applicazione degli articoli 97 e 98.

---

<sup>46</sup> FF 1999 1815.

<sup>47</sup> TRECHSEL, *Praxiskommentar* (3) ad art. 100, §§ 1 ss.

<sup>3</sup> I capoversi 1 e 2 si applicano se il 1° gennaio 1983 l'azione penale o la pena non era ancora caduta in prescrizione secondo il diritto sino allora vigente.

Il filo conduttore che lega le ipotesi enunciate è la profonda disapprovazione che l'ordinamento esprime rispetto a fattispecie particolarmente gravi, che lacerano i valori fondamentali, accolti nel comune sentire della società. Si tratta, infatti, in via esemplificativa, di crimini dolorosi come quelli commessi contro l'umanità, di violazioni gravi delle convenzioni internazionali sulla protezione delle vittime della guerra ovvero degli atti terroristici qualificati. L'imprescrittibilità ricopre quegli atti che lasciano un segno indelebile nella memoria collettiva e che meritano, dunque, di essere sanzionati in ogni tempo<sup>48</sup>. Ad eccezione dell'area dei paesi di *common law* i quali, almeno in linea teorica, non riconoscono espressamente l'istituto della prescrizione penale, la Svizzera si allinea alle posizioni della maggioranza degli altri Stati, i quali anch'essi conoscono e circoscrivono l'imprescrittibilità solo a casi di reati gravissimi<sup>49</sup>. Da segnalare, tuttavia, come al giudice elvetico sia comunque concesso di attenuare la pena, nel caso in cui l'azione penale fosse caduta in prescrizione in applicazione degli articoli 97 e 98 del CP<sup>50</sup>.

3.11

#### 4. Bibliografia

MARKUS HUG, *Glaubhaftigkeitsgutachten bei Sexualdelikten gegenüber Kindern*, in *ZStrR*, 1/2000; STEFAN TRECHSEL, *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkomentar*, Schulthess, Zurigo 1997; GUIDO JENNY/ MARTIN SCHUBARTH/ PETER ALBRECHT, *Kommentar zum schweizerischen Strafrecht. Besonderer Teil. 4. Band: Delikte gegen die sexuelle Integrität und gegen die Familie*, Stämpfli, Berna 1997; GÜNTER STRATENWERTH/GUIDO JENNY, *Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 6. Auflage*, Stämpfli Verlag AG, Bern 2003; STEFANIA SUTER-ZÜRCHER, *Die Strafbarkeit der sexuellen Handlungen mit Kindern nach art. 187 StGB*, Schulthess, Zurigo 2003; STEFAN TRECHSEL/PETER NOLL, *Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, 6. Auflage*,

4.1  
Opere generali  
in materia di  
diritto penale

<sup>48</sup> FF 2008 4944; RIKLIN, *AT I* (3), p. 305; MÜLLER, *Bsk* (2), *ad art.* 101 NN. 4 ss.; TRECHSEL, *Praxiskommentar* (3) *ad art.* 101, § 1.

<sup>49</sup> *Corriere del Ticino*, 25 novembre 2008, p. 3.

<sup>50</sup> FF 2008 4944; RIKLIN, *AT I* (3), p. 305; MÜLLER, *Bsk* (2), *ad art.* 101 §§ 4 ss.

Schulthess, Zurigo, Basilea, Ginevra 2004; ROBERT HAUSER/ERHARD SCHWERI/KARL HARTMANN, *Schweizerisches Strafprozessrecht*, 6. Auflage, Helbling & Lichtenhahn, Basilea 2005; CHRITOF RIEDO/ HANS WIPRÄCHTIGER, *Der neue StGB AT, Teil I: Allgemeines*, in Rav., 6-7/2005, pp. 247-255 ANDREAS DONATSCH/BRIGITTE TAG, *Strafrecht I Verbrechenlehre*, 8. Auflage, Schulthess, Zurigo, Basilea, Ginevra 2006; GÜNTER STRATENWERTH/WOLFGANG WOHLERS, *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar*, Stämpfli Verlag, Berna 2007; FRANZ RIKLIN, *Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I Verbrechenlehre*, 3. Auflage, Schulthess, Zurigo-Basilea-Ginevra 2007; MARCEL NIGGLI/HANS WIPRÄCHTIGER, *Basler Kommentar. Strafrecht I+II*, Helbing & Lichtenhan, Basilea 2007; FERRANDO MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte generale*, Cedam, Padova 2007; STEFAN TRECHSEL, *Schweizerisches Strafrecht. Praxiskommentar*, Dike, Zurigo 2008; MICHEL DUPUIS/ BERNHARD GELLER/ GILLES MONNIER/ LAURENT MOREILLON/ CHRISTOPHE PIGUET, *Code Pénal I. Partie général- art. 1-110 DPMin*, Helbing & Lichtenhahn, Basilea, 2008.

4.2  
Studi e  
monografie

KARL ZBINDEN, *Zur Kritik an den Verjährungsbestimmungen nach Art. 109 und 70 ff. StGB*, in ZSR, 64/1945, pp. 293 ss; ARNOLD SCHLATTER, *Die Verjährung*, in ZStrR, 62/1947, p. 301; HANS FELIX PFENNINGER, *Die Verjährung in Rechsmittelverfahren*, in ZStrR, 63/1948, p. 490; FRANÇOIS CLERC, *Jugement par défaut et prescription*, in ZStrR, 69/1954, p. 194; VERA DELNON/ BERNHARD RÜDY, *Wann ruht die Verjährung?*, in AJP, 2000, p. 1059; RENÉ PERRIN, *Voies de Recours et prescription de l'action pénale*, in ZstrR, 79/1963, p. 13; PHILIPP MAIER, *Die Strafrechtliche Qualifikation der sexuellen Ausbeutung von Kindern*, in AJP, 7/1997; MARC PIETH, *Die Verjährungsrechtliche Einheit gemäss Art. 71 abs. 2 StGB bei den Bestechungsdelikten*, in BJM, 1996, p. 57; LUCREZIA GLANZMANN-TARNUTZER, *Die neue Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Verjährungsrechtlichen Einheit gemäss Art. 71 Abs. 2 StGB*, in PJA 5/2001 pp. 557-567; HANS WIPRÄCHTIGER, *Das geltende Sexualstrafrecht – eine kritische Standortbestimmung*, in ZStrR 3/2007; DANIEL JOSITSCH/ SARAH SPIELMANN, *Die Verfolgungsverjährung bei fahrlässigen Erfolgsdelikten*, AJP, 2007, p. 189.

4.3  
Opere sulla  
revisione del  
codice penale

MARTIN SCHUBARTH, *Das neue Recht der Strafrechtlichen Verjährung*, in ZStrR, 3/2002; CHRISTIAN DENYS, *Prescription del l'action pénale: les nouveaux art. 70, 71, 109 et 333 al. 5 CP*, in SJ, II/2003, pp. 49-66; FELIX BÄNZIGER/ANNEMARIE HUBSCHMID/JÜRG SOLLBERGER, *Zur Revision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafrechts und zum neuen materiellen Jugendstrafrecht*, Stämpfli, Berna 2006; BRIGITTE TAG/PETER GRUBMILLER, *Vom alten zum neuen Strafrecht. Allgemeiner Teil. Synoptische Darstellung*, Dike, Zurigo 2007; TOM FRISCHKNECHT, *Zur Eidgenössischen Volksinitiative «für die Unverjährbarkeit pornografischer Straftaten an Kindern»*, in ZStrR 4/2008.