

**Il mancato consenso sul consenso:  
una riflessione alla luce della nuova  
Direttiva sulla lotta alla violenza  
contro le donne e la violenza domestica\***

*Roberta De Paolis*

SOMMARIO: 1. Introduzione e obiettivi – 2. La Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica– 3. La Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica – 4. La questione del consenso alla luce delle fonti internazionali – 5. Sul consenso: approdi e questioni aperte – 6. Gli estremi del consenso legale in Europa – 7. La questione del consenso tra gli Stati membri – 8. Il modello consensuale puro – 9. Il modello consensuale limitato – 10. Il modello consensuale vincolato – 11. Gli approcci degli Stati membri e la Convenzione di Istanbul: un’analisi trasversale – 12. Conclusione

*1. Introduzione e obiettivi*

L’11 maggio 2011 il Consiglio d’Europa ha adottato ad Istanbul la Convenzione sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica (d’ora in poi, la “Convenzione di Istanbul” o la “Convenzione”), «il primo strumento internazionale giuridicamente vincolante che crea un quadro giuridico completo per proteggere le donne contro qualsiasi forma di violenza»<sup>1</sup>. La Convenzione è stata mossa da un’aspirazione universale, essendo aperta sia alle organizzazioni internazionali come l’Unione Europea, sia agli Stati non membri del Consiglio d’Europa, così da garantire

---

\* L’articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

<sup>1</sup> Convenzione del Consiglio d’Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (STCE no. 210), in [www.coe.int](http://www.coe.int); V. R. J. McQuigg, *What Potential does the Council of Europe Convention on Violence against Women hold as regards Domestic Violence?*, in *The International Journal of Human Rights*, 2012; A. Di Stefano, *Violenza contro le donne e violenza domestica nella nuova convenzione del Consiglio d’Europa*, in *Diritti Umani Diritto Internazionale*, 2012, 169; S. De Vido, *States’ Due Diligence Obligations to Protect Women from Violence: A European Perspective in Light of the 2010 CoE Istanbul Convention* in W. Benedek et al (eds), *European Yearbook on Human Rights*, Cambridge, 2014.

Roberta De Paolis

*Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica*

la più ampia diffusione degli obblighi in essa contenuti, a partire dalla criminalizzazione di una serie di condotte che costituiscono violenza contro le donne e violenza domestica (come, ad esempio, il matrimonio e l'aborto forzato, lo stalking, le molestie sessuali, la violenza fisica e psicologica, la violenza sessuale, etc.). Inoltre, la Convenzione richiede che gli Stati adottino le misure necessarie affinché simili condotte siano punite con sanzioni effettive, proporzionali e dissuasive<sup>2</sup>, assicurando, allo stesso tempo, servizi di sostegno alle vittime di violenza che vadano dalla consulenza legale e psicologica, all'assistenza finanziaria, lavorativa, formativa e abitativa<sup>3</sup>. Infine, è bene sottolineare come la Convenzione di Istanbul abbia sancito un punto nevralgico nel dibattito circa le strategie di contrasto a questo tipo di violenza, convenendo sulla imprescindibilità di promuovere un cambiamento prima di tutto culturale capace di sradicare «costumi, tradizioni e tutte le altre pratiche che si basano sull'idea dell'inferiorità delle donne o su ruoli stereotipati per le donne e gli uomini»<sup>4</sup>. L'urgenza di un simile approccio sorge dalla preoccupante consapevolezza per cui la violenza di genere è diffusa indistintamente in tutti i Paesi del mondo – solo nell'Unione Europea si possono infatti contare 62 milioni di donne che hanno subito violenza sessuale a partire dall'età di 15 anni<sup>5</sup> – richiedendo quindi un'azione che agisca strutturalmente e che inibisca narrazioni assolutorie in cui la violenza si giustifica in forza della cultura, degli usi, della religione, della tradizione o, addirittura, del cosiddetto “onore”<sup>6</sup>.

Recependo le istanze internazionali sul tema, nell'ottobre 2015 la Commissione europea ha pubblicato una tabella di marcia a favore dell'adesione alla Convenzione di Istanbul<sup>7</sup>, seguita dalla proposta di

---

<sup>2</sup> Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (STCE no. 210), art. 45.

<sup>3</sup> Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (STCE no. 210), art. 20 e seguenti.

<sup>4</sup> Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (STCE no. 210), art. 12.

<sup>5</sup> FRA, Violence against Women: an EU-wide survey, [fra.europa.eu](http://fra.europa.eu).

<sup>6</sup> Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (STCE no. 210), art. 42, par. 1.

<sup>7</sup> EU Commission, Roadmap A (possible) EU accession to the CoE Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, October 2015, 2015/JUST/010 and EU Commission, Factsheet Q&A International Day for the Elimination of Violence against Women (24 November 2015), [europa.eu](http://europa.eu).

Roberta De Paolis

*Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica*

decisione del Consiglio sulla firma della Convenzione<sup>8</sup>. Nonostante simili passi, il processo di adesione ha incontrato svariati ostacoli, non da ultimo le incertezze che il Parlamento Europeo nutriva con riferimento a quale fosse la base giuridica adeguata affinché l'Unione Europea potesse aderire alla Convenzione<sup>9</sup>. Sul punto, il 6 aprile 2021 la Corte di Giustizia Europea ha individuato negli articoli 78, paragrafo 2, 82, paragrafo 2, 84 e 336 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) la base giuridica per avviare l'adozione della Convenzione a maggioranza qualificata, precisando inoltre che il Consiglio non dovesse attendere l'accordo comune degli Stati Membri dell'Unione per procedere alla firma della Convenzione<sup>10</sup>. Difatti, al tempo in cui la Corte di Giustizia Europea è stata chiamata a pronunciarsi, Bulgaria, Repubblica Ceca, Ungheria, Lettonia, Lituania e Slovacchia non avevano proceduto alla ratifica del trattato<sup>11</sup>. Peraltro, la ratifica da parte dell'Unione Europea è stata inserita tra le priorità dell'attuale Commissione von der Leyen, la quale, in seno alla Strategia 2020-2025, ha espressamente riconosciuto la Convenzione di Istanbul come «un punto di riferimento per la legislazione internazionale»<sup>12</sup>.

Di conseguenza, nella riunione del 21 febbraio 2023, il Consiglio ha chiesto l'approvazione del Parlamento europeo per adottare le decisioni sulla ratifica della Convenzione, il quale ha acconsentito all'adesione nella sessione plenaria del maggio 2023. In conclusione, il 1° ottobre 2023 l'Unione Europea è dunque diventata il 38esimo Stato membro aderente alla Convenzione di Istanbul, così impegnandosi ad approntare misure legali e politiche per prevenire la violenza contro le donne, sostenere le vittime e punire i colpevoli, oltre che a sottoporsi a valutazione periodica da parte del

---

<sup>8</sup> European Commission, Proposal for a Council Decision on the signing, on behalf of the European Union, of the Council of Europe Convention combating violence against women and domestic violence, Brussels (4 March 2016) COM (2016) 111 final 2016/0063.

<sup>9</sup> Request for an opinion submitted by the European Parliament pursuant to Article 218(11) TFEU (Opinion 1/19).

<sup>10</sup> Parere della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, 6 ottobre 2021, disponibile in [curia.europa.eu](https://curia.europa.eu); V. inoltre, S. De Vido – M. Frulli, *Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence. A Commentary on the Istanbul Convention*, Cheltenham, 2023.

<sup>11</sup> La Lettonia ha ratificato la Convenzione il 30 novembre 2023.

<sup>12</sup> European Commission, Communication From The Commission To The European Parliament, The Council, The European Economic And Social Committee And The Committee Of The Regions. A Union of Equality: Gender Equality Strategy 2020-2025, in [ec.europa.eu](https://ec.europa.eu).

Roberta De Paolis

*Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica*

GREVIO, il comitato di esperte ed esperti istituito dalla Convenzione<sup>13</sup>. Da quest'ultimo punto di vista, per attuare gli obiettivi stabiliti nella Convenzione<sup>14</sup>, nel marzo 2022 la Commissione europea ha presentato una proposta legislativa per una direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica, la quale è stata infine sottoscritta nel maggio 2024. Sebbene l'adesione alla Convenzione e l'adozione di una Direttiva sui medesimi temi potrebbero sembrare superflui o sovrabbondanti, «entrambi i passaggi sono fondamentali»<sup>15</sup>: per un verso, la Convenzione rappresenta il timone dell'azione legislativa europea, anche nel senso di promuovere l'utilizzo di una prospettiva di genere al diritto europeo; per altro verso, la Direttiva rappresenta lo strumento espansivo della Convenzione, laddove l'azione degli Stati membri dell'Unione sarà soggetta al controllo della Commissione per mezzo della procedura di infrazione. Infine, è bene precisare che, sebbene gli Stati membri che non hanno ratificato la Convenzione non saranno tenuti a rispettarne gli obblighi di criminalizzazione, essi saranno comunque chiamati a rispettare le previsioni che accedono al loro sistema giuridico per il tramite del diritto derivato dell'Unione Europea, fermo restando i limiti delle competenze attribuite dai Trattati.

Tutto considerato, nonostante la Direttiva approvata risulti coerente con gli obiettivi previsti dalla previgente Proposta in tema di criminalizzazione dei reati rilevanti in materia di violenza contro le donne, protezione e sostegno alle vittime, accesso alla giustizia, prevenzione, coordinamento e cooperazione, essa risulta mancante di uno degli elementi più innovativi che la Proposta aveva recepito proprio dalla Convenzione di Istanbul, ossia l'originario articolo 5 che, riprendendo l'articolo trentasei della Convenzione, basava la fattispecie di stupro sull'elemento del consenso. Difatti, non tutti gli Stati membri si sono trovati d'accordo nel

---

<sup>13</sup> GREVIO (Group of Experts on action against Violence against Women and Domestic Violence) è l'organismo di esperti indipendenti incaricato di monitorare l'attuazione da parte delle parti della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica. Sul punto, v. Codice di condotta che stabilisce le disposizioni interne relative all'esercizio dei diritti e all'adempimento degli obblighi dell'Unione europea e degli Stati membri ai sensi della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica 2023/C 194/03, art. 8.

<sup>14</sup> Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (STCE no. 210), art. 5.

<sup>15</sup> S. De Vido, *L'adesione dell'Unione europea alla Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa: il ruolo delle organizzazioni della società civile a tutela delle donne*, in *Sistema Penale*, 2023.

Roberta De Paolis

*Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica*

contemplare la fattispecie di stupro esclusivamente alla luce dell'elemento del consenso, tanto da creare frizioni tali per cui l'articolo 5 non è sopravvissuto alla seconda lettura della Proposta di direttiva. Una simile impasse in seno al Consiglio dell'Unione Europea è sintomatica di come gli Stati membri perseguano modelli interpretativi disomogenei nel valutare i casi di violenza sessuale, laddove non vi è una convergenza condivisa nel considerare il consenso un elemento imprescindibile della fattispecie. In altre parole, se gli Stati membri si dimostrano coesi nel riconoscere la cogenza di prevenire e contrastare la violenza contro le donne e la violenza domestica, lo stesso non si può dire per quanto riguarda il reato di stupro, il quale è sottoposto a definizioni e formulazioni differenti a seconda dell'ordinamento che è chiamato a legiferare sul tema. In definitiva, l'Unione Europea assiste ancora a una frammentazione legislativa in tema di stupro e consenso, la quale non solo rischia di minare gli sforzi internazionali sul punto, ma pregiudica altresì la garanzia di una tutela uniforme per le vittime di violenza sessuale e domestica.

Alla luce di quanto brevemente illustrato, l'articolo si propone pertanto di fornire una panoramica delle legislazioni sullo stupro in vigore tra gli Stati membri, indagando il ruolo che riveste il concetto di consenso al fine di distinguere una condotta sessuale lecita da una penalmente rilevante.

## *2. La Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica*

L'8 marzo 2022 è stata pubblicata la Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica<sup>16</sup> (Proposta), rivolta a promuovere tra gli Stati membri uno sforzo di armonizzazione penale finalizzato ad arginare quel tipo di violenza che viene perpetrata nei confronti «di una donna in quanto tale o che colpisce per antonomasia le donne»<sup>17</sup>. Un simile intervento è sorto dalla volontà di allinearsi alle istanze sollevate dalla Convenzione di Istanbul e dall'esigenza di contrastare un fenomeno talmente capillare e pervasivo da richiedere una strategia condivisa. Più nello specifico, è stato registrato che nell'Unione Europea la violenza contro le donne e la violenza domestica colpiscono una

---

<sup>16</sup> Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2022].

<sup>17</sup> Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2022], p. 1.

Roberta De Paolis

*Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica*

donna su tre, laddove una donna su dieci ha riferito di essere stata vittima di violenza sessuale e una su venti vittima di stupro<sup>18</sup>, mentre una su cinque riferisce di aver subito violenza domestica<sup>19</sup>. Nemmeno l'ambito lavorativo è scevro da questi episodi, infatti si stima che circa un terzo di tutte le donne dell'Unione Europea ha subito molestie sessuali<sup>20</sup>. Sul punto, vale la pena notare come l'espansione tecnologica e la maggiore connettività delle comunità abbiano ingenerato un effetto moltiplicatore per quanto riguarda i casi di violenza di genere: solo nel 2020 una ragazza su due è stata vittima di violenza di genere online<sup>21</sup>, laddove quest'ultima acquista una dimensione multiforme e intersezionale<sup>22</sup> – per cui le donne vengono colpite in quanto donne ma anche, a seconda dei casi, in quanto riconducibili a una certa etnia, minoranza religiosa, orientamento sessuale, classe sociale, etc. – fino a forme di vero e proprio estremismo che si traducono in condotte di istigazione all'odio e alla violenza. Difatti, la tecnologizzazione dei canali di comunicazione ha permesso di riunire individui che condividono idee

---

<sup>18</sup> V. M. Ezzati – A. D. Lopez – A. Rodgers – C. J.L. Murra, *Comparative Quantification of Health Risks Global and Regional Burden of Disease Attributable to Selected Major Risk Factors*, Geneva, 2004: Si definisce “violenza sessuale” qualsiasi attività sessuale con una persona che non voglia o sia impossibilitata a consentire all'atto sessuale a causa di alcool, droga o altre situazioni. Violenza sessuale è un termine molto generico che include diversi comportamenti come: lo stupro, anche se l'autore è il partner o il marito; qualsiasi contatto sessuale indesiderato; l'esposizione non gradita di un corpo nudo, l'esibizionismo e il voyeurismo; l'abuso sessuale di un minore; l'incesto; la molestia sessuale; atti sessuali su clienti o dipendenti perpetrati da terapeuti, medici, dentisti, capi, colleghi o altre figure professionali. Lo “stupro” si riferisce a un atto sessuale non consensuale completo in cui l'aggressore penetra la vagina, l'ano o la bocca della vittima con il pene, la mano, le dita o altri oggetti.

<sup>19</sup> Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali (FRA), *Violenza contro le donne. un'indagine a livello di Unione europea. Panoramica dei risultati*, 2014. L'indagine della FRA sulla violenza contro le donne è la più completa a livello mondiale sulle esperienze di violenza vissute dalle donne e si basa su interviste faccia a faccia con 42 000 donne in tutta l'UE.

<sup>20</sup> Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2022], p. 2.

<sup>21</sup> Servizio Ricerca del Parlamento europeo (EPRS), *Combating gender-based violence: Cyberviolence, European added value assessment (Contro la violenza di genere: la violenza online – Valutazione del valore aggiunto europeo)*, 2021.

<sup>22</sup> Sul punto: S. Warrior, *Inclusion and Exclusion: Intersectionality and Gender-Based Violence*, in R. Geffner – J. W. White – L.K. Hamberger – A. Rosenbaum – V. Vaughan-Eden – V.I. Vieth (eds), *Handbook of Interpersonal Violence and Abuse Across the Lifespan*. New York, 2022; L. De Pascale – C. Carbone Pascale, *Violenza sulle donne e intersezionalità: la capacità di risposta degli interventi a supporto dell'empowerment socio-economico*, in *Italian Journal of Social Policy*, 2021.

Roberta De Paolis

*Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica*

comuni che altrimenti rimarrebbero isolati gli uni dagli altri, facendo così da cassa di risonanza per narrazioni violente<sup>23</sup>. Da quest'ultimo punto di vista, un esempio paradigmatico è costituito dai cosiddetti “incel” o “celibi involontari”, uno dei movimenti sorti in risposta all'attivismo femminista, i quali assumono l'esistenza di un diritto naturale al sesso e vedono nelle resistenze o nel rifiuto delle donne all'intimità sessuale una forma di oppressione contro il genere maschile<sup>24</sup>. In forza di questa credenza, gli spazi online frequentati da questi utenti – la cosiddetta “incelosfera”<sup>25</sup> – sono costellati da contenuti e discussioni caratterizzati da assunti e pregiudizi violenti – come, ad esempio, che le donne sono principalmente mosse dal desiderio sessuale e tendono a tradire e manipolare gli uomini per sesso e denaro<sup>26</sup> – tanto da raggiungere livelli di tossicità assimilabili a quelli delle piattaforme di estrema destra<sup>27</sup>.

Come è evidente, la violenza contro le donne e la violenza domestica, oltre a rappresentare fenomeni dalle conseguenze drammatiche sulla salute fisica, sessuale e psicologica delle donne, costituiscono altresì una concreta minaccia per i valori fondamentali dell'Unione Europea, a partire dal diritto alla vita<sup>28</sup> e alla dignità umana<sup>29</sup>, la proibizione di trattamenti inumani e degradanti<sup>30</sup> e la libertà da qualsiasi forma di discriminazione, anche fondata sul sesso<sup>31</sup>. In definitiva, la Proposta non solo aveva l'obiettivo di allineare il diritto europeo alle norme internazionali consolidate sul tema, prima fra

<sup>23</sup> E. A. Griffin, *A First Look at Communication Theory*, New York, 1991, p. 235-246.

<sup>24</sup> A. Dordoni – S. Magaraggia, *Modelli di mascolinità nei gruppi online Incel e Red Pill: narrazione vittimistica di sé, deumanizzazione e violenza contro le donne*, in *International Journal of Gender Studies*, 2021, p. 35-67.

<sup>25</sup> M. Cannito – I. Crowhurst – R. Ferrero – E. Mercuri – V. Quaglia, *Fare mascolinità online: definire e indagare la manosphere*, in *International Journal of Gender Studies*, 2019; C.R Kelly – C. Aunspach, *Incels, Compulsory Sexuality, and Fascist Masculinity*, in *Feminist Formations*, 2020, p. 145-172.

<sup>26</sup> B. Van Brunt – C. Taylor, *Understanding and Treating Incels Case Studies, Guidance, and Treatment of Violence Risk in the Involuntary Celibate Community*, 2020

<sup>27</sup> M. Horta Ribeiro – J. Blackburn – B. Bradlyn – E. De Cristofaro, G. Stringhini – S. Long – S. Greenberg – S. Zannettou, *The Evolution of the Manosphere across the Web*, in *Proceedings of the International AAAI Conference on Web and Social Media*, 2021, p. 196-207.

<sup>28</sup> Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, art. 2.

<sup>29</sup> Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, art. 1.

<sup>30</sup> Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, art. 4.

<sup>31</sup> Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, art. 21.

Roberta De Paolis

*Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica*

tutte la Convenzione di Istanbul<sup>32</sup> e le raccomandazioni del gruppo Grevio<sup>33</sup>, ma soprattutto quello di creare una convergenza verso l'alto capace di colmare le lacune presenti tra gli Stati membri in punto di protezione, accesso alla giustizia, assistenza, prevenzione, coordinamento e cooperazione in tema di violenza di genere<sup>34</sup>. Allo scopo di assecondare simili ambizioni, la Proposta, pur lasciando un margine sufficiente affinché gli Stati membri potessero introdurre misure che tenessero conto delle situazioni specifiche di ciascun paese, ha dettagliato una serie di condotte che meritano di essere apprezzate dal punto di vista del diritto penale, come le mutilazioni genitali femminili<sup>35</sup>, la condivisione non consensuale di materiale intimo o manipolato<sup>36</sup>, lo stalking<sup>37</sup> e le molestie online<sup>38</sup>, sino ai reati di istigazione alla violenza e all'odio online<sup>39</sup>. Se quest'ultime previsioni non hanno sollevato particolari problemi in seno al Consiglio dell'Unione Europea – chiamato ad esprimersi dopo l'approvazione del testo della Proposta avvenuta a luglio 2023 da parte del Parlamento europeo – lo stesso non si può dire per l'articolo 5, contenente la definizione di “stupro”. Con tale rubrica si intendeva criminalizzare la condotta di chi compia o induca una donna a compiere “atti non consensuali di penetrazione”, vale a dire tutti quegli atti compiuti «senza il consenso volontario della donna o senza che la donna sia in grado di esprimere una libera volontà a causa delle sue condizioni fisiche o mentali, sfruttandone l'incapacità di esprimere una libera volontà in quanto incosciente, ebbra, addormentata, malata,

<sup>32</sup> Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (STCE n. 210); COM(2016) 111 final; vd. *Infra*.

<sup>33</sup> V. Risoluzione del 16 settembre 2021 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti l'identificazione della violenza di genere come nuova sfera di criminalità tra quelle elencate all'articolo 83, paragrafo 1, TFUE (2021/2035(INL)); vd. *infra*.

<sup>34</sup> Vedi Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2022], p. 2,3.

<sup>35</sup> Articolo 6, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2022], p. 38.

<sup>36</sup> Articolo 7, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2022], p. 39

<sup>37</sup> Articolo 8, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2022], p. 39

<sup>38</sup> Articolo 9, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2022], p. 39

<sup>39</sup> Art. 10, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2022], p. 40.



Roberta De Paolis

*Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica*

fisicamente lesa o disabile». <sup>40</sup> L'approvazione integrale del testo della Proposta avrebbe imposto agli Stati membri che non prevedono il consenso come elemento necessario della fattispecie di stupro di riformulare le loro fattispecie e adeguare gli oneri probatori: in buona sostanza, in forza di un simile intervento, non sarebbe stato più necessario dimostrare la coercizione fisica o morale per dirsi integrata la fattispecie di stupro, ma sarebbe bastato dimostrare che il rapporto sessuale fosse avvenuto in assenza del consenso volontario della donna o senza che la donna fosse in grado di esprimere una libera volontà.

Sul punto, i ventisette Stati membri rappresentati in seno al Consiglio dell'Unione Europea non si sono trovati allineati, laddove Paesi come Francia, Germania, Olanda, Polonia, Ungheria e Repubblica Ceca hanno richiesto, per motivi diversi, l'eliminazione dell'articolo 5 dalla Proposta. Per un verso, si riteneva che il tema non rientrasse nelle competenze giuridiche dell'Unione Europea ma che, per converso, si trattasse di una materia di competenza esclusiva dei singoli Stati membri. Difatti, l'iniziativa legislativa europea in punto di violenza di genere e violenza domestica si giustificava alla luce del reato di sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, fattispecie che, a norma dell'articolo 83 TFUE, attribuisce all'Unione diritto di legiferare in quanto fenomeno di speciale gravità e di natura transnazionale. Più nello specifico, l'articolo 83 TFUE prevede che l'Unione Europea possa «stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni», laddove dette sfere di criminalità si sostanziano nel «(...) terrorismo, tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata». In altre parole, l'articolo 83 TFUE è la pietra angolare entro cui si legittima e si esprime la competenza europea in diritto penale, la quale non istituisce *ex se* fattispecie penali direttamente applicabili, ma stabilisce “norme minime” che devono essere recepiti nei sistemi nazionali nella misura in cui esse si dimostrino essenziali per raggiungere i risultati di deterrenza (criterio dell'essenzialità) <sup>41</sup> e di attuazione efficace di

<sup>40</sup> Articolo 5, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2022], p. 38.

<sup>41</sup> A. Dawes and O. Lynskey, *The ever-longer arm of EC law: the extension of community competence into the field of criminal law*, in *Common Market Law Review*, 2008, p.131, 132.

Roberta De Paolis

*Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica*

una specifica politica dell'UE (criterio dell'efficacia)<sup>42</sup>. Pertanto, la Proposta rinveniva la sua base giuridica di legittimazione nell'articolo 83 TFUE, segnatamente nella parte che contempla lo sfruttamento sessuale di donne e minori, inteso come «qualsiasi abuso, effettivo o tentato, di una condizione di vulnerabilità, di uno squilibrio di poteri o di fiducia, ivi incluso, ma non solo, il fatto di trarre un vantaggio monetario, sociale o politico da un atto sessuale con un'altra persona» ovvero «l'acquisizione di potere o di dominio su un'altra persona a fini di gratificazione sessuale, guadagno economico e/o avanzamento di carriera»<sup>43</sup>. Entrambe le ipotesi, secondo la Commissione, «costituiscono il presupposto di un reato di stupro e di mutilazione genitale femminile»<sup>44</sup>. Nonostante ciò, alcuni ordinamenti non hanno convenuto sul fatto che lo stupro rientrasse nei reati di sfruttamento sessuale delle donne e dei minori. Inoltre, Stati membri come la Francia, si opponevano all'introduzione del reato di stupro per come tratteggiato dalla Proposta per questioni meramente tecniche: si voleva infatti evitare che l'intera Direttiva, in tempi futuri, potesse offrire ad altri Stati il pretesto per sollevare una questione di giurisdizione dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione Europea, minandone così in radice l'intento armonizzatore<sup>45</sup>.

### *3. La Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica*

A fronte della necessità di conciliare la posizione del Parlamento Europeo e quella del Consiglio, è stato necessario coinvolgere un Comitato di Conciliazione il quale, il 6 febbraio 2024, ha trovato un accordo su di un testo che non includeva la previsione normativa che impone la criminalizzazione dello stupro in assenza di consenso, sostituita da un generico obbligo di sensibilizzazione sul tema<sup>46</sup>. A valle di un simile intervento conciliativo, il 24 aprile 2024 la Direttiva è stata approvata dal Parlamento in via definitiva, seguita dall'approvazione del Consiglio del 7

---

<sup>42</sup> J. Öberg, *Do We Really Need Criminal Sanctions for The Enforcement Of Eu Law?*, in *New Journ. of Eu. Cr. Law*, 2014, p. 370.

<sup>43</sup> Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2022], p. 9.

<sup>44</sup> Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2022], p. 9.

<sup>45</sup> [euractiv.fr](https://euractiv.fr), [videos.senat.fr](https://videos.senat.fr).

<sup>46</sup> Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2024], art. 35.

Roberta De Paolis

*Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica*

maggio e la sottoscrizione da parte dei Presidenti del Parlamento e del Consiglio il 14 e 15 maggio 2024<sup>47</sup>. Quest'ultima stabilisce norme minime per prevenire e combattere la violenza contro le donne e la violenza domestica<sup>48</sup>, obbligando gli Stati membri a criminalizzare condotte la cui rilevanza penale non è controversa – si pensi alle mutilazioni genitali femminili<sup>49</sup> e al matrimonio forzato<sup>50</sup> – e gli illeciti perpetrati online, luogo di preferenza per attività quali la condivisione non consensuale di materiale intimo o manipolato<sup>51</sup>, lo stalking<sup>52</sup>, le molestie<sup>53</sup> e l'istigazione alla violenza e all'odio<sup>54</sup>. Per converso, la Direttiva approvata non include la definizione del reato di stupro basata sul consenso, sostituita da un articolo che richiede agli Stati membri di adottare misure volte a promuovere «il ruolo centrale del consenso nelle relazioni sessuali, che deve essere dato volontariamente quale libera manifestazione della volontà della persona»<sup>55</sup>. Parallelamente a queste previsioni, la Direttiva richiede che gli Stati membri apprestino una serie di misure dirette a rafforzare l'assistenza e la protezione delle vittime di violenza. In questo senso vanno lette le previsioni rivolte a creare dei canali accessibili e tempestivi per le vittime che vogliano denunciare un caso di violenza<sup>56</sup>, e quelle che accordano alle autorità competenti il potere di emettere, in situazione di pericolo per la salute o l'incolumità della vittima o delle persone a suo carico, ordini urgenti di allontanamento, ordinanze

<sup>47</sup> Procedure 2022/0066/COD COM (2022) 105: Proposta di Direttiva Del Parlamento Europeo E Del Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica, in [europa.eu](http://europa.eu).

<sup>48</sup> Direttiva Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2024], art. 1.

<sup>49</sup> Direttiva Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2024], art. 3.

<sup>50</sup> Direttiva Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2024], art. 4.

<sup>51</sup> Direttiva Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2024], art. 5.

<sup>52</sup> Direttiva Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2024], art. 6.

<sup>53</sup> Direttiva Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2024], art. 7.

<sup>54</sup> Direttiva Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2024], art. 8.

<sup>55</sup> Direttiva Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2024], art. 35.

<sup>56</sup> Direttiva Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2024], art. 14.

Roberta De Paolis

*Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica*

restrittive e ordini di protezione<sup>57</sup>. Inoltre, la Direttiva si preoccupa che gli Stati membri forniscano alle forze dell'ordine, alle autorità inquirenti<sup>58</sup> e a tutti i professionisti deputati a fornire assistenza specialistica<sup>59</sup>, orientamenti e protocolli attenti alla prospettiva di genere, che siano scevri da stereotipi e che permettano un'interazione con la vittima consona al trauma vissuto. Una simile attenzione alla vittima è motivata dalla necessità di evitare casi di vittimizzazione secondaria<sup>60</sup>, ragion per cui la Direttiva rende prioritaria la protezione della vita privata, nella misura in cui stabilisce che le prove relative al comportamento passato della persona che ha subito violenza o ad altri aspetti della vita privata possano essere utilizzabili solo se pertinenti e necessarie al caso di specie<sup>61</sup>. Per gli stessi motivi, è stata prevista un'assistenza mirata ai minori<sup>62</sup>, sia nei casi in cui essi siano stati vittime dirette di violenza che in quelli di cosiddetta "violenza assistita"<sup>63</sup>, oltre che un supporto specifico per i gruppi a rischio o comunque per tutti coloro interessati da esigenze intersezionali<sup>64</sup>. A corredo di simili misure, gli Stati

<sup>57</sup> Direttiva Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2024], art. 19.

<sup>58</sup> Direttiva Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2024], art. 21.

<sup>59</sup> Direttiva Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2024], artt. 25; 26; 27; 28; 29.

<sup>60</sup> La vittimizzazione secondaria si verifica quando la vittima subisce un ulteriore danno non come conseguenza diretta dell'atto criminale, ma a causa del modo in cui le istituzioni e gli altri individui trattano la vittima. La vittimizzazione secondaria può essere causata, ad esempio, dalla ripetuta esposizione della vittima all'autore del reato, da ripetuti interrogatori sugli stessi fatti, dall'uso di un linguaggio inappropriato o da commenti insensibili da parte di tutti coloro che incontrano la vittima. Si veda: R. Condry, *Secondary Victims and Secondary Victimization*, in *International Handbook of Victimology*, a cura di Shoham – Knepper – Kett, Boca Raton, 2010; R. Campbell – S. Raja, *Secondary Victimization of Rape Victims: Insights From Mental Health Professionals Who Treat Survivors of Violence*, in *Violence and Victims*, 1999, 261.

<sup>61</sup> Direttiva Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2024], art. 20.

<sup>62</sup> Direttiva Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2024], art. 31.

<sup>63</sup> «Per violenza minore s'intende la provocazione, il rifiuto, la derisione, l'attacco verbale con urla e minacce e un uso limitato della forza fisica (...); la violenza maggiore si riferisce invece all'attacco fisico, alle percosse, alle ferite inferte all'altro, ma anche alla segregazione del partner»: Vedi V. Cigoli – M. Gennari, *Violenza di coppia e tenerezza dei legami. Metodologia dell'intervento clinico in caso di divorzio*, in *Terapia Familiare*, 2008, p.28

<sup>64</sup> Direttiva Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2024], art. 33.

Roberta De Paolis

*Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica*

membri sono chiamati ad approntare delle infrastrutture adeguate che garantiscano assistenza e sostegno continuativo per le vittime di violenza, a partire dall'instaurazione di linee di assistenza telefonica per le vittime, disponibili gratuitamente ventiquattro ore al giorno e sette giorni alla settimana<sup>65</sup>, sino alla predisposizione di sistemazioni temporanee che rispondano alle esigenze specifiche della vittima e ne promuovano un percorso finalizzato alla riappropriazione di una vita indipendente<sup>66</sup>. Infine, la Direttiva attenziona le attività di prevenzione ed intervento precoce<sup>67</sup> in una prospettiva globale e a più livelli, contemplando lo svolgimento di campagne o attività di sensibilizzazione mirati<sup>68</sup>, anche per i giovanissimi, piani di formazione ed informazione per i professionisti deputati a ricevere o agevolare le segnalazioni di reati di violenza contro le donne<sup>69</sup>, e programmi di intervento dedicati alle persone che hanno commesso reati di violenza o a coloro per i quali si ritiene che vi sia il rischio di commettere simili reati<sup>70</sup>. È in seno a quest'ultimo indirizzo che si apprezza il compromesso raggiunto nell'attività di conciliazione tra il Parlamento e il Consiglio, laddove, seppur è stata eliminata la norma che introduceva il reato di stupro basato sul consenso, richiede agli Stati membri di promuovere il ruolo centrale di quest'ultimo<sup>71</sup> anche attraverso campagne e programmi di sensibilizzazione che sostengano il cambiamento dei modelli comportamentali nelle relazioni sessuali, le quali dovrebbero essere basate su di un consenso liberamente prestato e manifesto.

#### *4. La questione del consenso alla luce delle fonti internazionali*

---

<sup>65</sup> Direttiva Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2024], art. 29.

<sup>66</sup> Direttiva Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2024], art. 30.

<sup>67</sup> Direttiva Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2024], Capo V.

<sup>68</sup> Direttiva Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2024], art. 34.

<sup>69</sup> Direttiva Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2024], art. 36.

<sup>70</sup> Direttiva Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2024], art. 37.

<sup>71</sup> Direttiva Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica [2024], art. 35.

Roberta De Paolis

*Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica*

La frammentazione europea in tema di consenso costituisce un *vulnus* all'uopo di un'efficace strategia a contrasto della violenza di genere a livello europeo, così come un ostacolo all'armonizzazione di alcune norme di diritto penale sostanziale che interessano i valori fondanti su cui l'Unione è stata costruita e ha l'ambizione di consolidarsi. È proprio in forza di una situazione di questo tipo che, rispetto alle ambizioni originarie, la Direttiva approvata dal Parlamento Europeo rappresenta una versione mitigata e compromissoria rispetto alla Proposta originariamente pensata dalla Commissione Europea.

A valle di ciò, è doveroso notare in questa sede che la mancata convergenza degli Stati membri sulla definizione del reato di stupro risulta altresì in contrasto con le fonti di diritto internazionale, le quali, per converso, sembrano confluire sul concetto di stupro alla stregua di un rapporto sessuale non consensuale, vale a dire non pienamente volontario. In questo senso, non può non venire citato il caso *M.C. v. Bulgaria*, in cui la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU)<sup>72</sup> ha ritenuto la Bulgaria colpevole di aver violato gli articoli 3 e 8 della Carta Europea dei diritti dell'Uomo, i quali impongono, rispettivamente, l'obbligo di adottare misure volte a garantire che gli individui non siano sottoposti a maltrattamenti, compresi quelli perpetrati da privati, e, in ossequio al diritto all'effettivo rispetto della vita privata, l'obbligo di garantire un'efficace deterrenza contro atti gravi come lo stupro<sup>73</sup>. Sul punto, la Corte ha precisato che, sebbene il panorama europeo sia stato storicamente caratterizzato da legislazioni e prassi che basavano il reato di stupro sull'elemento della forza e della resistenza fisica, gli ultimi decenni si sono contraddistinti da una chiara e costante tendenza volta a superare un simile onere probatorio gravante in capo alla vittima. In questo contesto si distinguono virtuosamente gli ordinamenti irlandese e inglese, i quali, sensibili alle innovazioni provenienti dagli Stati Uniti, hanno formalizzato che il consenso della vittima non possa essere dedotto dalla mancata resistenza al rapporto sessuale<sup>74</sup>. Per altro verso, nei paesi europei influenzati dalla tradizione giuridica continentale, è la giurisprudenza ad essersi resa

---

<sup>72</sup> European Court of Human Rights, 1st section, *Case Of M.C. v. Bulgaria*, Strasbourg, 4 Marzo 2004.

<sup>73</sup> European Court of Human Rights, 1st section, *Case Of M.C. v. Bulgaria*, Strasbourg, 4 Marzo 2004, p. 28

<sup>74</sup> S. J. Schulhofer, *What Does 'Consent' Mean?*, in T. Hörnle (eds), *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective*, New York, 2023, p. 67.

Roberta De Paolis

*Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica*

protagonista di un movimento innovatore rivolto a considerare la mancanza di consenso, e non la forza, l'elemento costituito del reato di stupro<sup>75</sup>.

Con riferimento al caso di specie, la CEDU trovava che i pubblici ministeri bulgari, pur non escludendo la possibilità che la ricorrente non avesse acconsentito, concludevano che l'impossibilità di provare la resistenza della vittima non permettesse di stabilire altresì l'assenza di consenso. In buona sostanza, i pubblici ministeri avrebbero rinunciato all'opportunità di dimostrare la *mens rea* degli autori alla luce di tutte le circostanze rilevanti<sup>76</sup>. In forza di un simile approdo, la CEDU stabiliva che le autorità devono per converso esaminare tutti i fatti e decidere sulla base di una valutazione di tutte le circostanze, tenendo presente che le indagini e le conclusioni sui casi in tema di violenza sessuale devono essere incentrate sulla "questione del non consenso"<sup>77</sup>.

Un simile orientamento si è visto confermato in seno alla Convenzione di Istanbul, nella misura in cui offre una definizione di stupro radicata sul concetto di consenso che deve essere dato volontariamente e valutato «tenendo conto delle situazione e del contesto»<sup>78</sup>. Più nello specifico, l'articolo 36 della Convenzione di Istanbul chiarisce che per stupro si intende qualsiasi atto sessuale non consensuale con penetrazione o non, ovvero il fatto di costringere un'altra persona a compiere atti sessuali non consensuali con un terzo. A questo proposito, a detta della Relazione esplicativa alla Convenzione del Consiglio d'Europa<sup>79</sup>, le parti contraenti devono tenere conto proprio della giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo per come assestata nel caso *Mc. C. Bulgaria*. Sul punto, la Relazione avverte che la rigidità degli approcci nel perseguire i reati sessuali, come quello esclusivamente fondato sulla prova della resistenza fisica, rischia di lasciare impuniti alcuni tipi di stupro e di compromettere così l'effettiva protezione dell'autonomia sessuale dell'individuo<sup>80</sup>.

---

<sup>75</sup> European Court of Human Rights, 1st section, *Case Of M.C. v. Bulgaria*, Strasbourg, 4 Marzo 2004, p. 29.

<sup>76</sup> European Court of Human Rights, 1st section, *Case Of M.C. v. Bulgaria*, Strasbourg, 4 Marzo 2004, p. 32

<sup>77</sup> European Court of Human Rights, 1st section, *Case Of M.C. v. Bulgaria*, Strasbourg, 4 Marzo 2004, p. 33

<sup>78</sup> Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, art. 36.

<sup>79</sup> *istat.it*, p. 32, 33.

<sup>80</sup> European Court of Human Rights, 1st section, *Case Of M.C. v. Bulgaria*, Strasbourg, 4 Marzo 2004, p. 30.

Roberta De Paolis

*Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica*

Infine, vale la pena notare come l'orientamento della Convenzione di Istanbul si pone altresì in continuità con le indicazioni predisposte dalla Corte Penale Internazionale in tema di procedura penale e prove, laddove la Regola numero 70 stabilisce che, in caso di violenza sessuale, il consenso non può essere dedotto dal silenzio, dalla mancata resistenza ovvero dalle parole o dalla condotta della vittima quando quest'ultima si trova in una situazione che pregiudica la sua capacità di dare un consenso volontario e genuino (in caso di forza, minaccia di forza, coercizione, l'approfittamento di un ambiente coercitivo, etc.)<sup>81</sup>.

##### *5. Sul consenso: approdi e questioni aperte*

Il quadro brevemente illustrato sinora impone di chiarire, seppur senza ambizione di esaustività, i termini entro cui il concetto di “consenso” con riferimento ai reati di stupro rappresenta ancora un tema di grande dibattito, tanto da costituire un nodo cruciale di iniziative nazionali e internazionali.

Il reato di stupro era convenzionalmente legato al concetto di integrità fisica della vittima, laddove l'illiceità di un rapporto sessuale si rinveniva alla luce della coercizione esercitata dall'agente e dallo stato di soggezione della vittima<sup>82</sup>. Tuttavia, a partire dalla sensibilità sviluppata negli Stati Uniti d'America intorno agli anni Settanta, il requisito della violenza è venuto progressivamente a indebolirsi, comportando dapprima un'estensione del reato di stupro anche ai casi di coercizione non strettamente fisica, in seguito riconcependo il bene giuridico tutelato: non più una fattispecie a protezione esclusiva dell'integrità fisica, quanto piuttosto a salvaguardia dell'autonomia sessuale<sup>83</sup>, ossia il diritto di ogni persona di scegliere liberamente se e con chi avere rapporti sessuali. Sul punto, è bene specificare che la conformazione del principio dell'autonomia sessuale è composita, nel senso che si declina in due concetti tra loro interdipendenti: la libertà dal sesso indesiderato (libertà sessuale negativa) e la libertà di avere una relazione sessuale desiderata con una persona consenziente (libertà sessuale positiva)<sup>84</sup>. In altre parole, l'autonomia sessuale include il diritto a non dover

---

<sup>81</sup> *icc-cpi.int*.

<sup>82</sup> S. J. Schulhofer, *What Does 'Consent' Mean?*, in Tatjana Hörnle (eds), *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective*, Oxford, 2023, p. 54.

<sup>83</sup> S. J. Schulhofer, *Unwanted Sex*, Cambridge, 1998.

<sup>84</sup> S. J. Schulhofer, *What Does 'Consent' Mean?*, in Tatjana Hörnle (eds), *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective*, Oxford, 2023, p. 54.



Roberta De Paolis

*Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica*

subire nella propria sfera sessuale invasioni indesiderate e quello di esplicitare qualsiasi attività sessuale in conformità ai propri desideri e nei confronti di soggetti capaci e consenzienti. L'equilibrio tra queste due libertà è fondamentale per assicurare che un rapporto sessuale non travalichi in stupro, laddove l'esclusiva tutela della libertà sessuale negativa frustrerebbe la libertà di perseguire un'intimità reciprocamente desiderata, mentre l'esclusiva valorizzazione della libertà sessuale positiva si presterebbe a rappresentare un espediente potenzialmente capace di giustificare un rapporto sessuale indesiderato. Pertanto, al fine di scongiurare che si realizzino i due estremi appena menzionati, è necessario individuare un parametro in forza del quale discriminare un rapporto sessuale legittimo da uno stupro. Una simile necessità sorge in seno ad una nuova consapevolezza, ossia quella per cui «lo stupro è un reato infinitamente più banale»<sup>85</sup> del diffuso ma irrealistico immaginario dello stupratore alla stregua di una persona malata che agisce in modo incontrollato; trattandosi, per converso, di una condotta interclasse e spesso riconducibile a individui insospettabili in quanto parte del nucleo familiare o comunque del circolo ristretto della vittima. Difatti, è stato registrato che, a partire dai 15 anni, 245 milioni di donne e ragazze subiscono annualmente violenza dai loro partner<sup>86</sup>: a titolo puramente esemplificativo, da gennaio a novembre 2023, il 31,5% delle donne italiane tra i 16 e 70 anni ha subito molestie fisiche, di cui il 53% dei casi riferibili al partner ed il 25% ad un ex partner<sup>87</sup>; in Inghilterra e Galles, il 6,9% delle donne dai 16 anni in su ha subito abusi domestici nel corso del 2022<sup>88</sup>; in Irlanda una donna su sei ha subito violenza da un partner a partire dai 15 anni<sup>89</sup>; mentre in Grecia il 46% delle donne ha subito violenza sessuale nella propria casa<sup>90</sup>. Neanche i paesi nordici, riconosciuti tra i più sensibili in tema di uguaglianza di genere, sembrano sfuggire da simili stime, tanto da poter parlare di un vero e proprio “paradosso nordico”, laddove i tassi di violenza riferibili alle

---

<sup>85</sup> M. Garcia, *Di cosa parliamo quando parliamo di consenso. Sesso e rapporti di potere*, Torino, 2022, p.7.

<sup>86</sup> [unric.org](http://unric.org).

<sup>87</sup> [istat.it](http://istat.it).

<sup>88</sup> [ons.gov.uk](http://ons.gov.uk).

<sup>89</sup> M. Wemrell, *Stories of Backlash in Interviews With Survivors of Intimate Partner Violence Against Women in Sweden*, in *Violence Against Women*, 29(2), 2023, p. 154-184

<sup>90</sup> [eige.europa.eu](http://eige.europa.eu).

Roberta De Paolis

*Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica*

relazioni di intimità<sup>91</sup> superano di gran lunga la media del 22% a cui si assesta l'Unione Europea: 32% in Danimarca<sup>92</sup>, 30% in Finlandia<sup>93</sup>, 28% in Svezia e 22,4% in Islanda<sup>94</sup>.

In definitiva, è sorta una matrice di cambiamento nella direzione di considerare la coercizione fisica semplicemente come un fattore rilevante per determinare la portata criminale di un rapporto sessuale e non un prerequisito necessario della condotta che, viceversa, dovrebbe rinvenirsi nel consenso accordato dalla vittima a consumare un rapporto sessuale. Tuttavia, la questione del consenso all'interno dei rapporti interpersonali è controversa per almeno un doppio ordine di ragioni: in primo luogo, non vi è piena convergenza su cosa significhi consenso e, per altro verso, quale sia il grado della sua coerenza o le condizioni della sua possibilità. Difatti, il consenso assume diverse forme ed estensioni a seconda del contesto in cui lo si inserisce, laddove nel diritto dei contratti, ad esempio, esso costituisce la *conditio sine qua non* affinché un contratto possa dirsi legalmente valido. Nonostante ciò, vi sono contratti che non presuppongono la formulazione esplicita del consenso, laddove si può contrarre un'obbligazione attraverso un consenso tacito, ma inequivocabile, in cui una parte acconsente alle conseguenze necessarie del proprio atto: salire sul taxi significherà quindi contrarre tacitamente l'obbligazione di pagare la corsa, sedersi al tavolo di un ristorante significherà contrarre tacitamente l'obbligazione di pagare il pasto, e così via. In tutti questi casi si presuppone che vi sia stato un libero incontro di volontà univocamente orientato a contrarre l'obbligazione, tant'è che una parte potrà revocare il proprio consenso precedentemente accordato solo in casi eccezionali, vale a dire solo in presenza di condizioni tali da viziare il consenso accordato. Quest'ultime sono generalmente tassativamente previste dalla legge, a riprova del fatto che nel diritto dei contratti non rileva tanto l'atteggiamento psicologico con cui si presta il consenso<sup>95</sup>, quanto piuttosto l'oggettiva presenza di determinate situazioni che il legislatore ritiene sufficienti per giudicare il consenso viziato e, di conseguenza, assumere una formazione anomala della volontà durante il

---

<sup>91</sup> G. A. Bogat, A. M. Garcia, A. A. Levendosky, *Assessment and Psychotherapy with Women Experiencing Intimate Partner Violence: Integrating Research and Practice*, in *Psychodyn Psychiatry*, 2013, p. 189-217.

<sup>92</sup> [eige.europa.eu](http://eige.europa.eu).

<sup>93</sup> [eige.europa.eu](http://eige.europa.eu).

<sup>94</sup> [government.is](http://government.is).

<sup>95</sup> M. Garcia, *Di cosa parliamo quando parliamo di consenso. Sesso e rapporti di potere*, Torino, 2022, p.31.

Roberta De Paolis

*Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica*

suo processo di creazione. Per questo motivo, non esiste un «diritto di recesso unilaterale discrezionale» in tema di contratti<sup>96</sup>, nel senso che, ad esempio, l'obbligazione di pagare un pasto al ristorante ovvero una corsa sul taxi non può venir meno a discrezione di coloro che si sono tacitamente obbligati alla controprestazione. Tuttavia, lo stesso ragionamento non è applicabile al concetto di consenso inserito nell'ambito del diritto penale. Difatti, il consenso nel diritto penale non produce un'obbligazione, quanto piuttosto un' "autorizzazione"<sup>97</sup>, alla stregua di un atto unilaterale capace di sospendere un'incriminazione a tutela di un interesse o bene disponibile in quanto inibisce la sua costituzione materiale ovvero si pone come elemento di giustificazione<sup>98</sup>. In altre parole, il consenso in ambito penale rappresenta una difesa ad un'azione illecita<sup>99</sup>, nel senso di escludere la punibilità di condotte che, viceversa, integrerebbero fattispecie criminose. Un simile funzionamento risulta pertanto fondamentale quando vi è in gioco la libertà sessuale, laddove il consenso segna il confine tra una condotta che è «seconda solo all'omicidio per la sua efferatezza»<sup>100</sup> da una condotta penalmente innocua. Tuttavia, contrariamente ai casi in cui i soggetti implicati sono posti sullo stesso piano relazionale (come nel diritto dei contratti), «essere d'accordo ad avere un rapporto sessuale costituisce un'espressione assai vaga»<sup>101</sup>. Detto diversamente, se di primo acchito il consenso esprime l'idea di un accordo, una convergenza univoca di volontà, quando aderisce all'ambito dei rapporti sessuali esso «si colloca in uno spazio di significato assai ampio»<sup>102</sup>, laddove la linea di demarcazione tra ciò che si sceglie e ciò che si accetta, o addirittura subisce, può essere molto sottile. In definitiva, il concetto di consenso può variare a seconda del contesto di riferimento ed è in quest'ultimo che si sviluppano le condizioni della sua possibilità, ovvero le modalità entro cui il consenso viene prestato che fanno sì che esso venga ritenuto valido. Difatti, se il consenso espresso

---

<sup>96</sup> E. Raschel, *La pénalisation des atteintes au consentement dans le champ contractuel*, Poitiers, 2014.

<sup>97</sup> M. Garcia, *Di cosa parliamo quando parliamo di consenso. Sesso e rapporti di potere*, Torino, 2022, p.33.

<sup>98</sup> X. Pin, *Le consentement en matière pénale*, Thèses, 2002

<sup>99</sup> P. K. Westen, *Some Common Confusions About Consent in Rape Cases*, in *Ohio State Journal of Criminal Law*, 2004, p. 333

<sup>100</sup> H.M. Hurd, *The Moral Magic of Consent*, in *Legal Theory*. 1996 p. 121-146.

<sup>101</sup> M. Garcia, *Di cosa parliamo quando parliamo di consenso. Sesso e rapporti di potere*, Torino, 2022, p.7.

<sup>102</sup> M. Borrello, *Consenso e violenza sessuale: tra normatività e problematicità*, (2023) Baden-Baden, p. 2.

Roberta De Paolis

*Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica*

nel diritto dei contratti è valido ogni qualvolta non vi siano le condizioni tipizzate dal legislatore per cui esso possa dirsi viziato, lo stesso non si può dire per il diritto penale: prestare il consenso non è sufficiente affinché un atto possa ritenersi non-criminale, vigendo infatti il principio *voluntas non excusat iniuriam*, in virtù del quale il consenso della vittima non annulla il reato<sup>103</sup>. È dunque in questo frangente che emerge un'altra fondamentale distinzione tra il consenso nel diritto privato e nel diritto penale, vale a dire la rilevanza attribuita alla differenza tra il consenso effettivo e quello legale. Una donna può effettivamente prestare il suo consenso quando sceglie, con le parole o con le azioni, di intraprendere un rapporto sessuale: un consenso così formato è anche legalmente valido quando viene prestato in condizioni che la giurisdizione di riferimento ritiene sufficienti affinché la sua condotta o esperienza costituisca una difesa dal reato di stupro<sup>104</sup>. Difatti, dalla fine del diciannovesimo secolo<sup>105</sup>, si è convenuto sul fatto che non fosse sufficiente aver “comunicato” o “dimostrato” il proprio consenso ad un rapporto sessuale, ove le circostanze del caso non permettessero di ritenerlo prestato in inequivocabili condizioni di libertà e volontarietà: si tratta di tutte quelle situazioni in cui la persona che sembra acconsentire al rapporto è giudicata incapace (per minore età, per incoscienza, per intossicazione, per disabilità mentale o fisica) ovvero perché si trova in una posizione subordinata rispetto all'altra parte<sup>106</sup>. Tale impostazione spiega il motivo per cui gli Stati membri posseggono previsioni penali che fissano la cosiddetta “età del consenso”, vale a dire l'età al di sotto della quale un rapporto sessuale non è considerato legittimo, a prescindere dal consenso effettivamente prestato e in assenza di circostanze eccezionali. Ad esempio, l'ordinamento italiano ritiene che il consenso dato ad un rapporto sessuale da parte di un minore di tredici anni non possa ritenersi valido, a meno che il rapporto avvenga con un altro minore e se la differenza di età tra i soggetti non è superiore a quattro anni<sup>107</sup>. Pertanto, se una minore di tredici

<sup>103</sup> Paradigmatica di questo principio è proprio la previsione di cui all'articolo 579 del codice penale italiano, nella parte in cui punisce chiunque cagioni la morte di un uomo, col consenso di lui.

<sup>104</sup> P. K. Westen, *Some Common Confusions About Consent in Rape Cases*, in *Ohio State Journal of Criminal Law*, 2004, p. 335.

<sup>105</sup> Stuart P. Green, *Presuming Non-consent to Sex in Cases of Incapacity and Abuse of Position*, in Tatjana Hörnle (eds), *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective*, New York, 2023, p.1

<sup>106</sup> Si pensi agli agenti penitenziari e detenuti, operatori sanitari e pazienti, educatori e studenti, allenatori e atleti, ecc.

<sup>107</sup> Codice Penale, Art. 609 *quater*.

Roberta De Paolis

*Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica*

anni presta il suo consenso ad avere un rapporto sessuale con un maggiorenne – nel senso che sceglie il rapporto sessuale come ciò che desidera incondizionatamente per se stessa, che preferisce per se stessa nelle circostanze in cui ritiene di trovarsi, oppure come ciò a cui è sufficientemente indifferente da essere disposta a lasciare il suo verificarsi ad altri<sup>108</sup> – quest’ultimo non è ritenuto sufficiente dal punto di vista legale per escludere l’ipotesi criminale dello stupro. In Germania, i minori di quattordici anni non sono imputabili, mentre il rapporto sessuale tra infrasedicenni integra un reato minorile; per converso, l’età del consenso prevista dall’ordinamento austriaco è di quattordici anni, mentre quello di Svizzera e Paesi Bassi è di sedici anni<sup>109</sup>.

In definitiva, il consenso legale è quello che valorizza certe condizioni in cui non sembra poter esistere «una prova positiva della mancanza di consenso della vittima»<sup>110</sup>, presumendo quindi che il rapporto sessuale non sia consensuale, a prescindere dalla presenza di un consenso effettivo.

A tal riguardo, è bene notare come in alcune giurisdizioni, soprattutto in tempi meno recenti, fosse possibile assistere ad una logica inversa, ossia il caso in cui era l’ordinamento stesso che imputava alla donna una scelta che prescindeva dal consenso effettivamente prestato da quest’ultima: si consideri la cosiddetta “esenzione dallo stupro coniugale”, in forza della quale si riteneva che, in seguito alla contrazione del matrimonio, la donna acconsentisse ai futuri rapporti sessuali a cui il marito avrebbe potuto sottoporla<sup>111</sup>. Analogamente si potrebbe dire dell’interpretazione per cui una donna che ha deciso di iniziare un rapporto sessuale in condizioni di competenza, conoscenza e libertà, si ritiene continui ad acconsentire per tutta la durata del rapporto sessuale, a prescindere dal fatto che possa cambiare radicalmente idea prima della conclusione di quest’ultimo<sup>112</sup>. In buona sostanza, il consenso iniziale ad un rapporto sessuale equivarrebbe al

<sup>108</sup> P. K. Westen, *Some Common Confusions About Consent in Rape Cases*, in *Ohio State Journal of Criminal Law*, 2004, p. 335.

<sup>109</sup> [fra.europa.eu](http://fra.europa.eu).

<sup>110</sup> S. P. Green, *Presuming Non-consent to Sex in Cases of Incapacity and Abuse of Position*, in Tatjana Hörnle (eds), *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective* (OUP, 2023), p. 85.

<sup>111</sup> D. R. Banerjee, *The Dark Shadow of Marital Rape: Need to Change the Narrative*, in *Journal of Psychosexual Health*, 2022, p. 11-13.

<sup>112</sup> Vd. *infra* sulla decisione dell’Alta Corte di Capodistria la quale, nel 2019, determinava che quando l’autore del reato usa la forza solo dopo che il rapporto sessuale è già avvenuto o completato, allora il reato di stupro non può essere considerato commesso: [amnesty.si](http://amnesty.si).

Roberta De Paolis

*Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica*

consenso per tutto il corso del rapporto. Infine, è necessario precisare che la dicotomia tra consenso effettivo e consenso legale non è l'unica che interessa l'ambito del diritto penale, laddove lo stesso consenso effettivo si declina in un'altra coppia di concetti finalizzati a determinare le modalità entro cui si può acconsentire ad un rapporto sessuale. Per un verso, una donna può acconsentire "soggettivamente"<sup>113</sup>, vale a dire con il suo atteggiamento mentale o emotivo; per altro verso, il consenso può essere prestato "oggettivamente" tramite parole o azioni che rappresentino un'espressione oggettiva di scelta<sup>114</sup>.

In definitiva, il diritto penale ha il compito di stabilire le modalità entro cui il consenso possa dirsi liberamente accordato e se ed in quale misura esso possa porsi come strumento autorizzativo che permette ad altri di fare o non fare con riferimento alla libertà sessuale altrui<sup>115</sup>. A seconda delle modalità prescelte dal legislatore penale di interpretare il consenso e le condizioni della sua possibilità, si potranno dunque distinguere gli estremi entro cui un rapporto sessuale può dirsi legittimo.

#### *6. Gli estremi del consenso legale in Europa*

Come anticipato in apertura, si registra una certa frammentazione nell'Unione Europea per quanto riguarda il ruolo del consenso nei casi di violenza sessuale. Più nello specifico, mentre alcuni Stati membri aderiscono al cosiddetto "modello consensuale puro", vale a dire quel paradigma che ritiene integrata la fattispecie di violenza sessuale ogni qualvolta manchi il valido consenso al rapporto sessuale, altri, invece, hanno optato per un modello consensuale "limitato" ovvero "vincolato", entrambi rivolti a valorizzare il consenso con intensità diverse. Da quest'ultimo punto di vista, l'opzione a favore del consenso "limitato" attribuisce priorità nella valutazione dei fatti all'effettiva e manifesta volontà contraria all'attività sessuale: in altre parole, ciò che rileva affinché si possa parlare di stupro non è tanto la mancanza di consenso, quanto piuttosto l'esplicita manifestazione del dissenso. Per altro verso, il "modello consensuale vincolato" desume

---

<sup>113</sup> P. Westen, *The Logic of Consent*, Ashgate, 2004, 5.

<sup>114</sup> Stuart P. Green, *Presuming Non-consent to Sex in Cases of Incapacity and Abuse of Position*, in Tatjana Hörnle (eds), *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective*, New York, 2023, p.74.

<sup>115</sup> M. Borrello, *Consenso e violenza sessuale: tra normatività e problematicità*, (2023) Baden-Baden, p. 6.

Roberta De Paolis

*Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica*

l'assenza di consenso da un'attività sessuale condotta con violenza, minaccia o comunque con qualsiasi forma che ponga la vittima nell'incapacità di resistere all'aggressione dell'agente. Come è evidente, mentre il paradigma consensuale puro mette al centro la vittima e tutte le circostanze della vicenda, non ritenendo necessarie prove "dirette" dello stupro – come tracce di costrizione ovvero di resistenza – i modelli "limitato" e "vincolato" rischiano di creare un vuoto di tutela per tutti quei casi in cui non è possibile dimostrare che le vittime abbiano reagito o tentato di reagire. Si pensi alle circostanze in cui le vittime non sono capaci di opporsi, laddove è stato dimostrato che la risposta più comune ad una violenza sessuale consiste nella cosiddetta "paura congelata" o "immobilità tonica"<sup>116</sup>, reazioni difensive-adattive le quali, a fronte di un attacco e nell'impossibilità di resistere, o nella mancanza di altre risorse, comportano l'immobilizzazione fisica ed emotiva di coloro sottoposti a un pericolo o stress elevato. Analogamente, si pensi ai casi in cui la violenza non viene esercitata con costrizione quanto piuttosto sfruttando, ad esempio, relazioni di potere asimmetriche oppure contesti di disuguaglianza di genere in cui le narrazioni violente sono introiettate e consolidate<sup>117</sup>. In altre parole, basare il reato di violenza sessuale sul presupposto che la vittima abbia tentato di resistere all'aggressione (modello consensuale limitato) o sia stata messa nella condizione di non essere in grado di resistere (modello consensuale vincolato), non solo contribuiscono a perpetuare credenze e stereotipi su come una vittima di stupro "dovrebbe" comportarsi<sup>118</sup> – prima, durante e dopo un'aggressione sessuale – ma risultano altresì estranei alla realtà.

### *7. La questione del consenso tra gli Stati membri*

Alla luce di quanto sinora brevemente illustrato, di seguito si tenterà di condurre un'analisi comparativa della legislazione degli Stati membri che

---

<sup>116</sup> Such as the expert opinion submitted to the European Court of Human Rights in the case of *M.C. v Bulgaria*, or A. Möller- H. P. Söndergaard- L. Helström, *Tonic immobility during sexual assault – a common reaction predicting post- traumatic stress disorder and severe depression*, in *Acta Obstetrica et Gynecologica Scandinavica*, 2017.

<sup>117</sup> K. M. Edwards – J. A. Turchik – C. M. Dardis – N. Reynolds – C. A. Gidycz, *Rape Myths: History, Individual and Institutional-Level Presence, and Implications for Change*, in *Sex Roles*, 2011, p. 761; J. A. Turchik – K. M. Edwards, *Myths about male rape: A literature review*, in *Psychology of Men & Masculinity*, 2012, p. 211.

<sup>118</sup> M. Burt, *Cultural myths and supports for rape*, in *Journal of Personality and Social Psychology*, 1980, p. 217-23.

Roberta De Paolis

*Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva  
sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica*

hanno ratificato la Convenzione di Istanbul, i quali hanno pertanto preso l'impegno di conformare i propri quadri normativi alle indicazioni di matrice internazionale. L'obiettivo è quello di tratteggiare i profili rilevanti delle legislazioni contro la violenza sessuale e valutare se ed in che misura esse rientrano in uno dei modelli consensuali poc'anzi presentati e come questi si pongono rispetto agli impegni internazionali presi.

A titolo preliminare, è bene fornire delle informazioni di contesto utili ad orientare l'analisi *de qua*. In primo luogo, va notato che ventuno Stati membri hanno ratificato la Convenzione di Istanbul, quattordici dei quali hanno modificato la loro legislazione per incorporare o rendere più esplicita la nozione di consenso come elemento costitutivo del reato di violenza sessuale. In quattro Stati membri – Cipro, Irlanda, Belgio e Lussemburgo – la legislazione penale includeva la nozione di consenso ancor prima della ratifica della Convenzione, in seguito alla quale si è proceduto a riformare la legislazione per rendere il concetto più esplicito in conformità alle indicazioni internazionali. A tal proposito, vale la pena sottolineare che le riforme in materia di reati sessuali sono state condotte perseguendo una diversità di approcci per quanto riguarda il contenuto sostanziale delle disposizioni. Ad esempio, i Paesi Bassi, la cui legislazione attualmente richiede la prova della violenza o costrizione, stanno attuando una riforma legislativa nel senso di superare l'onere probatorio della sopraffazione fisica o morale dell'autore della violenza sessuale. Per altro verso, la legislazione austriaca distingue il reato di violenza dell'autodeterminazione dal reato di stupro, laddove quest'ultimo è ancora radicato alla presenza di elementi coercitivi. Analogamente, il Portogallo e la Grecia hanno previsto due reati in cui solo uno criminalizza l'attività sessuale coartata per cui è prevista una pena superiore. Infine, ordinamenti come quello tedesco e spagnolo contemplano un reato generale di aggressione sessuale che viene integrato in mancanza di consenso, laddove lo stupro costituisce un reato aggravato in quanto caratterizzato da un'attività di carattere penetrativo. Infine, Estonia, Francia, Italia, Romania e Polonia non hanno intrapreso nessuna iniziativa per includere il consenso nella loro definizione penale di stupro, sebbene alcuni di essi hanno recentemente modificato la loro legislazione con riferimento ad altri aspetti: ad esempio, mentre la Francia ha incluso nella definizione di stupro anche la violenza commessa da una donna nei confronti di un uomo<sup>119</sup>, i rapporti orali-genitali non penetranti e qualsiasi

---

<sup>119</sup> LOI n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes.



Roberta De Paolis

*Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica*

atto sessuale tra un minore di età di 15 anni e un adulto, oppure tra un adulto e un minore di età superiore quando la differenza è superiore a 5 anni<sup>120</sup>; la Romania ha proceduto a considerare stupro il rapporto sessuale intercorrente tra un adulto e un minore di sedici anni<sup>121</sup>.

#### 8. *Il modello consensuale puro*

Tra gli ordinamenti che perseguono il modello consensuale puro, riassumibile nello slogan “solo sì e sì”<sup>122</sup>, si possono annoverare le legislazioni di Belgio, Spagna, Lussemburgo, Svezia, Grecia, Croazia, Cipro, Danimarca, Finlandia e Malta. Tra questi, proprio Cipro si è dimostrato pioniere dell’approccio basato sul consenso, laddove sin dal 1959, ossia sin dall’adozione del codice penale nel periodo precedente all’indipendenza, lo stupro era inteso come la “conoscenza carnale” in mancanza di consenso, a prescindere dall’eventuale resistenza fisica della vittima.<sup>123</sup> Nel 2020, il legislatore cipriota ha attuato delle modifiche in punto di reati sessuali, stante la necessità di allineare la definizione di stupro e di altri reati sessuali alla realtà contemporanea, estendendo quindi la definizione di “conoscenza carnale” ad ogni rapporto sessuale illecito e prevedendo che anche le persone di sesso maschile possano essere vittime di stupro<sup>124</sup>. Una sensibilità giuridica tanto precoce è stata altresì dimostrata dall’ordinamento belga, nella misura in cui, già nel 1989, definiva lo stupro come qualsiasi atto di penetrazione sessuale di qualsiasi tipo e con qualsiasi mezzo, commesso su o con l’assistenza di una persona non consenziente<sup>125</sup>. A valle di ciò, e a seguito della ratifica della Convenzione di Istanbul, il legislatore belga ha ritenuto necessario dettagliare i contorni del consenso “dato liberamente”, annoverando le circostanze che ne precludono la sussistenza<sup>126</sup>: si

---

<sup>120</sup> LOI n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes.

<sup>121</sup> LEGE nr. 217 din 10 iulie 2023, applicable from 1 January 2024.

<sup>122</sup> J. Napolitano, “Only Yes Means Yes”: An Essay on University Policies Regarding Sexual Violence and Sexual Assault, in *Yale Law and Policy Review*, 2015, p. 387-402.

<sup>123</sup> A. Constantinou, *The Exposition Of Rape In Cyprus: From The Crime Scene To The Court Room*, in *The International Journal of Evidence & Proof*, 2023, p.169-191.

<sup>124</sup> Codice penale cipriota, Art. 144.

<sup>125</sup> Loi du 4 juillet 1989 modifiant certaines dispositions relatives au crime de viol., *Annu Rev Popul Law*. 1989.

<sup>126</sup> Loi modifiant le Code pénal en ce qui concerne le droit pénal sexuel, 21 marzo 2022, art. 417/5.

Roberta De Paolis

*Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica*

considerano lo stato di paura della vittima, l'influenza di sostanze stupefacenti o psicotrope, una condizione di alterazione del libero arbitrio dovuto a malattia o disabilità, fino ai casi di più evidente coartazione del consenso come quelli in cui vi è minaccia, violenza fisica o psicologica, fino alle situazioni di inganno ovvero di sfruttamento di condizioni di incoscienza o sorpresa della vittima. Un simile intervento ha dunque inteso arricchire la casistica utile ad onorare il principio per cui il consenso deve essere valutato alla luce di tutte le circostanze del caso e non può essere dedotto dalla semplice mancanza di resistenza della vittima. Lo stesso intento chiarificatore ha interessato il Lussemburgo, il quale, nonostante adottasse già da tempo un modello consensuale puro<sup>127</sup>, ha recentemente modificato il codice penale nel senso di esplicitare che una violazione dell'integrità sessuale consiste nel compiere un atto di natura sessuale su una persona non consenziente, laddove il consenso deve essere valutato alla luce delle circostanze del caso e fermo restando che esso può essere ritirato in ogni momento e non possa essere dedotto dalla mancanza di resistenza della vittima<sup>128</sup>. Analogamente, il legislatore croato ha introdotto un'unica fattispecie di stupro che includesse tutti i rapporti sessuali, o atti equivalenti, compiuti senza il consenso della vittima, ovvero in tutti quei casi in cui la persona non fosse in grado di agire di sua spontanea volontà o esprimere la sua predisposizione all'attività sessuale<sup>129</sup>. Difatti, prima di un simile intervento, l'ordinamento croato prevedeva due fattispecie autonome con riferimento ad un rapporto sessuale indesiderato: da un lato, il reato di "atti sessuali senza consenso", dall'altro, il reato di "stupro" che, diversamente dal primo, richiedevano l'uso della forza o della minaccia da parte dell'autore<sup>130</sup>. Vi è inoltre da notare che nella nuova formulazione del reato

---

<sup>127</sup> Law of 16 July 2011 on the approval of the Council of Europe Convention for the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse, opened for signature in Lanzarote on 25-26 October 2007 and the Optional Protocol to the United Nations Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography and amending certain articles of the Penal Code and the Code of Criminal Procedure.

<sup>128</sup> Loi du 7 août 2023 portant modification :1° du Code pénal; 2° du Code de procédure pénale; en vue de renforcer les moyens de lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des mineurs. - Mémorial A n° 520 de 2023.

<sup>129</sup> Codice penale croato, Art. 153.

<sup>130</sup> Il governo croato ha infatti voluto introdurre dei correttivi e delle modifiche in tema di violenza sessuale in cui «il fulcro dell'intero processo è la vittima della violenza»; così in <https://vlada.gov-hr.translate.google/vijesti/predstavljene-nove-zakonske->

Roberta De Paolis

*Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica*

di stupro rilevano altresì condotte meramente induttive, laddove la pressione suggestiva è considerata sufficiente per ledere la libera autodeterminazione nel senso di acconsentire o meno ad un rapporto sessuale<sup>131</sup>.

Nel panorama europeo, un ruolo fortemente propulsivo con riferimento ai reati sessuali è rappresentato dal Parlamento spagnolo, il quale, anche in seguito ad un'intensa attività da parte della società civile<sup>132</sup>, ha adottato il progetto di legge sulla garanzia globale della libertà sessuale<sup>133</sup> che introduce il concetto di "consenso sessuale positivo", prevedendo che il consenso sessuale è da ritenersi valido ed espresso liberamente attraverso atti che, alla luce delle circostanze del caso, mostrano in modo chiaro la volontà della persona. Pertanto, il consenso viene ritenuto assente in tutti quei casi in cui la vittima può aver subito prevaricazioni e soggiogamenti, laddove l'uso della forza o della minaccia rappresentano circostanze aggravanti<sup>134</sup>. Una particolare attenzione alle circostanze del caso è stata dedicata dall'ordinamento svedese il quale, con la riforma del 2018, ed in seguito ad un fitto dibattito pubblico derivante dall'assoluzione per alcuni casi di violenza molto mediatizzati<sup>135</sup>, ha superato il paradigma previgente che, ai fini della prova del reato di stupro, prevedeva che si provasse l'uso della minaccia, della forza, o dell'approfittamento di una situazione di vulnerabilità della vittima. Attualmente, la nuova legge definisce lo stupro come rapporto sessuale con una persona che non partecipa volontariamente, laddove la non volontarietà della partecipazione può essere desunta da fattori contestuali a gravità crescente: la violenza o la minaccia di un atto criminale oppure la minaccia di intentare un'azione penale ovvero fornire informazioni dannose; l'abuso di una posizione di dipendenza della vittima nei confronti dell'autore del reato; lo sfruttamento di una situazione di particolare vulnerabilità come l'influenza di sostanze

[izmjene-s-ciljem-zastite-zena-i-djece-u-fokusu-cijelog-procesa-je-zrtva-nasilja/38987?lang=it& x tr sl=hr& x tr tl=it& x tr hl=it& x tr pto=sc.](#)

<sup>131</sup> I. Zamfir, *Definitions of rape in the legislation of EU Member States*, in *European Parliamentary Research Service*, 2024, p. 10.

<sup>132</sup> I. Merenda, *La "ley del solo sí es sí": la controversa riforma dei delitti contro la libertà sessuale nell'ordinamento spagnolo. Spunti per il legislatore italiano?*, 2024, p. 2.

<sup>133</sup> Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.

<sup>134</sup> Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, art. 178.2.

<sup>135</sup> G. Nilsson, *Towards voluntariness in Swedish rape law. Hyper-medialised group rape cases and the shift in the legal discourse*, in *Rape in the Nordic Countries*, 2019.

Roberta De Paolis

*Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica*

stupefacenti o psicotrope, disturbi mentali, grave timore, incoscienza o sonno. Tuttavia, sebbene l'orientamento svedese appaia in continuità a quello belga e spagnolo, esso presenta una particolarità che si sostanzia nella previsione del reato di stupro "per negligenza", rivolto a punire coloro che, pur non intendendo commettere uno stupro, si dimostrano gravemente negligenti nell'appurare la volontarietà dell'altra persona nel rapporto sessuale. Una simile previsione pare rispondere coerentemente all'orientamento della Corte Suprema Svedese nella parte in cui stabilisce che l'atteggiamento passivo della vittima non può essere letto univocamente né come consenso né come mancanza di quest'ultimo, dovendosi, per converso, fare una valutazione dell'intero contesto<sup>136</sup>. In buona sostanza, pare che la Svezia abbia aperto la strada per formulare un vero e proprio standard di diligenza per le persone che desiderano intraprendere un rapporto sessuale<sup>137</sup>, proprio a bilanciare l'assunta non equivocità dei comportamenti volti a esprimere liberamente il proprio consenso all'atto sessuale. All'interno del novero dei paesi nordici, anche la Danimarca e la Finlandia si sono recentemente attivate per modificare la definizione di stupro a favore di una basata consenso: per un verso, la previgente legislazione danese incentrata sulla coercizione comportava una situazione di forte sotto denuncia dei reati di stupro<sup>138</sup>; per altro, la Finlandia ha inteso rafforzare il diritto di ciascuno all'autodeterminazione sessuale<sup>139</sup> focalizzando l'attenzione sulla volontarietà dell'atto e sulle circostanze in cui esso non possa ritenersi tale<sup>140</sup>.

Infine, vi sono tre Stati membri che hanno traghettato le loro legislazioni da un modello consensuale "vincolato" – ossia basato

---

<sup>136</sup> L. Wegerstad, *Sex Must Be Voluntary: Sexual Communication and the New Definition of Rape in Sweden*, in *German Law Journal*, 2021 pp. 734-752.

<sup>137</sup> L. Wegerstad, *Sense and Caution: A Comparative Perspective on Sweden's Negligent Rape Law*, in *Consent and Sexual Offenses*, 2022.

<sup>138</sup> Vd. Amnesty International, *Denmark: "Give us respect and justice!" Overcoming barriers to justice for women rape survivors in Denmark*, March 2019.

<sup>139</sup> Vd. Ministero della Giustizia <https://oikeusministerio.fi/-/rikoslain-uudistaminen-vahvistaa-seksuaalista-itsemaaramisoikeutta>

<sup>140</sup> Codice penale finlandese, sezione 1 capitolo 20: «la persona non ha espresso verbalmente, con il suo comportamento o in qualsiasi altro modo che vi partecipa volontariamente, 2) la persona è stata costretta ad avere un rapporto sessuale usando violenza contro una persona o facendo una minaccia, oppure 3) la persona non è stata in grado di formulare o esprimere la propria volontà a causa di incoscienza, malattia, disabilità, stato di paura, stato di intensa ebbrezza, riduzione della coscienza, natura improvvisa della situazione, grave abuso di una speciale posizione di potere o altro motivo analogo».

Roberta De Paolis

*Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica*

esclusivamente sulla prova di una condotta costrittiva o comunque minacciosa – al paradigma consensuale puro, rendendo dunque la mancanza di consenso un elemento costitutivo del reato di stupro. In questo senso, Malta ha modificato nel 2018 il codice penale introducendo il concetto di consenso inteso come la libera volontà della persona che tenga conto del suo stato emotivo e psicologico<sup>141</sup>; analogamente, l'ordinamento greco, pur mantenendo una definizione di stupro come coercizione o “aggressione indecente”, ha introdotto un nuovo reato che criminalizza qualsiasi atto sessuale perpetuato senza il consenso della vittima<sup>142</sup>. Inoltre, con la legge 3500/2006 sulla lotta alla violenza domestica, il legislatore ellenico ha tipizzato il cosiddetto “stupro coniugale”, ossia il reato di coloro che intraprendono un rapporto sessuale senza il consenso libero e volontario del coniuge<sup>143</sup>.

In questo contesto, vale la pena dettagliare le circostanze che hanno determinato la riforma del reato di stupro in Slovenia, motivata da una decisione dell'Alta Corte di Capodistria talmente discussa da portare la società civile a fare appello al ministro della Giustizia per modificare la definizione di stupro<sup>144</sup>. Nello specifico, nel gennaio 2019 l'Alta Corte di Capodistria determinava che quando l'autore del reato usa la forza solo dopo che il rapporto sessuale è già avvenuto o completato, allora non può dirsi integrata la fattispecie di stupro. Ad aggravare il peso di un simile approdo vi era la dinamica del caso di specie: un uomo approfittava dello stato di ubriachezza di una donna per iniziare un rapporto sessuale, forzandola a terminarlo non appena quest'ultima rinveniva dallo stato di semi-incoscienza. L'uomo, condannato in primo grado per stupro, si è visto derubricare la sua imputazione a violenza sessuale su persona vulnerabile, con una condanna ad un anno di reclusione. Come anticipato, la cassa di risonanza delle critiche indirizzate ad una simile soluzione ha portato l'Assemblea Nazionale della Repubblica di Slovenia ad adottare nel giugno 2021 una legge che accogliesse il modello del consenso affermativo, superando l'impostazione per cui possa dirsi integrato il reato di stupro solo

---

<sup>141</sup> Codice penale maltese, art. 198, par. 3.

<sup>142</sup> Codice penale greco, Art. 336, punto 4.

<sup>143</sup> Vd. Amnesty International, *Amnesty International Submission On The Legal Definition Of Rape In Greece Crucial Legislative Changes Must Be Brought In Line With International Standards*, in [amnesty.org](https://www.amnesty.org).

<sup>144</sup> [amnesty.si](https://www.amnesty.si).

Roberta De Paolis

*Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica*

in presenza di violenza o minaccia<sup>145</sup>. Pertanto, attualmente l'ordinamento sloveno definisce lo stupro quale qualsiasi rapporto sessuale o comportamento sessuale equivalente condotto in assenza di consenso, laddove il consenso, per risultato valido, deve essere espressione della volontà libera della persona capace, inequivocabile e percepibile dall'esterno<sup>146</sup>.

Infine, viene in considerazione il caso dei Paesi Bassi, i quali solo recentemente hanno accolto un disegno di legge<sup>147</sup> che traghetta l'ordinamento da un modello vincolato ad uno che predilige l'elemento del consenso. Più nello specifico, l'articolo 42 del codice penale olandese per come modificato nel 1991<sup>148</sup>, riconosceva lo stupro come quell'azione che comprende o include la penetrazione sessuale del corpo avvenuta con la forza, alla stregua di una condotta che sfrutta la violenza, la minaccia di violenza, o un altro atto o la minaccia di un altro atto. Per converso, nella riforma che entrerà in vigore dall'1 luglio 2024, il punto focale di tutta la disciplina è il consenso, sia per quanto riguarda la violenza sessuale e lo stupro intenzionale – prevedendo una pena massima più elevata in caso di forza, violenza o minaccia – sia per tutti quei casi di violenza sessuale e stupro in cui non è possibile stabilire l'intento dell'autore ma che, alla luce delle conseguenze dell'azione, vi è motivo di sospettare che l'altra persona non abbia acconsentito. In altre parole, nella nuova formulazione, lo stupro e la violenza sessuale – intenzionali e non – non dipendono dal fatto che l'autore del reato abbia coartato la vittima, quanto piuttosto dall'assenza di volontà che può rilevarsi anche alla luce di un comportamento marcatamente passivo o evidenti segni non verbali che indicano riluttanza, ovvero quando l'altra persona si dimostra esplicitamente moderata nelle sue manifestazioni verbali o fisiche<sup>149</sup>.

### *9. Il modello consensuale limitato*

---

<sup>145</sup> Zakon o spremembah in dopolnitvah Kazenskega zakonika, Official Gazette of the Republic of Slovenia, no. 95/21.

<sup>146</sup> Codice penale sloveno, art. 170 c.p.

<sup>147</sup> [rijksoverheid.nl](https://www.rijksoverheid.nl).

<sup>148</sup> Wet van 9 oktober 1991 tot wijziging van de artikelen 242 tot en met 249 van het Wetboek van Strafrecht.

<sup>149</sup> [internetconsulatie.nl](https://www.internetconsulatie.nl).

Roberta De Paolis

*Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica*

Nel novero del modello consensuale limitato vanno inclusi tutti quegli ordinamenti che invece di adottare un approccio basato esclusivamente sulla presenza del consenso, si concentrano su atti sessuali “meramente dissensuali”, cioè commessi contro la volontà riconoscibile della vittima, senza necessità di violenza o minaccia<sup>150</sup>. In altre parole, se il primo modello è puramente consensuale perché fa del consenso un elemento essenziale per discriminare condotte lecite da quelle illecite, il modello consensuale limitato si affida alla presenza del “non-consenso” per determinare quando un rapporto sessuale possa definirsi stupro. La Germania è paradigmatica di quest’ultimo approccio, nella misura in cui ha riformato radicalmente il proprio diritto penale in materia di reati sessuali nel senso di garantire che qualsiasi atto sessuale contro la volontà riconoscibile della vittima sia criminalizzato. Prima della riforma, la Germania si riferiva alla fattispecie di “coercizione sessuale” per la condotta di coloro che usavano la forza o la minaccia, ovvero sfruttavano determinate situazioni di vulnerabilità, per costringere la vittima a compiere o tollerare atti sessuali<sup>151</sup>. Con la 50esima legge di modifica del codice penale per migliorare la tutela dell’autodeterminazione sessuale<sup>152</sup>, il legislatore ha inteso dunque superare il paradigma vincolato ed accogliere un modello “consensuale limitato”, in cui la fattispecie di stupro si ritiene integrata qualora l’autore superi il dissenso della vittima<sup>153</sup>. Pertanto, il codice penale corrente prevede la punibilità di chiunque compia atti sessuali contro la volontà percepibile di un’altra persona, includendo anche i casi in cui la comunicazione del rifiuto è impossibile o non necessaria. A tal riguardo, viene anche in considerazione la condotta di chiunque presuppone di ottenere il consenso di una persona che, a causa della sua condizione fisica o psichica, è dunque incapace di formare o esprimere adeguatamente la propria volontà. Allo stesso modello può essere ricondotta la legislazione irlandese, la quale prevede che il reato di stupro sia integrato laddove un uomo abbia rapporti sessuali con una donna che, al momento del rapporto, non è consenziente, con coscienza della resistenza della donna, oppure dubitando sul consenso della donna<sup>154</sup>.

---

<sup>150</sup> F. Macrì, *La riforma dei reati sessuali in germania-Centralità del dissenso e “tolleranza zero” verso le molestie sessuali tra diritto penale simbolico e potenziamento effettivo della tutela della sfera sessuale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2016, p. 19.

<sup>151</sup> Codice penale tedesco, § 177 (1).

<sup>152</sup> Fünfzigstes Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung vom 4. November 2016.

<sup>153</sup> Codice penale tedesco, § 177.

<sup>154</sup> Criminal Law (Rape) Act 1981, §2.

Roberta De Paolis

*Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica*

Da quest'ultimo punto di vista, nel caso in cui un accusato per stupro dimostri di essere stato onestamente ma erroneamente convinto che il consenso fosse stato accordato (*honest belief*), allora simile stato soggettivo opera come difesa – soggettiva, appunto<sup>155</sup> – che esclude la punibilità poiché il reato è stato commesso a causa di una falsa rappresentazione della realtà. Una maglia così larga per far valere l'*honest belief* ha tuttavia costituito motivo di perplessità, sembrando necessario intraprendere un cammino di riforma volto a restringere il perimetro soggettivo entro cui l'autore di violenza sessuale possa ritenersi non punibile<sup>156</sup>. Più nello specifico, si è ritenuto opportuno innalzare lo standard dell' "onesta convinzione" alla "ragionevole convinzione" che la vittima acconsenta o abbia acconsentito al rapporto sessuale: in questo senso, e di conseguenza, le giurie sarebbero obbligate a considerare quali misure l'imputato ha eventualmente preso per verificare se la denunciante fosse consenziente, nonché la capacità decisionale dell'imputato e, in ultimo, se la "ragionevole convinzione" dell'imputato rispecchi la predisposizione soggettiva che ci si potrebbe aspettare da una persona ragionevole nelle medesime circostanze<sup>157</sup>.

#### 10. Il modello consensuale vincolato

Infine, seppur con estensione diversa, vi sono gli ordinamenti che fanno dell'uso della forza o della minaccia elementi costitutivi della fattispecie di stupro. Di questi, la Polonia e l'Estonia rappresentano sicuramente i casi più esemplari. Difatti, la Polonia non include l'assenza di consenso nella definizione di stupro, concentrandosi esclusivamente sulla prova della violenza, minaccia illecita o inganno<sup>158</sup>; allo stesso modo, l'Estonia definisce lo stupro come "rapporto sessuale con una persona contro la sua volontà, usando la forza o approfittando di una situazione in cui la persona non è in grado di opporre resistenza o di comprendere la situazione"<sup>159</sup>.

<sup>155</sup> Y. M. Daly, *Knowledge or belief concerning consent in rape law: recommendations for change in Ireland*, in *Crim. LR*, 2020, p. 478.

<sup>156</sup> The so-called O'Malley Review: Review of Protections For Vulnerable Witnesses In The Investigation And Prosecution Of Sexual Offence.

<sup>157</sup> M. Hillard, *Mistaken belief of consent no defence to rape accusation under new law*, in *The Irish Time*, [irishtimes.com](http://irishtimes.com).

<sup>158</sup> Codice penale polacco, art. 97 § 1.

<sup>159</sup> Codice Penale Estone, (§ 141(1)).



Roberta De Paolis

*Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica*

Più sfumata è invece la posizione di Francia, Portogallo e Romania i quali, sebbene non rendano la nozione di consenso centrale nella fattispecie, hanno tentato di allargare le maglie del concetto di coercizione con lo scopo di includere tutta la casistica rilevante ai fini del reato di stupro. Così, la Francia ha ampliato la definizione di stupro<sup>160</sup> intendendo «qualsiasi atto di penetrazione sessuale, di qualsiasi natura, o qualsiasi atto orale-genitale commesso sulla persona di un altro o sulla persona dell'autore del reato mediante violenza, coercizione, minaccia o sorpresa»; il Portogallo ha proceduto nella stessa direzione<sup>161</sup>, inserendo un terzo paragrafo all'articolo 164 che chiarisce che la costrizione possa avvenire con qualsiasi mezzo contro la volontà consapevole della vittima. In buona sostanza, la legge sullo stupro portoghese, come modificata dalla riforma del 2019, combina un modello consensuale vincolato ad un paradigma dissensuale, laddove si considera coercitivo l'atto che avviene contro la volontà consapevole della vittima. Analogamente, la Romania definisce lo stupro come una condotta di violenza sessuale commessa con la coercizione, rendendo impossibile alla vittima la difesa o l'espressione della propria volontà, o comunque approfittando delle suddette incapacità. Sul punto, il GREVIO<sup>162</sup> ha raccomandato alla Romania di modificare la propria definizione per adeguarla ai requisiti previsti dall'articolo 36 della Convenzione di Istanbul, ossia prevedendo il concetto di consenso liberamente dato. A questa raccomandazione la Romania ha risposto che la propria legislazione sullo stupro, seppur formulata in modo diverso, non limita il numero e i modi in cui la mancanza di consenso può essere manifestata, così da comprendere altresì le impossibilità psicologiche/traumatiche a prestarlo liberamente, come nel caso della già citata "immobilità tonica"<sup>163</sup>.

In una posizione intermedia si pongono invece l'ordinamento austriaco e quello italiano. Per un verso, nel 2015 l'Austria ha riformato il proprio codice penale nel senso di distinguere il reato di violazione dell'autodeterminazione sessuale dallo stupro. La prima ipotesi<sup>164</sup> punisce con una pena fino a due anni tutti coloro che intraprendono rapporti

---

<sup>160</sup> LOI n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes.

<sup>161</sup> Leggi n. 83/2015 del 5 agosto 2015 e n. 101/2019 del 6 giugno 2019.

<sup>162</sup> GREVIO, *Baseline Evaluation Report – Romania*, in [rm.coe.int](#).

<sup>163</sup> Comments submitted by Romania on GREVIO's final report on the implementation of the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence (Baseline Report): [coe.int](#).

<sup>164</sup> Codice Penale Austriaco, § 205.

Roberta De Paolis

*Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica*

sessuali contro la volontà della vittima, approfittando di una situazione di costrizione o dopo una precedente intimidazione, oppure attraverso un'attività induttiva. Per converso, la definizione di stupro mantiene il concetto di forza come elemento centrale della fattispecie e non menziona il consenso: più nello specifico, il reato di stupro prevede una pena da due a dieci anni di reclusione per tutti coloro che costringono una persona a compiere o sottoporsi ad un rapporto sessuale attraverso la violenza, la privazione della libertà o la minaccia di pericolo per la vita o l'integrità fisica<sup>165</sup>. Una simile ibridazione dei profili criminologici della fattispecie di stupro si assiste altresì nell'ordinamento italiano che, sebbene preveda ancora una fattispecie ancorata alla presenza della violenza, minaccia o abuso di autorità, è bilanciata dall'ormai consolidata posizione della giurisprudenza che non solo vede nel consenso l'elemento scriminante per il reato di violenza sessuale, ma altresì richiede che quest'ultimo sussista nel momento del rapporto e permanga per tutta la durata dello stesso, prescindendo dal comportamento eventualmente provocatorio tenuto in precedenza dalla vittima<sup>166</sup>.

*11. Gli approcci degli Stati membri e la Convenzione di Istanbul: un'analisi trasversale*

Come già menzionato, sebbene ventuno Stati membri abbiano ratificato la Convenzione di Istanbul, e l'Unione Europea vi aderisce ufficialmente dal 1° ottobre 2023, non sembra esserci omogeneità con riferimento agli elementi costitutivi della fattispecie di stupro. In altre parole, a fronte di un impegno condiviso ad aderire alle indicazioni della Convenzione, la quale riconosce nell'approccio affermativo (il modello consensuale puro) quello che meglio offre una tutela alle vittime, non tutti gli Stati membri firmatari hanno poi modificato le proprie legislazioni conformemente all'articolo 36, spesso proponendo o ri-proponendo modelli che hanno ricevuto sostanziali critiche<sup>167</sup>.

---

<sup>165</sup> Codice Penale Austriaco, § 201.

<sup>166</sup> Cass. pen. Sez. III, sent., (ud. 14/06/2023) 26-07-2023, n. 32447.

<sup>167</sup> Council of Europe (2023): 4th General Report on GREVIO's Activities. Covering the period from January to December 2022.

Roberta De Paolis

*Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica*

Primo tra tutti, a sortire perplessità è il modello consensuale vincolato<sup>168</sup>, specialmente stante l'elevato standard probatorio richiesto e lo spostamento di attenzione dalle azioni dell'accusato al comportamento della vittima. In buona sostanza, un simile approccio mancherebbe di cogliere appieno la realtà delle donne che subiscono violenza e consolida idee oramai abbondantemente smentite dalla prassi, come ad esempio la convinzione per cui lo stupro rappresenti un'esperienza eccezionale e straordinaria, prevalentemente commesso da uno sconosciuto quando, al contrario, la maggior parte delle violenze sessuali si consumano in ambienti e con persone conosciute, spesso non provocando nemmeno lesioni visibili<sup>169</sup>. Inoltre, un simile modello rappresenterebbe il precipitato di idee oramai abbondantemente smentite dalla prassi, prima tra tutte la convinzione in forza della quale lo stupro sia un'esperienza eccezionale e straordinaria, prevalentemente commesso da uno sconosciuto quando, al contrario, la maggior parte delle violenze sessuali si consumano in ambienti e con persone conosciute, non provocando lesioni visibili<sup>170</sup>. In altre parole, vincolare il riconoscimento del reato di stupro solo alla condizione di violenza e minaccia significherebbe perpetuare erroneamente l'idea per cui lo stupratore è «un emarginato, (...) un pazzo»<sup>171</sup>, così relegando la maggior parte degli stupri in un perimetro estraneo ai moderni concetti di agenzia sessuale delle donne.<sup>172</sup> Analogamente, viene inoltre circoscritta l'area di vulnerabilità delle donne ai casi di oggettiva incapacità a rendere un consenso valido, appiattendolo la mancanza di consenso alle situazioni di “impotenza” relative a qualche tipo di incoscienza dovuta all'alcol, alle droghe o a particolari patologie o disabilità. Sebbene si debba dare credito al fatto che la tipizzazione delle casistiche di coercizione soverchiante alleggerisca l'onere in capo alla vittima di dimostrare la propria resistenza, essa non permette tuttavia di valorizzare tutti quei casi in cui l'assenza di

<sup>168</sup> Council of Europe (2023): 4th General Report on GREVIO's Activities. Covering the period from January to December 2022, p. 30-32.

<sup>169</sup> UNODC, *Handbook on Effective Prosecution Responses*, 2014, p. 31.

<sup>170</sup> UNODC, *Handbook on Effective Prosecution Responses*, 2014, p. 31.

<sup>171</sup> M. Garcia, *Di cosa parliamo quando parliamo di consenso. Sesso e rapporti di potere*, Torino, 2022, p.11.

<sup>172</sup> D. Tuerkheimer, *Rape on and off campus*, in *Emory Law Journal*, 2015, p. 44-45; C. Pateman, *Il contratto sessuale*, Roma, 1988; A. Wertheimer, *Consent to sexual relations*, New York, 2003.

Roberta De Paolis

*Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica*

resistenza è il risultato di meccanismi di *coping*<sup>173</sup> che possono includere reazioni come il congelamento<sup>174</sup> oppure il cosiddetto “*be friend*”, vale a dire il tentativo di “fare amicizia” con l’aggressore ad esempio placandolo, negoziando, corrompendolo o supplicandolo<sup>175</sup>. In definitiva, la realtà è estremamente diversa dal cosiddetto paradigma della “vittima perfetta”<sup>176</sup> di stupro, ossia quella che «dice di no, chiaramente e spesso, respinge il suo aggressore e continua a professare il suo non consenso durante l’incontro»<sup>177</sup>: non considerare la varietà delle circostanze fattuali in cui può consumarsi un reato di stupro espone le vittime al rischio di vittimizzazione secondaria<sup>178</sup>, vale a dire il rischio di danni psicologici ed emotivi conseguenti all’impatto tra il reato subito e il sistema penale<sup>179</sup>.

Per altro verso, anche il modello consensuale limitato non appare pienamente capace di fornire una tutela adeguata poiché, seppur comporti l’inclusione di definizioni di stupro basate sul consenso, sembra ancora dedicare un’eccessiva attenzione al comportamento della vittima<sup>180</sup>. In questo senso, il riferimento va all’approccio adottato da Germania ed Austria, esemplificato dalla formula “no significa no”, nella misura in cui criminalizza gli atti sessuali che avvengono contro la volontà riconoscibile di una persona. È proprio la formula “contro la volontà” a rappresentare la chiave di lettura del paradigma prescelto, laddove il pubblico ministero è

<sup>173</sup> R.S. Lazarus – S. Folkam, *Stress, Appraisal, and Coping*, New York City, 1984: Il concetto di coping può essere definito come il processo messo in atto in una situazione valutata come personalmente significativa ed eccedente o comunque gravosa sulle risorse individuali per farvi fronte.

<sup>174</sup> M. Schiwe, *Tonic Immobility: The Fonic Immobility: The Fear-Freeze Response as a F e Response as a Forgotten Factor in Sexual Assault Laws*, in DePaul J. *Women, Gender & Law*, p. 1-28.

<sup>175</sup> S. E. Taylor – L.C. Klein – B. P. Lewis – T. L. Gruenewald – R. A. R. Gurung-John – A. Updegraff, *Biobehavioral Responses to Stress in Females: Tend-and-Befriend, Not Fight-or-Flight*, in *Psychological Review*, 2000, p. 411-429

<sup>176</sup> M. Duggan, *Revisiting the ‘Ideal Victim’*, Bristol, 2018; E. Habba-R. Keydar-D. Bareket – G. Stanovsky, *The Perfect Victim: Computational Analysis of Judicial Attitudes towards Victims of Sexual Violence*, in *Intelligence and Law*, 2023.

<sup>177</sup> M. Korbel, *Sometimes You Make Your Rapist Breakfast. Inside the controversial – and often confusing – “tending instinct” of women*, 2018, in [harpersbazaar.com](http://harpersbazaar.com).

<sup>178</sup> S. De Vido – L. Sosa, *Criminalisation of gender-based violence against women in European States, including ICT-facilitated violence*, Luxembourg, 2021, p.172-178.

<sup>179</sup> Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2012/29/UE del 25 ottobre che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI.

<sup>180</sup> Council of Europe (2023): 4th General Report on GREVIO’s Activities. Covering the period from January to December 2022, p. 33-34.

Roberta De Paolis

*Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica*

chiamato a dimostrare che la vittima di stupro abbia espresso, verbalmente o in altro modo, la volontà contraria all'atto sessuale. Un simile criterio, seppur migliorativo rispetto a quello fondato sulla violenza o minaccia, presenta sicuramente il problema principale di non coprire i casi in cui la vittima rimane passiva ma non acconsente; in altre parole, richiedere che la vittima resista in modo verbale o non verbale sottovaluta ancora una volta tutta quella serie di reazioni in cui, sebbene sia verosimile la possibilità del rifiuto, ne risulta difficile il proferimento<sup>181</sup>. Peraltro, una simile impostazione non sembra rispondere adeguatamente ai miti che continuano ad abbondare e che suggeriscono che il rifiuto ad una *avances* sessuale possa in realtà costituire un elemento della dinamica del corteggiamento<sup>182</sup>.

Tutto considerato, è proprio l'approccio consensuale puro – “solo sì è sì” – a sembrare il più idoneo ad individuare il discrimine tra un'attività sessuale illecita ed uno stupro, i cui corollari permettono di apprezzare le svariate dinamiche di rapporto sessuale non partecipato volontariamente. In primo luogo, il modello affermativo sposta la responsabilità di un rapporto sessuale indesiderato dalla persona che esprime – o si presume esprima – un “no”, a quella che ascolta – o che è tenuta ad ascoltare – un sì<sup>183</sup>. Da questo punto di vista, emerge in modo inequivocabile la dimensione biunivoca del consenso, laddove si tratterebbe di stupro ogni qualvolta manchi un “accordo” comunicato tra le parti in base alla libertà volontà, superando quindi le incertezze che interessano i casi di mancata resistenza o protesta, passività o silenzio. Infine, orientare la valutazione alla luce del consenso prestato – e non in forza del dissenso manifestato – impone di prestare particolare attenzione a tutta la durata dell'attività sessuale, poiché il consenso può essere revocato in ogni momento<sup>184</sup>. In definitiva, una legislazione sullo stupro basata sul modello consensuale puro fornisce regole più chiare alle parti che rischiano di perpetrare o subire violenza

---

<sup>181</sup> E. Ferrarese, *The political grammar of consent*, in *Constellations*, 2015, p. 463.

<sup>182</sup> N. Little, *From No Means No to Only Yes Means Yes: The Rational Results of an Affirmative Consent Standard*, in *Rape Law*, in *Vanderbilt Law Review*, 2019, p. 349; M.G. Leary, *Affirmatively Replacing Rape Culture with Consent Culture*, in *Texas Tech Law Review*, 2016, p. 49-51.

<sup>183</sup> O. Björklund Dahlgren, *FATTA (NGO that means “Get it”), Presentation on the law reform in Sweden at the UN Special Rapporteur on violence against women and Equality Now at the 2020 Expert Group Meeting on Rape as a Grave and Systematic Human Rights Violation and Gender-Based Violence against Women*, in [obchr.org](https://www.obchr.org).

<sup>184</sup> Council of Europe (2023): 4th General Report on GREVIO's Activities. Covering the period from January to December 2022. P. 35.

Roberta De Paolis

*Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica*

sessuale, offrendo così agli operatori del diritto delle indicazioni meno equivocabili sul modo di indagare e perseguire tali casi<sup>185</sup>.

## 12. Conclusione

Con la Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica, l'Unione Europea ha confermato il suo ruolo centrale nel sostenere gli attori a livello europeo e nell'influenzare e facilitare il lavoro degli Stati membri nell'affrontare fenomeni di grande rilevanza sociale. Come da più parti sottolineato, l'approvazione della Direttiva costituisce un passo nevralgico per rendere l'Europa il primo continente al mondo ad adottare misure concrete per rafforzare i diritti delle donne e illuminare il percorso verso un futuro in cui le donne possano dirsi esenti dalla paura e dall'oppressione<sup>186</sup>. In altre parole, l'approvazione della Direttiva rappresenta un evento storico poiché pone le basi affinché tutte le donne e ragazze abbiano gli stessi diritti in tema di violenza di genere e violenza domestica, a prescindere dallo Stato europeo in cui risiedono<sup>187</sup>.

Nonostante questi incontrovertibili risultati, e soprattutto al netto della bontà delle ambizioni, il testo della Direttiva non recepisce la vera innovazione introdotta dalla Convenzione di Istanbul, vale a dire una definizione di stupro esclusivamente basata sul consenso, frutto di un approccio olistico capace di individuare e scardinare gli stereotipi di genere. Sembrerebbe, piuttosto, che l'Unione Europea abbia rinunciato alla possibilità di vedere gli Stati membri convergere su una definizione di stupro in grado di arginare pregiudizi e credenze radicati nelle diseguali relazioni di potere tra uomini e donne, i quali impongono alle donne un doppio onere: quello di rendere evidente la propria non-adesione all'attività sessuale e quello, eventualmente, di giustificare condotte alternative alla resistenza o al rifiuto. In definitiva, attribuire centralità al concetto di consenso non solo sarebbe in grado di ribilanciare la parità tra i generi nella relazionalità sessuale<sup>188</sup>, ma orienterebbe la valutazione circa il discrimine tra un rapporto sessuale desiderato e uno indesiderato, nel senso di valorizzare la capacità dispositiva della donna e non elementi circostanziali che rischiano di

---

<sup>185</sup> M.G. Leary, *Affirmatively replacing rape culture with consent culture*, in *Texas Tech Law Review*, 2016, p. 32.

<sup>186</sup> [europarl.europa.eu](http://europarl.europa.eu).

<sup>187</sup> [womenlobby.org](http://womenlobby.org).

<sup>188</sup> T. Casadei, *Donne, diritto, diritti. Prospettive del giusfemminismo*, Torino, 2015.

Roberta De Paolis

*Il mancato consenso sul consenso: una riflessione alla luce della nuova Direttiva  
sulla lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica*

pregiudicare il pieno riconoscimento delle condizioni che influenzano l'autonomia della volontà.

\*\*\*

**ABSTRACT:** In May 2024, the Directive on combating violence against women and gender-based violence was adopted, which, unlike the original Proposal, lacks a definition of rape as a non-consensual act of penetration. Such a solution represented the necessary compromise to reconcile the different positions of the Member States on this issue, whose legislations do not seem to align on the element of consent.

Following these premises, the article aims to offer an overview of the models pursued by the Member States to frame the offense of rape, also attempting a critical reflection on the current legislative fragmentation in the light of international sources.

**KEYWORDS:** European criminal law – gender-based violence – consent – rape – Directive

\*\*\*

**Roberta De Paolis** - Post-Doc Fellow in Diritto Penale; Scuola Superiore Sant'Anna ([roberta.depaolis@santannapisa.it](mailto:roberta.depaolis@santannapisa.it)).