

QUESITI

ALICE FERRATO

Il concetto di abuso: l'arbitraria utilizzazione della qualifica autoritativa nella violenza sessuale

L'autore, partendo dal significato della locuzione "abuso di autorità", ripercorre gli orientamenti interpretativi che si sono contrapposti sia in dottrina sia in giurisprudenza, in relazione alle principali fattispecie penali del codice penale. Il contributo si concentra sulla posizione di preminenza dell'autore del reato con cui il reo costringe la vittima a commettere o subire una offesa.

L'articolo analizza la sentenza della Corte Suprema italiana intervenuta a risolvere il contrasto interpretativo sul concetto giuridico di abuso di autorità nel reato di violenza sessuale.

Lo scopo di questa riflessione è analizzare l'evoluzione giurisprudenziale e dottrinale di tale paradigma contenuto in diverse fattispecie penali: si affrontano, così da ultimo, le problematiche relative al rapporto intercorrente tra il delitto di violenza sessuale e il reato di concussione.

The concept of abuse: the arbitrary use of authoritative qualification in sexual violence

The author, starting from the meaning of "abuse of authority", analyzes the different interpretations of doctrine and jurisprudence concerning the main criminal offenses of the penal code. This paper focuses on the offender's position of pre-eminence which forces the victim to commit or suffer an offense.

The article examines the Italian Supreme Court's sentence aimed at resolving an interpretative contrast on the legal concept of abuse of authority in the sexual violence field.

The purpose of this reflection is to analyze the jurisprudential and doctrinal evolution of such paradigm within several criminal laws: finally, the issues relating to the interplay between the crimes of sexual violence and concussion are examined.

SOMMARIO: 1. Il concetto di "abuso di autorità": una generica definizione. - 2. La rilevanza penalistica dell'"abuso di autorità". - 3. La condotta di abuso di autorità nel reato di violenza sessuale e gli approdi interpretativi della giurisprudenza di legittimità. - 4. La compatibilità della circostanza aggravante comune dell'abuso di autorità con il reato di violenza sessuale. - 5. Violenza sessuale con abuso di autorità del pubblico ufficiale e concussione. - 6. Conclusioni

1. *Il concetto di "abuso di autorità": una generica definizione.* Nel lessico giuridico si definiscono come abuso varie ipotesi di reato che hanno come elemento comune l'uso o l'esercizio illegittimo di un potere.

Come può evincersi dalla radice etimologica del termine *abuso* [dal lat. *abusus*] esso esprime l'uso smodato e illegittimo di una cosa o di una facoltà. Mentre il termine *autorità* [dal lat. *auctoritas*] nell'ambito giuridico indica la posizione di chi è investito di poteri e funzioni di comando, e la cui forza è basata da un lato sulla sintesi del volere con la legge, dall'altro sul riconoscimento ufficiale della forza stessa.

Con l'espressione "abuso di autorità" si vuole pertanto indicare il comportamento abnorme di chi si trova in una posizione di supremazia rispetto ad un'altra persona e fa un uso distorto del suo potere commettendo un illecito. Il legislatore attribuisce pieno riconoscimento all'operatività di tale nozione nel nostro ordinamento che assurge ad utile correttivo di un diritto puramente legale: ciò detto - non potendo esserci una predefinitiva legislativa dei confini operativi di tale nozione - l'impiego di certi poteri mostra grandi problematicità innanzi a condotte sproporzionate e illecite, ma meno esplicite di abuso¹.

Senza anticipare alcune successive riflessioni, ci si limita a indicare ora come il tema dell'abuso sia stato oggetto di analisi lungo tutto l'arco della storia giuridica europea; per argomentare il divieto di abuso sono stati utilizzati i concetti di libertà e di responsabilità in una organizzazione giuridica orientata sempre di più verso una spiccata solidarietà sociale volta a massimizzare il benessere generale.

In tale prospettiva il "problema" dell'abuso in ambito penalistico è divenuto un tema di teoria generale connesso alle situazioni soggettive di vantaggio, espressione il più delle volte di un rapporto di supremazia di carattere pubblico, al quale è connaturata la legittimazione a dare ordini ed a pretendere obbedienza². La definizione di tale fattispecie incriminatrice è legata al ripudio di superate prassi autoritarie e coincide con il riconoscimento dei diritti dei soggetti più deboli, come l'arrestato, l'imputato o il detenuto.

In termini generali, una programmazione normativa coerente si auspica - tramite questa figura - di contenere la posizione di dominio dei soggetti titolari di certi poteri rispetto all'individuo il cui ruolo è giuridicamente, o anche solo percepito, subordinato: l'ordinario schema di abuso, infatti, s'incentra sulle distorsioni del potere coercitivo, che ha per sua natura la capacità d'incidere sulla sfera giuridica altrui.

2. La rilevanza penalistica dell'"abuso di autorità". Le premesse esposte sul comportamento abusivo mostrano come tale strumento in sede penale venga impiegato quando ci sia una relazione tra soggetti in cui l'agente eserciti una posizione di supremazia illecita nei confronti della persona offesa.

¹ In dottrina si precisa che in materia di diritto privato la struttura dell'abuso è la stessa sia che sia esercitata da autorità pubbliche che da autorità private. Una trattazione diversificata è dovuta solo all'apparato dei rimedi. Sul punto si rinvia a BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, 83 ss.

² Cfr. CALABRESI, MELAMED, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability. One view of the Cathedral*, in 85 *HarvLR*, 1972, 1089.

In particolare, quando vi è un uso illecito dei poteri, l'abuso viene in considerazione come mezzo attraverso cui si realizza il reato: esso esprime la contrarietà al bene costituzionalmente rilevante che la singola fattispecie tutela³.

Nella tradizione ottocentesca, la fattispecie dell'abuso di autorità s'inquadra nell'ambito del rapporto tra autorità e cittadini, incriminando i comportamenti finalizzati a cagionare a terze prevaricazioni e angherie pubbliche⁴.

Tale incriminazione trova riscontro in quasi tutte le codificazioni preunitarie⁵ in cui tali abusi sono riferiti principalmente ai delitti commessi da pubblici ufficiali contro la libertà⁶. Nel codice Zanardelli, poi, l'abuso di autorità viene previsto all'art. 175 come condotta produttiva di un danno nei confronti dei privati cittadini: in queste vesti prevale l'aspetto legato alla prevaricazione in armonia con la concezione liberale dello Stato⁷. Tale figura è impiegata, quindi, in riferimento alle garanzie di legalità della libertà personale del cittadino, contro gli eccessi nella discrezionalità degli organi titolari dei poteri coercitivi.

³ Si rinvia per una indagine sul modello dell'abuso di potere alla dettagliata indagine monografica di STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto penale*, Milano, 1978.

⁴ Per una approfondita ricostruzione storica si veda GARGANI, *L'«abuso innominato di autorità» nel pensiero di Francesco Carrara*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998, 4, 1224. Nel suo *Programma* il Maestro Carrara presentava il concetto di abuso di autorità non solo in relazione alle specifiche prevaricazioni del pubblico ufficiale nei confronti dei cittadini ma anche nell'accezione generica di radicale contrapposizione tra principio di legalità e principio di autorità per sottolineare la patologia del sistema punitivo. Il Maestro sottolinea, infatti, che il primo abuso di potere in senso lato è quello commesso dal legislatore, il quale, nel porre divieti di natura criminale deve adeguarsi ai dettami del diritto razionale per non creare una legge ingiusta. Si veda CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale, decima ediz., I*, Firenze, 1907, 62.

⁵ Sui codici preunitari si veda VINCIGUERRA, *I codici preunitari e il codice Zanardelli*, Padova, 1993.

⁶ In tali codici al centro è posta la salvaguardia della posizione individuale rispetto ai pubblici poteri. Alle forme autonome e nominate più gravi di abusi di autorità, come la concussione e la corruzione, si affianca la formula generica e sussidiaria dell'*abuso innominato di autorità* che costituisce di fatto l'antecedente storico della fattispecie di cui all'art. 323 c.p. Con tale figura di abuso innominato di potere s'intendeva incriminare le prevaricazioni del potere statale nei confronti dei cittadini. Per una trattazione storica dei delitti contro la p.a. si rinvia a BRICOLA, *In tema di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p.*, in *Scritti di diritto penale*, I, Milano, 1997, 2245 ss.; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, V, Torino, 1982, 272; TAGLIARINI, *Il concetto di pubblica amministrazione*, Milano, 1973, 35 e ss.

⁷ Il codice Zanardelli prevedeva una fattispecie d'abuso di autorità (art. 175) distinta da quella d'interesse privato in atti d'ufficio (art. 176). Cfr. LOLLINI, *Dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano*, a cura di Pessina, VII, Milano, 1909, 95. Per un confronto tra l'incriminazione dell'abuso di autorità contenuta nel codice penale Zanardelli, la figura d'abuso innominato in atti d'ufficio introdotta dal codice Rocco e la riformulazione dell'art. 323 c.p. con la riforma del 1990 si veda: SEMINARA, *Commento agli artt. 323, 323-bis (324) c.p.*, in *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1996, 227 e ss.

La *voluntas legis* di massimizzare la tutela di chi subisca l'autorità illecita altrui emerge anche dai principi basilari delle norme penali militari⁸.

Da sempre l'esigenza di garantire il necessario rispetto tra i militari in diversa posizione gerarchica è ribadita nelle principali previsioni disciplinari e penali⁹. Il superiore deve avere somma cura di non menomare la dignità degli inferiori e se la violazione di tale dovere raggiunge i connotati della violenza, della minaccia e dell'ingiuria in danno dell'inferiore integra gli estremi penali del reato di abuso di autorità, previsto dagli articoli 195 e 196 c.p.m.p.¹⁰.

In altre parole, costituisce abuso di autorità il fatto coercitivo, in atti o parole e senza scriminanti, consumato da un militare in danno dell'inferiore. Il soggetto attivo del reato di abuso di autorità è il superiore in grado o in comando che si ricava dalla posizione occupata nella scala gerarchica militare.

La superiorità in comando – di norma coincidente con la superiorità in grado – deriva da una disposizione legislativa, regolamentare e amministrativa, occasionale e valevole nei limiti delle speciali attribuzioni conferite, a prescindere dal grado militare. Tale espressione sembra far riferimento a una posizione autoritativa di tipo formale e pubblicistico, che presuppone l'attualità del rapporto gerarchico. Al pari il soggetto passivo è l'inferiore in grado o nel comando, militare in servizio o considerato tale.

Pertanto, l'intento legislativo espresso nella nozione di abuso di autorità del diritto penale militare è quello di rimarcare il controllo e il senso di disciplina dei militari di qualsiasi grado. Ne consegue che il bene giuridico tutelato da tali norme penali militari è *in primis* l'interesse pubblico al rispetto del rapporto gerarchico discendente e solo in via accessoria l'integrità fisica, la libertà morale, l'onore e il decoro dell'inferiore¹¹.

Una simile individuazione della posizione autoritativa, sostanzialmente dipendente dall'affidamento del soggetto passivo in ragione del pubblico ufficio, si trova nella previsione normativa vigente. Su un piano essenzialmente letterale, i profili strutturali dell'abuso di autorità presenti nel codice degli anni '30 mostrano i caratteri di tutela di un bene interposto e una condotta caratteriz-

⁸ Per un approfondimento si rinvia a MILAZZO, *Abuso di autorità (Dir. Pen. mil.)*, in *Nuovo dig. ita.*, Torino, 1937, I, 50; GENOVESI, *Abuso di autorità (Dir. pen. mil.)*, in *Dig. ita.*, Torino, 1884, I, 228; MILAZZO, *Abuso di autorità (Dir. pen. mil.)*, in *Novissimo dig. ita.*, Torino, 1968, I, 92.

⁹ Cfr. MAFFEI, *Abuso di autorità*, in *Dig. pen.*, Torino, 1987, 36 ss.

¹⁰ Sotto il capo IV rubricato "Dell'abuso di autorità" vengono puniti i reati di "Violenza contro un inferiore" ex art. 195 c.p.m.p. e di "Minaccia o ingiuria ad un inferiore" di cui all'art. 196 c.p.m.p. Tali ipotesi sono del tutto speculari, anche per il trattamento sanzionatorio, a quelle di insubordinazione con la sola differenza che, in tali ipotesi la condotta criminosa consistente nella violenza, minaccia o ingiuria, come sopra descritte, sono poste in essere dal superiore a danno dell'inferiore.

¹¹ In tali termini MALIZIA, *Abuso di autorità*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, I, 178.

zata da indeterminatezza, in cui il ruolo centrale è assegnato il più delle volte al dolo specifico.

Nel nostro codice Rocco l'abuso di autorità è previsto in doppie vesti: come circostanza aggravante, o come un titolo speciale ed autonomo di reato.

La peculiarità della figura ha condotto il legislatore a prevedere una circostanza aggravante¹² ogni qualvolta si innesti un rapporto di dipendenza psicofisica tra persona offesa e reo che aggrava un reato comune. Tale condizione o qualità può essere "accessoria" ad un altro reato che risulterà aggravato dalla maggiore odiosità derivante dalla qualità della persona. In questo caso, quindi, l'abuso non conferisce al fatto né il nome né l'essenza criminosa, ma renderà il reato comune aggravato dalla qualità dell'agente.

All'art. 61, n. 11 è prevista, pertanto, l'aggravante dell'abuso di autorità o di particolari relazioni¹³, circostanza che ricorre quando si verifichi uno sviamento dai limiti e dai fini propri del rapporto tra soggetti. In dottrina si precisa che si ha abuso di autorità quando l'agente abbia sfruttato una situazione di superiorità o di preminenza, nell'ambito di un rapporto privatistico, nei confronti del soggetto passivo. Pertanto si ritiene la circostanza abbia natura soggettiva perché concerne i rapporti tra colpevole e offeso.¹⁴

Se la relazione tra il soggetto attivo e quello passivo ha carattere pubblicistico, ricorre la diversa aggravante di cui all'art. 61, n. 9, in cui la qualifica di pubblico ufficiale, incaricato di pubblico servizio o di ministro di culto dell'agente agevola l'esecuzione del reato¹⁵.

Nella seconda ipotesi di impiego presente nel codice penale l'abuso costituisce un titolo autonomo di reato, in cui l'essenza della condotta criminosa consiste nell'abuso dei poteri¹⁶: l'uso improprio delle qualità personali del reo danno al reato l'essenza criminosa.

¹² Si veda: MALINVERNI, voce *Circostanze del reato*, in *Enc. dir.*, Milano, 1960, VII, 85; MANNA, voce *Circostanze del reato*, in *Enc. dir.*, Milano, 1993, VI, 5; PADOVANI, voce *Circostanze del reato*, in *Dig. pen.*, II, Torino, 1988, 220; VALLINI, voce *Circostanze del reato*, in *Dig. pen., Agg.*, Torino, 2000, I, 36 e ss.; MEZZETTI, *Diritto penale. Casi e materiali*, Bologna, 2017, 506; LOMBARDO, voce *Circostanze*, in *Dig. pen. Agg.*, 2010, IV, 90.

¹³ La Suprema Corte precisa (Cass. pen., sez. III, 07 Maggio 2014, n. 27419, in *D&G*, 2014, 25 giugno) che sussiste la circostanza aggravante prevista dall'art. 61, n. 11 c.p., nell'ipotesi di atti sessuali in danno di un minore di anni 11 di età affidato all'imputato nella sua qualità di allenatore di una squadra di pallacanestro; relazione che ha costituito occasione per il verificarsi dei fatti e ragione ulteriore di minorata difesa da parte della vittima.

¹⁴ Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019, 458, 459.

¹⁵ Cfr. PADOVANI, voce *Circostanze del reato*, cit., 220.

¹⁶ Per una analisi del delitto di corruzione come reato incentrato sull' "abuso di potere" si veda MANES, *L'atto d'ufficio nelle fattispecie di corruzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, fasc. 3, 926.

A tal proposito, il codice penale, prevede all'art. 608 c.p. il reato di abuso di autorità contro arrestati o detenuti con cui si vuole punire ogni misura di rigore non consentita dalla legge che peggiori lo stato di privazione di libertà personale del detenuto¹⁷. La norma, infatti, sanziona il pubblico ufficiale che sottopone a misure di rigore non consentite dalla legge una persona arrestata o detenuta di cui egli abbia la custodia, anche temporanea, o che sia a lui affidata in esecuzione di un provvedimento dell'autorità competente¹⁸.

Vi è abuso di autorità, di cui all'art. 608 c.p., quando le condotte vessatorie aggravino le condizioni della carcerazione, sottoponendo il detenuto a misure di rigore non consentite dalla legge, di guisa che la sfera di libertà personale del soggetto passivo subisca un'ulteriore restrizione, oltre quella legale, che è insita nella detenzione stessa¹⁹.

In queste vesti l'abuso del soggetto attivo determina, quindi, la restrizione della libertà della vittima insieme alla lesione di un interesse pubblicistico della pubblica amministrazione, legato all'esigenza di garantire la legalità dell'operato dei pubblici poteri²⁰.

Ciò posto, emerge come il legislatore abbia individuato un abuso di autorità meritevole di sanzione penale in più ambiti in cui rileva il disvalore sostanziale conseguente alla distorsione del potere.

In particolare, doveroso sarà dedicare un'indagine a sé ad alcuni istituti più problematici in cui trova pieno riconoscimento l'operatività di tale previsione. Il riferimento è *in primis* al delitto di violenza sessuale, previsto dall'art. 609 *bis* c.p., fattispecie che al primo comma sanziona la violenza sessuale mediante costrizione, ovvero attraverso violenza, minaccia o abuso di autorità.

¹⁷ Per approfondimenti in ordine all'art. 608 c.p., norma che tutela il bene della libertà personale del soggetto detenuto, garantendo altresì l'interesse della pubblica amministrazione ad uno svolgimento corretto delle proprie funzioni, si veda BRASIELLO, *Libertà personale*, in *Nuovo dig. ita.*, Torino, 1937, 873 ss.

¹⁸ A tal proposito la Suprema Corte ha chiarito che integrano il delitto di abuso di autorità, di cui all'art. 608 c.p., le condotte vessatorie perpetrate da agenti di polizia penitenziaria nei confronti di detenuti, le quali aggravino le condizioni della carcerazione, sottoponendoli a misure di rigore non consentite dalla legge, di guisa che la sfera di libertà personale del soggetto passivo subisca un'ulteriore restrizione, oltre quella legale, che è insita nella detenzione stessa. Così, Cass. pen., sez. V, 19 gennaio 2017, n. 22203, in *Cass. pen.*, 2018, 1, 253.

¹⁹ Cass. pen., sez. V, 19 gennaio 2017, n. 22203, in *Cass. pen.*, 2018, 1, 253.

²⁰ Il reato previsto dall'art. 608 c.p. si ritiene sia plurioffensivo. Si veda: CHIAROTTI, *Abuso d'autorità contro arrestati o detenuti*, in *Enc. dir.*, Milano, I, 1958; 176; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1985, VIII, 745.

In queste vesti l'abuso di autorità si esplica ogni qualvolta un soggetto dotato di poteri approfitti della propria posizione di forza per costringere il soggetto passivo a compiere o a subire atti sessuali²¹.

In secondo luogo, una riflessione andrà riservata al delitto di concussione, fattispecie del codice penale volta a stigmatizzare e prevenire atteggiamenti di sopraffazione da parte dei pubblici funzionari nei confronti dei cittadini. L'art. 317 c.p. intende, infatti, sanzionare tutti quei comportamenti che si risolvono in una strumentalizzazione dell'ufficio pubblico al fine di coartare, mediante l'abuso, l'autonomia e la libertà del privato²². A seguire si osserverà la collegata fattispecie dell'induzione indebita a dare o promettere utilità (art. 319 *quater* c.p.), introdotta a seguito dello "spacchettamento" dell'art. 317 c.p. in cui è presente tutt'ora l'elemento dell'abuso²³.

Riassumendo, la *ratio* di tale strumento penalistico è quella di reagire ad alcune condotte che, pur sussumibili astrattamente nella categoria di esercizio di propri poteri, pongono in essere concretamente una aggressione a beni giuridici altrui. Essenziale sarà, *in primis*, individuare quali siano i soggetti che godono effettivamente di questa posizione autoritativa: tale identificazione è necessaria per definire il perimetro operativo di un rapporto autoritativo e per stabilire quando un fatto cessi di costituire mero illecito "disciplinare" ed entri nel campo dell'illecito penale.

3. La condotta di abuso di autorità nel reato di violenza sessuale e gli approdi interpretativi della giurisprudenza di legittimità. Il delitto di violenza sessuale appresta tutela al bene della libertà sessuale attraverso due differenti condotte, una, costringitiva, quando il fatto tipico è realizzato con violenza o minaccia o mediante abuso di autorità e, l'altra, induttiva qualora il fatto tipico sia commesso con abuso delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa al momento del fatto oppure con l'inganno. L'abuso di autorità, è una delle modalità con cui si estrinseca la condotta costringitiva: l'agente sfrutta la propria posizione di superiorità o preminenza per costringere la vittima a compiere o subire atti sessuali, approfittando della situazione soggettiva di supremazia e dominio che detiene nei confronti della persona offesa.

²¹ Cfr. FIANDACA, voce *Violenza sessuale*, in *Enc. dir., Agg.*, 2000, IV, 1157.

²² Cfr. CHIAROTTI, *Concussione*, in *Enc. dir.*, Milano, 1961, VII, 706; RONCO, *Sulla differenza tra corruzione e concussione: note tra ius conditum e ius condendum*, in *Giust. pen.*, 1998, 690; AMATO, *Concussione: resta solo la condotta di "costrizione"*, in *Guida dir.*, 2012, n. 48, 14.

²³ Si veda, *ex multis*, RONCO, *L'amputazione della concussione e il nuovo delitto di induzione indebita: le aporie di una riforma*, in *Arch. pen.*, 2013, fasc. 1, 35 ss.

Di non facile determinazione è il confine tra costrizione mediante minaccia e costrizione mediante abuso di autorità essendo entrambe forme di violenza psichica²⁴. Va precisato che il legislatore non rapporta tale locuzione alla condotta di induzione perché solamente nella condotta di costrizione vi è un processo formativo della volontà della persona offesa fortemente limitato o annullato a causa della sopraffazione altrui²⁵.

Tuttavia, innanzi a quelle modalità di violenza non convenzionali la cui verificabilità empirica²⁶ diviene assai ostica, le criticità emergono dirimpenti.

Sul punto, fortemente dibattuta in dottrina e in giurisprudenza è stata l'esegesi dell'espressione "abuso di autorità", al fine di definirne l'ambito di operatività all'interno della fattispecie incriminatrice²⁷.

Va detto, infatti, che la generica formulazione di tale ipotesi incriminatrice è stata stimata di dubbia utilità da autorevole dottrina per la sua incapacità di rendere unicità di risposte e tutele, a cui consegue un inevitabile contrasto interpretativo in giurisprudenza²⁸. Poca chiarezza emerge, infatti, sia in relazione ai soggetti titolari della posizione autoritativa sia in merito al contenuto tipico del rapporto autoritativo²⁹.

Volendo dirlo in sintesi: il concetto di abuso di autorità può ricomprendere non solo le posizioni autoritative di tipo pubblicistico, ma anche ogni potere di supremazia di natura privata, di cui l'individuo abusi per costringere il soggetto passivo a compiere o a subire atti sessuali. A tal proposito, ritenere che l'abuso di autorità rilevante ai sensi dell'art. 609 *bis*, comma primo, presupponga nell'agente una posizione autoritativa di tipo formale e pubblicistico

²⁴ Si veda: DEL CORSO, *Sub Artt. 3 e 4 l. 15.2.1996*, in *Leg. pen.*, 1996, 423; NAPPI, *Commento alle nuove norme contro la violenza sessuale*, in *Gius. pen.*, 1996, f. 8, 3.

²⁵ Cfr. FINOCCHIARO, *Le Sezioni Unite sul concetto di "Abuso di autorità" nel delitto di violenza sessuale mediante costrizione*, in *www.sistemapenale.it*, 5 ottobre 2020, 2.

²⁶ Sul criterio della verificabilità empirica si rinvia a GRASSO, *Controllo sulla rispondenza alla realtà empirica delle previsioni legali di reato*, in *Giur. cost.*, 1981, 808.

²⁷ Cfr. FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale.*, Bologna, 2011, Volume II, Tomo I, 243. Gli autori si chiedono se all'interno della nozione "abuso di autorità" debba farsi rientrare la posizione di supremazia del datore di lavoro verso i suoi dipendenti. Essi ritengono che una risposta positiva risulterebbe una forzatura interpretativa.

²⁸ In tal senso, MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona.*, Padova, 2016, 410. Cfr. BRUNELLI, *Giustizia penale e agone politico: quando il contrasto interpretativo si scioglie nel tifo da stadio*, in *Arch. pen.*, 2020, n. 1, 4. L'autore in tale scritto relativo alla giustizia penale e al contrasto interpretativo evidenzia come il diritto non sia scienza, bensì solo tecnica, pertanto appare difficile attribuirgli "verità" assolute o almeno relative: si sottolinea come sia meglio accontentarsi di modeste conquiste nel garantire migliori condizioni di vita alle persone.

²⁹ Per una arguta analisi di siffatte problematicità si veda BRASCHI, *La violenza sessuale con abuso di autorità al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 1, 46 ss.

capace di determinare una costrizione della vittima, significa restringere sensibilmente le situazioni di supremazia perseguibili.

Doverosa è, quindi, una riflessione in ordine alla natura relazionale di questa particolare forma di estrinsecazione del reato di violenza sessuale in cui affiora la strumentalizzazione del potere esercitato.

Prima della riforma del 1996 con cui il legislatore ha voluto predisporre una *reductio ad unum* delle condotte caratterizzanti la violenza sessuale³⁰, il codice Rocco prevedeva distinte figure di reato per punire la congiunzione carnale violenta, abusiva e fraudolenta (artt. 519 e 520 c.p.) e gli atti di libidine (art. 521)³¹. Orbene, l'abrogato art. 520 c.p. prevedeva come figura autonoma di reato la congiunzione carnale commessa con abuso della qualità di pubblico ufficiale, con riferimento a soggetti arrestati, detenuti o affidati. La norma era chiara, pertanto, nel ritenere che la congiunzione con "abuso di autorità" non potesse che essere quella commessa da un pubblico ufficiale.

All'indomani della riforma della legge n. 66/1996 si ritiene³² che il reato di violenza sessuale con abuso d'autorità riproducesse puntualmente le fattezze degli abrogati artt. 520 e 521 c.p. Tale fedele trasposizione ha orientato per molti anni la lettura applicativa della nuova norma.

Orbene, l'interpretazione invocata dall'orientamento giurisprudenziale più restrittivo invita ad una lettura stringente della norma in ossequio al principio di legalità e tassatività, disponendo che l'abuso di autorità di cui all'art. 609 *bis* c.p., comma primo, presupponga nell'agente una posizione autoritativa di tipo formale e pubblicistico³³.

³⁰ La L. 15 febbraio 1996, n. 66, nell'abrogare il capo I del titolo IX del codice penale, ha ricompreso nell'art. 609 *bis* c. p., comma primo, le ipotesi della violenza e minaccia (previste dall'abrogato art. 519 c. p.) e l'ipotesi dell'abuso di autorità (prevista dal precedente art. 520 c. p.). Per un approfondimento sul reato di violenza sessuale si veda: PALUMBIERI, *Delitti contro la libertà sessuale*, in CADOPPI - CANESTRARI - MANNA - PAPA (diretto da), *Trattato di diritto penale, IX, I delitti contro la libertà sessuale, la libertà morale, l'inviolabilità del domicilio e l'inviolabilità dei segreti*, Torino, 2011, 71 ss.; VIZZARDI, *sub art. 609-bis c.p.*, in Dolcini - Gatta (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2015, 324; CADOPPI, *sub art. 609-bis c.p.*, in Cadoppi (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, Padova, 2016, 504 ss.

³¹ Per una analisi della previgente disciplina si indica tra i tanti: FIANDACA, voce *Violenza sessuale*, in *Enc. dir.*, 1993, Varese, 953 ss.; PADOVANI, *Violenza carnale e tutela della libertà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1301 ss.; BERTOLINO, *I reati contro la libertà sessuale tra codice e riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, a cura di Nuvolone - Pisapia, VII, Torino, 1984, 294 ss.; PANNAIN, *Delitti contro la moralità pubblica e il buon costume*, Torino, 1952, 16 ss.; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale, I*, Milano, 1992, 449.

³² In tal senso, PECORARO ALBANI, *Violenza sessuale e arbitrio del legislatore*, Napoli, 1997, 125.

³³ Cass. pen., Sez. un., 31 maggio 2000, n. 13, in *Cass. pen.*, 2001, 427 s., con nota di MARRA, *La nozione di sfruttamento nel delitto di pornografia minorile e la "terza via" delle Sezioni unite*. La Corte esclude la configurabilità dell'abuso di autorità nell'ipotesi di atti sessuali con un minore di anni sedici

Giungono inizialmente alla medesima conclusione anche le Sezioni unite, seppure in via incidentale. Le Sezioni unite Bove ritengono che l'abuso di autorità della norma vigente coincida con l'abuso della qualità di pubblico ufficiale di cui all'abrogato art. 520 c.p., anche per l'esigenza di distinguere tale fattispecie da quella prevista dall'art. 609 *quater*, comma secondo, c.p., norma che punisce gli atti sessuali con minorenni commessi da ascendente, genitore, o tutore con abuso dei poteri connessi alla sua posizione.

In sintesi, l'indirizzo pubblicistico – per lungo tempo adottato anche dalle sezioni semplici e dai Tribunali territoriali³⁴ – ritiene che l'abuso di autorità invalidante il consenso della vittima sia associato ad una posizione formale di “sovra-ordinazione” derivante da norme di carattere pubblicistico³⁵ e, quindi, coincidente con la qualifica di pubblico ufficiale. Ne consegue la conclusione comune secondo cui appare ininfluyente l'esercizio della potestà di un genitore o di altra potestà privata poiché il termine autorità, secondo questa accezione, può essere attribuito ad una cerchia ristretta di soggetti³⁶.

L'obiezione che dottrina maggioritaria rivolge ad una simile lettura invoca una impostazione che prevede una massima tutela della libertà sessuale e trova ragione nell'origine storico-sistemica del reato di violenza sessuale³⁷.

che era stato affidato all'agente nella sua qualità di insegnante privato, per ragioni di istruzioni ed educazione. Il fatto viene qualificato come art. 609 *quater* c.p. anziché come art. 609 *bis* c.p. Del tutto diversa è infatti la fattispecie di cui all'art. 609 *quater* c.p., che esclude espressamente le ipotesi di cui all'art. 609 *bis* c.p.: essa è infatti integrata da atti sessuali compiuti, senza costrizione, con un minorenne, il cui consenso è però “viziato” dalla circostanza che il minore non ha compiuto quattordici anni ovvero non ha compiuto gli anni sedici quando il colpevole sia l'ascendente, l'educatore, l'istruttore ecc.. In questi casi il differenziale di maturità sessuale che “vizia” e invalida il consenso del minore riflette una gamma di rapporti vari (di parentela, educazione o istruzione, cura, vigilanza, o semplice convivenza) che non sempre hanno forma giuridica e, comunque, differiscono nettamente dal rapporto autoritativo di cui al primo comma dell'art. 609 *bis* c.p.

³⁴ Sposano l'indirizzo pubblicistico anche Cass. pen., sez. III, 19 giugno 2002, n. 32513, in C.E.D., n. 223101; Cass. pen., sez. IV, 19 gennaio 2012, n. 6982, in C.E.D., n. 251955; Cass. pen., sez. III, 4 ottobre 2012, n. 47869, in *Cass. pen.*, 2013, 3996; Cass. pen., sez. III, 24 marzo 2015, n. 16107, in *Cass. pen.*, 2015, 4476; Corte app. Palermo, sez. III, 09 febbraio 2016, n. 450; Trib. Como, 30 marzo 2004.

³⁵ Così, NATALINI, *Tutela penale ampia allargata a ogni ipotesi di abuso sessuale “autoritario” anche di natura privata*, in *Guida dir.*, 12 dicembre 2020, n. 49, 101.

³⁶ In tal senso, Cass. pen., sez. III, 11 ottobre 2011, n. 2681, in *Foro it.*, 2012, 9, II, 468; Cass. pen., sez. III, 24 marzo 2015, n. 16107, in *Cass. pen.*, 2015, 12, 4476; Cass. Pen., sez. III, 14 dicembre 2006, n. 2863, in *Riv. pen.*, 2007, 10, 1021.

³⁷ Sul punto, NATALINI, *Tutela penale ampia allargata a ogni ipotesi di abuso sessuale “autoritario” anche di natura privata*, cit., 103, evidenzia che a sostegno della tesi estensiva depongono più fattori: l'argomento letterale, l'argomento sistematico e l'argomento storico. Tutti questi elementi indicano la *voluntas legis* di comprendere ogni tipo di autorità: non solo quella dei soggetti pubblici, poiché il legislatore quando vuole circoscrivere o estendere la fattispecie ad altri soggetti lo palesa esplicitamente.

La tesi che propende per una lettura estensiva della fattispecie poggia, infatti, su una diversa interpretazione della novella del 1996. La formulazione normativa attuale sembra riflettere, *in primis*, il mutamento del contesto storico e valoriale della nostra società. Il dato testuale non fa, a ben vedere, alcun riferimento a una posizione di preminenza derivante da pubbliche funzioni, lasciando intendere che si sia voluto estendere il novero dei soggetti attivi, incriminando tutte le ipotesi di esercizio di una qualsiasi forma di supremazia anche di carattere privatistico sulla vittima³⁸.

Il filone giurisprudenziale più estensivo crede, precisamente, che tale mancato riferimento non sembra frutto di una mera “dimenticanza” normativa, dovendosi al contrario ritenere che il legislatore abbia inteso sanzionare qualsiasi soggetto che, dotato di autorità pubblica o privata, abusi della sua posizione per costringere il soggetto passivo a compiere o a subire atti sessuali³⁹. Una conferma di tale *voluntas legis* si troverebbe, inoltre, nel codice stesso dove il legislatore - quando vuole riferirsi a situazioni autoritative di tipo pubblicistico - rinvia espressamente alla figura del pubblico ufficiale, come avviene nel caso dell’art. 608 c.p. per l’abuso di autorità contro arrestati o detenuti.

A dirimere il contrasto interpretativo in tema di violenza sessuale è intervenuta la Cassazione a Sezioni unite che ha recentemente fornito una adeguata risposta ermeneutica al concetto giuridico di abuso di autorità richiamato dall’art. 609 *bis*, comma primo, c.p.

Per la Suprema Corte l’abuso di autorità cui si riferisce l’art. 609 *bis*, comma primo, c.p. presuppone una posizione di preminenza anche di fatto e di natura privata, che l’agente strumentalizza per costringere il soggetto passivo a compiere o a subire atti sessuali⁴⁰. Non si ritiene, pertanto, ci siano argomenti validi per accogliere l’interpretazione maggiormente restrittiva del concetto di abuso di autorità. La Corte osserva che la collocazione del delitto di violenza sessuale tra quelli contro la libertà personale e la natura di reato comune indicano l’intenzione del legislatore di ampliare l’ambito di operatività della fat-

³⁸ Cfr. FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale.*, cit., 243.

³⁹ Cass. pen., sez. III, 15 dicembre 2017 n. 40301, in *D&G*, 2018, 12 settembre. Secondo il giudice si è voluto far rientrare nel perimetro della norma tutte le ipotesi in cui la vittima è costretta a subire atti sessuali contro la sua volontà o perché il suo consenso è viziato, per evitare che rimanessero aree di impunità. In tal senso *ex plurimis*: Cass. pen., sez. III, 30 aprile 2014, n. 49990, in *D&G*, 2 dicembre 2014, con nota di DE FRANCESCO, *L’abuso di autorità sussiste anche nel caso di relazioni meramente private*; Cass. pen., sez. III, 27 marzo 2014, n. 36704, in C.E.D. Cass. pen., n. 260172; Cass. pen., sez. III, 3 dicembre 2008, n. 2119; Cass. pen., sez. III, 19 aprile 2012, n. 19419, in C.E.D. Cass. pen., n. 252768; Cass. pen., sez. III, 10 aprile 2013, n. 37135, in C.E.D. Cass. pen., n. 256849.

⁴⁰ Cass. pen., Sez. un., 1 ottobre 2020 (16 luglio 2020), n. 27326, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 11, 1422. GARUTI, *Violenza sessuale. Abuso di autorità*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, fasc. 11, 1422.

tispecie. Secondo le Sezioni unite non vi è alcuna continuità tra l'articolo 609 *bis* c.p. e l'abrogato art 520 c.p., poiché la nuova norma appare completamente svincolata dalla figura del pubblico ufficiale e non è minimamente posta a tutela del prestigio della pubblica amministrazione⁴¹.

La Suprema Corte si allinea, pertanto, all'orientamento prevalente in dottrina secondo cui il concetto di autorità ha natura relazionale: conseguentemente il contesto in cui sorge tale relazione tra i soggetti può essere riconducibile anche ad una potestà privata, come un rapporto lavorativo o anche familiare.

Escluso, quindi, che il concetto di autorità sia connesso all'abuso della qualità di pubblico ufficiale tale nozione si fonda sul rapporto esistente tra i soggetti, includendo ogni situazione in cui vi sia una parte debole sottomessa all'autorità – sia di natura pubblica che di natura privata - esercitata dall'altra⁴².

Nella prospettiva di garantire la salvaguardia della libertà sessuale del soggetto, pertanto, si ritiene che il riconoscimento dell'autorità includa qualsiasi forma di supremazia ai danni della persona offesa. Viene, così, valorizzato il principio di effettività della tutela del bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice che induce a sancire la sussistenza di una posizione dominante dell'agente anche dinanzi ad un rapporto di natura privata o di origine negoziale⁴³. Rientra oggi, quindi, nel perimetro della fattispecie in disamina ogni abuso di autorità posto in essere da un soggetto pubblico o privato che violi la sfera della libertà sessuale della vittima: il datore di lavoro verso il lavoratore, l'istruttore di arti marziali verso l'allievo, l'insegnante verso l'alunna, il cappellano del carcere verso i detenuti.

La conclusione raggiunta in punto abuso di autorità è di certo lineare e tiene in corretta considerazione l'esigenza di tutela del bene giuridico della norma: estendere le maglie dei rapporti tra soggetti perseguibili significa punire anche quelle forme di abuso della posizione di supremazia più "subdole", meno caratterizzanti il reato di violenza sessuale ma non meno lesive per la vittima.

⁴¹ La Cassazione evidenzia come nell'art. 520 c.p. il valore tutelato è la correttezza del rapporto tra pubblico ufficiale e cittadino, posto dalla legge sostanzialmente in potere - diretto o indiretto - del primo, anziché quello dell'inviolabilità della libertà sessuale della vittima, a dispetto della collocazione sistematica, tanto è vero che non è mai valido il consenso del soggetto passivo all'atto sessuale, ove esistesse (Cass. pen., sez. III, 08 maggio 1987, in *Cass. pen.* 1988, 798).

⁴² In tal senso, AMBROSINI, voce *Violenza sessuale*, in *Dig. disc. pen.*, 1999, Torino, 286; BALBI, voce *Violenza sessuale*, in *Enc. giur.*, 1999, VII, 10; MEREU, *Violenza sessuale*, in *Trattato breve di diritto penale. I. I reati contro le persone.*, (a cura di Ambrosetti - Cocco), Cedam, 2014, 378.

⁴³ In dottrina: PITTARO, *Le Sezioni Unite definiscono l'abuso di autorità nel reato di violenza sessuale*, in *www.ilpenalista.it*, 2 Novembre 2020; GENTILE, *L'abuso di autorità non presuppone una fonte formale e pubblicistica del potere autoritativo dell'agente*, in *D&G*, 2020, fasc. 189, 4.

Si offre, così, una tutela del soggetto debole in condotte meno esplicite di violenza sessuale.

E questo indirizzo - senz'altro condivisibile - non incorre nel divieto di analogia *in malam partem* atteso che nel caso concreto l'ambito di applicazione dell'abuso di autorità può risultare più ristretto, giacché l'abuso va accertato caso per caso⁴⁴ e non è presunto *ex lege* per lo stato di soggezione della vittima⁴⁵. Pertanto, per la configurabilità del reato dovrà sempre essere dimostrata in concreto sia l'esistenza del rapporto di autorità tra autore e vittima sia l'arbitraria utilizzazione del potere in correlazione alla capacità di autodeterminazione della vittima.

E proprio questo aspetto appare il più emblematico dell'evoluzione del concetto di abuso di autorità.

Ai sensi del delitto previsto dall'art. 519 c.p. veniva punito chi con violenza o minaccia costringeva taluno a congiunzione carnale. La condotta costringiva richiedeva, quindi, una violenza capace di coartare la volontà del soggetto passivo. È di certo vero che ai fini dell'accertamento dell'elemento della costrizione la giurisprudenza propendeva per una interpretazione ampia del concetto di violenza. Non si comparava la condotta del soggetto passivo rispetto a parametri comportamentali prevedibili e dettati dall'esperienza, soprattutto quando la violenza avveniva in condizioni di luogo e di tempo di abituale affidabilità, ovvero in situazioni sulle quali incidavano fattori sociali ed ambientali⁴⁶. Tuttavia, il consenso viziato da uno stato di prostrazione, angoscia o diminuita resistenza della vittima non andava ad inficiare l'unicità del concetto di violenza, non suscettibile di connotazioni diverse nei rapporti tra i privati, sia che fossero estranei o familiari.

L'ipotesi di abuso costringitivo era previsto nell'articolo successivo. Il reato di cui all'art. 520 c.p. aveva, però, come presupposto il ruolo di pubblico ufficia-

⁴⁴ In dottrina si osserva come la ricerca della risposta giudiziaria in molte situazioni sia filtrata dal paradigma del "caso per caso": la valutazione della responsabilità del presunto autore, incalzata dall'ossessione di fornire soluzioni rapide ed immediate, piega, infatti, le categorie giuridiche alla specificità del caso concreto. In tal senso, FONDAROLI, *L'accertamento della responsabilità penale secondo il paradigma del "caso per caso" ed il "circo mediatico-giudiziario". Il nuovo particolarismo giuridico*. Relazione al Convegno "Saperi scientifici e nuove tecnologie nel diritto e nel processo penale", Ravenna, 18 novembre 2011, in *Arch. pen.*, 2014, fasc. 1, 135.

⁴⁵ Così, MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, I, *Delitti contro la persona*, Padova, 2013, 5 ed., 358.

⁴⁶ Sicché commetteva il delitto di violenza carnale il medico che approfittava dello stato di prostrazione e di soggezione in cui la parte offesa versava per educazione e costume nel corso della visita ginecologica che investe la sfera più intima della personalità di una donna. Così, Cass. pen., sez. III, 19 novembre 1991, in *Riv. pen.* 1992, 463.

le dell'agente. Tale reato aveva come tratto caratteristico l'ordine o comunque l'invito del pubblico ufficiale che aveva, per ragioni del suo ufficio, nella sua disponibilità una persona non in grado di sottrarsi ad esso⁴⁷. Il valore tutelato era, pertanto, la correttezza del rapporto tra pubblico ufficiale e cittadino, posto dalla legge sostanzialmente in potere - diretto o indiretto - del primo, tanto è vero che, anche ove ci fosse stato, non era mai valido il consenso del soggetto passivo all'atto sessuale⁴⁸.

Nella vigenza della precedente normativa, quindi, in tema di delitti contro la libertà sessuale la violenza carnale mediante abuso dell'autorità era presunta per il solo fatto che il pubblico ufficiale si fosse consapevolmente congiunto con il soggetto in custodia. A prescindere dalla condotta concretamente impiegata, ai fini dell'applicabilità della circostanza aggravante dell'art. 520 c.p. era sufficiente la qualifica di pubblico ufficiale: in altre parole, la modalità coercitiva nasceva dalla posizione autoritativa del soggetto attivo. Questo dato trovava conferma negli assunti della Cassazione che precisava come non fosse necessario che il pubblico ufficiale commettesse il fatto con abuso di poteri o violazione dei doveri inerenti la funzione, essendo sufficiente che tra la qualità del colpevole ed il fatto esistesse un nesso causale⁴⁹.

Oggi, invece, sulla base della *ratio legis* della riforma varata con la legge n. 66 del 1996 e dell'attuale abbandono dell'interpretazione più restrittiva del concetto di abuso di autorità si offre al soggetto debole maggior tutela, ampliando sensibilmente le modalità di condotta perseguibili.

Una interpretazione ampia del concetto di abuso di autorità permette di far confluire nell'art. 609 *bis*, comma primo, c.p. anche le forme meno esplicite di violenza, ma al pari pericolose poiché presentano un soggetto debole esposto all'altrui sopraffazione⁵⁰. Se, infatti, il concetto di autorità ha natura relazionale la cerchia dei soggetti capaci di sfruttare la propria posizione si estende e vi potrà essere un abuso costrittivo ogni qual volta la condotta del soggetto si proietti sull'esercizio del potere assunto⁵¹.

⁴⁷ Cass. pen., sez. III, 27 ottobre 1981, in *Cass. pen.*, 1983, 1087.

⁴⁸ A dispetto della collocazione sistematica, la norma non tutelava l'inviolabilità della libertà sessuale della vittima. In giurisprudenza: Cass. pen., sez. III, 08 maggio 1987, cit., 798.

⁴⁹ Cass. pen., sez. III, 18 dicembre 2003, n. 5321, in *Cass. pen.* 2005, 5, 1604.

⁵⁰ Per una attenta analisi del bene tutelato dal reato e della libertà sessuale in relazione al minore si veda COCCO, *Alla ricerca dei confini tra libertà sessuale e prostituzione minorile. Per evitare nuovi casi braibanti*, in *Respons. civ. e prev.*, 2014, fasc. 4, 1071.

⁵¹ *Contra* BRASCHI, *La violenza sessuale con abuso di autorità al vaglio delle Sezioni Unite*, cit., 52. L'autrice evidenzia come una volta abbandonati parametri di tipo normativo risulti tutt'altro che agevole individuare i casi in cui l'agente goda di autorità.

Con l'elezione del concetto di autorità privata si abbandona il parametro normativo e si esclude qualsiasi automatismo connesso alle titolarità pubbliche: ora si impone una valutazione discrezionale del caso e della persona in esame così ampliando il ventaglio delle condotte che - rientrando nella sfera grigia della violenza sessuale - meritano di essere punite. In dottrina è già da più di un decennio che si suggerisce per il reato di violenza sessuale una lettura ampia del concetto di costrizione, che includa anche la violenza presunta o potenziale tutte le volte in cui la repentinità della condotta impedisca la reazione contraria della vittima all'atto sessuale⁵². Gli atti lascivi insidiosi e repentini appaiono, infatti, ugualmente lesivi del bene giuridico della libertà di disporre della propria sfera sessuale perché più aggressivi e riprovevoli per le modalità di esecuzione concretamente attuate⁵³. Orbene, oggi l'interpretazione estensiva della condotta coattiva è ancor più favorita dall'assunto delle Sezioni unite in punto abuso di autorità.

In conclusione, è sì vero che la violenza sessuale mediante abuso di autorità presuppone, pur sempre, la presenza dell'elemento della costrizione in cui l'abuso veicola un messaggio di coartazione. Tuttavia, ampliando il concetto di autorità alle relazioni tra i privati, potrà dirsi integrata la fattispecie criminosa anche nella diversa condotta dell'"induzione con abuso".

4. La compatibilità della circostanza aggravante comune dell'abuso di autorità con il reato di violenza sessuale. Al controverso dibattito dogmatico sorto in relazione alla nozione di abuso di autorità dell'art. 609 *bis* c.p. seguono alcune considerazioni in ordine alla circostanza aggravante comune prevista dall'art. 61, n. 11 c.p., per "aver commesso il fatto con abuso di autorità".

Anche in questo ambito si è cercato di stimare l'estensione di tale posizione autoritativa concernente situazioni di supremazia soggettive che interessano le condizioni e le qualità personali del reo⁵⁴. Si è già anticipato come per la dottrina questa nozione di "abuso di autorità" vada recepita in senso privatistico⁵⁵,

⁵² Sul punto, MACRÌ, *La giurisprudenza di legittimità sugli atti sessuali tra interpretazione estensiva e analogia in malam partem*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 115.

⁵³ Cfr. MEREU, *La rilevanza penale del bacio «rubato» sulla guancia*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, fasc. 5, 1551 ss.

⁵⁴ Cfr. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, 455; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 458. In giuris. si precisa però che l'aggravante prevista dall'art. 61 n. 11 cod. pen. ha natura oggettiva e consiste in una relazione di fatto tra l'imputato e la parte offesa che agevola la commissione del delitto. Così, Cass. pen., sez. I, 12 novembre 2009, n. 6587, in C.E.D. Cass. pen. 2009; Cass. pen., sez. I, 15 febbraio 1990, n. 5378, in C.E.D. Cass. pen. 1990.

⁵⁵ Così, MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale - VI ed.*, 2009, Padova, 407. L'autore ritiene sia una aggravante soggettiva in senso privatistico poiché altrimenti rincorrerebbe l'aggravante dell'art. 61

poiché l'agente approfitta di una qualsiasi situazione giuridica di preminenza rispetto al soggetto passivo per commettere il reato (es. tutela, curatela, patria potestà, gerarchia di ufficio, gerarchia di educazione e disciplina). Detta autorità, affinché venga contestata l'aggravante, è necessario che sia utilizzata per agevolare il reato⁵⁶. La *ratio* della aggravante comune consiste nell'"abuso di fiducia" tra soggetti legati da particolari relazioni, ma ai fini dell'applicabilità della circostanza la relazione fiduciaria si ritiene presunta⁵⁷.

Orbene, un reato è aggravato quando il fatto è commesso con "abuso di autorità" o di relazioni domestiche, ovvero con abuso di relazioni d'ufficio, di prestazioni d'opera, di coabitazione o di ospitalità, tutte situazioni caratterizzate dall'essere pertinenti a rapporti di diritto privato. La norma non fa, dunque, distinzione alcuna, riferendosi genericamente ad "autorità".

Anche la giurisprudenza non ha mai mostrato incertezze nel fornire un'interpretazione ampia del dato normativo, riferito indistintamente ad autorità pubblica o privata che sia. Si è così affermato che l'abuso di relazioni di autorità previsto come circostanza aggravante dall'art. 61 c.p., n. 11 c.p., riguarda principalmente l'autorità privata e presuppone l'esistenza di un rapporto di dipendenza tra il soggetto passivo ed il soggetto attivo del reato, anche perché, laddove il legislatore abbia inteso riferirsi a una posizione autoritativa di tipo pubblicistico lo esplicita, come ad esempio avvenuto con l'art. 608 c.p. che fa espresso riferimento al "pubblico ufficiale"⁵⁸.

Ciò premesso, il quesito da porsi è se tale circostanza aggravante comune sia compatibile con il reato di violenza sessuale commesso con abuso di autorità: quando, infatti, la violenza richiesta dall'art. 609 *bis* c.p. non sia solo *vis fisica* ma si estrinsechi nel compimento maliziosamente induttivo dell'azione criminosa che consente di superare la contraria volontà della vittima, dovrà chiedersi se l'aggressione alla libertà sessuale sia assorbente della circostanza ag-

c.p. n. 9, "l'aver commesso il fatto con abuso di poteri, con violazione di doveri inerenti ad una pubblica funzione o un pubblico servizio, ovvero alla qualità di ministro di culto"

⁵⁶ Cfr. AIMI, *Sub. Art. 61 c.p.*, in *Codice penale commentato*, DOLCINI, MARINUCCI, 2015, IV ed., 1268. In giurisprudenza, Cass. pen., sez. III, 10 aprile 2013, n. 37135, in *D&G online* 2013, 11 settembre.

⁵⁷ In giurisprudenza si precisa che l'abuso della relazione fiduciaria da parte dell'autore avviene quando il soggetto approfitta di una situazione di minore attenzione della vittima, determinata proprio dall'affidamento che questa ripone nell'altro. Cass. pen., sez. II, 15 gennaio 1982, n. 5144, in *Riv. pen.*, 1982, 566. Questa relazione fiduciaria può sorgere anche nell'ambito di un rapporto di fatto che sia stato soltanto occasionato dall'esercizio dell'attività professionale del soggetto agente. Così, Cass. pen. sez. II, 11 marzo 2011, n. 24093, in C.E.D. Cass. pen. 2011.

⁵⁸ Cass. pen., sez. II, 4 novembre 2003 n. 45742, in C.E.D. Cass. pen., 2003, rv. 227618-01.

gravante dell'abuso di autorità di cui all'art. 61 n. 11 c.p., oppure le due norme concorrano, conservando la loro autonomia funzionale.

I dubbi sulla non configurabilità dell'aggravante comune in ipotesi di atti sessuali compiuti con abuso di autorità sorgono soprattutto a seguito della decisione della Suprema Corte che ha chiarito come l'espressione "abuso di autorità" ricomprenda non solo le posizioni autoritative di tipo pubblicistico, ma anche ogni potere di supremazia di natura privata, di cui l'agente abusi per costringere il soggetto passivo a compiere o a subire atti sessuali⁵⁹.

Da tale identità terminologica dell'espressione abuso di autorità potrebbe conseguire una violazione del *ne bis in idem* sostanziale⁶⁰ e, quindi, la non configurabilità dell'aggravante dell'art. 61, n. 11 c.p., perché compresa nell'abuso di autorità descritto dalla norma incriminatrice principale⁶¹.

A fugare ogni perplessità è intervenuta la Suprema Corte in ipotesi di abuso compiuto da un ministro di culto: la Corte precisa che la circostanza aggravante comune prevista dall'art. 61, n. 11 c.p. è compatibile con il reato di violenza sessuale in quanto la condotta di abuso di autorità, contemplata dall'art. 609 *bis* c.p., non è ricompresa nella predetta aggravante⁶².

In tal caso, infatti, l'elemento dell'abuso di autorità derivante dal ruolo sacerdotale accompagna la commissione del reato di cui all'art. 609 *bis* c.p. e lo aggrava, e non può certamente ritenersi da esso assorbito, trattandosi di un *quid pluris*, dotato del carattere della specialità, rispetto alla generale categoria dell'abuso di autorità, cui si riferisce l'art. 609 *bis* c.p.

Il ruolo sacerdotale è, quindi, un *quid pluris* rispetto alla condotta tipica incriminata e non può essere assorbita nella generale categoria dell'abuso di autorità prevista come elemento costitutivo del delitto di cui all'art. 609 *bis* c.p. Riassumendo, sussiste tale circostanza aggravante quando la commissione del fatto è stata anche soltanto agevolata dalle qualità soggettive dell'agente, non essendo necessaria l'esistenza di un nesso funzionale tra tale autorità ed il compimento del reato.

In conclusione, è sensato ritenere non sussistano ragioni per escludere la circostanza aggravante prevista dall'art. 61, n. 11, c.p., sussistente alla luce del ruolo rivestito dal reo. Essa diviene, infatti, uno strumento utile per sanziona-

⁵⁹ Cass. pen., sez. III, 30 aprile 2014, n. 49990, cit.; Cass. pen., sez. III, 27 marzo 2014, n. 36704, cit.; Cass. pen., sez. III, 19 aprile 2012, n. 19419, cit.

⁶⁰ *Ex multis*, RAFARACI, *Ne bis in idem*, in *Enc. dir., Ann.*, Milano 2010, vol. III, 861.

⁶¹ Sul punto si rinvia a Cass. pen., sez. III, 04 marzo 2010, n. 14837, in C.E.D. Cass. pen., 2010.

⁶² In tal senso, Cass. pen., sez. III, 24 gennaio 2019, n. 23463, in C.E.D. Cass. pen., 2019; Cass. pen. sez. III, 13 dicembre 2019, n. 13094, in C.E.D. Cass. pen., 2020; Cass. pen., sez. III, 15 dicembre 2017, n. 40301, in *D&G*, 2018, 12 settembre.

re i casi più significativi di sfruttamento dello sbilanciamento di poteri tra le parti: all'abuso per la condizione di sudditanza materiale o psicologica si aggiungono queste particolari situazioni di supremazia, che costituiscono ragione ulteriore di minorata difesa da parte della vittima.

5. Violenza sessuale con abuso di autorità del pubblico ufficiale e concussione. Le considerazioni esposte in tema di abuso sessuale "autoritario" aprono un fronte problematico quando il compimento di atti sessuali è compiuto sulla base di una condotta costringitiva posta in essere da un pubblico ufficiale.

Il dilemma si pone qualora il soggetto, nella qualità di pubblico ufficiale, mediante abuso di autorità derivatagli dal ruolo rivestito, costringa una persona ad avere rapporti sessuali.

Doverosa è, pertanto, una riflessione in ordine alla possibile sussistenza di un rapporto di genere a specie tra le fattispecie criminose previste dagli artt. 317 e 609 *bis* c.p., prima e dopo la riforma Severino del 2012.

Una premessa necessaria. In tema di concussione, il termine "utilità" indica tutto ciò che rappresenta per la persona un vantaggio, materiale o morale, patrimoniale o non patrimoniale, oggettivamente apprezzabile, consistente tanto in un dare quanto in un "facere"⁶³. Ne deriva che i favori sessuali rientrano nella suddetta categoria in quanto rappresentano un vantaggio per il funzionario che ne ottenga la promessa o la effettiva prestazione⁶⁴.

Secondo rilievo: nel reato di concussione la costrizione deve essere funzionalmente collegata all'abuso della qualità o dei poteri pubblici. In mancanza di abuso, la semplice costrizione non può, di fatto, definirsi concussoria.

Il termine abuso, quindi, indica un uso indebito connesso alla qualifica dell'agente o all'oggetto stesso dell'abuso⁶⁵. La dottrina maggioritaria definisce

⁶³ Sul punto, BENUSSI, *Sub art. 317 c.p.*, in *Codice penale commentato*, a cura di Dolcini, Marinucci, 2015, IV ed., 174; ORRU', *Concussione*, in *Manuale di diritto penale. Parte speciale*. (a cura di Cocco - Ambrosetti - Mezzetti), 2013, Cedam, 233; VENDITTI, *Corruzione*, in *Enc. dir.*, Milano, 1962, X, 753 ss. In giurisprudenza, Cass. pen., sez. VI, 19 giugno 2008, n. 33843, in *Cass. pen.*, 2009, 5, 1938; Cass. pen., sez. VI, 03 marzo 1998, n. 4317, in *Cass. pen.* 1999, 1444.

⁶⁴ In dottrina, PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale., II, Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2008, 10 ed., 164; In giurisprudenza: Cass. pen., sez. VI, 03 Marzo 1998, n. 4317, in *Cass. pen.* 1999, 1444.; Cass. pen., sez. VI, 06 febbraio 2014, n. 17397, in *D&G*, 2014, 22 aprile; Cass. pen., sez. VI, 09 gennaio 2009, n. 9528, in *Cass. pen.* 2010, 2, 582; Cass. pen., Sez. un., 11 maggio 1993, in *Cass. pen.*, 1993, 2252.

⁶⁵ Cfr. CHIAROTTI, *Concussione*, cit., 702; INFANTINI, *L'abuso delle qualità o delle funzioni di pubblico ufficiale in diritto penale*, Milano, 1974, 9. In dottrina si ritiene che la distinzione possa essere tracciata con l'ausilio del criterio della competenza, la cui presenza è necessaria per l'abuso dei poteri (*c.d. abuso oggettivo*) e non per l'abuso delle qualità (*c.d. abuso soggettivo*). In tal senso, RICCIO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, 1955, Torino, 291.

abuso di qualità la strumentalizzazione da parte del pubblico agente della propria qualifica soggettiva, mentre ravvisa un *abuso di poteri* ove vi sia un uso distorto delle attribuzioni di cui è investito il soggetto⁶⁶.

Definizioni a parte, va segnalata la completa fungibilità delle due espressioni che mostrano il medesimo trattamento sanzionatorio⁶⁷.

E qui si collega un'altra osservazione: ove il pubblico ufficiale costringa a compiere atti sessuali abusando dei propri poteri e approfittando del suo ruolo di preminenza, pone la vittima in una situazione di coazione psicologica che trova la sua forza ed origine nella posizione di supremazia su di essa esercitata. A ciò consegue che la condotta del pubblico ufficiale che costringa un soggetto al compimento di atti sessuali nell'ambito dell'abuso di autorità, possa estrinsecarsi non necessariamente in un comportamento violento o di minaccia, ma assurga ad una forma particolare di induzione quando vi è l'utilizzo dei poteri; questa interpretazione appare idonea a salvaguardare l'autonomia concettuale e la natura di reato proprio della fattispecie, poiché richiedere anche in questa ipotesi necessariamente l'uso della minaccia o della violenza sarebbe inutile essendo queste due ipotesi già sanzionate a prescindere da detto abuso.

Da ultimo, va ricordato che per integrare il delitto di concussione deve esserci la consapevolezza da parte del soggetto passivo di effettuare, a seguito del comportamento abusivo del reo, una prestazione non dovuta: la vittima, pertanto, in stato di forte soggezione dinanzi al pubblico ufficiale, deve acconsentire alle richieste sessuali che sa essere indebite.

L'essenza del delitto di concussione è data, infatti, dalla circostanza che attraverso il suo comportamento abusivo il pubblico ufficiale pone la vittima di fronte ad un'alternativa consapevole, esercitando una pressione sulla sua volontà e costringendola od inducendola con ciò a dare o a promettere un'utilità che il soggetto passivo sa non dovuta⁶⁸.

Pertanto, ove manchi la consapevolezza da parte del soggetto passivo del sopruso di natura sessuale che sta subendo e agisca nella convinzione, derivante

⁶⁶ Così, PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2000, 109; ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Artt. 314-335 bis cod. pen., Milano, 2006, 2 ed., 95; ORRU', *Concussione*, cit., 229; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1982, V ed., 195.

⁶⁷ In tal senso, ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 96.

⁶⁸ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 5 ottobre 1998, n. 11259, in *Cass. pen.*, 1999, 3125; Cass. Pen., sez. VI, 26 gennaio 1996, n. 3546, in *Cass. pen.*, 1997, 706.

dall'attività ingannatoria del pubblico ufficiale, della sua doverosità - non potrà dirsi integrato il reato di concussione⁶⁹.

Ciò premesso, il quesito da porsi riguarda il pubblico ufficiale che, abusando delle sue funzioni o dei suoi poteri, agisca con modalità o con forme di pressione tali da compromettere gravemente la libertà di autodeterminazione del destinatario il quale si presta al compimento di atti sessuali non voluti: tra l'art. 317 c.p. e l'art. 609 *bis* sarà configurabile un concorso apparente di norme o un concorso di reati⁷⁰?

Si svela senza indugio che la Suprema Corte esclude la sussistenza di un rapporto di genere a specie tra dette fattispecie criminose⁷¹.

Se è pur vero che il dato testuale "stessa materia" debba riferirsi al medesimo fatto concreto, non può operare in tal caso il principio di specialità di cui all'art. 15 c.p., perché la disposizione presuppone che più norme incriminatrici abbiano la stessa obiettività giuridica, intesa nel senso di identità del bene protetto⁷². La Cassazione ritiene non applicabile la disciplina del concorso apparente di norme, precisando come la specialità in questo caso sarebbe comunque reciproca o bilaterale⁷³. Difatti, il raffronto tra le fattispecie normative mostra che più elementi sono comuni ad entrambe le norme che si differenziano solo per l'esistenza di un elemento "specializzante": l'art. 317 c.p., presenta l'elemento specializzante della qualità del soggetto attivo e l'art. 609 *bis* c.p., quello dell'oggetto materiale della condotta.

⁶⁹ Cfr. Trib. Rieti, 20 febbraio 2003, in *Giur. merito*, 2004, 9, 785 con nota di BARBALINARDO, *Brevi riflessioni su un insolito caso di violenza sessuale e di concussione presunte*.

⁷⁰ Cass. pen., sez. III, 15 ottobre 1999, n. 860, in *Cass. pen.*, 2001, 1224. Il quesito a cui si cercherà di dar risposta è se vi sia assorbimento del delitto di cui all'art. 317 c.p. in quello di cui all'art. 609 *bis* c.p.

⁷¹ Cass. pen., sez. III, 20 novembre 2007, n. 1815, in *Cass. pen.*, 2008, 12, 4682.

⁷² In giurisprudenza: Cass. pen., sez. IV, 19 dicembre 2017, n. 6156, in *www.ilpenalista.it*, 2 maggio 2018; Cass. pen., sez. VI, 26 maggio 1998, n. 7516, in *Giust. pen.* 1999, II, 357; Cass. pen., Sez. un., 13 settembre 1995, in *Studium Juris* 1996, 109; In dottrina ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 155 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 463 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale., Parte generale.*, cit., 724. *Contra*: PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale.*, Torino, 2013, V ed., 552. L'autore ritiene che l'unico requisito richiesto sia il rapporto strutturale di specialità unilaterale; per "stessa materia" si intende identità del comportamento su cui le norme convergono.

⁷³ Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. I, I delitti contro la persona*, 2005, Padova, 361; SINISCALCO, *Il concorso apparente di norme nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 1961, 117; LOZZI, *Profili di una indagine sui rapporti tra ne bis in idem e concorso formale di reati*, Milano, 1974, 82. Due norme sono in rapporto di specialità bilaterale (o reciproca), per specificazione e per aggiunta, quando nessuna norma è speciale o generale, ma ciascuna è ad un tempo generale e speciale, perché entrambe presentano, accanto ad un nucleo di elementi comuni, elementi specifici ed elementi generici rispetto ai corrispondenti elementi dell'altra. Geometricamente, tale rapporto può essere raffigurato come due cerchi intersecantisi, con la conseguenza che solo alcuni fatti che si trovano in un cerchio rientrano anche nell'altro e viceversa.

La questione non può essere risolta neppure facendo riferimento al principio della consunzione, secondo cui non si può attribuire due volte allo stesso agente un accadimento che può essere considerato unitariamente dal punto di vista penale. Il criterio della consunzione⁷⁴ esprime la relazione tra due norme di cui una abbia portata maggiore rispetto all'altra: tale principio non è invocabile nella ipotesi in esame ove nessuno dei due delitti esaurisce il disvalore giuridico della condotta e può, perciò, essere individuato come norma più ampia assorbente l'altra di minore portata. Pertanto, non può esserci assorbimento tra norme che tutelano interessi disomogenei: alla stregua di una valutazione normativo-sociale non vi è un reato di maggior valore che comporta la realizzazione dell'altro reato minore, che rimane assorbito dal primo. L'interprete si trova, quindi, innanzi ad un caso di pluralità di reati a cui dovrà applicarsi la disciplina del concorso formale eterogeneo di disposizioni incriminatrici, ex art. 81 c.p.

Dunque, una simile condotta, pur unitaria, è rapportabile in modo disgiunto sia alla fattispecie di concussione sia a quella della violenza sessuale perché lede due diversi beni giuridici, posti a salvaguardia di distinti valori costituzionali, cioè, il buon andamento della pubblica amministrazione e la libertà di autodeterminazione della persona nella sfera sessuale⁷⁵.

Sul punto, va precisato che secondo un indirizzo dottrinale il richiamo al bene giuridico non abbia preminente rilevanza in tema di concorso di norme, dovendosi piuttosto procedere ad un confronto tra fattispecie astratte⁷⁶.

⁷⁴ Si rinvia per approfondimenti in tema di concorso apparente di norme *ex multis*: ANTOLISEI, *Concorso formale di reati e conflitto apparente di norme*, in *Giust. pen.*, 1942, II, 209; AMBROSETTI, *Il concorso apparente di norme*, in *La legge penale. Trattato breve di diritto penale. Parte generale*. (a cura di Cocco - Ambrosetti), Cedam, 2019, 195; PAGLIARO, voce *Concorso di norme speciali*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 545; DE FRANCESCO, voce *Concorso apparente di norme*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1988, II, 416; SILVA, *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, Torino, 2018; MUSCATIELLO, *Unità e pluralità di reati. Per una microfisica del molteplice*, Padova, 2002; MORO, *Unità e pluralità di reati*, Padova, 1951; SINISCALCO, *Il concorso apparente di norme nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 1961; BRUNELLI, *Azione unica e concorso di reati nell'esperienza italiana*, Torino, 2004.

⁷⁵ Cass. pen., sez. III, 20 novembre 2007, n. 1815, in *Cass. pen.*, 2008, 12, 4682; Cass. pen., sez. VI, 09 gennaio 2009, n. 9528, in *Cass. pen.*, 2010, 2, 582; Cass. pen., sez. III, 15 ottobre 1999, n. 860, in *Cass. pen.*, 2001, 1225, con nota di DE AMICIS, *Sulla configurabilità del concorso fra i delitti di concussione e violenza sessuale*. Altra pronuncia precisa che sia possibile il concorso fra i delitti di concussione e violenza sessuale, attesi i differenti interessi protetti e le diverse modalità dell'azione, non limitata alla sola richiesta di prestazioni sessuali senza compenso, nella quale può sostanziarsi la concussione e la nozione di utilità (Cass. pen., Sez. un., 23 giugno 1993 n. 7, Romano, C.E.D. Cass. pen., rv. 193747) ma connotata da altre minacce e da abuso di autorità. Così Cass. pen., sez. III, 28 settembre 2001, n. 38854, in *Cass. pen.*, 2002, 2846.

⁷⁶ In tal senso *ex multis*: DE FRANCESCO, *Concorso apparente di norme*, in *Dig. dig. pen.*, Torino, 1988,

Vi è chi poi ritenga configurabile un concorso apparente di norme alla luce dell'elemento della costrizione, che - in quanto "passaggio obbligato" ed elemento costitutivo della fattispecie descritta dall'art. 609 *bis* c.p. - rende il reato di violenza sessuale commesso con abuso da un pubblico ufficiale (o incaricato pubblico servizio), come tale aggravata ex art. 61, n. 9, c.p. figura speciale ed assorbente del delitto di cui all'art. 317 c.p. Viceversa, nei casi in cui l'abuso del soggetto pubblico si attui mediante "pressioni di tipo non propriamente costringitivo", si ritiene integrato esclusivamente il reato di concussione per induzione⁷⁷. A tal proposito, in giurisprudenza si precisa che nel caso di condiscendenza sessuale per mero timore, non dovuto a minaccia esplicita o implicita, sia ravvisabile un concorso apparente tra norme in rapporto di specialità, che va risolto dando la prevalenza al reato di concussione perché vi è solo uno sfruttamento della propria qualifica. Mancherebbe, quindi, l'elemento della costrizione ossia dell'abuso di autorità⁷⁸.

Al netto dei rilievi mossi dalla dottrina, le conclusioni cui perviene la Cassazione per ciò che concerne il rapporto tra il delitto di concussione e quello ai sensi dell'art. 609 *bis* c.p. sono nuovamente condivisibili: il reato di violenza sessuale commesso mediante abuso della qualità e dei poteri del pubblico ufficiale può concorrere formalmente con il reato di concussione, trattandosi di reati che tutelano beni giuridici diversi, posti a salvaguardia di distinti valori costituzionali, rappresentati dal buon andamento della pubblica amministrazione e dalla libertà di autodeterminazione della persona nella sfera sessuale⁷⁹. In definitiva, il Tribunale Supremo ha preso posizione espressa in favore del concorso di reati quando la condotta presenta elementi che sono astrattamente riconducibili sia alla fattispecie di concussione sia a quella della violenza sessuale: i due reati concorrono poiché non vi è omogeneità del bene giuridico protetto, tutelando il reato di concussione l'imparzialità e il buon andamento della pubblica amministrazione, mentre il reato di violenza sessuale è finalizzato alla tutela della libertà sessuale come libertà personale.

vol. II, 416 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale., Parte generale.*, cit., 721 ss.

⁷⁷ Così ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione.*, cit., 119. Sulla base del principio di specialità ritiene comunque prevalente la fattispecie dell'art. 317 c.p., CADOPPI, *Commento all'art. 609-bis c.p.*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, a cura di Cadoppi, Padova, 2006, 544 ss.. È invece, a favore della prevalenza del delitto di violenza sessuale previsto dall'art. 609 *bis* c.p.: DE AMICIS, *Sulla configurabilità*, cit., 1226 ss.

⁷⁸ Si veda, Cass. pen., sez. III, 22 maggio 2012, n. 36595, in *Cass. pen.*, 2013, 7-8, 2701.

⁷⁹ In tal senso: Cass. pen., sez. VI, 4 novembre 2010, n. 8894, in *Cass. pen.* 2012, 3, 1016; Cass. pen., sez. VI, 09 gennaio 2009, n. 9528, in *Cass. pen.*, 2010, 2, 582.

Orbene, la giurisprudenza di legittimità, prima della riforma⁸⁰ ad opera della l. 6 novembre 2012, n. 190, era solita affermare il concorso tra il delitto di violenza sessuale e quello di concussione, anche in ipotesi di condotte di fatto di tipo induttivo, posto che nel vigore del “vecchio” art. 317 c.p. la costrizione e l’induzione erano unificate come ipotesi alternative⁸¹.

Con la l. 190/2012 si è operato il c.d. “spacchettamento” della concussione, con l’introduzione *ex novo* della figura di induzione indebita a dare o promettere utilità, rendendo necessaria una più precisa delimitazione delle condotte di induzione e di costrizione⁸², che oggi integrano non più il medesimo reato ma le diverse fattispecie *ex artt.* 319 *quater* e 317 c.p.

Sotto il profilo intertemporale, vi è perfetta continuità normativa dei delitti previsti dagli attuali artt. 317 e 319 *quater* c.p. rispetto alla precedente ipotesi di concussione per induzione, in quanto restano identici gli elementi costitutivi del delitto, con riferimento alla posizione del pubblico funzionario.

Lo spazio applicativo della “nuova” concussione si è drasticamente ridotto alle sole ipotesi di vera sopraffazione e la condotta tipica può estrinsecarsi ora nella sola costrizione. Il reato di violenza sessuale commesso mediante abuso di autorità può concorrere formalmente con il reato di concussione solamente con riguardo a casi in cui vi sia un’assoluta compressione della libertà di autodeterminazione del destinatario della condotta.

⁸⁰ Per una analisi della riforma tra i tanti si segnala PULITANÒ, *La novella in materia di corruzione*, in *Legge anticorruzione*, in *Cass. pen.*, 2012, suppl. al fasc. n. 11, 3 ss.; SEVERINO, *La nuova legge anticorruzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 7 ss.; FORNASARI, *Il significato della riforma dei delitti di corruzione (e incidenze “minori” su altri delitti contro la P.A.)*, in *Giur. it.*, 2012, 2690 ss.; BALBI, *Alcune osservazioni in tema di riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Dir. pen. cont. riv. trim.*, 2012, n. 3/4, 7 ss.; COCCO, *Le recenti riforme in materia di corruzione e la necessità di un deciso mutamento di prospettiva nell’alveo dei principi liberali*, in *Resp. civ. prev.*, 1 febbraio 2018, fasc. 2, 374; PADOVANI, *Metamorfosi e trasfigurazione. La disciplina nuova dei delitti di concussione e corruzione*, in *Arch. pen.*, 2012, n. 3, 783 ss.; SEMINARA, *La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 1235 ss.; GAMBARDELLA, *Dall’atto alla funzione pubblica: la metamorfosi legislativa della corruzione “impropria”*, in *Arch. pen.*, 2013, n. 1, 15 ss.; BARTOLI, *Il nuovo assetto della tutela a contrasto del fenomeno corruttivo*, in *Dir. pen. proc.*, 2013 n. 3, 347 ss.; DOLCINI-VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, in *Dir. pen. cont. riv. trim.*, 2012, n. 1, 232 ss..

⁸¹ In questo senso, tra le altre *Cass. pen.*, sez. VI, 4 novembre 2010, n. 8894, in *Cass. pen.*, 2012, 3, 1016; *Cass. pen.*, sez. VI, 9 gennaio 2009, n. 9528, in *Cass. pen.*, 2010, 2, 582; *Cass. pen.*, sez. III, 20 novembre 2007, n. 1815, in *Cass. pen.*, 2008, 12, 4682.

⁸² Sulla distinzione tra la condotta di costrizione e quella di induzione in riferimento ai confini ermeneutici tra la concussione ed il nuovo delitto di cui all’art. 319 *quater* c.p., si veda *Cass. pen.*, Sez. un., 24 ottobre 2013, n. 12228, in *Cass. pen.*, 2014, con nota di GAMBARDELLA; *Cass. pen.*, Sez. un., 24 ottobre 2013, n. 12228, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1532, con nota di GATTA.

Qualora, invece, la condotta del pubblico funzionario non integri gli estremi della violenza o minaccia ma si configuri come una mera persuasione, allusione, suggestione, o pressione morale di minore intensità, che lascia un significativo margine decisionale in capo alla persona offesa, verrà integrato il delitto di induzione indebita *ex art. 319 quater c.p.*

Nel post riforma, pertanto, il quesito che ci si è posti riguarda la compatibilità o meno del nuovo reato *art. 319 quater c.p.* con quello di violenza sessuale.

All'esito della separazione delle condotte, l'orientamento prevalente tende a negare la configurabilità del concorso tra questi reati: si respinge l'ipotesi di concorso del reato di violenza sessuale commesso mediante costrizione della vittima con quello di induzione indebita, previsto dall'*art. 319 quater c.p.*, ritenendo logicamente incompatibile la condotta di "costrizione", di cui alla prima fattispecie, con quella di "induzione", prevista nella seconda⁸³.

L'*art. 319 quater c.p.* punisce, infatti, il pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, induce taluno a dare o promettere indebitamente a lui o a un terzo un'utilità, che può anche consistere in una prestazione sessuale. Ma il soggetto che dà o promette l'utilità, perché indotto dal pubblico funzionario non subisce una "costrizione" ma, appunto, un'induzione, tanto da essere egli stesso punito ai sensi dell'*art. 319 quater*, comma secondo *c.p.*.

E tale differenza di trattamento rispetto alla vittima della concussione di cui all'*art. 317 c.p.* - soggetto che subisce invece una vera e propria costrizione e che va, perciò, esente da pena - costituisce una delle ragioni principali della riforma dell'intero capo relativo ai delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione introdotta con la legge del 2012.

Ciò detto, affinché ci sia concorso formale tra il delitto di cui all'*art. 319 quater c.p.* e quello di violenza sessuale bisognerà contestare la condotta di violenza nella diversa figura disciplinata dal comma secondo, n. 1, del medesimo

⁸³ Così, Cass. Pen., sez. III, 14 dicembre 2017, n. 6741, in *Cass. pen.*, 2018, 7-08, 2528. Negli stessi termini, in ipotesi di atti sessuali commessi dal cappellano del carcere con costrizione consistita in condotte repentine di toccamenti dei genitali e sfregamenti sui detenuti compiuti con abuso di autorità si veda Cass. pen., sez. III, 17 maggio 2016, n. 33049, in *Cass. pen.*, 2017, 3, 1114 con nota di ROCCHI. In merito alla distinzione tra la condotta di costrizione e quella di induzione, con riferimento ai confini ermeneutici tra la concussione ed il nuovo delitto di cui all'*art. 319 quater c.p.*, si veda Cass. pen., Sez. un., 24 ottobre 2013, n. 12228, in *Cass. pen.*, 2014, 6, 1992, con nota di GAMBARDELLA. In dottrina, cfr. PELISSERO, *Concussione e induzione indebita a dare o promettere utilità*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, (a cura di Grosso - Pelissero), Giuffrè, 2015, 173 ss.; GAMBARDELLA, *Primi orientamenti giurisprudenziali in tema di concussione e induzione indebita a dare o promettere utilità*, in *Cass. pen.*, 2013, 1285; GAROFOLI, *Concussione e indebita induzione: il criterio discrezionale e i profili successivi*, in www.penalecontemporaneo.it.

art. 609 *bis* c.p., che punisce l'induzione mediante l'abuso delle altrui condizioni di inferiorità fisica o psichica⁸⁴.

Così riformulati, gli illeciti possono concorrere poiché posti a tutela di beni giuridici diversi: l'art. 609 *bis* c.p. salvaguarda la libertà di autodeterminazione della persona nella sfera sessuale, a differenza dell'art. 319 *quater* c.p. che garantisce il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione. Inoltre, le due norme si differenziano strutturalmente per ciò che concerne la nozione di abuso. Tale requisito è riferibile, per ciò che concerne l'induzione indebita, al soggetto agente, il quale abusa delle proprie qualità o dei propri poteri, mentre nel caso della violenza sessuale si ricollega alle condizioni della persona offesa. Quest'ultima, trovandosi in una posizione di inferiorità e in uno stato di forte soggezione, viene persuasa a cedere alle proposte sessuali.

L'art. 609 *bis*, comma secondo, n. 1, c.p. viene a punire, infatti, soltanto le condotte consistenti nella "induzione" all'atto sessuale mediante "abuso" delle suddette condizioni di inferiorità. E l'"induzione" si realizza quando, con un'opera di persuasione spesso sottile o subdola, l'agente spinge o convince il partner a sottostare ad atti che diversamente non avrebbe compiuto; mentre l'"abuso" si verifica quando le condizioni di menomazione sono strumentalizzate per accedere alla sfera intima della persona che, versando in situazione di difficoltà, viene a essere ridotta al rango di un mezzo per il soddisfacimento della sessualità altrui⁸⁵.

In conclusione, il concetto di abuso di autorità - ove il soggetto attivo estrinseca una supremazia che esercita tramite una forma di influenza o suggestione sul soggetto passivo, al fine di coartarne la volontà o condizionarne il comportamento - continua a trovare - anche a seguito dello sdoppiamento delle condotte originariamente ricomprese nel reato di concussione - una precisa collocazione tra i delitti contro la pubblica amministrazione.

Il legislatore nutre sempre l'ambizione di eliminare le pericolose forme di permissivismo che, poste a favore dei pubblici ufficiali, finiscono per danneg-

⁸⁴ Sul punto, PERINI, *Induzione indebita a dare o promettere utilità e violenza sessuale: è configurabile il concorso tra i due delitti?*, in *www.ilpenalista.it*, 31 marzo 2016, nota a Cass. pen., sez. III, 10 luglio 2015, n. 9449. Ammette il concorso tra le citate norme essendo strutturalmente diverse le condotte: Cass. pen., sez. III, 18 marzo 2015, n. 9442, in *D&G*, 2016, 9 marzo.

⁸⁵ Cass. pen., sez. III, 14 aprile 2010, n. 20766, in *Cass. pen.*, 2011, 4, 1445; Cass. pen., sez. III, 05 giugno 2007, n. 35878, in *Guida dir.*, 2007, 44, 102. Quest'ultima pronuncia precisa che l'art. 609 *bis*, comma secondo, n. 1, c.p., innovando rispetto al precedente art. 519 c.p., per il quale la violenza carnale era presunta per il solo fatto che l'agente si fosse consapevolmente congiunto con persona malata di mente o psichicamente inferiore, si pone invece in linea con l'intenzione del legislatore di assicurare ora anche ai soggetti in condizioni di inferiorità psichica una sfera di estrinsecazione della loro individualità anche sotto il profilo sessuale, purché manifestata in un clima di assoluta libertà.

giare i cittadini. A maggior ragione quando l'utilità ricercata dal pubblico ufficiale sia un favore sessuale, non potrà ravvisarsi alcuna illogicità nel concorso con il reato di violenza sessuale, attesa la differenza ontologica e giuridica tra i due tipi di rapporto.

6. Conclusioni. La formula abuso di autorità è utilizzata dal legislatore per descrivere quei comportamenti illeciti connessi alla titolarità dell'agente che recano una tale offesa al diritto da meritare una repressione penale.

È indubbiamente una nozione generica commessa al cattivo uso della posizione di autorità che il soggetto riveste nei confronti della vittima: tale espressione include, quindi, ogni atteggiamento idoneo a realizzare un uso deviato o distorto della posizione autoritativa.

La ricostruzione compiuta in tema di rilevanza penale dell'abuso di autorità ci mostra come esso ricorra quando il soggetto eserciti i propri poteri in modo abnorme al fine di conseguire risultati differenti rispetto a quelli per i quali le facoltà gli furono attribuite. La singolarità di tale condotta illecita consiste nel contrasto tra le finalità che il soggetto si propone di raggiungere utilizzando la propria autorità e gli scopi etici e sociali per cui il legislatore aveva riconosciuto all'agente certi poteri⁸⁶.

La posizione sociale dell'aggressore e il rapporto preconstituito con la vittima possono conferire sufficiente potere persuasivo al reo e divenire la causa dell'atto offensivo. Un ruolo importante nella dinamica offensiva è dato, infatti, alla tipologia della relazione tra le parti che rende le vittime destinatarie prescelte del reato.

La soggezione avvertita dalla parte debole svolge una funzione influenzante e facilita la condizione di trasformazione della condotta lecita in un atto offensivo. Se nel diritto penale la vittima sembra non avere sempre un ruolo in senso proprio, nell'ipotesi di abuso di autorità essa acquista una posizione di maggior rilievo. Interessante sarebbe approfondire anche quelle prospettive scientifiche secondo cui vi sarebbero alcuni fattori, definiti fattori vittimogeni, che contribuiscono ad aumentare la vulnerabilità individuale, accentuando la sensibilizzazione della persona ad una particolare condizione di autorità⁸⁷.

⁸⁶ Il frutto della nostra riflessione ci porta a enunciare che a prescindere dalle norme penali in cui tale nozione viene inserita vi sarà sempre un utilizzo dei propri poteri orientato al perseguimento di interessi il cui raggiungimento non è consentito dall'ordinamento.

⁸⁷ Cfr. ZARA, *La psicologia della «vittima ideale» e della «vittima reale». essere vittime e diventare vittime di reato*, in *Riv. it. med. leg. (e del Dir. in campo san.)*, 1 aprile 2018, fasc. 2, 615. L'autore evidenzia come la probabilità di diventare vittima di un crimine di abuso non è equamente distribuita nella popolazione. Sono definite "vittime fungibili" quelle che non conoscono l'aggressore: sono descritte come

Tuttavia, senza oltrepassare i confini della presente indagine, ci si limita ad evidenziare che vi è tale abuso quando c'è un'azione fraudolenta in rapporto diretto e consequenziale con le reazioni della vittima.

Caso per caso, quindi, l'interprete è chiamato ad accertare che vi sia stata veramente una condizione di sudditanza materiale e psicologica.

È escluso, quindi, che per il solo fatto che l'agente sia rivestito di un certo titolo vi sia *in re ipsa* una implicita minaccia di un male ingiusto e, quindi, un abuso di autorità⁸⁸. Ebbene, l'abuso di autorità, quale elemento necessario del reato, non può essere desunto, in via meramente presuntiva, sulla base della posizione autoritativa ricoperta dal soggetto agente. Andrà, viceversa, dimostrata la strumentalizzazione del potere attraverso la subornazione psicologica della vittima.

Nella psichiatria forense si precisa che la durata dell'incontro e la frequentazione con la vittima non hanno importanza quando le condizioni di suggestionabilità, fragilità e succubanza della vittima sono di facile comprensione e di immediata intuizione⁸⁹. Nei reati sessuali, in particolare, quando l'evidenza clinica e comportamentale non sia chiara e le caratteristiche che connotano l'incontro erotico-sentimentale palesino un sottile gioco psicologico tra "abusante" e "abusato", sarà molto difficile per il perito valutare la presenza e l'incidenza dell'abuso sul funzionamento mentale della vittima: ciò che si ricerca è il comportamento dell'abusante che orienta a suo vantaggio il processo decisionale della vittima proditoriamente (ovvero con velate minacce, raggiri, promesse, persuasioni e pressioni di vario genere), inducendola a compiere atti che altrimenti non avrebbe mai compiuto.

In conclusione, la nostra riflessione si è soffermata sul perimetro della condotta di abuso di autorità penalmente rilevante. È palese però che per l'attribuzione della responsabilità penale l'interprete andrà a ricercare l'ulteriore profilo della rimproverabilità in relazione alle specifiche modalità della condotta: all'esercizio arbitrario della propria autorità è connesso, infatti, un *animus nocendi* particolarmente qualificato. E la strumentalizzazione dell'autorità deve essere esercitata dal soggetto con la consapevolezza

vittime accidentali e casuali in quanto è la circostanza nella quale si sono trovate che le ha rese occasionalmente tali. Mentre sono "vittime infungibili" quelle che conoscono l'aggressore, che hanno una relazione amicale o professionale, oppure affettiva e intima, con esso. Si tratta di vittime selezionate e che sono infungibili in quanto per motivi specifici sono state scelte dall'aggressore rendendole insostituibilmente oggetto di attenzione offensiva, controllante, mortificante e violenta. Pertanto, quanto più la relazione è confidenziale maggiore è il rischio di subire tale abuso.

⁸⁸ Cfr. Cass. pen., sez. III, 22 maggio 2012, n. 36595, cit.

⁸⁹ Così, FORNARI, *Trattato di psichiatria forense*, tomo primo, Torino, 2018, VII ed., 334.

dell'effetto intimidatorio che si produce nei confronti dell'“inferiore”. Ma qui si apre un altro capitolo meritevole di una autonoma riflessione.

In definitiva, l'abuso di autorità ha penale rilevanza quando il comportamento del soggetto presenta una connotazione fraudolenta che si allontana dal suo vero scopo, dalla maniera o dalla misura. Ogni qualvolta chi ha una posizione di preminenza conferita dalla legge faccia un uso distorto delle attribuzioni di cui è investito al fine di costringere o indurre altri all'indebito, concretizzerà un utilizzo illecito, illegittimo e pravo.

Le riflessioni compiute ci portano ad affermare che, nonostante l'estensione del concetto di autorità ai rapporti relazionali, l'utilizzo del paradigma dell'abuso di autorità riesce ancora oggi particolarmente capace di porre in luce il rapporto di lesività tra condotta e bene tutelato. L'effetto costrittivo promanante da tale condotta abusiva è sempre astrattamente pericoloso, e quindi, offensivo in base al coefficiente di offensività richiesto dalla struttura dei reati in cui è inserito, in particolare nel delitto di violenza sessuale.

Il paradigma dell'abuso di autorità risulta essere uno strumento idoneo per esprimere una effettiva scelta politico-criminale che vuole garantire piena efficacia operativa al principio di offensività.

Per tutto ciò, tale modello di abuso di autorità, alla luce dell'indagine condotta, rimane un paradigma emblematico da impiegare per coniugare efficacemente la tipicità e l'offensività dei reati.