

The logo consists of three overlapping circles: a yellow one on the left containing the letter 'C', a green one in the middle containing 'J', and a blue one on the right containing 'N'.

CJN

Diritto Penale Contemporaneo

RIVISTA TRIMESTRALE

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

1/2021

EDITOR-IN-CHIEF

Gian Luigi Gatta

EDITORIAL BOARD

Italy: Antonio Gullo, Guglielmo Leo, Luca Luparia, Francesco Mucciarelli, Francesco Viganò

Spain: Jaime Alonso-Cuevillas, Sergi Cardenal Montraveta, David Carpio Briz,

Joan Queralt Jiménez

Chile: Jaime Couso Salas, Mauricio Duce Julio, Héctor Hernández Basualto,

Fernando Londoño Martínez

MANAGING EDITORS

Carlo Bray, Silvia Bernardi

EDITORIAL STAFF

Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Emanuele Birritteri, Javier Escobar Veas,

Stefano Finocchiaro, Alessandra Galluccio, Elisabetta Pietrocarlo, Rossella Sabia,

Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali, Stefano Zirulia

EDITORIAL ADVISORY BOARD

Rafael Alcacer Guirao, Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Coral Arangüena Fanego, Lorena Bachmaier Winter, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, Carolina Bolea Bardón, Manfredi Bontempelli, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Pedro Caeiro, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, Claudia Marcela Cárdenas Aravena, Raúl Carnevali, Marta Cartabia, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Mirentxu Corcoy Bidasolo, Cristiano Cupelli, Norberto Javier De La Mata Barranco, Angela Della Bella, Cristina de Maglie, Gian Paolo Demuro, Miguel Díaz y García Conlledo, Ombretta Di Giovine, Emilio Dolcini, Jacobo Dopico Gomez Áller, Patricia Faraldo Cabana, Silvia Fernández Bautista, Javier Gustavo Fernández Terruelo, Marcelo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Gabriele Fornasari, Novella Galantini, Percy García Caveró, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Víctor Gómez Martín, José Luis Guzmán Dalbora, Ciro Grandi, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Máximo Langer, Juan Antonio Lascuráin Sánchez, Maria Carmen López Peregrín, Sergio Lorusso, Ezequiel Malarino, Francisco Maldonado Fuentes, Stefano Manacorda, Juan Pablo Mañalich Raffo, Vittorio Manes, Grazia Mannozi, Teresa Manso Porto, Luca Marafioti, Joseph Margulies, Enrico Marzaduri, Luca Masera, Jean Pierre Matus Acuña, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Iván Meini, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Melissa Miedico, Vincenzo Militello, Fernando Miró Linares, Vincenzo Mongillo, Renzo Orlandi, Magdalena Ossandón W., Francesco Palazzo, Carlenrico Paliero, Michele Papa, Raphaële Parizot, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lorenzo Picotti, Paolo Pisa, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Mario Romano, María Ángeles Rueda Martín, Carlo Ruga Riva, Stefano Ruggieri, Francesca Ruggieri, Dulce María Santana Vega, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Paola Severino, Nicola Selvaggi, Rosaria Sicurella, Jesús María Silva Sánchez, Carlo Sotis, Giulio Uberti, Inma Valeije Álvarez, Antonio Vallini, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, John Vervaele, Costantino Visconti, Javier Wilenmann von Bernath, Francesco Zacchè

Editore Associazione "Progetto giustizia penale", c/o Università degli Studi di Milano,
Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" - Via Festa del Perdono, 7 - 20122 MILANO - c.f. 97792250157
ANNO 2021 - CODICE ISSN 2240-7618 - Registrazione presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011.
Impaginazione a cura di Chiara Pavese

Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale è un periodico on line ad accesso libero e non ha fine di profitto. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione. La rivista, registrata presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011, è edita attualmente dall'associazione "Progetto giustizia penale", con sede a Milano, ed è pubblicata con la collaborazione scientifica e il supporto dell'Università Commerciale Luigi Bocconi di Milano, dell'Università degli Studi di Milano, dell'Università di Roma Tre, dell'Università LUISS Guido Carli, dell'Universitat de Barcelona e dell'Università Diego Portales di Santiago del Cile.

La rivista pubblica contributi inediti relativi a temi di interesse per le scienze penalistiche a livello internazionale, in lingua italiana, spagnolo, inglese, francese, tedesca e portoghese. Ogni contributo è corredato da un breve abstract in italiano, spagnolo e inglese.

La rivista è classificata dall'ANVUR come rivista scientifica per l'area 12 (scienze giuridiche), di classe A per i settori scientifici G1 (diritto penale) e G2 (diritto processuale penale). È indicizzata in DoGI e DOAJ.

Il lettore può leggere, condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza Creative Commons - Attribuzione - Non commerciale 3.0 Italia (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista può essere citata in forma abbreviata con l'acronimo: *DPC-RT*, corredato dall'indicazione dell'anno di edizione e del fascicolo.

La rivista fa proprio il [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

La rivista si conforma alle norme del Regolamento UE 2016/679 in materia di tutela dei dati personali e di uso dei cookies ([clicca qui](#) per dettagli).

Ogni contributo proposto per la pubblicazione è preliminarmente esaminato dalla direzione, che verifica l'attinenza con i temi trattati dalla rivista e il rispetto dei requisiti minimi della pubblicazione.

In caso di esito positivo di questa prima valutazione, la direzione invia il contributo in forma anonima a due revisori, individuati secondo criteri di rotazione tra i membri dell'Editorial Advisory Board in relazione alla rispettiva competenza per materia e alle conoscenze linguistiche. I revisori ricevono una scheda di valutazione, da consegnare compilata alla direzione entro il termine da essa indicato. Nel caso di tardiva o mancata consegna della scheda, la direzione si riserva la facoltà di scegliere un nuovo revisore.

La direzione comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se entrambe le valutazioni sono positive, il contributo è pubblicato. Se una o entrambe le valutazioni raccomandano modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se uno o entrambi i revisori esprimono parere negativo alla pubblicazione.

La direzione si riserva la facoltà di pubblicare, in casi eccezionali, contributi non previamente sottoposti alla procedura di peer review. Di ciò è data notizia nella prima pagina del contributo, con indicazione delle ragioni relative.

I contributi da sottoporre alla Rivista possono essere inviati al seguente indirizzo mail: editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. I contributi che saranno ritenuti dalla direzione di potenziale interesse per la rivista saranno sottoposti alla procedura di peer review sopra descritta. I contributi proposti alla rivista per la pubblicazione dovranno rispettare i criteri redazionali [scaricabili qui](#).

Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale es una publicación periódica *on line*, de libre acceso y sin ánimo de lucro. Todas las colaboraciones de carácter organizativo y editorial se realizan gratuitamente y no se imponen a los autores costes de maquetación y publicación. La Revista, registrada en el Tribunal de Milan, en el n. 554 del 18 de noviembre de 2011, se edita actualmente por la asociación “Progetto giustizia penale”, con sede en Milán, y se publica con la colaboración científica y el soporte de la *Università Commerciale Luigi Bocconi* di Milano, la *Università degli Studi di Milano*, la *Università di Roma Tre*, la *Università LUISS Guido Carli*, la *Universitat de Barcelona* y la *Universidad Diego Portales de Santiago de Chile*.

La Revista publica contribuciones inéditas, sobre temas de interés para la ciencia penal a nivel internacional, escritas en lengua italiana, española, inglesa, francesa, alemana o portuguesa. Todas las contribuciones van acompañadas de un breve abstract en italiano, español e inglés.

El lector puede leer, compartir, reproducir, distribuir, imprimir, comunicar a terceros, exponer en público, buscar y señalar mediante enlaces de hipervínculo todos los trabajos publicados en “Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale”, con cualquier medio y formato, para cualquier fin lícito y no comercial, dentro de los límites que permite la licencia *Creative Commons - Attribuzione - Non commerciale 3.0 Italia* (CC BY-NC 3.0 IT) y, en particular, debiendo mantenerse la indicación de la fuente, el logo, el formato gráfico original, así como el autor de la contribución.

La Revista se puede citar de forma abreviada con el acrónimo *DPC-RT*, indicando el año de edición y el fascículo.

La Revista asume el [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborado por el COPE (*Comitte on Publication Ethics*).

La Revista cumple lo dispuesto en el Reglamento UE 2016/679 en materia de protección de datos personales ([clica aquí](#) para los detalles sobre protección de la privacy y uso de cookies).

Todas las contribuciones cuya publicación se propone serán examinadas previamente por la Dirección, que verificará la correspondencia con los temas tratados en la Revista y el respeto de los requisitos mínimos para su publicación.

En el caso de que se supere con éxito aquella primera valoración, la Dirección enviará la contribución de forma anónima a dos evaluadores, escogidos entre los miembros del *Editorial Advisory Board*, siguiendo criterios de rotación, de competencia por razón de la materia y atendiendo también al idioma del texto. Los evaluadores recibirán un formulario, que deberán devolver a la Dirección en el plazo indicado. En el caso de que la devolución del formulario se retrasara o no llegara a producirse, la Dirección se reserva la facultad de escoger un nuevo evaluador.

La Dirección comunicará el resultado de la evaluación al autor, garantizando el anonimato de los evaluadores. Si ambas evaluaciones son positivas, la contribución se publicará. Si alguna de las evaluaciones recomienda modificaciones, la contribución se publicará después de que su autor la haya revisado sobre la base de los comentarios recibidos y de que la Dirección haya verificado que tales comentarios han sido atendidos. La contribución no se publicará cuando uno o ambos evaluadores se pronuncien negativamente sobre su publicación.

La Dirección se reserva la facultad de publicar, en casos excepcionales, contribuciones que no hayan sido previamente sometidas a *peer review*. Se informará de ello en la primera página de la contribución, indicando las razones.

Si deseas proponer una publicación en nuestra revista, envía un mail a la dirección editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. Las contribuciones que la Dirección considere de potencial interés para la Revista se someterán al proceso de *peer review* descrito arriba. Las contribuciones que se propongan a la Revista para su publicación deberán respetar los criterios de redacción (se pueden [descargar aquí](#)).



Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale is an on-line, open-access, non-profit legal journal. All of the organisational and publishing partnerships are provided free of charge with no author processing fees. The journal, registered with the Court of Milan (n° 554 - 18/11/2011), is currently produced by the association “Progetto giustizia penale”, based in Milan and is published with the support of Bocconi University of Milan, the University of Milan, Roma Tre University, the University LUISS Guido Carli, the University of Barcelona and Diego Portales University of Santiago, Chile.

The journal welcomes unpublished papers on topics of interest to the international community of criminal scholars and practitioners in the following languages; Italian, Spanish, English, French, German and Portuguese. Each paper is accompanied by a short abstract in Italian, Spanish and English.

Visitors to the site may share, reproduce, distribute, print, communicate to the public, search and cite using a hyperlink every article published in the journal, in any medium and format, for any legal non-commercial purposes, under the terms of the Creative Commons License - Attribution – Non-commercial 3.0 Italy (CC BY-NC 3.0 IT). The source, logo, original graphic format and authorship must be preserved.

For citation purposes the journal's abbreviated reference format may be used: *DPC-RT*, indicating year of publication and issue.

The journal strictly adheres to the [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) drawn up by COPE (Committee on Publication Ethics).

The journal complies with the General Data Protection Regulation (EU) 2016/679 (GDPR) ([click here](#) for details on protection of privacy and use of cookies).

All articles submitted for publication are first assessed by the Editorial Board to verify pertinence to topics addressed by the journal and to ensure that the publication's minimum standards and format requirements are met.

Should the paper in question be deemed suitable, the Editorial Board, maintaining the anonymity of the author, will send the submission to two reviewers selected in rotation from the Editorial Advisory Board, based on their areas of expertise and linguistic competence. The reviewers are provided with a feedback form to compile and submit back to the editorial board within an established timeframe. If the timeline is not heeded to or if no feedback is submitted, the editorial board reserves the right to choose a new reviewer.

The Editorial Board, whilst guaranteeing the anonymity of the reviewers, will inform the author of the decision on publication. If both evaluations are positive, the paper is published. If one or both of the evaluations recommends changes the paper will be published subsequent to revision by the author based on the comments received and verification by the editorial board. The paper will not be published should one or both of the reviewers provide negative feedback.

In exceptional cases the Editorial Board reserves the right to publish papers that have not undergone the peer review process. This will be noted on the first page of the paper and an explanation provided.

If you wish to submit a paper to our publication please email us at editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. All papers considered of interest by the editorial board will be subject to peer review process detailed above. All papers submitted for publication must abide by the editorial guidelines ([download here](#)).

EMERGENZA COVID E SISTEMA PENALE	Fatti <i>extra ordinem</i>. L'interpretazione giudiziale al tempo del Covid-19 <i>Hechos extra ordinem. La interpretación judicial en tiempos del Covid-19</i> <i>Extra Ordinem Facts. Judicial Interpretation in the Covid-19 Era</i> Damiano Canale	1
<i>EMERGENCIA COVID</i> <i>Y DERECHO PENAL</i>		
<i>COVID HEALTH CRISIS AND</i> <i>CRIMINAL JUSTICE SYSTEM</i>	Esigenze e modelli di contenimento della responsabilità nel contesto del diritto penale pandemico <i>Necesidades y modelos de limitación de responsabilidad en el contexto del derecho penal pandémico</i> <i>Needs and Models for Limiting Responsibility in the Context of Pandemic Criminal Law</i> Emmanuele Penco	16
	Omesso versamento di imposte a causa di pandemia: alla ricerca di una esimente di forza maggiore “vincibile” di derivazione europea <i>Impago de impuestos a causa de la pandemia: en busca de una eximente por fuerza mayor “vencible” de origen europeo</i> <i>Failure to Pay Taxes Due to Covid-19: Looking for a European Force Majeure Exemption</i> Samuel Bolis	38
QUESTIONI DI PARTE SPECIALE	“Peculato dell'albergatore”: tra modifiche mediate reali o apparenti e successione impropria, <i>tertium datur</i> l'amnistia? <i>Peculado cometido por el hotelero: entre modificaciones mediatas reales o aparentes y sucesión impropia, ¿tertium datur la amnistía?</i> <i>Embezzlement of Public Funds by the Hotel Owner: Between Change And Chronological Succession of Criminal and Administrative-Punitive Laws, Tertium Datur Amnesty?</i> Giuseppe Amarelli	52
<i>TEMAS DE PARTE ESPECIAL</i> <i>GENERAL PART TOPICS</i>		
	Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione “neutralizzatrice” della giurisprudenza <i>El escudo de cristal: la reforma del abuso de funciones y la reaparición de la tentación “neutralizadora” de la jurisprudencia</i> <i>The Crystal Shield: the Reformed Abuse of Office and the Reemerging ‘Neutralization’ Temptation by the Courts</i> Andrea Merlo	75

<p>Una proposta per l'esercizio arbitrario delle proprie ragioni quale reato di mano propria.</p> <p><i>Una propuesta para el ejercicio arbitrario del propio derecho como delito de propia mano.</i></p> <p><i>The Crime of Arbitrary Exercise of One's Rights as 'Own Hand' Offence</i></p> <p>Gennaro Mastrangelo</p>	90
<p>Il concetto di "stato di bisogno" nel reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro</p> <p><i>El concepto de "estado de necesidad" en el delito de intermediación ilícita y explotación laboral</i></p> <p><i>The Notion of "State of Need" in the Crime of Illegal Intermediation in the Job Market and Workers' Exploitation</i></p> <p>Sofia Braschi</p>	113
<p>La rimozione fraudolenta del preservativo come aggressione sessuale. Lo <i>Stealthbing</i> davanti al giudice penale</p> <p><i>La extracción fraudulenta del condón como agresión sexual.</i></p> <p><i>La posible relevancia criminal del llamado "Stealthbing"</i></p> <p><i>Fraudulently Taking of the Condom as Sexual Assault.</i></p> <p><i>The Potential Criminal Relevance of the So-Called 'Stealthbing'</i></p> <p>Paolo Caroli - Julia Geneuss</p>	136
<p>Criptovalute e diritto penale nella prevenzione e repressione del riciclaggio</p> <p><i>Criptomonedas y derecho penal en la prevención y represión del blanqueo de capitales</i></p> <p><i>Cryptocurrencies and Criminal Law. Preventing and Punishing Money Laundering</i></p> <p>Marta Giuca</p>	150
<p>La "moralità" dell'ergastolo c.d. "ostativo" per i fatti di mafia</p> <p><i>La moralidad de la prisión permanente revisable por delitos mafiosos</i></p> <p><i>The Morality of "Ergastolo Ostativo" for Mafia Crimes</i></p> <p>Licia Siracusa</p>	192
<p>La «disciplina del minuscolo»: la Corte costituzionale alle prese con la ragionevolezza del divieto assoluto di scambiare oggetti per detenuti al 41 bis</p> <p><i>La "disciplina de lo minúsculo": el Tribunal Constitucional se enfrenta a la razonabilidad de la prohibición absoluta de intercambiar objetos que tienen las personas condenadas al alero del artículo 41 bis.</i></p> <p><i>The "Rules on Micron": the Constitutional Court on the Reasonableness of the Strict Prohibition of Exchanging Objects Among Detainees Under 41 bis</i></p> <p>Alessandro Tesauro</p>	219

CRIMINALITÀ
ORGANIZZATA E
TRATTAMENTO
PENITENZIARIO

CRIMINALIDAD
ORGANIZADA Y
TRATAMIENTO
PENITENCIARIO

ORGANIZED CRIME AND
IMPRISONMENT

<p>DIRITTO PENALE INTERNAZIONALE</p> <p><i>DERECHO PENAL INTERNACIONAL</i></p> <p><i>INTERNATIONAL CRIMINAL LAW</i></p>	<p>Politiche anti-migratorie e responsabilità dei vertici politico-istituzionali per crimini contro l'umanità</p> <p><i>Políticas anti-migratorias y responsabilidad de los líderes político-institucionales por crímenes de lesa humanidad</i></p> <p><i>Anti-Migration Policies and Responsibility of the Leadership for Crimes Against Humanity</i></p> <p>Dora Tarantino</p>	<p>239</p>
<p>RICERCA E DIDATTICA NEL DIRITTO PENALE</p> <p><i>INVESTIGACIÓN Y ENSEÑANZA DEL DERECHO PENAL</i></p> <p><i>RESEARCH AND TEACHING IN THE FIELD OF CRIMINAL LAW</i></p>	<p>La ricerca e l'insegnamento in materia penale: riflessioni sul modello statunitense e sulla sua influenza sul sistema italiano</p> <p><i>Investigación y enseñanza en materia penal: reflexiones sobre el modelo estadounidense y su influencia en el sistema italiano</i></p> <p><i>Research and Teaching in the Field of Criminal Law: Reflections on the U.S. Model and Its Influence on the Italian System</i></p> <p>Alessandro Corda</p>	<p>267</p>
<p>IL FOCUS SU...</p> <p><i>EL ENFOQUE EN</i></p> <p><i>FOCUS ON...</i></p>	<p>La responsabilità da reati ambientali degli enti collettivi: profili dogmatici e tecniche di prevenzione</p> <p><i>La responsabilidad por delitos ambientales de las personas jurídicas: cuestiones dogmáticas y técnica de prevención</i></p> <p><i>Corporate Criminal Liability for Environmental Crimes: Theoretical Profiles and Compliance Policies</i></p> <p>Emanuele Birritteri</p>	<p>290</p>
	<p>La legittima difesa domiciliare all'esame di vent'anni di giurisprudenza di legittimità</p> <p><i>La legítima defensa en el domicilio examinada a la luz de veinte años de "jurisprudencia de legitimidad"</i></p> <p><i>Self Defence in the Home Evaluated in the Light of Twenty Years of Supreme Court of Cassation Case-Law</i></p> <p>Lucrezia Rossi</p>	<p>315</p>
	<p>La metamorfosi della 'confisca in casi particolari': dalla criminalità organizzata alla legislazione penal-tributaria</p> <p><i>La metamorfosis del "comiso en casos particulares": desde el crimen organizado hasta la legislación penal-tributaria</i></p> <p><i>The Metamorphosis of 'Confiscation in Special Cases': From the Organized Crime to the Tax Criminal Legislation</i></p> <p>Davide Attanasio</p>	<p>332</p>

QUESTIONI DI PARTE SPECIALE

TEMAS DE PARTE ESPECIAL

GENERAL PART TOPICS

- 52 **“Peculato dell'albergatore”:** tra modifiche mediate reali o apparenti e successione impropria, *tertium datur* l'amnistia?
Peculado cometido por el hotelero: entre modificaciones mediatas reales o aparentes y sucesión impropia, ¿tertium datur la amnistía?
Embezzlement of Public Funds by the Hotel Owner: Between Change And Chronological Succession of Criminal and Administrative-Punitive Laws, Tertium Datur Amnesty?
Giuseppe Amarelli
- 75 **Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione “neutralizzatrice” della giurisprudenza**
El escudo de cristal: la reforma del abuso de funciones y la reaparición de la tentación “neutralizadora” de la jurisprudencia
The Crystal Shield: the Reformed Abuse of Office and the Reemerging ‘Neutralization’ Temptation by the Courts
Andrea Merlo
- 90 **Una proposta per l'esercizio arbitrario delle proprie ragioni quale reato di mano propria.**
Una propuesta para el ejercicio arbitrario del propio derecho como delito de propia mano.
The Crime of Arbitrary Exercise of One's Rights as ‘Own Hand’ Offence
Gennaro Mastrangelo
- 113 **Il concetto di “stato di bisogno” nel reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro**
El concepto de “estado de necesidad” en el delito de intermediación ilícita y explotación laboral
The Notion of “State of Need” in the Crime of Illegal Intermediation in the Job Market and Workers' Exploitation
Sofia Braschi
- 136 **La rimozione fraudolenta del preservativo come aggressione sessuale. Lo *Stealththing* davanti al giudice penale**
La extracción fraudulenta del condón como agresión sexual. La posible relevancia criminal del llamado “Stealththing”
Fraudulently Taking of the Condom as Sexual Assault. The Potential Criminal Relevance of the So-Called ‘Stealththing’
Paolo Caroli - Julia Geneuss
- 150 **Criptovalute e diritto penale nella prevenzione e repressione del riciclaggio**
Criptomonedas y derecho penal en la prevención y represión del blanqueo de capitales
Cryptocurrencies and Criminal Law. Preventing and Punishing Money Laundering
Marta Giuca

La rimozione fraudolenta del preservativo come aggressione sessuale. Lo *Stealthing* davanti al giudice penale

La extracción fraudulenta del condón como agresión sexual. La posible relevancia criminal del llamado 'Stealthing'

Fraudulently Taking of the Condom as Sexual Assault. The Potential Criminal Relevance of the So-Called 'Stealthing'

PAOLO CAROLI E JULIA GENEUSS*

Borsista della Fondazione Alexander von Humboldt
 presso l'Università Humboldt di Berlino
 paolo.caroli@rewi.hu-berlin.de

Consulente accademica e abilitante presso l'Università di Amburgo, Professoressa
 a contratto di diritto penale e criminologia presso l'Università di Gottinga
 julia.geneuss@uni-hamburg.de

REATI SESSUALI,
 VIOLENZA DI GENERE E DOMESTICA

DELITOS SEXUALES,
 VIOLENCIA DE GÉNERO Y DOMÉSTICA

SEXUAL OFFENCES,
 GENDER AND DOMESTIC VIOLENCE

ABSTRACTS

Nel luglio 2020 il *Kammergericht* di Berlino ha sancito per la prima volta che la pratica del c.d. *Stealthing* è punibile come aggressione sessuale. Si tratta di un precedente di grande rilevanza, non solamente per la Germania. In precedenza si registrano decisioni sporadiche, in particolare una pronuncia della Corte Suprema del Canada, una sentenza svizzera di primo grado, poi però emendata in appello, e due decisioni spagnole

Il termine *Stealthing*, ora in uso anche nella dottrina penalistica, indica quella prassi in cui, nel contesto di un rapporto sessuale consensuale, un partner di sesso maschile, di nascosto e contrariamente a quanto stabilito - ossia senza che la/il partner se ne renda conto -, si sfilava il preservativo, prima del rapporto sessuale o durante lo stesso. L'articolo analizza criticamente la decisione tedesca e la colloca nel contesto comparato, per poi interrogarsi sulla possibile rilevanza penale dello *Stealthing* nell'ordinamento italiano alla luce dell'art. 609-*bis* c.p. e della sua applicazione giurisprudenziale, nonché, infine, fornendo alcuni spunti di riflessione sul piano della politica criminale.

En julio de 2020, un tribunal penal regional superior alemán, el *Kammergericht* Berlin, afirmó por primera vez que la práctica del llamado *Stealthing* se puede castigar como agresión sexual. Este es un precedente muy importante, no solo para Alemania. Anteriormente, sólo existían decisiones esporádicas, como la de la Corte Suprema de Canadá, dos decisiones españolas, y una sentencia de primera instancia suiza, la cual, sin embargo, posteriormente fue revocada en apelación. El término *Stealthing*, ahora también utilizado en la doctrina penal, indica aquella práctica en la que, en el contexto de una relación sexual consentida, un hombre, sin que su pareja sexual se dé cuenta, se quita el condón, antes o durante el coito. El artículo analiza críticamente la decisión alemana, situándola en el contexto comparado. Posteriormente, se cuestiona la posible relevancia criminal del *Stealthing* en el sistema penal italiano, a la luz del artículo 609-*bis* del Código Penal y su aplicación jurisprudencial. Finalmente, el artículo aporta algunas reflexiones desde una perspectiva política criminal.

* Il paragrafo 2 (con i relativi sottoparagrafi) è stato redatto da Julia Geneuss, il paragrafo 3 (con i relativi sottoparagrafi) è stato redatto da Paolo Caroli, i paragrafi 1 e 4 sono stati redatti in comune.

In July 2020, the *Kammergericht* Berlin – the highest state court for the city-state of Berlin, affirmed for the first time that the so-called *Stealthbing* can be punished as sexual assault. This is a very important precedent, not only for Germany. It builds upon isolated previous examples, such as a decision of the Supreme Court of Canada, as well as a Swiss first instance ruling, later amended on appeal, and two Spanish decisions. The term *Stealthbing*, now used in criminal law scholarship too, refers to that practice in which, in the context of a consensual sexual intercourse, a male partner, secretly and contrary to what was agreed upon – that is, the partner being unaware – takes off his condom, before or during the intercourse. The article critically analyzes the German decision in the comparative framework. Afterwards, we try to imagine the possible qualification of *Stealthbing* in the Italian criminal law system, in the light of article 609-*bis* of the Criminal Code as applied by the Courts. Finally, we will provide some food for thought from a criminal policy perspective.

SOMMARIO

1. Introduzione. – 2. La decisione del 2020 nel contesto del diritto penale sessuale tedesco. – 2.1 Atto sessuale. – 2.2 Volontà contraria riconoscibile e consenso basato sull'inganno – 2.3 L'esempio di regola dello stupro. – 3. Lo *Stealththing* in prospettiva comparata. – 3.1 Lo *Stealththing* davanti a un giudice italiano. – 3.2 Brevi spunti di politica criminale. – 4. Conclusioni.

1.

Introduzione

Nel luglio 2020, per la prima volta in Germania e in Europa¹, un *Oberlandesgericht* ha sancito che la pratica del c.d. *Stealththing* è punibile come aggressione sessuale. Il *Kammergericht* (d'ora in avanti KG²) di Berlino ha infatti affermato che lo *Stealththing* integra la fattispecie di aggressione sessuale ex § 177 c. 1 del Codice penale (*Strafgesetzbuch*, d'ora in avanti StGB), quantomeno nel caso in cui l'autore, nel prosieguo del rapporto sessuale non protetto, eiaculi nel corpo del/della partner.³ Se lo *Stealththing* possa integrare anche l'ipotesi di particolare gravità ex § 177 c. 6 StGB (*Stupro*), punita con pena non inferiore a due anni, è una questione che la Corte non ha potuto affrontare, in quanto non rientrante nell'oggetto del giudizio di revisione. Tuttavia, a differenza dei due precedenti gradi di giudizio, il KG ha lasciato intendere di essere in astratto propenso a questa possibilità.⁴

Il termine *Stealththing*, in anni recenti in uso anche nell'ambito della dottrina penalistica, indica quella prassi in cui, nel contesto di un rapporto sessuale consensuale, un partner di sesso maschile, di nascosto e contrariamente a quanto stabilito - ossia senza che la/il partner se ne renda conto -, si sfilia il preservativo, prima del rapporto sessuale o durante lo stesso.⁵ Da quando, negli ultimi anni, il fenomeno dello *Stealththing* ha iniziato a essere discusso pubblicamente, molte vittime hanno cominciato a condividere la propria esperienza.⁶ Ciò ha portato anche ad un interesse della giurisprudenza e della dottrina penalistica.

Il presente contributo analizza la decisione alla luce del particolare contesto normativo tedesco, per poi collocarla nel quadro comparato. Successivamente, si rifletterà sulle difficoltà di immaginare una possibile rilevanza penale dello *Stealththing* nell'ordinamento italiano, a fronte della fattispecie dell'art. 609-bis c.p., ad oggi ancora imperniata sui requisiti della violenza e della minaccia.

2.

La decisione del 2020 nel contesto del diritto penale sessuale tedesco

Al fine di comprendere la decisione del KG, è necessario considerare brevemente la riforma tedesca del 2016 relativa ai reati sessuali.⁷ Infatti, solamente il cambio di paradigma realizzato da tale riforma ha consentito al diritto tedesco di porsi la questione della rilevanza dello *Stealththing* nell'ambito dei reati sessuali. Prima della novella era necessaria una componente di coercizione - ossia una flessione della volontà della vittima a mezzo di violenza o minaccia - ovvero di sfruttamento del fatto che la vittima si trovasse in una situazione vulnerabile. Sulla

¹ Come si dirà, si registra in precedenza una condanna in primo grado di un tribunale svizzero, poi emendata in appello, *infra* par. 3.

² Il *Kammergericht* è l'*Oberlandesgericht* berlinese, ossia la più alta giurisdizione statale nella città-stato di Berlino; in determinate materie, compresa quella che qui si discute, essa è giudice di terza istanza dopo l'*Amtsgericht* e il *Landgericht* di Berlino.

³ KG Berlin (4. Strafsenat), 27 luglio 2020 - (4) 161 Ss 48/20 (58/20), disponibile sul sito www.gerichtsentscheidungen.berlin-brandenburg.de. I primi due gradi di giudizio sono stati decisi da *Amtsgericht* (AG) Berlin-Tiergarten, 11 Dicembre 2018 - (278 Ls) 284 Js 118/18 (14/18); *Landgericht* (LG) Berlin, 27 Novembre 2019 - 284 Js 118/18. Il paragrafo 2 del presente articolo si rifà in parte alle conclusioni già espresse in GENEUSS - BUBLITZ - PAPPENFUSS (2021).

⁴ Va tuttavia segnalato che, in seguito alla sentenza che qui si commenta, si registra un ulteriore caso deciso in primo grado dall'*Amtsgericht* di Kiel il 17 novembre 2020 (Az.: 38 Ds 559 Js 11670/18). Ivi si ritiene che lo *Stealththing* non integri i requisiti del § 177 c. 1 StGB, poiché il rapporto sessuale in quanto tale è consensuale. In tale decisione si critica la sentenza del KG di Berlino, sostenendo che essa violi il divieto di analogia previsto all'art. 103 c. 2 della Legge Fondamentale e che un'eventuale criminalizzazione dello *Stealththing* sia semmai di competenza del legislatore, a mezzo dell'introduzione di una fattispecie penale *ad hoc*. Tale sentenza è stata tuttavia riformata in appello il 19 marzo 2021 dall'*Oberlandesgericht* di Kiel, cfr. "Gericht weitet" (2021).

⁵ Il concetto ed il termine sono stati sviluppati da BRODKSY (2017) a partire dal termine inglese *Stealth*, traducibile come "furtività".

⁶ Si veda ad esempio BURGARD-ARP (2018).

⁷ Al riguardo HÖRNLE (2017); RENZIOWSKI (2016); in lingua italiana MACRÌ (2016).

spinta dello slogan “No vuol dire no”, la nuova fattispecie tipica del § 177 c. 1 StGB⁸ richiede invece ora solamente che si ponga in essere un atto sessuale contrario alla volontà riconoscibile dell'altra persona; non è più richiesto che vi sia anche una condotta di flessione della volontà o di sfruttamento.⁹ In questo modo, la nuova fattispecie rafforza la tutela dell'autodeterminazione sessuale, intesa come «libertà della persona di decidere, secondo le proprie preferenze, il momento, la modalità, la forma e il partner dell'attività sessuale».¹⁰ Se l'autore viola l'autodeterminazione sessuale della vittima, non curandosi della volontà contraria della stessa, il § 177 c. 1 StGB prevede una pena da 6 mesi a 5 anni.

Quanto allo stupro (*Vergewaltigung*), invece, nell'ordinamento tedesco esso non costituisce una fattispecie autonoma, né una fattispecie qualificata, bensì rappresenta, *ex* § 177 c. 6 StGB, un esempio di regola;¹¹ incide, cioè, sulla commisurazione della pena. Il legislatore ha previsto che di regola, in determinate circostanze, sussista un caso particolarmente grave di aggressione sessuale, con previsione di un margine edittale più elevato e una pena minima di due anni. Fra questi esempi di regola, vi è lo stupro, ove, detto in maniera semplice, l'aggressione sessuale è accompagnata dalla penetrazione. Anche qui la violenza e le minacce non sono necessarie.¹² Secondo la dogmatica tradizionale, l'effetto indicativo dell'esempio di regola può eccezionalmente venire disatteso nel singolo caso, se sussistano attenuanti significative.¹³

Il problema centrale che il KG era chiamato ad affrontare, dunque, consisteva nello stabilire come il disvalore dello *Stealththing* potesse inserirsi in questo quadro sistematico. Per poter affermare la punibilità *ex* § 177 c. 6 StGB, devono infatti essere integrati tre elementi del fatto tipico, la cui sussistenza è invece negata da diversi commentatori nell'ambito della discussione dottrinale sullo *Stealththing*. In primo luogo, se il rapporto sessuale senza preservativo costituisca o meno un atto sessuale autonomo ai sensi del diritto penale sessuale. In secondo luogo, se tale

⁸ Il § 177 è stato emendato come segue:

§ 177 StGB *Aggressione sessuale; coercizione sessuale; stupro*

- (1) Chiunque contro la volontà riconoscibile di un'altra persona compie sulla stessa, o fa compiere dalla stessa atti sessuali, oppure la determina a compiere o subire atti sessuali nei confronti di o da parte di un terzo, è punito con la reclusione da 6 mesi a 5 anni.
 - (2) La stessa pena si applica a chiunque compie su di un'altra persona, o fa compiere alla stessa, atti sessuali, oppure la determina a compiere o subire atti sessuali nei confronti di o da parte di un terzo, qualora
 1. l'autore approfitti di una situazione in cui tale persona non sia in grado di formare o esprimere una volontà contraria,
 2. l'autore approfitti di una situazione in cui la capacità di formare o esprimere la volontà dell'altra persona sia fortemente limitata a causa della sua condizione fisica o psichica, a meno che non si sia assicurato un beneplacito della persona al compimento degli atti sessuali,
 3. l'autore approfitti di un momento di sorpresa,
 4. l'autore approfitti di una situazione nella quale la vittima tema di subire un male rilevante in caso di resistenza,
 5. l'autore costringa la persona a compiere o subire atti sessuali mediante la minaccia di un male rilevante.
 - (3) Il tentativo è punibile.
 - (4) Si applica la pena della reclusione non inferiore ad 1 anno qualora l'incapacità di formare o esprimere la volontà derivi da una malattia o da una disabilità della vittima.
 - (5) Si applica la reclusione non inferiore a 1 anno qualora l'autore
 1. usi violenza nei confronti della vittima,
 2. minacci la vittima di un pericolo attuale per la vita o l'integrità fisica o
 3. approfitti di una situazione in cui la vittima è indifesa e alla mercé dell'agente.
 - (6) Nei casi di particolare gravità si applica la pena della reclusione non inferiore ad anni 2. Di regola si versa in casi di particolare qualora
 1. l'autore si congiunga carnalmente con la vittima, o compia o faccia compiere su di sé analoghi atti sessuali, particolarmente umilianti per quest'ultima, in particolare quando connessi a una penetrazione del corpo della vittima (stupro), oppure
 2. più persone concorrano nella commissione del fatto.
 - (7) Si applica la pena della reclusione non inferiore ad anni 3 qualora l'autore
 1. porti con sé un'arma o un altro oggetto pericoloso durante il fatto,
 2. porti altrimenti con sé un'arma o altro mezzo al fine di impedire o di vincere la resistenza di un'altra persona mediante violenza o minaccia della stessa, o
 3. ponga la vittima in grave pericolo di subire rilevanti danni alla salute.
 - (8) Si applica la pena della reclusione non inferiore ad anni 5 qualora l'autore
 1. faccia uso, durante la commissione del fatto, di un'arma o di altro oggetto pericoloso
 2. a) durante la commissione del fatto maltratti gravemente la vittima
 - b) a mezzo della commissione del fatto ponga la vittima in pericolo di vita.
 - (9) Nei casi di minore gravità relativi ai parr. 1 e 2 si applica la pena della reclusione da mesi 3 ad anni 3, nei casi di minore gravità relativi ai parr. 4 e 5 la reclusione da mesi 6 ad anni 10, nei casi di minore gravità relativi ai parr. 7 e 8 si applica la reclusione da anni 1 ad anni 10.
- ⁹ BT-Drs. 18/9097, 22; RENZIKOWSKI (2017B), p. 31; EISELE (2019), p. 8; BEZJAK (2016), p. 560; HÖRNLE (2017), p. 15 ss.
- ¹⁰ Al riguardo FISCHER (2020), p. 2; EISELE (2019), p. 6; RENZIKOWSKI (2017A), p. 7 ss.; ID. (2017B), *passim*.
- ¹¹ Con tale espressione si fa riferimento al fatto che esso opera come una presunzione relativa: si stabilisce cioè che una situazione con determinate caratteristiche, di regola, costituisce un esempio di aggressione sessuale di particolare gravità, da punire con pena più elevata; si lascia però aperta la possibilità di fornire la prova che eccezionalmente, nel caso di specie, pur in presenza di quelle circostanze, ulteriori elementi portano a far sì che non si debba ritenere la particolare gravità.
- ¹² Tuttavia la giurisprudenza oggi dominante ritiene che possa sussistere anche uno “stupro senza violenza”; al riguardo, criticamente, RENZIKOWSKI (2016), p. 3553.
- ¹³ FISCHER (2020), p. 141 ss.

atto sessuale sia compiuto contro la volontà del/della partner o in maniera consensuale (nello *Stealth*, infatti, vi è sì un consenso, ma ottenuto con l'inganno). In terzo luogo, laddove si rinvenga tale volontà contraria, va accertato se questa sia stata chiaramente comunicata all'esterno.

2.1.

Atto sessuale

Nello *Stealth*, all'apparenza, vi è un rapporto sessuale (con penetrazione) di tipo consensuale. Tuttavia (nel caso in esame) la partner aveva precedentemente chiarito di non volere un rapporto senza preservativo. Il disvalore dell'azione non risiede nel rapporto non protetto *nel suo insieme*, bensì nel fatto che la penetrazione vaginale *in questa maniera* va contro la volontà della partner, pertanto nella differenza fra le due modalità di rapporto sessuale. La migliore soluzione per dare rilevanza penale a tale disvalore sarebbe la creazione di una fattispecie *ad hoc*, che dovrebbe avere ad oggetto i casi in cui, a fronte di un consenso di base sull'*an* di un atto sessuale, si intraprendano, contro la volontà del/della partner, delle deviazioni sul *quomodo* che, alla luce del bene giuridico, conferiscono all'atto sessuale una forma molto diversa.

Il § 177 StGB, invece, non consente una tale differenziazione fra *an* e *quomodo*, poiché fa riferimento ad un atto sessuale indipendente.¹⁴ Si presentano dunque due possibili alternative. Secondo l'interpretazione della difesa, il rapporto sessuale con e quello senza preservativo vanno intesi come due varianti dello stesso tipo di atto sessuale, il cui aspetto esteriore è in gran parte lo stesso e che differiscono solo in aspetti accessori. Di conseguenza, questo tipo di atto sessuale non si oppone ad alcuna volontà e la differenza fra rapporto con o senza preservativo è irrilevante dal punto di vista dei reati sessuali.¹⁵ Al contrario, così come ritenuto dal KG e in primo grado dall'*Amtsgericht* (d'ora in avanti AG) di Tiergarten, il rapporto sessuale senza preservativo rispetto a quello con preservativo - quantomeno nei casi in cui il primo si traduca in un'ejaculazione nel corpo della partner - va inteso come atto sessuale *autonomo*; il rapporto sessuale non protetto rappresenta infatti un *aliud* contro la volontà della partner.¹⁶ Il KG giustifica questa autonomia sulla base di valutazioni giuridiche che vanno al di là della pura dimensione della salute, facendo invece riferimento alla protezione offerta dal preservativo quale «barriera in senso mentale rispetto a un'intimità troppo stretta»,¹⁷ nonché, secondo l'AG, da un punto di vista oggettivo, in relazione al contatto fra le mucose.

Correttamente, il KG sottolinea anche i possibili rischi per la salute, nonché l'eventualità di una gravidanza. Si tratta di argomenti convincenti. Anche avendo riguardo al linguaggio quotidiano, l'espressione «sesso sicuro» farebbe propendere per l'autonomia dell'atto sessuale. Infine, vi è anche l'argomentazione secondo cui lo *Stealth* sarebbe una forma di oggettificazione del/della partner a fini di piacere sessuale; tuttavia, essa appare formulata in maniera troppo generica. In molte varianti della sessualità, infatti, le caratteristiche di un'oggettificazione (simbolica) riferita alla corporeità sono immanenti e costituiscono espressione di autodeterminazione sessuale, anche sotto l'egida della dignità umana, e non possono assumere rilevanza penale, pena un'interpretazione carica di significati morali.¹⁸

Di conseguenza, secondo la ricostruzione offerta dal KG, l'uso del preservativo ha un'influenza decisiva sul rapporto sessuale e indica «una diversa qualità giuridica (alla luce dei reati sessuali) di rilevanza tale da fondare la punibilità»;¹⁹ tuttavia, il KG limita tale asserzione ai casi in cui il rapporto sessuale si concluda con un'ejaculazione nel corpo della partner. In tali casi, la differenza nella forma (nel *quomodo*) conferisce all'atto sessuale una tale rilevanza dal punto di vista penalistico, da andare a costituire un atto sessuale autonomo (e trasformarsi quindi in *an*). Come parametro per valutare la differenza si può fare riferimento al criterio

¹⁴ *Ivi*, 7. La molestia sessuale che si collochi al di sotto della soglia dell'atto sessuale è punibile ai sensi del § 184i StGB (*Molestie sessuali*).

¹⁵ In questo senso anche DENZEL - KRAMER DA FONSECA CALIXTO (2019), p. 353, i quali classificano l'uso del preservativo come irrilevante alla luce del bene giuridico tutelato dell'autodeterminazione sessuale, in quanto esso è solamente funzionale alla tutela dell'integrità fisica.

¹⁶ Nello stesso senso HERZOG (2018), p. 356 s.; HOFFMANN (2019), p. 17 s.; LINO (2019), p. 5; SCHUMANN - SCHEFER (2019), p. 813 ss. Sollevano dei dubbi FISCHER (2020), p. 9b; HEGER (2018), p. 5. Non tutti gli Autori ripropongono la distinzione fra *Stealth* con o senza ejaculazione nel corpo.

¹⁷ In riferimento a HERZOG (2018), p. 353 ss.

¹⁸ Il fatto che l'oggettificazione possa costituire anche un aspetto positivo della sessualità è rimarcato anche dalla prospettiva femminista, cfr. NUSSBAUM (1995), p. 249 ss.; su tale nozione in generale cfr. BUBLITZ (2020).

¹⁹ KG Berlin, 27 luglio 2020, cit., par. 25.

della rilevanza *ex* § 184h n. 1 StGB,²⁰ citato dallo stesso KG.

Per quanto si possa concordare con questo ragionamento del KG, va tuttavia rilevato che l'eiaculazione nel (o anche sul) corpo supera già, in quanto tale, la soglia di rilevanza del § 184h n. 1 StGB.²¹ Gli aspetti del “contatto con la mucosa” e della “distanza mentale”, così come la considerazione dei rischi per la salute, del “sesso sicuro” e dell’oggettificazione, sono in realtà riferibili già alla semplice (ri)penetrazione senza preservativo. Avendo riguardo al bene giuridico tutelato, anche in siffatte circostanze è infatti possibile ipotizzare una deviazione considerevole e quindi un autonomo atto sessuale.²² Se poi, anche dal punto di vista della coerenza in relazione al § 223 StGB,²³ in questi casi una pena minima di 6 mesi sia giustificata, non può essere discusso in questa sede.

2.2.

Volontà contraria riconoscibile e consenso basato sull'inganno

Una volta riconosciuta l'autonomia dell'atto sessuale non protetto, il KG, correttamente, ha ritenuto che questo fosse in contrasto con la volontà della partner. All'inizio dell'atto sessuale, infatti, quest'ultima aveva affermato, chiaramente e senza possibilità di fraintendimento, di non volere un rapporto sessuale non protetto; tale volontà contraria includeva dunque necessariamente anche l'eiaculazione all'interno del corpo. La presenza e la riconoscibilità della volontà contraria sussistevano ancora al momento della (ri)penetrazione non protetta; non vi sono infatti indicazioni di un mutamento di volontà e quindi di una rinnovato esercizio della propria autodeterminazione sessuale da parte della partner.

Si è tuttavia sollevata la seguente obiezione: se l'atto sessuale non protetto va considerato autonomo sul piano penalistico, allora è solo a quel momento temporale che occorre fare riferimento ed in quel momento, anche ammesso che sussistesse una volontà contraria, essa non era riconoscibile.²⁴ Non è dunque ammissibile rifarsi al momento della prima penetrazione, perché questa costituisce un atto sessuale precedente e distinto. Il KG ha respinto questa interpretazione. Ha invece correttamente sostenuto che il fatto che un rapporto sessuale consista in una concatenazione di diversi atti sessuali autonomi, non significa che i singoli atti sessuali siano da considerarsi totalmente isolati l'uno dall'altro. Pertanto, con riferimento alla volontà e alla sua riconoscibilità, non è necessario guardare all'inizio di ciascuna esecuzione. Vi è piuttosto una «sequenza di eventi ininterrotta e uniforme [...] e un'azione sessuale [...] unitaria sul piano spazio-temporale»²⁵. Dunque la volontà (e la volontà contraria), manifestate e chiaramente riconoscibili all'inizio del rapporto, persistono anche al momento della (ri)penetrazione. Una diversa interpretazione non solo sarebbe irrealistica, ma porterebbe anche alla paradossale conseguenza per cui, nel corso del rapporto sessuale, si dovrebbero ripetutamente ribadire i limiti già espressi all'inizio. Si avrebbe così anche una compressione del bene giuridico dell'autodeterminazione sessuale, in contrasto con lo scopo dell'introduzione del nuovo c. 1, che mira invece a rafforzarne la tutela. Quanto detto non vale, secondo il KG, solo per l'esistenza, ma anche per la riconoscibilità della volontà contraria.

Il KG respinge, correttamente, anche un altro argomento che viene avanzato in dottrina, ossia che al momento dell'azione - cioè della (ri)penetrazione dopo aver sfilato il preservativo - vi sia un accordo ottenuto con l'inganno e che questo si sostituisca alla volontà contraria formulata a inizio del rapporto. Secondo questa dottrina, al momento della (ri)penetrazione la partner esprimerebbe una volontà di fatto in favore del rapporto sessuale; tuttavia, vi sarebbe un inganno, in quanto la partner non sa che il rapporto si sta svolgendo senza preservativo, e che quindi di fatto (a mezzo di un comportamento concludente) sta dando il proprio consenso a un atto sessuale diverso.²⁶

Il KG dimostra invece, in modo convincente, che lo *Stealththing* non è un caso di inganno. Ciò perché non vi è in realtà alcun consenso, nemmeno uno ottenuto a mezzo dell'inganno

²⁰ In base al quale costituiscono atti sessuali «solo quelli che, alla luce del bene giuridico tutelato, sono dotati di una propria rilevanza».

²¹ Si veda BGH NStZ 1992, 433 [si qualifica l'eiaculazione sul corpo (nudo) come atto sessuale con contatto del corpo]; BGHSt 53, 118 (si qualifica l'eiaculazione in bocca come atto sessuale penetrativo ai sensi del § 176a c. 2 n. 1 StGB).

²² Così anche AG Tiergarten, sentenza dell'11 dicembre 2018 - (278 LS) 284 Js 118/18 (14/18), 37, 43.

²³ Si tratta del reato di lesioni, punito con pena della reclusione sino a cinque anni ovvero con pena pecuniaria.

²⁴ Cfr. SCHUMANN - SCHEFER (2019), p. 820 ss.; gli Autori negano una riconoscibilità al momento temporale della (ri)penetrazione.

²⁵ KG Berlin, 27 luglio 2020, cit., par. 48.

²⁶ In questo senso FRANZKE (2019), p. 118 s.

(e per omesso dissenso). Correttamente, il KG sottolinea come non possa essere attribuita alcuna qualità giuridica al lasciar correre della partner, ignara di quale atto sia stato intrapreso. Al contrario, poiché l'autore non comunica nulla alla partner, egli agisce deliberatamente in modo clandestino, perché sa che la partner non accetterebbe il rapporto sessuale senza preservativo; pertanto l'inganno non giunge alla sfera conoscitiva e quindi non vi è un nuovo esercizio dell'autodeterminazione sessuale fondato su di esso. In definitiva, in relazione a questo atto sessuale non è possibile ricostruire volontà alcuna.²⁷ Questa situazione può richiamare quella del c. 2 n. 3, in cui viene sfruttato un elemento di sorpresa; prevale tuttavia il c. 1, perché esiste comunque una volontà contraria espressamente comunicata.²⁸ Vigono infatti ancora sia la volontà di fare sesso con il preservativo che il rifiuto di farlo senza, così come inizialmente espressi.

2.3. *L'esempio di regola dello stupro*

La ricostruzione offerta dal KG, secondo cui il rapporto sessuale senza preservativo rappresenta un *aliud* rispetto a quello con preservativo, rileva anche ai fini dell'applicabilità dell'esempio di regola dello stupro *ex* § 177 c. 6 n. 1 StGB. In caso di stupro, si prevede una pena non inferiore a due anni di reclusione e, ovviamente, la corrispondente condanna implica anche un relativo stigma sociale. Poiché lo *Stealthing* è associato a una penetrazione, vi sono i presupposti per l'applicazione del c. 6. A differenza dei precedenti gradi di giudizio, il KG mostra di essere aperto a una tale qualificazione, quantomeno nei casi in cui vi sia eiaculazione all'interno del corpo del/della partner. In ogni caso, non si può escludere l'applicazione dell'esempio di regola, come invece aveva fatto il *Landgericht* (d'ora in avanti LG), con l'argomento per cui «il rapporto sessuale in quanto tale» è stato intrapreso in maniera consensuale; secondo il KG, un ragionamento «in questa forma superficiale provoca una contraddizione nelle valutazioni»²⁹.

A parere di chi scrive, tuttavia, si deve invece negare che lo *Stealthing* costituisca un'ipotesi di stupro ai sensi del c. 6, e ciò indipendentemente dalla circostanza dell'eiaculazione, poiché in sé il disvalore dello stupro è essenzialmente qualificato già dalla penetrazione del corpo contro la volontà (ed è questo che ne giustifica l'elevata pena minima). Tuttavia, non è questo il caso dello *Stealthing*. Una conclusione opposta sarebbe in contraddizione con il disvalore complessivo e reale del fatto. Non si può infatti ignorare del tutto - a scapito dell'imputato - il consenso, seppur "limitato", della vittima alla penetrazione. Nel caso vi sia l'eiaculazione nel corpo, più che ricorrere al c. 6, sarebbe piuttosto opportuno fare un uso più ampio del margine editale di pena di cui al c. 1 rispetto a quanto abbiano fatto l'AG - reclusione di otto mesi con messa alla prova - o l'LG - ridotta a sei mesi.

3. *Lo Stealthing in prospettiva comparata*

La sentenza di Berlino costituirà un riferimento essenziale in relazione alla pratica dello *Stealthing*. In precedenza, si rinviene il caso *R. v. Hutchinson* (2014 SCC 19), deciso dalla Corte Suprema del Canada il 7 marzo 2014.³⁰ In tale sentenza, si specifica che la punibilità della condotta «non deriva dal fatto che un preservativo è una forma di contraccezione. [...] Tutti gli individui devono avere un eguale diritto a determinare come vengono toccati [...] o il tipo di attività sessuale che intraprendono. Senza dubbio, quando si usa un preservativo, ciò è parte dell'attività sessuale. È perciò parte di ciò a cui si dà - o non si dà - il consenso. Quando gli individui si accordano su un'attività sessuale con preservativo [...] Non si accordano semplicemente su un'attività sessuale, ma anche su come debba svolgersi. [...] In questo caso, la domanda non è se il consenso sia stato viziato da frode. È se innanzitutto ci fosse o no consenso all'attività sessuale. Il ricorrente si è accordato per impegnarsi in un'attività sessuale in una certa maniera, ossia un rapporto sessuale con un preservativo intatto. [...] Il fatto che

²⁷ Nello stesso senso HERZOG (2018), p. 357.

²⁸ HÖRNLE (2017), p. 16.

²⁹ KG Berlin, 27 luglio 2020, cit., par. 50.

³⁰ Il testo della sentenza è disponibile al seguente link: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/13511/index.do>

lei [la partner] abbia saputo del deliberato sabotaggio [del preservativo] dopo lo svolgimento dell'attività sessuale, non è di alcuna rilevanza. Ciò che rileva è quale attività sessuale lei si fosse accordata di praticare con H e se lui sia rimasto fedele o meno all'accordo».³¹

Anche in Europa i giudici sono stati chiamati a qualificare penalmente lo *Stealthing*.³² Prima della sentenza di Berlino, si registra una condanna da parte del Tribunale di Losanna nel 2017,³³ tuttavia poi emendata in sede di appello.³⁴ La Corte d'appello del Tribunale Cantonale di Vaud ha infatti confermato la condanna, ma negato la qualificazione come *Violenza carnale*, ex art. 190 c.p. svizzero³⁵, in particolare perché «è accertato che l'appellante si è tolto il preservativo senza dirlo alla denunciante, ma che non ha usato coercizione o minacce e che non ha dovuto superare la resistenza della vittima per penetrarla. Quest'ultima, infatti, non sapendo che il suo partner intendeva imporle un rapporto non protetto, non gli ha opposto alcuna resistenza. [...] la mancata comunicazione a lei della rimozione del preservativo non è, tuttavia, sufficiente a soddisfare la condizione di coercizione richiesta dall'art. 190 c.p. Come rilevato, l'uso della sorpresa o dell'astuzia non può essere considerato una forma di coercizione».³⁶ Per poter mantenere la condanna, la Corte d'Appello - con un ragionamento alquanto estensivo - ha dovuto dunque qualificare questa "astuzia" e questo consapevole sfruttamento della situazione come *Atti sessuali con persone incapaci di discernimento o inette a resistere*, ex art. 191 c.p. Nel 2019 sempre in Svizzera, in un altro caso, la Corte distrettuale di Bülach, nel Canton Zurigo, ha invece assolto l'imputato, non ritenendo che la condotta, per quanto moralmente criticabile, integrasse alcuna fattispecie esistente.³⁷

Va infine menzionato il caso spagnolo, ove si registrano due condanne, nel 2019 e 2020. Anche in questi casi si esclude la presenza di un consenso viziato e si parla invece di assenza di consenso. Il caso spagnolo, tuttavia, si differenzia, poiché si fa applicazione della fattispecie di *Abuso sexual* (Art. 160 c.p.), punita meno severamente, che si riferisce espressamente ad atti di violazione della libertà o integrità sessuale altrui commessi «senza violenza o intimidazione e senza consenso».³⁸

Per una completezza della ricognizione comparata, occorre poi volgere lo sguardo anche al piano legislativo. Si segnalano infatti le recenti riforme di Svezia (2018),³⁹ Islanda (2018),⁴⁰ Grecia (2019)⁴¹ e Danimarca (2020),⁴² che hanno eliminato dalle rispettive previgenti fattispecie di violenza sessuale i riferimenti a violenza e minaccia, ponendo invece al centro la necessità del consenso espresso, secondo lo slogan "Solo Sì significa Sì"⁴³. Si tratta di iniziative spesso nate sulla spinta di organizzazioni non governative e che fanno riferimento a politiche criminali sviluppate in aree di *common law*.⁴⁴

Non vi sono invece precedenti in Italia, anche se, a onor del vero, si registra nel 2008 un caso⁴⁵ di rimozione del preservativo approfittando del contesto e della posizione del partner.⁴⁶

³¹ *Ivi*.

³² Solo a fini di completezza, segnaliamo che la rimozione fraudolenta del preservativo rientra nel complesso di accuse che hanno portato in Svezia, a un mandato di arresto in contumacia nei confronti di Julian Assange. Tuttavia, non solo i contorni della vicenda appaiono più sfumati e complessi, ma non si è neppure avuto un processo (al riguardo, nell'ambito del procedimento britannico sulla richiesta di estradizione, High Court of Justice, *Julian Assange v. Swedish Prosecution Authority*, 12-13 luglio 2011, EWHC2849).

³³ Con sentenza del 9 gennaio 2017.

³⁴ Corte d'Appello penale del Tribunale Cantonale di Vaud, n. 145 dell'8 maggio 2017, PE15.012315-LAE/PBR, disponibile al seguente link: <https://www.vd.ch/themes/justice/jurisprudence-et-lois/jurisprudence-du-tribunal-cantonal-et-du-tripac/>

³⁵ *Ivi*, al c. 1, si legge: «Chiunque costringe una persona di sesso femminile a subire la congiunzione carnale, segnatamente usando minaccia o violenza, esercitando pressioni psicologiche su di lei o rendendola inetta a resistere, è punito con una pena detentiva da uno a dieci anni». Si noti, fra l'altro il carattere peculiare di questa disposizione, che limita lo stupro ai casi di vittima di sesso femminile.

³⁶ Cfr. *supra* n. 34.

³⁷ Per un resoconto giornalistico, FELBER (2019).

³⁸ Le sentenze in questione sono *Juzgado de Instrucción de Salamanca, Sec. 2, N. 115 del 15 aprile 2019* e Audiencia Provincial de Sevilla, Sec. 1, N. 375 del 29 ottobre 2020; si veda GÓMEZ (2021).

³⁹ Cfr. "Sweden" (24 maggio 2018).

⁴⁰ Cfr. FONTAINE (23 maggio 2018).

⁴¹ Cfr. "Greece" (6 giugno 2019).

⁴² Cfr. "Il sesso senza consenso" (17 dicembre 2020).

⁴³ Di recente riflettono sulla possibilità che i differenti modelli consensualisti - quello del "no significa no" e quello del "solo sì significa sì" - possano portare all'introduzione di una fattispecie colposa di violenza sessuale e sui rischi connessi a tale espansione della punibilità, MATTHEUDAKIS (2020) e POLETTI (2021).

⁴⁴ In questo senso MATTHEUDAKIS (2020) 288 con riferimento al *Sexual Offences Act* britannico del 2003. *Ibidem* anche per il quadro normativo extraeuropeo.

⁴⁵ Cass., sez. V, 17 dicembre 2008, n.13388.

⁴⁶ «Le modalità con cui era invece avvenuta (parte passiva legata al letto in posizione prona) avevano consentito all'imputato di eludere la condizione posta dall'occasionale partner», *ivi*.

Tuttavia, essendo in quel caso avvenuta anche la trasmissione del virus dell'HIV, l'imputato venne condannato per il reato di lesioni personali gravissime.⁴⁷ È però significativo riflettere sul fatto che, pur in un caso di rimozione fraudolenta del preservativo a fronte dell'espressa volontà contraria della persona offesa - che «aveva accettato alla condizione che il rapporto fosse protetto» - non si sia pensato di contestare anche l'art. 609-*bis* c.p. Questa mancata contestazione sembra infatti indicativa del fatto che si sia ritenuto che, in definitiva, nel “non voluto” rientrassero solo le conseguenze del rapporto non protetto e non il rapporto non protetto in sé, che risulterebbe comunque “coperto” dal consenso iniziale fornito al rapporto sessuale nel suo insieme. Una siffatta conclusione - pur se solo implicita - pare dunque porre la giurisprudenza italiana in netto contrasto con il quadro sin qui delineato.

3.1.

Lo Stealthing davanti a un giudice italiano

Giunti a questo punto della disamina, è dunque interessante chiedersi che cosa accadrebbe se un caso di *Stealthing* si presentasse oggi avanti a un giudice italiano. È innanzitutto evidente che, senza la summenzionata riforma tedesca del 2016 dei reati sessuali, è difficile immaginare che i giudici berlinesi potessero giungere alla stessa conclusione, facilitata sia dalla rimozione dei requisiti precedenti - costrizione a mezzo di violenza, minaccia ovvero sfruttamento della situazione in cui la vittima è indifesa - che dalla nuova centralità dell'elemento della volontà riconoscibile dell'altra persona.

Al contrario, il primo comma dell'art. 609-*bis* c.p. italiano, introdotto con la l. n. 66 del 1996⁴⁸, sanziona «Chiunque, con violenza o minaccia o mediante abuso di autorità costringe taluno a compiere o subire atti sessuali». Va tuttavia rilevato come la giurisprudenza abbia progressivamente offerto interpretazioni sempre più ampie dei diversi elementi della fattispecie alla luce del bene tutelato. Ciò vale in primo luogo per la nozione di “atti sessuali”, che si estendono ben oltre la penetrazione e che raggruppano tutti gli atti idonei a soddisfare o stimolare il piacere sessuale dell'agente, compromettendo la libera determinazione della sessualità della persona ovvero invadendone la sfera sessuale, compresi gli atti «insidiososi e rapidi, che riguardino zone erogene su una persona non consenziente (come ad es. palpamenti, sfregamenti, baci)».⁴⁹ Nello stesso senso vi sono interpretazioni estensive anche delle nozioni di “violenza”, “minaccia” e “costrizione”. In particolare, è pacifico che il reato è integrato anche nel caso in cui il consenso, originariamente prestato ad inizio rapporto, venga poi meno a causa dello sconfinamento verso forme e modalità non più condivise o anche solo per un generico ripensamento;⁵⁰ infatti, il consenso «deve sussistere al momento iniziale e permanere durante l'intero corso del compimento dell'atto sessuale».⁵¹ Il consenso iniziale non solo non ostacola il perfezionamento del reato, ma non lo qualifica neppure (di per sé) come ipotesi di minore gravità.⁵² La giurisprudenza ha fornito anche un'interpretazione ampia delle forme che il subentrato dissenso può assumere. Esse includono, ad esempio, anche il solo pianto⁵³ o possono persino essere implicite, come nel caso della moglie che accetti rapporti sessuali con il marito, perché rassegnata a non reagire a causa di un contesto generale di violenze e minacce.⁵⁴ Ciò a dimostrazione che, più che sulle forme del dissenso, l'attenzione deve essere sul consenso prestato e sulla sua permanenza durante tutto il rapporto, tanto che l'autore non può invocare la scriminante putativa del consenso dell'avente diritto.⁵⁵

Il problema dell'inquadramento dello *Stealthing* nell'ambito dell'art. 609-*bis* c.p., tuttavia, risiede nel fatto che il passaggio da una pratica per la quale vi è consenso (il sesso protetto) ad una che ne è priva (il sesso non protetto) avviene in maniera fraudolenta, proprio con il fine di

⁴⁷ Sussistendo in lui la consapevolezza della propria sieropositività.

⁴⁸ A mezzo di tale riforma si abrogavano contestualmente i previgenti delitti di *Violenza carnale* (art. 519 c.p.), *Atti di libidine violenti* (art. 521 c.p.) e *Congiunzione carnale commessa con abuso della qualità di pubblico ufficiale* (art. 520 c.p.). Si voleva così evitare indagini profondamente invasive per la vittima, finalizzate ad accertare se fosse integrata l'ipotesi più grave (*Violenza carnale*) o quella più mite (*Atti di libidine*).

⁴⁹ Cfr. *ex plurimis* Cass., sez. III, 26 settembre 2013, n. 42871.

⁵⁰ *Ex plurimis* Cass., sez. III, 24 febbraio 2004, n. 25727; Cass., sez. II, 11 dicembre 2007, n. 4532; Cass., sez. III, 16 gennaio 2014, n. 5768; Cass., sez. III, 11 gennaio 2017, n. 18494; Cass., sez. III, 2 marzo 2018, n. 21273; Cass., sez. III, 11 dicembre 2018, n. 15010.

⁵¹ Espressamente, fra le più recenti, Cass., sez. III, 20 novembre 2019, n. 7590.

⁵² Cass., sez. II, 22 gennaio 2020, n. 16440.

⁵³ Cass., sez. III, 19 marzo 2019, n. 42118.

⁵⁴ Cass., sez. III, 12 luglio 2019, n. 44956.

⁵⁵ Cass., sez. III, 19 marzo 2019, n. 20780.

evitare che la/il partner se ne avveda sino alla fine del rapporto.⁵⁶ In tal caso, o si ritiene, come il KG tedesco, che non vi sia volontà alcuna, ovvero che vi sia un consenso viziato da una frode. Ai fini dell'applicazione dell'art. 609-*bis* c. 1 c.p., poco importa. Resta il fatto che non vi è un dissenso, né esplicito né implicito.

Fuori luogo, sinceramente, appare il richiamo alla giurisprudenza sugli atti repentini (ad es. palpamenti, baci), ove, proprio a fronte della velocità e del carattere a sorpresa dell'attacco, la persona offesa non ha materialmente il tempo di opporre resistenza e di esprimere il dissenso⁵⁷. Qui, invece, non vi è il carattere repentino dell'attacco, ma non vi è neanche un dissenso, perché l'altra persona credeva di stare consumando un rapporto protetto. Certo, vi potranno essere delle situazioni in cui - come nel caso tedesco o in quello italiano del 2008 - la persona offesa abbia manifestato *ex ante* un dissenso preventivo, specificando espressamente di voler intraprendere il rapporto solo a condizione che sia protetto. Ma non è detto che sia sempre così. Avendo infatti letteralmente visto il partner indossare il preservativo, può essere che non abbia sentito il bisogno di manifestare un dissenso espresso per un'ipotetica alternativa non protetta. Una soluzione possibile, tuttavia, sarebbe quella di applicare lo stesso ragionamento promosso dalla summenzionata decisione canadese ed in linea anche con la giurisprudenza italiana ora delineata: concentrarsi non sul dissenso mancato, bensì sull'unico consenso fornito, ossia quello ad un rapporto protetto. L'autore cioè ha intrapreso un'attività sessuale nei confronti dell'altra persona senza avere ricevuto alcun consenso per quell'attività specifica.

Se ciò può essere coerente con la rilevanza attribuita dalla giurisprudenza italiana al consenso in materia di violenza sessuale, si ritiene tuttavia che la strutturazione dell'art. 609-*bis* c.p. presenti due ostacoli insormontabili alla sua estensione allo *Stealththing*. In primo luogo, il comma 1, come sopra descritto, richiede una costruzione a mezzo di violenza, minaccia o abuso di autorità. Tali elementi del fatto tipico possono essere interpretati in maniera estensiva, ma non si possono eliminare del tutto. Nello *Stealththing* tali elementi non vi sono; vi è, al contrario, una condotta fraudolenta. Ciò conduce al secondo ostacolo, costituito dal comma 2, n. 2. Esso si riferisce al caso di chi induce taluno a compiere o subire atti sessuali «traendo in inganno la persona offesa per essersi il colpevole sostituito ad altra persona». Pensata per l'ipotesi molto teatrale (ma ben inverosimile nella realtà) in cui l'autore ottenga un consenso fraudolento facendosi passare per una persona diversa (come il marito o l'amato) a mezzo di travestimento o simili (sostituzione fisica di persona), tale fattispecie è stata interpretata in senso estensivo dalla Cassazione, che vi ha incluso tutte le ipotesi di sostituzione di persona *ex art.* 494 c.p., ivi compresa la falsa attribuzione di una qualifica professionale.⁵⁸ Si pensi ai casi - più numerosi di quanto si possa pensare - di sedicenti ginecologi, ove la vittima presta il proprio consenso convinta di sottoporsi a un esame medico.⁵⁹ Il legislatore ha dunque scelto espressamente di disciplinare, come modalità di violenza sessuale alternativa alla costrizione mediante violenza o minaccia, un'unica forma di frode con conseguente vizio del consenso: la sostituzione di persona. È possibile interpretare estensivamente questo elemento sino a ricomprendervi anche la falsa attribuzione di una qualifica professionale, ma non certo sino a ricondurvi la frode consistente nel far credere di indossare ancora un preservativo che si è appena sfilato. La condotta di chi si fa passare per un uomo con indosso il preservativo, non essendolo più, non integra la sostituzione di persona.

Per aggirare l'ostacolo di cui al c. 2 n. 2, si potrebbe tentare di far proprio il ragionamento del KG berlinese e sostenere che lo *Stealththing* non costituisca un'ipotesi di frode, perché, intervenendo il consenso prima della frode, non vi è un nuovo consenso (per comportamenti concludenti) viziato da frode, bensì un'assenza di consenso. Tuttavia, anche ammettendo ipoteticamente - per quanto con molte difficoltà - che ciò consenta di superare l'ostacolo del c. 2 n. 2, ciò ci riporterebbe da capo al c. 1. È infatti da escludere il ragionamento, di cui alla summenzionata decisione della Corte d'Appello del Tribunale Cantonale di Vaud⁶⁰ (facendo

⁵⁶ Non vi sarebbe infatti dubbio alcuno, in base alla suddetta interpretazione, che la rimozione del preservativo integrerebbe certamente una violenza sessuale, nel caso in cui il/la partner se ne renda conto e mostri dissenso; è quanto è avvenuto ad esempio di recente nel Regno Unito, cfr. FORREST (2019).

⁵⁷ *Ex plurimis*, Cass., sez. III, 18 gennaio 2017, n. 9135. Al riguardo PALUMBIERI (2018) p. 2531 ss.

⁵⁸ Espressamente Cass., sez. II, 23 settembre 2016, n. 47848. Tuttavia Mantovani propende per limitare la fattispecie dell'inganno alla sostituzione fisica di persona «con esclusione, quindi, di ogni altro inganno concernente lo stato o la qualità dell'agente», pena un'analogia *in malam partem*, cfr. MANTOVANI (2019), p. 459 s.

⁵⁹ Di recente Trib. Milano, sez. IX, 19 ottobre 2017, n. 10220; per un commento SIBILIO (2018); si veda anche Cass., sez. III, 17 aprile 2013, n. 20754; Cass., sez. III, 7 marzo 2013, n. 19102; Cass., sez. III, 6 maggio 2010, n. 20578.

⁶⁰ Cfr. *supra* n. 34.

leva anche sul consumo di alcolici), che consiste nell'assimilare la condizione del/della partner ignara/o, durante il rapporto, ad una condizione di inferiorità fisica o psichica. Francamente, per quanto diminuite possano essere le capacità di percezione del/della partner in ragione della posizione o delle sensazioni complessive date dall'attività sessuale, ci sembra un'assimilazione alquanto azzardata e che forse, nel caso della sentenza elvetica, pare giustificata proprio dall'esigenza di evitare di affermare quanto poi dichiarato, a due anni di distanza, da un altro tribunale svizzero⁶¹: che per quanto moralmente criticabile, tale comportamento non può essere sussunto in nessuna delle disposizioni vigenti.

L'inevitabile conclusione, dunque, è che l'applicazione dell'art. 609-bis c.p. allo *Stealththing* rappresenterebbe un'inammissibile analogia *in malam partem*.

3.2. *Brevi spunti di politica criminale*

Il quadro comparato, pur se ancora scarno, ci mostra difficoltà comuni ed un'apprezzabile e condivisibile esigenza di sancire la criminosità di questo comportamento, che spesso nasce proprio da un desiderio di sopraffazione. A prescindere dunque dalle conseguenze cui si espone il/la partner, il disvalore dello *Stealththing* risiede esattamente nel suo imporre fraudolentemente e vilmente una pratica non voluta, denigrando così l'altra persona e negandone l'autodeterminazione sessuale. Quest'esigenza è ravvisabile in tutte le decisioni esaminate. Si veda anche il fatto che la sentenza tedesca, pur irrogando una pena relativamente bassa, lascia aperta una possibilità futura di definire questo comportamento come stupro, facendo così intendere quanto la necessità di sanzionare - nel senso etimologico del termine - questa prassi con la "etichetta penale" sia centrale.

Tuttavia, come visto, si pongono molti problemi non solo di ordine probatorio (circa la rimozione fraudolenta), ma anche legati ad un rischio di moralizzazione dei costumi sessuali, laddove il principio alla base dello *Stealththing* venisse portato alle sue estreme conseguenze. Altrimenti detto, quand'è che ogni deviazione dall'atto sessuale intrapreso diventa penalmente rilevante se non subentra un consenso espresso? Il consenso deve sempre pervenire prima che la deviazione abbia luogo? A parere di chi scrive sono queste ultime considerazioni, e non tanto il bene tutelato, che hanno spinto il KG tedesco a dare rilevanza all'eiaculazione come soglia della rilevanza penale; una limitazione che perde altrimenti di significato, laddove il reato di aggressione sessuale non tutela direttamente la salute. I giudici non hanno, in verità, richiesto arbitrariamente il presupposto dell'eiaculazione, ma si sono limitati a dire che certamente la condotta è penalmente rilevante quantomeno nei casi in cui si giunga addirittura sino all'eiaculazione. Se la soglia della rilevanza sia data automaticamente dalla (ri)penetrazione, non viene detto.

Tornando alle conseguenze estensive del ragionamento, è possibile, a livello ipotetico, immaginare una forma ancora più insidiosa di *Stealththing*. È noto infatti che, nei Paesi in cui ciò è consentito (e mutuabile), si sta diffondendo in maniera esponenziale⁶² una forma di prevenzione dell'HIV alternativa⁶³ al preservativo, nota come PREP (*Pre-Exposure Prophylaxis*) e consistente nell'assunzione quotidiana di un farmaco per via orale. Ora, immaginiamo che Tizio proponga a Caio/a un rapporto sessuale, assicurando che tale rapporto sia di tipo protetto, in quanto egli assume regolarmente la PREP. Si tratta di una circostanza che Caio/a non avrà modo di verificare, poiché, a differenza del preservativo, la PREP è una forma di prevenzione che non interviene durante il rapporto sessuale, ma presuppone la regolarità dell'assunzione quotidiana. Nel caso in cui quella di Tizio si rivelasse una menzogna, può ciò essere qualificato come *Stealththing* e quindi come violenza sessuale (a prescindere cioè da un'eventuale trasmissione del virus)? La fiducia di Caio/a nella parola di Tizio è meritevole di tutela a mezzo dello strumento penale, a prescindere dalle conseguenze del rapporto non protetto? O ancora, che dire dell'uomo che dichiari falsamente alla donna di aver subito una vasectomia?

⁶¹ Cfr. *supra* n. 37.

⁶² In particolare nella comunità Lgbtq+. In Germania, ad esempio, dove l'accesso alla PREP è mutuabile solamente dal settembre 2019, ad ottobre 2020 si stima che il numero di persone che la assumono quotidianamente sia fra le 7.500 e le 8.500. Negli Stati Uniti, la cifra oscilla fra le 200.000 e le 205.000. In Italia, dove tale processo è ancora agli inizi e l'accesso alla PREP risulta molto complesso, le persone che l'assumono regolarmente sono stimate fra le 400 e le 600. Per tali stime e per un quadro in relazione ai sin goli paesi, si veda <https://www.prepwatch.org/>.

⁶³ Per quanto il tema dell'alternatività sia discusso in ambito medico, quantomeno nelle intenzioni originarie.

O della donna che assicuri falsamente al partner di aver preso una pillola anticoncezionale? Fino a che punto queste forme di rapporto protetto si differenziano - nella prospettiva dell'art. 604-bis c.p. - da quello con l'uso del preservativo quale "barriera mentale" all'intimità, nonché fisica fra le mucose? Ed è possibile andare oltre, portando il principio del consenso alle sue estreme conseguenze. Che dire dell'uomo che abbia un rapporto con una donna assicurandole di volerla sposare ed il giorno dopo sparisca? O dello straniero che si presenti a una donna xenofoba come italiano? Alcuni esempi in tal senso ci arrivano da quegli ordinamenti di *common law*, che escludono la sussistenza di un consenso laddove questo sia determinato da inganno, come nel caso della *Section 76 c. 2 del Sexual Offences Act* britannico o dell'art. 345 a) c. 2 del Codice penale israeliano.⁶⁴ Quest'ultimo in particolare, nel noto caso *Kashur c. Stato di Israele*, ha consentito la condanna di un uomo arabo-israeliano, che aveva avuto un rapporto sessuale consensuale con una donna ebrea, alla quale si era presentato come ebreo.⁶⁵ Diversi inoltre sono i precedenti, sia in Israele che nel Regno Unito e negli Stati Uniti, di inganno relativo al proprio sesso biologico, come nel caso di una diciassettenne che si era presentata alla sua partner sessuale come persona di sesso maschile.⁶⁶

Ricordiamo al riguardo che in Italia la Cassazione civile,⁶⁷ negando una risarcibilità del danno, ha escluso che la condotta della donna che dichiari falsamente di aver assunto la pillola anticoncezionale integri un reato. In particolare si esclude l'applicazione dell'art. 609-bis c.p., in quanto a «tutela [...] della libertà sessuale [...] e non della fertilità o infertilità dell'atto sessuale come scelta che l'uno possa imporre all'altro»⁶⁸. Parimenti, la Cassazione esclude l'applicabilità del reato di violenza privata (art. 610 c.p.) per assenza di violenza o minaccia e, infine, del reato di truffa (art. 640 c.p.) per mancanza di un ingiusto profitto con danno altrui.

4. Conclusioni

In conclusione, si concorda con le esigenze di punibilità dello *Stealththing*. Esaminata la sentenza del KG, da cui la presente analisi ha preso le mosse, si approva la scelta di ricondurlo al § 177 c. 1 StGB, anche in termini di politica criminale. Oltre quanto affermato dal KG di Berlino, ci sembra che le stesse conclusioni debbano valere anche per l'ipotesi, non affrontata dai giudice tedeschi, di penetrazione senza eiaculazione. Al contrario, in dissenso con quanto suggerito dal KG, non ci sembra che lo *Stealththing* con o senza eiaculazione nel corpo del/della partner, realizzi un disvalore tale da costituire un caso di stupro *ex* § 177 c. 6 StGB.

Quanto all'ordinamento italiano, invece, non riteniamo che, ad oggi, lo *Stealththing* sia punibile come pratica in sé e per sé. Se si condivide l'assunto per cui lo *Stealththing* sia tale da meritare rilevanza penale autonoma, a prescindere dalle conseguenze della condotta (quali ad esempio fecondazione o trasmissione di virus, che integrerebbero altri reati), si prospetta quindi come necessario un intervento del legislatore. In tal caso, sarebbe forse opportuno chiedersi se una siffatta criminalizzazione debba avvenire nell'ambito della "etichetta penale" della violenza sessuale⁶⁹ o (preferibilmente) in altra maniera.

Bibliografia:

BERTOLINO, Marta (1996): "La riforma dei reati di violenza sessuale", *Studium Iuris*, pp.

⁶⁴ Esso punisce come stupro il «rapporto sessuale con una donna [...] con consenso della donna, qualora il consenso sia ottenuto fraudolentemente a mezzo di una falsa rappresentazione dell'identità dell'autore ovvero della natura dell'atto».

⁶⁵ District Court of Jerusalem, sentenza del 19 luglio 2010 – CrimA 5734/10 (*Kashur v. State of Israel*); per un commento al riguardo Gross (2015).

⁶⁶ *R v McNally* [2013] EWCA Crim 1051; [2014] Q.B. 593 (CA (Crim Div)); in chiave comparata e in generale sulla giurisprudenza in tema del *Rape by Deception* Gross (2015); ancora sull'inganno nel diritto penale sessuale VAVRA (2018).

⁶⁷ Cass., sez. III, 05 maggio 2017, n. 10906.

⁶⁸ *Ivi*.

⁶⁹ Al di là dell'ipotesi specifica dello *Stealththing*, da tempo la dottrina evidenzia la necessità di una o due fattispecie autonome per i casi di violenza sessuale di minore gravità. La questione era già stata sollevata alla vigilia della riforma del 1996, quando nei lavori parlamentari si era

401-410.

BEZJAK, Garonne (2016): “Der Straftatbestand des § 177 StGB (Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung) im Fokus des Gesetzgebers”, *Kristische Justiz*, pp. 556-571.

BUBLITZ, Jan Christoph (2020): “Objectification: Ethical and Epistemic Concern of Neurobiological Approaches to the Mind”, in DAVIES, Will et al. (a cura di), *Biopsychosocial psychiatry in modern medicine* (Oxford, OUP), pp. 325 ss.

BURGARD-ARP, Nora (12 gennaio 2018): “Stealthing: „Stellungswechsel, Gummi ab“”, *Zeit Campus*. BRODKSY, ALEXANDRA (2017): “Rape-Adjacent”: Imagining Legal Responses To Nonconsensual Condom Removal”, *Columbia Journal of Gender and Law*, 31, 2, pp. 183-210.

CADOPPI, Alberto (2017). “Il delitto di violenza sessuale (art. 609-bis c.p.)”, in Id. – VENEZIANI, Paolo, *Elementi di diritto penale. Parte speciale*. Vol. II. Tomo I (Milano, Wolters Kluwer-Cedam), pp. 22 e ss.

DENZEL, MORITZ - KRAMER DA FONSECA CALIXTO, Renato (2019): “Strafbarkeit und Strafwürdigkeit der sexuellen Täuschung”, *KriPoZ*, 6, pp. 347-354.

EISELE, Jörg (2019): “§ 177”, in SCHÖNKE, Adolf – SCHRÖDER, Horst (a cura di), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30. ed. (München, C.H. Beck).

FELBER, Tom (13 febbraio 2019): “«Stealthing» ist keine Schändung”, *Neue Zürcher Zeitung*.

FISCHER, Thomas (2020): “§ 177”, in Id., *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 67. ed. (München, C.H. Beck).

FONTAINE, Andie Sophia (23 maggio 2018): “Iceland Unanimously Passes Landmark Law on Sexual Consent”, *The Reykjavik Grapevine*.

FORREST, Adam (24 aprile 2019): “Man who removed condom during intercourse with sex worker jailed for rape”, *The Independent*.

FRANZKE, Kevin (2019): “Zur Strafbarkeit des so genannten „Stealthings“”, *Bonner Rechtsjournal*, pp. 114-122.

GENEUS, Julia – BUBLITZ, Jan Christoph – PAPENFUSS, Judith (2021): “Zur Strafbarkeit des „Stealthing“”, *Juristische Rundschau*, 2021, in pubblicazione.

GÓMEZ, Natalia (18 marzo 2021): “Stealthing: quitarse el preservativo durante las relaciones sexuales puede tener consecuencias penales”, *OkJurídico*.

GROSS, Aeyal (2015): “Rape by Deception and the Policing of Gender and Nationality Borders”, *Tulane Journal of Law & Sexuality*, 24, pp. 1-33.

HEGER, Martin (2018): “§ 177”, in LACKNER, Karl - KÜHL, Kristian (a cura di), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29. ed. (München, C.H. Beck).

HERZOG, Felix (2018): “„Stealthing“: Wenn Männer beim Geschlechtsverkehr heimlich das Kondom entfernen. Eine Sexualstraftat?”, in BARTON, Stephan et al. (a cura di), *Festschrift für Thomas Fischer* (München, C.H. Beck), pp. 351-360.

HOFFMANN, Thomas Michael (2019): “Zum Problemkreis der differenzierten Einwilligung (Einverständnis) des Opfers im Bereich des § 177 StGB nach dem Strafrechtsänderungsgesetz 2016”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, pp. 16-18;

HÖRNLE, Tatjana (2017): “Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes sexueller Selbstbe-

ipotizzata la creazione di una fattispecie di molestie sessuali. Sul punto per tutti CADOPPI (2017), pp. 22; BERTOLINO (1996), PISA (1996), MACRÌ (2010), p. 44 ss., ROMANO (2018), p. 4 ss.

stimmung”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, pp. 13-21.

LINOH, Kim Philip (2019): “Anmerkung zu AG Tiergarten, Urt. v. 11.12.2018 - (278 LS) 284 Js 118/18 (14/18)”, *JurisPR-StrafR*, 11, p. 5

MACRÌ, Francesco (2016): “La riforma dei reati sessuali in Germania”, *Diritto Penale Contemporaneo*.

MACRÌ, Francesco (2010): *Verso un nuovo diritto penale sessuale. Diritto vivente, diritto comparato e prospettive di riforma* (Firenze, Firenze University Press).

MANTOVANI, Ferrando (2019): *Diritto penale. Parte speciale, I, Delitti contro la persona*, VII ed. (Padova, Cedam).

MATTHEUDAKIS, Matteo Leonida (2020): “[Un’indagine comparatistica sulla configurazione dei reati sessuali per colpa \(grave\) sui profili di consenso della vittima](#)” *Revista de Direito Brasileira* 25, 10, pp. 280-306.

NUSSBAUM, Martha C. (1995): “Objectification”, *Philosophy & Public Affairs*, 24, pp. 249 ss.

PALUMBIERI, Sabino Roberto (2018): “Art. 609 bis” in CADOPPI, Alberto – CANESTRARI, Stefano – VENEZIANI, Paolo, *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza* (Torino, Giappichelli).

PISA, Paolo (1996): “Le nuove norme contro la violenza sessuale. Il commento”, in *Dir pen. proc.*, pp. 285 ss.

POLETTO, Marianna (2021): “[L’atto sessuale tra mancanza di consenso e colpa. Luci e ombre di un modello di tutela](#)”, *Discrimen*.

RENIKOWSKI, Joachim (2016): “Nein! - Das neue Sexualstrafrecht”, *Neue Juristische Wochenschrift*, pp. 3553 ss.

RENIKOWSKI, Joachim (2017a): “Vor § 174”, in *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 3. ed. (München, C.H. Beck).

RENIKOWSKI, Joachim (2017b): “§ 177”, in *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 3. ed. (München, C.H. Beck).

ROMANO, Bartolomeo (2018): “[Proposte di riforma nei delitti contro la sfera sessuale della persona](#)”, *Diritto Penale Contemporaneo*.

SCHUMANN, Kay H. - SCHEFER, Lukas (2019): “Das sog. Stealthing als Prüfstein des § 177 StGB n.F.” in BÖSE, Martin – SCHUMANN, Kay H. – TOEPEL, Friedrich (a cura di) *Festschrift für Urs Kindhäuser* (Baden-Baden, Nomos), pp. 811-826.

SIBILIO, Davide (2018): “[Finto ginecologo induce le pazienti a compiere atti sessuali via Skype: configurabile il delitto di cui all’art. 609-bis, co. 2, n. 2 c.p.](#)”, *Diritto Penale Contemporaneo*.

VAVRA, Rita (2018): “[Täuschungen als strafbare Eingriffe in die sexuelle Selbstbestimmung?](#)”, *ZIS*, 12, pp. 611-618.

“[Gericht weitert Strafmündigkeit im Fall von Stealthing aus](#)” (19 marzo 2021): *Zeit Online*.

“[Greece: Newly amended rape law is a historic victory for women](#)” (6 giugno 2019): *Amnesty International*.

“[Il sesso senza consenso è stupro: cambia la legge in Danimarca](#)” (17 dicembre 2020): *Amnesty International*.

“[Sweden approves new law recognising sex without consent as rape](#)” (24 maggio 2018): *Bbc News*.



Diritto Penale Contemporaneo

R I V I S T A T R I M E S T R A L E

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

<http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu>