

I

IL PROBLEMA DEL CONSENSO FEMMINILE: RIFLESSIONI A PARTIRE DALL'EVOLUZIONE NELLA DISCIPLINA DELLO STUPRO

Sommario

1. Stupro semplice e stupro violento: la tutela dell'onestà femminile nella legislazione in materia di violenza sessuale. – 2. Influenze della riflessione teologica e canonistica sulla disciplina dello stupro in età moderna. – 3. L'eliminazione della fattispecie di stupro semplice nelle legislazioni del Settecento e dell'Ottocento. – 4. Gli sviluppi del Novecento: dalla tutela dell'onestà della vittima alla tutela della libertà della vittima. – 5. L'ultima presunzione giustificata: il divieto di rapporti sessuali tra adulti e bambini.

1. Stupro semplice e stupro violento: la tutela dell'onestà femminile nella legislazione in materia di violenza sessuale

Nella lingua italiana corrente il termine “stupro” indica un rapporto sessuale imposto con violenza ad una persona non consenziente, che il diritto penale contemporaneo punisce attraverso la previsione del reato di violenza sessuale. Un eventuale consenso da parte della presunta vittima di stupro renderebbe pertanto il rapporto sessuale perfettamente legittimo e le persone che vi hanno partecipato non perseguibili sul piano penale.

La storia del diritto ci mostra tuttavia come il reato di stupro non sempre sia stato caratterizzato dalla mancanza di consenso da parte della vittima, anzi: il termine latino *stuprum* indica principalmente un atto recante onta e disonore e, in ambito giuridico, segnala l'illiceità di alcuni rapporti sessuali sulla base di alcune circostanze e di una valutazione sulla condizione della vittima, indipendentemente dalla violenza insita nell'atto e

dall'accertamento della effettiva volontà della vittima. Lo studio dell'evoluzione storica del reato di stupro è quindi interessante, perché riflette l'evoluzione della considerazione giuridica che il diritto ha riservato alla libertà sessuale, in particolare della donna: occorre infatti attendere l'epoca moderna per poter riscontrare nella disciplina dello stupro una svolta nella considerazione della volontà femminile, effettiva e non presunta, sulla scia di importanti riforme che già la teologia ed il diritto canonico avevano anticipato nei secoli precedenti, specificamente in merito al consenso della donna al matrimonio ¹.

Preliminarmente, risulta particolarmente interessante l'analisi delle legislazioni europee fino al XVIII secolo, nelle quali si trova la distinzione tra "stupro violento" e "stupro semplice": il primo, caratterizzato da un'azione violenta sulla vittima, tale da renderlo assimilabile all'odierno reato di violenza sessuale; il secondo, messo in atto con il consenso della vittima, consiste invece nel rapporto extramatrimoniale con donna onesta, sia essa vergine o vedova. Mentre lo stupro violento veniva punito con sanzioni molto severe, a volte anche con la pena capitale, lo stupro semplice era sanzionato in forma per lo più risarcitoria, con l'obbligo cioè per l'uomo di munire di dote la donna stuprata, fatta salva la possibilità di sposarla, nel caso si trattasse di un uomo celibe. Il rifiuto di munire di dote o di sposare la donna stuprata comportava pene detentive di durata variabile a seconda degli ordinamenti giuridici e dei momenti storici ².

L'ampia tutela nei confronti della donna da parte degli ordinamenti giuridici europei, dall'epoca antica all'*Ancien Régime*, riflette una visione antropologica che valorizza l'onestà femminile rispetto al consenso della donna stessa, che non può essere utilizzato come argomento per legittimare un rapporto sessuale al di fuori del matrimonio. Nel diritto attico di epoca classica, tale esigenza di tutela dell'onestà femminile si traduce nella conseguenza giuridica per cui è punito con pene più severe l'adulterio rispetto allo stupro violento, poiché mentre quest'ultimo è consi-

¹ Cfr. *infra*, par. 2.

² G. CAZZETTA, *Praesumitur Seducta. Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna*, Giuffrè, Milano 1999; G. ARRIVO, *Seduzioni, promesse, matrimoni. Il processo per stupro nella Toscana del Settecento*, Edizioni di Storia e Letteratura, Roma 2006; R. MENDOZA, *Due processi per stupro in epoche lontane*, Aracne, Roma 2012.

derato azione meramente brutale, il primo comporta corruzione dell'animo della donna e disonore per la sua famiglia³.

La protezione giuridica riguarda valori ritenuti preminenti rispetto al consenso, quali l'onestà della donna e l'eticità del rapporto sessuale, attraverso una valutazione "paternalistica" della sessualità femminile, interpretata non tanto in forma di dominio ed oppressione di un sesso sull'altro, quanto piuttosto sulla base di un rapporto asimmetrico tra le due parti, nel quale la parte femminile viene considerata incapace di attendere autonomamente ai propri interessi⁴. L'offesa arrecata alla donna viene pertanto concepita come un'offesa arrecata a tutta la famiglia, soprattutto al padre della donna che detiene su di essa un potere di controllo ed un dovere di tutela. La presenza del consenso della donna non esclude pertanto la configurabilità del reato, anche se ne attenua il rigore sanzionatorio.

La verginità, in particolare, rappresenta l'emblema dell'onestà femminile e il bene indisponibile tutelato dalla norma, protetto a prescindere da qualsiasi valutazione in merito al consenso. Lo stupro violento rimane offesa più grave e pertanto sanzionata con maggiore rigore, ma è sempre rivolta allo stesso bene giuridico che è l'onestà della vittima. Il controllo della sessualità femminile, in questo senso, va oltre la sfera della libertà individuale e rende l'onestà delle donne un bene da proteggere in vista della pace sociale e della legittimità dei legami familiari. L'offesa recata dallo stupro trae quindi la sua antigiuridicità dalla condizione della vittima, che deve essere casta e libera da vincoli coniugali.

In questo contesto, improntato ad una tutela paternalistica dell'onestà femminile anche in caso di stupro non violento, un ruolo fondamentale è svolto dalla seduzione messa in atto dallo stupratore. La donna è infatti ritenuta incapace di esprimere una volontà pienamente libera e consapevole riguardo alla propria vita sessuale e la capacità della donna di esprimere un consenso è al centro della disciplina del reato di stupro. Fino al XVIII secolo, le norme del diritto penale considerano infatti il consenso al rapporto sessuale extramatrimoniale come viziato dalla persua-

³U.E. PAOLI, *Il reato di adulterio nel diritto attico*, in Id., *Altri studi di diritto greco e romano*, Istituto editoriale cisalpino-La Goliardica, Milano 1976, pp. 251-308.

⁴L. FERRANTE, M. PALAZZI, G. FIUME, *Ragnatele di rapporti, patronage e reti di relazione nella storia delle donne*, Rosenberg & Sellier, Torino 1998.

sione di un seduttore, che carpisce un consenso con mezzi immorali ed illegittimi: *semper praesumitur seducta*⁵. Si configura pertanto una presunzione di seduzione che permette di sottrarre la donna al giudizio di colpevolezza, configurandola come vittima di un plagio, se non di un'estorsione, operata per vincerne le resistenze. La seduzione si configura come una forma blanda di violenza, che attenua il valore del consenso manifestato dalla donna, la quale viene presentata come indiscutibilmente onesta e pertanto vittima non punibile del reato. La fragilità femminile, presupposta dalla presunzione di seduzione, comporta l'irrelevanza giuridica di un consenso che non incide sull'oggettività dell'offesa arrecata non solo alla donna, ma alla famiglia e alla moralità pubblica. La persuasione finisce quindi per colpire non solo il corpo, ma anche l'animo della vittima di stupro semplice, corrompendone la coscienza e l'onestà dei desideri.

Il riferimento all'onestà e alla seduzione, piuttosto che al consenso, trova un chiaro riconoscimento nella costituzione imperiale di Giustiniano sul ratto, che nelle epoche successive sarà ripresa e tematizzata dai giuristi del diritto comune. Tale norma apporta una modifica sostanziale alla disciplina del ratto, dal momento che la donna consenziente non viene punita in alcun modo. Precedentemente, in particolare sulla base di una costituzione dell'imperatore Costantino, la donna consenziente al ratto veniva invece ritenuta complice e, pertanto, sanzionata con l'esclusione dalla successione. La riforma di Giustiniano comporta una diversa concezione della donna consenziente, ritenuta vittima di seduzione e quindi irresponsabile. Il consenso della vittima, che all'epoca di Costantino è oggetto di indagine ai fini dell'accertamento del reato, diviene irrilevante nelle norme di Giustiniano attraverso il richiamo alla seduzione⁶.

Più che di indisponibilità del bene giuridico da parte della vittima, si tende pertanto a parlare di consenso femminile falsato dalla persuasione, per cui non esiste una volontà consapevole della donna, ma soltanto delle capziose manovre da parte di abili seduttori. Sia nella disciplina del ratto che in quella dello stupro si sceglie la strada della configurazione del reato basata su cri-

⁵G. CAZZETTA, *Praesumitur Seducta. Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna*, cit.

⁶*Ivi*, pp. 18-22.

teri oggettivi di onestà e finalizzata alla tutela di valori giuridici che trascendono la volontà della persona, con il richiamo ad un dissenso presunto da parte della donna onesta. La distinzione tra persuasione e violenza diventa sottile, per cui viene in rilievo la ricerca di una volontà “pura” e “ordinata”, attestata dalla condotta irreprensibile della fanciulla stuprata. La ricognizione dell’onestà della donna assume un peso fondamentale in ambito processuale e si realizza soprattutto attraverso l’accertamento della verginità della vittima, per cui la tutela giuridica prevista per le vittime di stupro è negata alle donne che, anche una sola volta, si siano rese colpevoli di consentire volontariamente ad un rapporto extramatrimoniale ⁷.

In epoca medioevale, la protezione dell’onestà femminile trova un fondamento importante nella classificazione dei peccati di lussuria contenuta nella *Summa Theologica* di San Tommaso d’Aquino, secondo il quale la specificità dello stupro riguarda l’attentato alla verginità, che è un bene appartenente alla donna e alla sua famiglia di origine. La connessione tra diritto, morale e religione non deve sorprendere poiché, nella concezione tomistica, la legge non si prospetta come un vincolo esteriore che obbliga l’uomo, ma come strumento istruttivo per il perseguimento del bene che la persona conosce attraverso la retta ragione e che postula un sistema coerente di norme religiose, morali e giuridiche ⁸. La legge è la via da seguire per raggiungere il proprio fine e la libera volontà della persona “non è altro che tendenza razionale” ⁹, in virtù di una inclinazione alla propria realizzazione che ogni ente possiede e che la persona umana possiede in maniera consapevole. La volontà umana è quindi accompagnata dalla conoscenza del fine e dalle inclinazioni naturali che vengono interpretate e regolate dalla ragione, intesa non come facoltà calcolante, ma come capacità ordinante, come *recta ratio* ¹⁰. La volontà della donna, per quanto riguarda la sfera sessuale, è

⁷ *Ivi*, pp. 76-81.

⁸ R. PIZZORNI, *Diritto, Morale, Religione. Il fondamento etico-religioso del diritto secondo San Tommaso d’Aquino*, Urbaniana University Press, Città del Vaticano 2001.

⁹ S. VANNI ROVIGHI, *Introduzione a Tommaso d’Aquino*, Laterza, Roma-Bari 1981, p. 108.

¹⁰ R. PIZZORNI, *Diritto naturale e diritto positivo in San Tommaso d’Aquino*, Edizioni Studio Domenicano, Bologna 1999, pp. 124-142.

quindi ordinata dalla retta ragione solo se acconsente al rapporto sessuale nel contesto di una relazione matrimoniale, per cui la verginità è un valore che può essere legittimamente sacrificato soltanto sulla base di un valido vincolo matrimoniale finalizzato alla procreazione e alla comunione di vita¹¹. Tuttavia, anche se non legittima la relazione sessuale, la volontà femminile non è irrilevante: la mancanza di consenso nel caso dello stupro violento rappresenta un'aggravante anche nella classificazione tomista e questo non contrasta con lo *ius civile*, anzi, è conforme alla disciplina degli ordinamenti giuridici del tempo.

Lo stesso Tommaso, nell'analizzare la fattispecie dello *stuprum* tra le specie della lussuria¹², richiama un passo del libro dell'Esodo, secondo il quale se un uomo seduce una vergine senza esserne il promesso sposo e pecca con lei, deve munirla di dote e sposarla, purché il padre acconsenta alle nozze; altrimenti dovrà munirla di una dote pari a quella prevista per le donne vergini¹³. Tommaso cita anche il Deuteronomio, nel quale è scritto: "Se un uomo trova una fanciulla vergine che non sia fidanzata, l'afferra e pecca con lei e sono colti in flagrante, l'uomo che ha peccato con lei darà al padre della fanciulla cinquanta sicli d'argento; essa sarà sua moglie, per il fatto che egli l'ha disonorata, e non potrà ripudiarla per tutto il tempo della sua vita"¹⁴. Lo stupro, inteso in questo senso, è concepito nelle tesi tomistiche come una specie distinta della lussuria, che comporta un'ingiustizia *contra finem naturae* oppure *contra patrem*, indipendentemente dal consenso della donna. Il riferimento alla verginità della donna mette infatti in secondo piano il tema del suo consenso ed anche il diritto recepisce questa impostazione.

Sulla base di questi autorevoli presupposti, il diritto penale fino al XVIII secolo predispone per lo stupro semplice varie sanzioni, che non sempre sono facilmente configurabili come "pena" in senso proprio, in particolare quando si tratta dell'obbligo al matrimonio, che si configura piuttosto come una sorta di

¹¹ Sulla gerarchia tra i fini del matrimonio nell'opera di Tommaso d'Aquino, si veda E. DIENI, *Tradizione "juscorporalista" e codificazione del matrimonio canonico*, Giuffrè, Milano 1999, pp. 316-336.

¹² TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologica, Secunda Secundae Partis*, quaestio 154, art. 6.

¹³ *Esodo*, 22, 15-16.

¹⁴ *Deuteronomio*, 22, 28.

risarcimento del danno arrecato all'onore della fanciulla e della sua famiglia, o come causa di estinzione del reato. Anche se i giuristi lo definiscono come *poena*, il matrimonio è infatti concepito come via consensuale per la ricomposizione dell'ordine infranto, che coinvolge sia gli sposi che le rispettive famiglie¹⁵. A conferma del fatto che non si tratti tanto di pena, ma di estinzione del reato, vi è la constatazione che il matrimonio estinguesse anche il reato di stupro violento e che solo nel '900 tale impostazione sia stata superata definitivamente¹⁶.

L'obbligo di sposare la fanciulla stuprata, oppure di munirla di dote, muove dal presupposto che la volontà della donna sia ordinata al matrimonio, per cui è proprio il matrimonio a ristabilire l'ordine morale e giuridico infranto: la donna non vorrebbe pertanto il rapporto sessuale in sé, ma sarebbe persuasa attraverso la prospettiva di un successivo matrimonio. In questo senso, la protezione accordata dall'ordinamento giuridico si fonda su un richiamo all'onestà che impedisce una rigorosa indagine processuale circa l'effettività del consenso femminile.

L'obbligo di sposare e quello di munire la fanciulla di dote sono evidentemente differenti tra loro, per cui occorre comprendere in quali casi l'obbligo di dotare prenda il posto dell'obbligo di sposare: secondo un'impostazione che tutela l'onorabilità della donna e della famiglia, più che la sua libertà, l'inclinazione naturale della donna al matrimonio dovrebbe portarla ad accettare sempre la proposta nuziale da parte del seduttore. Al contrario, un'impostazione che riconosca il valore del libero consenso per la conclusione di un valido matrimonio postula che la donna abbia in teoria una libertà di scelta anche in seguito alla consumazione dello stupro. Questo, sempre in linea teorica, le dovrebbe consentire di scegliere la dote invece delle nozze, indipendentemente dalla volontà dei genitori. Tuttavia questa opzione è scarsamente presa in considerazione dai penalisti prima del XVIII secolo, che ritengono la via del matrimonio sempre preferibile sul piano delle tutele. Questo significa che, sul piano giuridico, le scelte della donna rimangono in secondo piano rispetto alle valutazioni riguardanti gli interessi familiari e sociali e gli elementi

¹⁵ G. CAZZETTA, *Praesumitur Seducta. Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna*, cit., pp. 122-132.

¹⁶ Cfr. *infra*, par. 4.

presi in considerazione per optare la dote in luogo del matrimonio sono per lo più riguardanti le condizioni personali dell'autore dello stupro, come la differenza di censo rispetto alla vittima, oppure lo stato di persona coniugata dello stupratore stesso¹⁷. Il tema del libero consenso al matrimonio viene posto prevalentemente sul piano del diritto canonico e della teologia e condurrà ad esiti importanti, come vedremo nel prossimo paragrafo¹⁸.

Riguardo all'obbligo di dotare, i giuristi discutono se esso debba essere configurato come pena o come risarcimento del danno. La discussione non è oziosa, poiché essa viene in rilievo nel momento in cui la donna vittima di stupro semplice contrae un matrimonio soddisfacente con un altro uomo: se la dote costituisce la pena dello stupro, infatti, essa sarà dovuta anche in questo caso; se, invece, la dote costituisce un risarcimento del danno, non sarà dovuta se, nonostante lo stupro, la donna riesce a contrarre un matrimonio adeguato alla sua condizione. Anche la facoltà di remissione del debito allo stupratore è configurabile soltanto qualora questo sia concepito come risarcitorio e non quando assuma carattere penale. Ancora una volta, la risposta alla questione giuridica deriva dalla concezione antropologica: la configurazione dell'obbligo a dotare come pena si inserisce in un quadro di oggettivazione della tutela, che mette in scarso risalto la volontà della donna e si preoccupa per lo più di garantire la stabilità dell'ordine sociale e la moralità pubblica, mentre la configurazione dell'obbligo in forma risarcitoria apre ad una valutazione sull'effettività del danno che non esclude l'apprezzamento del consenso femminile¹⁹.

Una fattispecie particolarmente coerente con lo stereotipo della fanciulla sedotta è quella dello stupro qualificato dalla promessa di matrimonio, poiché questa fattispecie riguarda eminentemente l'onestà femminile e la sua naturale inclinazione alla vita coniugale. La seduzione posta a fondamento dello stupro semplice appare in questi casi particolarmente riprovevole, in quanto finalizzata ad ingannare una donna sinceramente orientata a condurre una vita onesta. A ben vedere, non c'è accordo

¹⁷G. CAZZETTA, *Praesumitur Seducta. Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna*, cit., pp. 122-125.

¹⁸Cfr. *Infra*, par. 2.

¹⁹G. CAZZETTA, *Praesumitur Seducta. Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna*, cit., pp. 125-132.

sulle conseguenze giuridiche di tale condotta, dal momento che l'obbligo di sposare conseguente viene dai giuristi interpretato a volte come *poena*, altre volte come *obligatio*, cioè adempimento dell'obbligazione scaturente dalla promessa. In ogni caso, da un punto di vista giuridico, per la conclusione del matrimonio non è sufficiente una promessa seguita dal rapporto sessuale, ma occorre comunque una celebrazione delle nozze: la consumazione del rapporto sessuale non costituisce il vincolo matrimoniale, ma lo perfeziona in quanto preceduta dal consenso al matrimonio stesso, secondo quanto disposto dal diritto canonico²⁰.

La libertà della donna è considerata manipolabile e malcerta dai giuristi fino al XVIII secolo, ma diviene autentica soltanto se ordinata al matrimonio, istituto fondamentale per la costruzione di rapporti sociali e patrimoniali giuridicamente legittimi, oltre che moralmente onesti. Il matrimonio, in questo senso, diviene un orizzonte di protezione e sicurezza per la donna, che altrimenti rimarrebbe priva di adeguata sistemazione nell'ordine sociale e giuridico. Per essere protetta, pertanto, la donna deve assumere la condizione di sposa e l'unica possibilità di scelta riguarda lo sposo stesso, che può essere un uomo, ma anche Dio, mediante la consacrazione alla vita religiosa²¹.

L'attenzione che, agli occhi del giurista contemporaneo, suscita la fattispecie dello stupro semplice, non deve farci ritenere che lo stupro con violenza sia una fattispecie marginale nel sistema punitivo fino all'epoca moderna: esso rimane contemplato e punito con sanzioni molto severe, in virtù del fatto che la violenza sul corpo attesta l'innocenza della vittima e la sua resistenza mostra una coerenza con le presunzioni di onestà presenti nell'ordinamento giuridico. Ciò non impedisce ad alcuni autori di negare la possibilità di violentare una donna realmente dissenziente, an-

²⁰ Le dispute sul valore della *copula* ai fini della costituzione del rapporto matrimoniale riguardano l'istanza, particolarmente avvertita dai giuristi, di avere una dimostrazione certa della volontà matrimoniale. Nel diritto canonico, l'istituto della dispensa dal matrimonio "rato e non consumato" rappresenta una valorizzazione di tale istanza realista rispetto a quella, maggiormente avvertita dai teologi, della formazione ed espressione di un libero consenso. Si veda in proposito E. DIENI, *Tradizione "juscorporalista" e codificazione del matrimonio canonico*, cit., pp. 129-261.

²¹ Sull'identità sociale femminile in epoca medioevale e moderna si veda G. ZARRI, *Recinti. Donne, clausura e matrimonio nella prima età moderna*, il Mulino, Bologna 2000.

che se tale posizione è sempre rimasta minoritaria: Georges Vigarello, nella sua *Storia della violenza sessuale*, riporta l'opinione di illustri pensatori quali Fournel, Voltaire, Diderot e Rousseau, secondo i quali il vigore femminile sarebbe sufficiente a difendere la donna dall'aggressione del violentatore e la fragilità delle donne rappresenterebbe un argomento poco convincente²². Per questo, si richiede che le prove della violenza e della relativa resistenza siano evidenti ed univoche, tali cioè da non lasciare alcun dubbio sulla reale volontà della donna. Conseguentemente, sono considerate circostanze che avvalorano le denunce femminili: la condizione sociale e personale; i costumi e l'età della vittima; la tempestività della querela, che attesterebbe un dissenso autentico. La gravidanza conseguente al presunto stupro, invece, sarebbe un elemento sfavorevole per la vittima, perché lascerebbe pensare ad una relazione continuata e non occasionale. Inoltre, la conoscenza o, ancor più, una relazione sentimentale tra le parti in causa contribuiscono a rendere inverosimile la tesi della violenza²³.

In caso di stupro violento, la volontà della donna si coglierebbe pertanto andando al di là delle ingannevoli apparenze, a partire dall'intensità della resistenza che essa oppone al violentatore. Ancora una volta, tuttavia, le severe sanzioni previste per il reato di stupro violento non riguardano tanto la tutela della libertà della donna, quanto quella della sua integrità fisica, sulla base del presupposto secondo cui le offese al corpo recano offesa anche all'animo. La contrarietà al rapporto sessuale deve però essere manifestata attraverso una *constans et perpetua voluntas*, un diniego strenuo e rigoroso che non lasci adito ad alcun dubbio²⁴.

2. Influenze della riflessione teologica e canonistica sulla disciplina dello stupro in età moderna

Diritto canonico e *ius civile* fino al XVIII secolo concordano su molti punti nella disciplina delle relazioni sessuali e matri-

²² G. VIGARELLO, *Histoire du viol. XVI-XX siècle*, Éditions du Seuil, Paris 1998; tr. it. *Storia della violenza sessuale*, Marsilio, Venezia 2001, pp. 52-56.

²³ G. ARRIVO, *Seduzioni, promesse, matrimoni. Il processo per stupro nella Toscana del Settecento*, cit., pp. 49-61.

²⁴ G. CAZZETTA, *Praesumitur Seducta. Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna*, cit., pp.156-161.

moniali, affidando entrambi la tutela dell'onestà femminile alla presunzione di seduzione, che affonda le proprie radici nella massima del Panormitano secondo cui *virgo semper praesumitur seducta*²⁵. Tale presunzione postula la verginità come un valore oggettivo che richiede una protezione incondizionata, dal momento che attesta l'onestà della donna, configurando la seduzione come deviazione ed estorsione del consenso. Attraverso la fattispecie dello stupro semplice, il diritto derubrica la volontà della donna a circostanza attenuante, senza però rendere legittimo il rapporto extramatrimoniale anche se consensuale. Le pulsioni sessuali possono essere soddisfatte legittimamente soltanto nel contesto matrimoniale, disciplinato dal diritto canonico e competenza dei tribunali ecclesiastici²⁶.

In realtà, è proprio dal diritto canonico e dalla riflessione teologica che ne accompagna lo sviluppo che si evincono in età moderna alcune tendenze che successivamente verranno recepite anche dal diritto civile: la riflessione dei canonisti prende le mosse dalla valorizzazione della libertà della donna di consentire al matrimonio indipendentemente dalla volontà dei familiari, sulla base del presupposto secondo cui la donna stessa sarebbe libera di scegliere tra vita matrimoniale e vita religiosa. Questa netta presa di posizione stimola anche una riflessione sul consenso femminile al rapporto sessuale, dando avvio nel '500 ad una evoluzione che condurrà ad importanti mutamenti anche nella disciplina del reato di stupro.

Già nel pensiero tomistico, quello della libertà di consenso al matrimonio rappresenta un caso particolare, nel quale la volontà della donna è giuridicamente rilevante in quanto ordinata ad un bene, che è il matrimonio stesso. In altri contesti della vita sociale e personale la volontà femminile può invece entrare in contrasto con l'ordine delle inclinazioni naturali e, per questo, può essere considerata irrilevante²⁷.

Il libero consenso femminile è quindi ritenuto imprescindibile per la validità del matrimonio sia da San Tommaso che dal

²⁵ PANORMITANO, *Commentaria in quartum et quintum Decretalium librum*, Venetiis 1571, a c. 1, X, V, 16, n. 2.

²⁶ M. PELAJA, L. SCARAFFIA, *Due in una carne. Chiesa e sessualità nella storia*, Laterza, Roma-Bari 2008.

²⁷ G. CAZZETTA, *Praesumitur Seducta. Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna*, cit., pp. 51-54.

diritto canonico, in quanto espressione di una volontà ordinata e giuridicamente rilevante, come confermato dal *Decretum Gratiani* che, fin dal XII secolo, pone il consenso degli sposi, e quindi anche della donna, come requisito imprescindibile per la validità del matrimonio²⁸. Soprattutto dopo il Concilio di Trento, l'espressione del consenso libero da parte degli sposi viene canonizzata come elemento essenziale per la conclusione del matrimonio e vengono poste le basi per una rinnovata concezione della volontà femminile²⁹. Il libero consenso della donna al matrimonio presuppone che questa sia libera di scegliere di sposarsi, ma anche di non sposarsi, separando quindi la tematica del consenso all'atto sessuale da quella del consenso matrimoniale. Il diritto canonico, con la soluzione adottata dal *Decretum Gratiani* e dal Concilio di Trento, richiede un consenso libero prestato in forma pubblica e solenne, conferendo un valore determinante alla volontà degli sposi e negando in linea di principio ogni rilevanza alla volontà dei familiari, anche se nei fatti questa può risultare comunque determinante. L'autorità dei padri di famiglia appare infatti l'ostacolo più difficile da superare per affermare, da un lato, la libertà delle donne di scegliere il marito e, dall'altro, il monopolio ecclesiastico sulla disciplina del matrimonio³⁰.

Nel diritto canonico il riferimento alla volontà e al libero arbitrio è massimamente importante per valutare l'onestà della persona, che orienta le sue decisioni dall'intimo della coscienza, per cui è proprio dal diritto canonico che nasce l'esigenza di provare l'autentica onestà dell'animo femminile, a prescindere da ogni presunzione. La verginità, nel caso dello stupro, non è quindi per i canonisti soltanto una caratteristica fisica, ma un attributo dell'animo onesto: mentre la presunzione di seduzione è propria di una visione antropologica che vede nella vergine una donna onesta per definizione, la valorizzazione del consenso femminile prende le mosse da una visione antropologica secondo cui anche la vergine sceglie liberamente di avere rapporti sessuali, seppure

²⁸ G. DALLA TORRE, *Matrimonio e famiglia*, Aracne, Roma 2006.

²⁹ A.C. JEMOLO, *Il matrimonio nel diritto canonico dal Concilio di Trento al Codice del 1917*, il Mulino, Bologna 1993; O. GIACCHI, *Il consenso nel matrimonio canonico*, Giuffrè, Milano 1968; A. D'AURIA, *Il consenso matrimoniale. Dottrina e giurisprudenza canonica*, Aracne, Roma 2007.

³⁰ M. PELAJA, L. SCARAFFIA, *Due in una carne. Chiesa e sessualità nella storia*, cit., pp. 110-117.

non ordinati all'interno di una relazione matrimoniale. Dal punto di vista giuridico emerge pertanto il tema della donna libera e corresponsabile dello stupro, che si lega conseguentemente con il problema della tutela nei confronti di una persona che non è innocente.

Dalla seconda metà del '500 si inizia ad ipotizzare la necessità di cercare la prova dell'avvenuta seduzione, che non potrebbe essere sempre presunta, enfatizzando quindi il valore giuridico del consenso femminile e scardinando il sistema oggettivo di protezione dell'onestà³¹. Dal momento che sono considerate legittime soltanto le relazioni sessuali tra i coniugi, il nesso giuridico tra matrimonio, ratto e stupro è molto stretto e l'esigenza di una sistemazione coerente tra la libertà di consentire al matrimonio e la punibilità dei reati a sfondo sessuale porta a considerare come autenticamente antiggiuridici solamente il ratto e lo stupro commessi contro la volontà della vittima, perché offendono anzitutto la libertà di consentire al matrimonio da parte della donna. Questo significa che la libertà femminile stessa non può essere ridotta ad una libera inclinazione al matrimonio, ma riguarda la scelta di sposarsi o meno, rifiutando un'adesione all'ordine. Si potrebbe discutere se tale possibilità di scelta sia concessa alla donna dal diritto canonico soltanto in vista del bene superiore che è la consacrazione alla vita religiosa³², ma da un punto di vista strettamente giuridico non esiste soltanto l'alternativa tra le nozze e l'ordine religioso, dal momento che si può anche scegliere la via del nubilato, che tuttavia nei fatti rimane piuttosto onerosa sotto il profilo economico e personale, perché difficilmente inquadrabile in uno schema vocazionale.

La questione della libertà femminile pone quindi ai giuristi della prima età moderna importanti interrogativi circa la presunzione di onestà delle fanciulle protette dalla legislazione sullo stupro semplice: se la volontà della donna è un valore da tutelare, i riferimenti alle circostanze oggettive e all'onestà devono

³¹ In G. CAZZETTA, *Praesumitur Seducta. Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna*, cit., pp. 56-57, vengono citate le opere di J.B. DE LUGO, *Practica criminalis canonica*, Lugduni 1561, caput 77; e di B. CHOVERON, *De publicis concubinariis commentarii*, Lugduni 1550, n. 16 e ss.

³² G. ZARRI, *Recinti. Donne, clausura e matrimonio nella prima età moderna*, cit.; E. DIENI, *Tradizione "juscorporalista" e codificazione del matrimonio canonico*, cit., pp. 101 e ss.

essere riconsiderati, assieme al principio del *semper praesumitur seducta*. Questo significa privilegiare l'aspetto offensivo nei confronti della donna, insito nello stupro violento, rispetto a quello offensivo verso l'ordine familiare, morale e sociale, insito nello stupro semplice.

Una evoluzione in questa direzione è portata dalla riflessione della Seconda Scolastica³³, che cerca una conciliazione tra la costruzione tomistica e le istanze volontaristiche nella definizione di una volontà libera anche in tema di sessualità femminile. La riflessione teologica è fondamentale per mettere al centro la libertà di scelta come rispetto della propria vocazione personale e come valore superiore all'ordine sociale e familiare. Di particolare interesse è il pensiero di Thomàs Sanchez, il quale prende spunto dalla libertà della donna di consentire al matrimonio per procedere alla ricostruzione giuridica dello stupro³⁴. Per Sanchez, il matrimonio è sacramento e contratto, quindi il consenso diviene elemento essenziale per la costituzione del rapporto e la volontà della donna acquista una rilevanza fondamentale. Questa rinnovata sensibilità nei confronti dell'aspetto soggettivo e volontaristico nel matrimonio conduce ad una riflessione sul tema della libertà personale, che si estende al valore dell'integrità del corpo e della verginità.

Nelle tesi tomistiche e dei giuristi fino al XVIII secolo, la deflorazione qualifica negativamente il rapporto sessuale extramatrimoniale, facendolo passare da *fornicatio simplex* a *stuprum*, indipendentemente dalla volontà della donna³⁵. La tesi del Sanchez è invece quella di una donna che, in quanto *domina usus sui corporis*³⁶, può disporre della verginità nella libertà della sua

³³P. GROSSI (a cura di), *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Giuffrè, Milano 1973.

³⁴T. SANCHEZ, *De sancto matrimonii sacramentum*, t. II, lib. VII, disputatio 14. In E. DIENI, *Tradizione "juscorporalista" e codificazione del matrimonio canonico*, cit., p. 336, n. 199, si fa riferimento all'edizione veneziana del 1607 e a quella, ancora veneziana, del 1625. Per un'analisi del testo del Sanchez, per ciò che attiene la tematica dello stupro, si veda anche G. CAZZETTA, *Praesumitur Seducta. Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna*, cit., pp. 81-91.

³⁵TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologica, Secunda Secundae Partis*, quaestio 154, artt. 2, 6.

³⁶T. SANCHEZ, *De sancto matrimonii sacramentum*, cit., lib. VII, disputatio 14, n. 5.

coscienza. Il *dominium* di cui parla Sanchez non è un diritto di disporre del proprio corpo in maniera assoluta, come il diritto all'autodeterminazione al quale alcuni fanno riferimento nel dibattito bioetico contemporaneo³⁷. Sanchez parla di *usus*, nel riferirsi al dominio della donna sul proprio corpo, e lo fa con uno scopo preciso: nella teorica della Seconda Scolastica, infatti, proprietà e libertà sono strettamente connesse, poiché il soggetto libero è essenzialmente *dominus suorum actuum*³⁸. Tale impostazione ha radici profonde nell'umanesimo rinascimentale, in cui il riferimento al libero arbitrio diviene presupposto imprescindibile di ogni *dominium* e, conseguentemente, di ogni responsabilità. Nell'ambito delle questioni relative al corpo, che in questa sede vengono in rilievo, il dominio non è assoluto, perché riguarda una dimensione indisponibile della esistenza umana: "oggetto del *dominiuim* non potrà essere il 'me' fisico, il mio corpo, le mie membra, rispetto alle quali non ho nessuna libertà dominativa ma un uso vincolato secondo i fini della creazione"³⁹. Nella riflessione teologica e giuridica della Seconda Scolastica, pertanto, l'utilizzo del concetto di *dominium* riferito *all'usus* del proprio corpo non è riducibile ad un concetto di proprietà privatisticamente inteso, ma indica padronanza di sé e libertà da costrizioni esterne, donata da Dio stesso a ciascun essere razionale e pertanto finalisticamente orientata. In tal modo, la proprietà diviene dimensione intrinseca della persona e presupposto indispensabile per l'esercizio della libertà, per cui "la capacità di essere proprietari è capacità di realizzare pienamente la propria libertà"⁴⁰.

Sanchez, facendo riferimento alla donna *domina usus sui corporis*, fa quindi riferimento ad una dimensione della libertà personale che non pone l'autodeterminazione individuale al centro delle questioni riguardanti la corporeità e la sessualità, ma pone un principio di libertà dal quale scaturisce la riflessione

³⁷ Per una distinzione tra i concetti di "autonomia" e "autodeterminazione" nella bioetica contemporanea, si veda F. D'AGOSTINO, *Introduzione alla biopolitica*, Aracne, Roma 2009, pp. 21-36.

³⁸ P. GROSSI, *La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica*, in ID. (a cura di), *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, cit., pp. 117-222.

³⁹ *Ivi*, p. 137.

⁴⁰ *Ibidem*.

sull'antigiuridicità dello stupro semplice: “[...] ita violationem virginis sponte consentientis, quamvis sit sub cura paterna, non differre a simplici fornicatione: tuncque solum adesse speciem stupri, quando adest iniustitia, eo quod virgo invita violetur, sive sit sub cura parentum, sive non”⁴¹. L'onestà non viene presunta dal Sanchez, ma deriva da una scelta interiore e libera da costrizioni esterne, coerentemente con quanto viene previsto dal diritto canonico per il valido consenso al matrimonio. Trattandosi di un orizzonte teologico, la Seconda Scolastica pone l'accento sull'onestà interiore, più che su quella esteriore, ritenendo autenticamente ingiusto soltanto lo stupro violento.

L'innovazione sul piano teologico porta anche un dibattito sul piano giuridico⁴², dal momento che si inizia a configurare come atto delittuoso soltanto lo stupro violento, caratterizzato dalla mancanza di consenso della donna, mettendo in discussione l'antigiuridicità dello stupro semplice. Se, infatti, sul piano della coscienza individuale la donna è libera di disporre della propria verginità anche al di fuori del matrimonio, allora diviene difficile per il diritto sanzionare soltanto la circostanza oggettiva ed esteriore della perdita di verginità, indipendentemente dalla volontà della donna stessa.

Rimane però piuttosto forte l'argomento della seduzione, intesa come plagio in grado di carpire un consenso non autentico⁴³, in seguito alla quale il matrimonio rimane una soluzione auspicabile. Il matrimonio conseguente alla seduzione, infatti, non può essere concepito come danno per la donna: esso si configura piuttosto come situazione riparatoria, per cui risulta estremamente arduo per i giuristi configurarlo come sopruso, anziché come rimedio. Per i teologi ed i canonisti, inoltre, il matrimonio rappresenta un bene spirituale e l'induzione verso di esso non è assimilabile ad un autentico dolo, neanche quando sia contro la volontà dei familiari⁴⁴.

Il tema della *libera voluntas* femminile tarda comunque ad affermarsi nel diritto civile rispetto al diritto canonico, anche se le

⁴¹ T. SANCHEZ, *De sancto matrimonii sacramentum*, cit., lib. VII, disputatio 14, n. 5.

⁴² G. CAZZETTA, *Praesumitur Seducta. Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna*, cit, pp. 91-95.

⁴³ *Ivi*, pp. 92-93.

⁴⁴ *Ivi*, pp. 119-120.

dispute tra teologi e canonisti acquisiscono un'importanza sempre maggiore come argomenti in favore della rilevanza giuridica del consenso delle donne. I teologi intendono in questo modo rafforzare il concetto di onestà, intesa come adesione intima alla morale ordinata, rimanendo nell'orizzonte del peccato e relativizzando l'onestà esteriore per valorizzare quella interiore. La necessità di colpire la volontà disonesta si fa però strada anche tra i giuristi e porta in età moderna all'espulsione dello stupro semplice dal novero dei reati.

3. L'eliminazione della fattispecie di stupro semplice nelle legislazioni del Settecento e dell'Ottocento

Abbiamo visto come, nella disciplina dello stupro semplice, la presunzione di seduzione serva ai giuristi per configurare un sistema di tutele oggettive all'onestà femminile prescindendo dalla valutazione del consenso al rapporto sessuale. Il dibattito avviato dalla teologia e dal diritto canonico riguardo all'autenticità della volontà della donna conduce tuttavia ad un punto di svolta, evidenziando come la presunzione di seduzione possa finire con il tutelare donne la cui volontà è in realtà disonesta. La nuova sensibilità riguardo alla libertà femminile insinua un dubbio sull'onestà interiore della vittima di stupro, inducendo sospetti sulla sua complicità nella commissione del delitto.

Questa riflessione viene sviluppata in età moderna, nell'ambito di un più complessivo sforzo di secolarizzazione del diritto, operato dai grandi giusnaturalisti del Seicento e del Settecento, quali Grozio, Pufendorf e Thomasius. Quest'ultimo, in particolare, dedica ampia attenzione al rapporto tra diritto ed etica matrimoniale, cercando di tematizzare una netta distinzione tra diritto, morale e teologia⁴⁵. Tale separazione si fonda sul fatto che il diritto dovrebbe occuparsi esclusivamente di atti esteriori, mentre la morale potrebbe sindacare l'interiorità dei comportamenti: la moralità richiederebbe un'adesione interiore all'azione, mentre per il diritto sarebbe sufficiente un adeguamento del comportamento esteriore. Nei *Fundamenta juris naturae et gen-*

⁴⁵ L. PALAZZANI, *Diritto naturale ed etica matrimoniale in Christian Thomasius. La questione del concubinato*, Giappichelli, Torino 1998.

tium Thomasius distingue tra i comportamenti umani le tre categorie dell'onesto, del giusto e del decoro, che fanno riferimento rispettivamente agli ambiti della morale individuale (riguardante la dimensione interiore dell'agire umano), della giustizia (riguardante le azioni esterne finalizzate alla pace sociale) e della morale sociale (riguardante azioni esterne finalizzate al benessere e alla convenienza).

Così come Grozio e Pufendorf, anche Thomasius ritiene che il matrimonio sia un contratto che esige fedeltà e convivenza stabile, valorizzando quindi la libera volontà di entrambe gli sposi ai fini della costituzione del vincolo. Le unioni matrimoniali si differenziano però da quelle non matrimoniali, sia perché antepongono lo scopo procreativo a quello del soddisfacimento del desiderio sessuale, sia perché includono anche "la valenza individuale dell'onestà e la valenza sociale del decoro"⁴⁶. Più in generale, le unioni sessuali possono essere giudicate alla luce di criteri di giustizia, onestà e decoro, e non tutte sono contrarie a tutti e tre questi criteri. Lo stupro semplice, in particolare, viene ricompreso tra le unioni non matrimoniali che antepongono lo scopo libidinoso a quello procreativo, per cui è considerato da Thomasius come un'azione contraria all'onesto e al decoro, ma non contraria alla giustizia. In questo senso, si evince un'evoluzione tra la prima opera giuridica, le *Institutiones jurisprudentiae divinae* del 1688, nella quale lo stupro semplice viene considerato un danno ingiusto punibile con la sanzione del *ducere vel dotare*⁴⁷, e l'opera successiva dei *Fundamenta juris naturae et gentium* del 1705, nella quale l'unione con donna non sposata ed onesta viene considerata un turbamento dell'onestà e del decoro, ma non della giustizia.

A queste riflessioni si aggiunge, dalla seconda metà del Settecento, un processo di secolarizzazione del diritto in ambito sessuale e matrimoniale, che nell'Ottocento trova una progressiva realizzazione in molti Stati europei e vede la fine del monopolio ecclesiastico su questo tipo di questioni. Le condotte sessuali diven-

⁴⁶ *Ivi*, p. 157.

⁴⁷ "Qui virginem imminuit, vi aut fraude, tenetur ei rependere, quanti minoris jam ipsi defloratae valet spes nuptiarum, quod fit, si aut ducat, aut dotet". *Institutiones jurisprudentiae divinae*, Lib. II, Cap. V, 51. In questa sede si fa riferimento all'edizione del 1720, ristampa anastatica Scientia Verlag, Aalen 1963, p. 127.

gono oggetto di studi scientifici di antropologia, pedagogia, psichiatria, psicologia, igiene e medicina, allontanandosi quindi dalle riflessioni sul peccato e sulle proibizioni morali e giuridiche⁴⁸.

Le premesse sviluppate dal giusnaturalismo moderno, accanto agli sviluppi della teologia e del diritto canonico, pongono le basi teoriche per il superamento della fattispecie dello stupro semplice nel diritto moderno. In effetti, a partire dal '700 il modello dell'onestà femminile entra in crisi anche nello *ius civile*, che inizia a valutare la volontà femminile attribuendole responsabilità e colpe. Questo cambiamento porta a riconsiderare anche la presunzione di seduzione, che è uno dei punti cardine del sistema di tutela della donna, come il retaggio di una cultura giuridica poco attenta ai diritti e ai doveri dell'individuo. Questo non significa tuttavia che le riforme del Settecento e dell'Ottocento sul reato di stupro siano fondate principalmente sul riconoscimento della donna come soggetto autonomo e libero, o sulla distinzione tra diritto e morale: la considerazione della volontà femminile si incrocia infatti con l'esigenza di tutelare l'ordine familiare e sociale dagli abusi a cui la presunzione di seduzione si presta nell'ambito delle relazioni tra famiglie appartenenti a diversi ceti sociali, dal momento che l'obbligo di sposare la fanciulla vittima di stupro semplice pone il problema della conclusione di matrimoni contro il volere delle famiglie stesse. Questo aspetto crea infatti un certo allarme in contesti sociali di rigorosa divisione tra i ceti, perché apre la possibilità, per fanciulle di rango inferiore, di costringere rampolli di buona famiglia a sposarsi in seguito all'accertamento di uno stupro semplice.

Le prime disposizioni riguardanti la corresponsabilità della donna nello stupro si hanno a Roma nel 1736, con un editto che prevede sanzioni anche per la donna e i familiari di questa nel caso in cui sia stata complice nel reato. Si richiede pertanto di presentare prove certe ed inequivocabili dell'innocenza della fanciulla. La tutela dell'ordine sociale e familiare dagli abusi, più che la valorizzazione della sua volontà, porta quindi a configurare la donna come *socia criminis* dello stupro semplice, facendo cadere la presunzione di seduzione. L'onestà delle fanciulle deve pertanto essere dimostrata dalla sofferenza inferta dallo stupro,

⁴⁸ M. PELAJA, L. SCARAFFIA, *Due in una carne. Chiesa e sessualità nella storia*, p. 198 e ss.

poiché si inizia a ritenere ingiusto che le donne traggano profitto dalla loro discutibile condotta sessuale, vincolando al matrimonio gli uomini che hanno rapporti illegittimi con loro. Sulla base di queste premesse, il Regno di Napoli nel 1779 depenalizza lo stupro semplice lasciando la tutela penale soltanto per lo stupro violento, dando inizio ad un processo di depenalizzazione che coinvolgerà nell'Ottocento molti ordinamenti giuridici europei⁴⁹.

La depenalizzazione dello stupro semplice verrà decantata dai giuristi illuministi come un progresso rispetto ad antichi retaggi medioevali che non valorizzavano adeguatamente la volontà della donna⁵⁰, ma un'attenta analisi di quei provvedimenti dimostra che essi furono adottati a tutela delle politiche matrimoniali delle famiglie più abbienti e, quindi, di un ordine sociale ancora rigidamente diviso in ceti: "Il tema dominante non è la depenalizzazione, né certo quello della distinzione tra diritto e morale, ma il disordine provocato dalle presunzioni dei giuristi, da protezioni oggettive dell'onestà, prima fra tutte quella di dotare o sposare"⁵¹.

La donna, in quanto *socia criminis*, non è più degna della protezione giuridica, tantomeno della protezione del dotare o sposare che mette in discussione la rigida separazione dei ceti nell'ambito delle relazioni familiari. Emerge prepotentemente il problema delle fanciulle che, a costo dell'onore, mirano a conseguire la dote o un matrimonio conveniente, passando dall'essere innocenti sedotte all'essere astute seduttrici, a volte con l'approvazione dei parenti stessi il cui onore è anch'esso tutelato dalle norme di *Ancien Régime* sullo stupro semplice. La depenalizzazione dello stupro semplice è quindi la conseguenza nel diritto positivo di tale mutata sensibilità sociale: soltanto la vera onestà deve essere tutelata dalle rigorose norme del diritto penale, perché non si possono equiparare violenza e passione, sulla base di presunzioni che non prestano alcuna attenzione al tema del consenso da parte della donna⁵².

⁴⁹G. CAZZETTA, *Praesumitur Seducata. Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna*, cit., pp. 163-172.

⁵⁰F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, Parte speciale*, vol. II, Giusti, Lucca 1873.

⁵¹G. CAZZETTA, *Praesumitur Seducata. Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna*, cit., p. 166.

⁵²G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, Stamperia delle provincie unite, Filadelfia 1799, III, pp. 377-389.