

LA GESTIONE GIURIDICA
DELLE
DEVIANZE SESSUALI IN SVIZZERA ED IN ITALIA
TRA ANALOGIE E DIFFORMITA'

del Dottor Andrea Baiguera Altieri lic. jur. svizzero
 Cultore di Diritto Penitenziario svizzero e di Criminologia comparata italo-elvetica

I N D I C E

Parole chiave: parafilie; Svizzera; Italia

Key Words: sexual abuse; Switzerland; Italy

1. Introduzione

2. La repressione penale delle condotte parafiliche in altri Stati

I reati di matrice sessuale

Il divieto dell' incesto

La punizione della pornografia dura

3. Le principali condotte criminose di matrice sessuale previste e punite dall' Ordinamento giuridico-penale in Svizzera

La figura del deviante parafilico nell' Art. 123a C.F.

I fenomeni del turismo sessuale, della pedofilia e della pedopornografia

L' incesto

4. L' approccio normativo svizzero nei confronti delle condotte sessuomaniacali ai sensi dell' Art. 123a C.F.

5. La pedopornografia ed i suoi risvolti penali

6. L' incesto nel contesto dell' Art. 213 del CPS

7. I principali problemi dottrinari e le più rilevanti questioni giurisprudenziali intorno all' interpretazione del Libro II Titolo V del CPS (*Reati contro l' integrità sessuale*)

8. Le principali problematiche esegetiche connesse all' Art. 123a C.F.

L' Art. 123a in raffronto alle Norme di Diritto Internazionale ratificate dalla Svizzera

Il parere del Consigliere Federale Moritz Leuenberger con attinenza al novellato Art. 123a C.F.

9. Conclusioni

1. Introduzione¹

Non si può tacere, con afferenza ai Cantoni svizzeri di lingua tedesca, la prolungata influenza esercitata, sulle costumanze sessuali delle donne di lingua *Baschi*, dal Protestantismo di matrice zwingliniana. Anche i Padri Costituenti italiani, nel triennio 1946/48, hanno manifestato, come dimostra l' Art. 29 comma 1° della vigente Costituzione italiana², un accentuato *favor* legislativo verso la tradizionale struttura familiare di tipo mediterraneo. Prova ne sia la corretta avversità giurisprudenziale, in Italia, verso strutture affettive difformi rispetto alla summenzionata regola etico-giuridica ex Art. 29 comma 1° Cost. it. . Viceversa, nell' odierna Confederazione elvetica, esistono parecchie nonché confuse enunciazioni normative di rango federale protese non soltanto verso un mero riconoscimento istituzionale, bensì anche verso una profonda tutela amministrativa dell' omosessualità, della convivenza *more uxorio* e, più latamente, di tutte le cc.dd. “ *nuove famiglie* “ . Donde, i bizzarri asserti legislativi svizzeri, inesistenti nella giuspenalistica italiana, afferenti al tema dei maltrattamenti nelle famiglie omosessuali, come p.e. l' Art. 123 nr° 2 comma 4° CPS³ e l' Art. 126 cpv. 2 lett. c CPS⁴. Ai sensi di tali Articoli, dopo la Riforma von Felten del 1° Aprile 2004, l' A.G. svizzera è purtroppo tenuta a non operare distinzioni né tra coniugi in senso proprio e semplici conviventi *more uxorio*, né tantomeno tra famiglie eterosessuali e famiglie omosessuali. Dal che deriva senz' altro uno sperpero di risorse assistenziali, a nocumento della ben più normale pattuizione coniugale tra uomo e donna

Aggravando la situazione, il Tribunale Federale svizzero ha manifestato, nel 1992 l' opinione, viceversa inconcepibile nello *stare decisis* giurisprudenziale italiano, tale per cui “ ... *un concubinato che dura da cinque anni costituisce una comunità di vita analoga a quella del matrimonio* “ (DTF 118 II 237/238)⁵. Consimile qualificazione giuridica è rinvenibile pure in Dottrina (DESCHENAUX & TERCIER 1985). Trattasi di maldestri ammodernamenti giuridici contrari al genuino concetto novecentesco di interventismo democratico-sociale

Nella Confederazione, sussiste una maggiore severità nell' apparato sanzionatorio federale in tema di molestie e discriminazioni a danno della donna sul posto di Lavoro. In Italia, viceversa, soltanto negli ultimi anni pare finalmente di assistere ad un maggiore impegno concreto ai fini della protezione della donna-lavoratrice contro molestie lesive dell' identità e dell' integrità sessuale femminile. Ciononostante, rimane incontestabile una surrettizia debolezza precettiva di Norme italiane come la L. 903/1977 (*Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di Lavoro*) nonché la L. 125/1991 (*Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel Lavoro*). Tali Leggi italiane, pur se valide e cogenti sotto il profilo formale, non possiedono di certo il lungimirante vigore pratico, fattuale e concreto di Norme svizzere quali l' Art. 7 comma 1° della *Legge federale sulla parità dei sessi*⁶ (L.Par.) del 1995, oppure ancora p.e. l' Art. 6 comma 3°

¹ Nel prosieguo dell' Introduzione, ai fini della citazione dei **testi normativi** si è reputato opportuno utilizzare il testo in lingua italiana. Ai fini della citazione delle **Mozioni** e delle **Iniziative Parlamentari**, si è optato per il testo in lingua francese.

² Art. 29 comma 1° Cost. it. : *La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio*

³ Art. 123 nr° 2 comma 4° CPS: [anche, ndr] *se egli è il partner eterosessuale o omosessuale della vittima, a condizione che essi abbiano vissuto in comunione domestica per un tempo indeterminato e l' atto sia stato commesso durante questo tempo o nell' anno successivo alla separazione*

⁴ Art. 126 cpv. 2 lett. c CPS: [anche, ndr] *contro il proprio partner eterosessuale o omosessuale, a condizione che essi vivano in comunione domestica per un tempo indeterminato e l' atto sia stato commesso durante questo tempo o nell' anno successivo alla separazione*

⁵ Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung vom 16. Januar 1992 i.S.P. gegen P. (Berufung)

⁶ Art. 7 comma 1° L.Par.:

Azioni e ricorsi delle organizzazioni

della *Legge federale concernente l' aiuto alle vittime di reati* del 1991 (L.A.V.)⁷ nonché l' Art. 10 sempre della L.A.V.⁸

L' accentuata sensibilità elvetica nei confronti della protezione della donna contro qualsivoglia forma di discriminazione, molestia o violenza di stampo sessuale ha indotto il Parlamento federale a statuire, in sintonia con la *ratio* dei già citati Artt. 6 e 10 della L.A.V., una tutela appropriata e coerente nei confronti delle donne di cittadinanza straniera abusate e richiedenti asilo politico alla Svizzera (Art. 6 dell' *Ordinanza federale sugli Asilanten*⁹ del 1999). La lodevole consistenza del fine perseguito dall' Art. 6 della testé menzionata *Ordinanza Federale sugli Asilanten* si manifesta, in primo luogo, per via del fatto che, a tutt' oggi, né l' Italia né parecchi altri Ordinamenti europei possiedono una consimile previsione legislativa in tema di Diritto dell' Immigrazione. In secondo luogo, risulta conclamato il coraggioso umanesimo di un siffatto dispositivo garantistico-accusatorio, tanto più a fronte delle non ancora del tutto sopite istanze xenofobe, più o meno palesemente diffuse presso una parte dell' elettorato svizzero nonché presso taluni ambigui schieramenti extra-parlamentari

Il sopra menzionato tema della concezione (*rectius*: statuizione) socio-giuridico-culturale afferente al problema delle devianze sessuali possiede, sia in Svizzera sia in Italia, una solida “base“ legale nonché ideologica di rango internazionale. Tale struttura programmatica, peraltro, risulta essere il frutto dei travagliati anni in cui, durante il II conflitto bellico mondiale, le popolazioni europee conobbero un' espansione esponenziale di efferati atti criminosi di matrice parafiliaca, agiti soprattutto contro la popolazione infantile e femminile dei Paesi oggetto del prefato scontro militare. Sicché, la Confederazione elvetica, nel 2001, e l' Italia, nel 1999, ratificarono, il basilare dettato normativo di cui all' Art. 7 cpv. 1 lett. g¹⁰ e cpv. 2 lett. f¹¹ della *Convenzione istitutiva la Corte Penale Internazionale*. Pleonastico rimarcare l' attualità perenne, durante i conflitti bellici, della consumazione vicendevole di gravi violenze sessuali sulla popolazione civile

Le organizzazioni che esistono da almeno due anni e, secondo gli statuti, promuovono l' uguaglianza fra donna e uomo oppure tutelano gli interessi dei lavoratori possono, a proprio nome, far accertare in giudizio una discriminazione se l' esito della procedura avrà verosimilmente ripercussioni su un gran numero di rapporti di lavoro. Prima di avviare la procedura di consultazione o di intentare un' azione, tali organizzazioni devono dare al datore di lavoro l' opportunità di prendere posizione

⁷ Art. 6 comma 3° L.A.V.: *le vittime di reati contro l' integrità sessuale possono esigere di essere interrogate da persone del loro sesso. Tale regola si applica parimenti alla procedura d' inchiesta*

⁸ Art. 10 L.A.V. :
Composizione del Tribunale giudicante
Le vittime di reati contro l' integrità sessuale possono esigere che del Tribunale giudicante faccia parte almeno una persona del loro sesso

⁹ Art. 17 cpv. 2 dell' Ordinanza federale sugli Asilanten:
Procedura in caso di persecuzione per appartenenza a un sesso
Se esistono indizi concreti di persecuzione di natura sessuale, o se la situazione nello Stato di provenienza permette di dedurre che esiste persecuzione di natura sessuale, il richiedente l' asilo è udito da una persona del medesimo sesso

¹⁰ Art. 7 cpv. 1 lett. g della Convenzione istitutiva la Corte Penale Internazionale:
[per crimine contro l' umanità s' intende, ndr]
g) *stupro, schiavitù sessuale, prostituzione forzata, gravidanza forzata, sterilizzazione forzata o altre forme di violenza sessuale di analogo gravità*

¹¹ Art. 7 cpv. 2 lett. f della Convenzione istitutiva la Corte Penale Internazionale:
per “ *gravidanza forzata* “ s' intende *la detenzione illegale di una donna resa gravida con la forza, nell' intento di modificare la composizione etnica di una popolazione o di commettere altre gravi violazioni del diritto internazionale. La presente definizione non può essere in alcun modo interpretata in maniera tale da pregiudicare l' applicazione delle normative nazionali in materia di gravidanza*

Le sopra esposte osservazioni debbono applicarsi pure alla *ratio* cui si sono uniformate, in sede di ratifica dell' Art. 34 della *Convenzione sui diritti del fanciullo*¹² del 1989, sia la Confederazione elvetica, ratificante nel 1997, sia l' Italia, ratificante nel 1991.

Sotto il profilo sociale prima ancora che giuridico, si può nascondere l' aumento esponenziale delle devianze pedofiliache (v. *leading-cases Dutroux* – Belgio -; *Baumann* – Paesi Bassi -; oppure ancora si ponga mente alle riprese video di natura pedopornografica girate dai *coniugi di Bienne* – Svizzera -). D' altra parte, l' On. Goll, nel 1994¹³ dichiarava che « *il est démontré que chaque année, en Suisse, des milliers d' enfants subissent des abus sexuels. Des études scientifiques assimilent l' exploitation sexuelle des enfants à un abus de pouvoir exercé en grande majorité par des personnes de sexe masculin, sur des filles et également sur des garçons. En effet, les auteurs de 95 pour cent des délits commis sur des filles et de 80 pour cent des délits commis sur des garçons sont des hommes ... Aujourd' hui, le Code pénal en matière d' atteintes à l' intégrité sexuelle protège les coupable et non les victimes*» (GOLL 1994). Analogo intento seriamente protettivo, verso l' infanzia violata, veniva espresso, nel 1993¹⁴, da parte dell' On. Béguin, a parere della quale « *depuis l' entrée en vigueur des nouvelles dispositions réprimant les atteintes à l' intégrité sexuelle, il est apparu que la prescription exceptionnelle de 5 ans permettait à des abuseurs d' enfants d' échapper à toute poursuite pénale dans la mesure où il est fréquent que les jeunes victimes ne dévoilent que tardivement les outrages qu' elles ont subis. Cette situation empeche les victimes de se faire reconnaître comme telles par la société, compromet par là leur réhabilitation psychique et favorise la récurrence des abuseurs qui spéculent sur leur impunité probable ... le retour à une prescription plus longue s' inscrit dans la logique du mouvement universel visant au renforcement de la protection de l' enfance* » (BEGUIN 1993). Più recentemente, l' On. von Felten, nel 1997¹⁵ sottolineava che « *les abus sexuels sur les enfants exploités dans le cadre du tourisme sont devenus un commerce lucratif exercé sans risque. A l' origine, la destination première de cette forme pervertie de tourisme sexuel étaient avant tout les pays d' Asie du sud-est. Aujourd' hui s' ajoutent les Caraïbes, l' Amérique latine et l' Afrique*» (von FELTEN 1997). Analoga elevata quantità statistica, per consimili reati, si registra pure in Italia. Consta, infatti, che sono sorte vere e proprie organizzazioni criminali internazionali dedite alla gestione del turismo sessuale, così come, in una Mozione del 1996¹⁶, faceva notare l' On. Jeanpretre, parlando a proposito della punibilità dei delitti di matrice parafiliaca agiti da cittadini svizzeri all' estero. Infatti, Jeanpretre, a proposito della possibilità di svolgere indagini di respiro transnazionale, notava che: « *un échange d' informations de police criminelle, à la fois important et intensif, a lieu également par le canal INTER.POL. . Les agents de liaison suisse et étrangers, stationnés au Secretariat général d' INTER.POL. à Lyon et dans d' autres pays, s' avèrent très utiles dans ce contexte. A cela s' ajoutent les contacts personnels précieux et efficaces qu' entretiennent au niveau international les policiers chargés d' élucider de tels délits. La collaboration internationale est améliorée par la participation de l' Office central au sein de groupes de travail. Cet office central reçoit toutes sortes d' information relatives à des Suisses qui commettent en tant que touristes du sex des actes punissables à l' encontre de mineurs et les*

¹² Art. 34 della Convenzione sui diritti del fanciullo:

Gli Stati parti si impegnano a proteggere il fanciullo contro ogni forma di sfruttamento sessuale e di violenza sessuale. A tal fine, gli Stati adottano in particolare ogni adeguata misura a livello nazionale, bilaterale e multilaterale per impedire:

1. *che dei fanciulli siano incitati o costretti a dedicarsi ad una attività sessuale illegale*
2. *che dei fanciulli siano sfruttati a fini di prostituzione o di altre pratiche sessuali illegali*
3. *che dei fanciulli siano sfruttati ai fini della produzione di spettacoli o di materiale a carattere pornografico*

¹³ Iniziativa parlamentare 94.441 depositata da Goll Christine in data 16/12/1994

¹⁴ Mozione 93.3564 depositata da Béguin Thierry in data 02/12/1993

¹⁵ Mozione 97.3366 depositata da von Felten Margrith in data 20/06/1997

¹⁶ Mozione 96.3660 depositata da Jeanpretre Francine in data 12/12/1996

transmet plus loin à l' attention des autorités de poursuite compétentes, en Suisse ou à l' étranger» (JEANPRETRE 1996) Inoltre, la rete Internet ha recato ad una diffusione pressoché incontrollabile dello scambio di materiale pedopornografico on-line, al punto che, il 1° Gennaio 1998, l' Ufficio federale della Polizia svizzera avviò un Servizio di *Internet Monitoring*, pur se tale équipe adibita al controllo della rete Internet elvetica si è sciolta, nel 1999, per mancanza di risorse pecuniarie.

Notevole, ancorché respinta in virtù di attriti meramente politici, fu senz' altro la Mozione dell' On. Goll recante data 17 Dicembre 1992¹⁷, ai sensi della quale si sarebbe dovuta rendere, come già negli U.S.A. e nel Regno Unito, imprescrittibile l' azione penale per i reati di matrice parafiliaca, prevedendo, con la massima urgenza, di “ *supprimer le délai de prescription pour les actes d' ordre sexuel commis sur des enfants de moins de 16 ans (Art. 187 ch. 5 du Code pénal suisse) et modifier en conséquence les dispositions pénales relatives aux infractions d' ordre sexuel*” (GOLL 1992). Meritevoli di accenno pure le innumerevoli proposte provenute da parecchi Parlamentari svizzeri negli Anni Novanta e tese ad una drastica e radicale novellazione dell' Art. 187 CPS, riforma in parte poi attuata dalle Camere Federali con delibera del 21 Marzo 1997.

2. La repressione penale delle condotte parafiliache in altri Stati

I reati di matrice sessuale

Alla luce del contemporaneo degrado morale europeo, non stupisce il blando apparato sanzionatorio, in tema di legalità dei rapporti sessuali tra un individuo maggiorenne ed una persona minorenni, predisposto da Paesi europei nordici, noti per la precocità e la diseducativa disinibizione sessuale dei loro abitanti. Infatti, il Codice penale svedese presume che il/la quindicenne si trovi in condizione di *soggetto già sessualmente maturo*. Analoga è la tolleranza verso i rapporti coitali tra maggiorenne e minorenni nei Sistemi penali olandese, danese e norvegese. Ciò che ne consegue è, pertanto, una debolezza precettiva sociale, prima ancora che giuridica, di un concetto, peraltro tipico dell' Europa meridionale, come quello di *reato sessuale di natura contravventiva*. Tale, infatti, è la qualificazione conferita dal Codice Penale Svizzero a norme incriminatrici quali l' Art. 198 CPS¹⁸ -*Molestie sessuali*- e l' Art. 199 CPS¹⁹ - *Esercizio illecito della prostituzione* -; d' altra parte, non mancano, in Svizzera, opinioni dottrinarie tese alla sussunzione del delitto p. e p. dall' Art. 194 CPS²⁰ - *Esibizionismo* – entro la categoria delle mere contravvenzioni

Una consimile dissertazione è applicabile pure alla sempre più marcata inconsistenza, ormai alle soglie del puro nominalismo, degli Artt. 527, 528 e 529 C.P. italiano, pur se (formalmente) dette Norme incriminatrici sono riferite a delitti e non a contravvenzioni.

¹⁷ Mozione 92.3558 depositata da Goll Christine in data 17/12/1992

¹⁸ Art. 198 CPS:

Molestie sessuali

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

¹⁹ Art. 199 CPS:

Esercizio illecito della prostituzione

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

²⁰ Art. 194 CPS:

Esibizionismo

Chiunque compie un atto esibizionistico è punito, a querela di parte, con la detenzione fino a sei mesi o con la multa.

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

La repressione delle devianze sessuali risulta piuttosto complicata nell' ambito degli Ordinamenti Penali di Germania, Austria e Francia. Infatti, i citati Sistemi penali, specialmente a livello giurisprudenziale più che dottrinario, manifestano una discreta tolleranza indifferentistica verso costumanze, mode e usi sessuali, a condizione che:

- gli individui agenti l' atto sessuale (proprio od improprio / completo o non completo / eterosessuale od omosessuale) siano sufficientemente maturi al fine della manifestazione (o presunzione) del consenso all' atto
- la congiunzione carnale sia fondata sulla libera partecipazione delle parti. Risulta, pertanto, esclusa la praticabilità di qualsivoglia tipo di violenza (si pensi, a tal proposito, all' ambigua posizione di confine connotante la parafilia sadomasochistica)

Da ultimo, risulta pertinente notare l' aspra severità del Sistema penale di U.S.A. e Regno Unito in tema di gestione delle devianze sessuali. Infatti, nella *common law* statunitense ed inglese, un gran numero di condotte connesse alla sessualità vengono catalogate entro la celebre categoria degli *indictables crimes*. Inoltre, molte devianze considerate meramente contravventive nei Sistemi penali europei acquisiscono, nel panorama anglosassone, una consistenza tipologica delittuosa in senso proprio.

Il divieto dell' incesto

A motivo della ben nota ed atavica ripugnanza dell' incesto in tutte le civiltà occidentali, la proibizione della congiunzione sessuale tra consanguinei assurge al rango di incontestabile dato di fatto nei Sistemi penali europei. Analogo è pure il rigetto normativo dell' incesto nella *common law* statunitense ed inglese (v. p.e., nel Regno Unito, il *Sexual Offences Act* del 1956). L' unico corollario legislativo degno di menzione consta nell' aver stabilito una catalogazione puntuale di circostanze attenuanti da parte del Legislatore francese, di quello olandese e di quello austriaco. Apprezzabile è stato pure lo sforzo, nella giuspenalistica francese, di conferire un ben nitido campo precettivo a certe ostiche manifestazioni criminose situate in una zona grigia di confine tra l' incesto in senso proprio e la violenza sessuale in senso lato

Piuttosto, pare utile una comparazione tra la norma incriminatrice dell' incesto svizzera (Art. 213 CPS²¹) e la speculare disposizione legale italiana (Art. 564 C.P.²²).

Ciò che si contesta è l' inciso, contemplato dal comma 1° dell' Art. 564 C.P., “ *in modo che ne derivi pubblico scandalo* “. Infatti, i testé citati lemmi rendono difficile la punizione di atti sessuali incestuosi occultati, come di solito avviene, entro l' omertoso contesto delle mura domestiche. Sicché, da più voci, in Dottrina, è provenuta al Legislatore italiano l' incessante esortazione ad espungere, dal testo dell' Art. 564 comma 1° C.P., il summenzionato inciso riferentesi all' assai nebuloso concetto di “ *pubblico scandalo* “. V' è, peraltro, da notare il disagio degli interpreti di

²¹ Art. 213 CPS:

Incesto

Chiunque compie la congiunzione carnale con un proprio ascendente o discendente o con un fratello o sorella germano, consanguineo o uterino, è punito con la detenzione

Il minorente va esente da pena se è stato sedotto

L' azione penale si prescrive in due anni

²² Art. 564 C.P.

Incesto

Chiunque, in modo che ne derivi pubblico scandalo, commette incesto con un discendente o un ascendente, o con un affine in linea retta, ovvero con una sorella o un fratello, è punito con la reclusione da uno a cinque anni

La pena è della reclusione da due a otto anni nel caso di relazione incestuosa

Nei casi preveduti dalle disposizioni precedenti, se l' incesto è commesso da persona maggiore di età con una persona minore degli anni diciotto, la pena è aumentata per la persona maggiorenne

La condanna pronunciata contro il genitore importa la decadenza dalla potestà dei genitori

fronte alla non semplice esegesi del contenuto concreto cui allude la rubrica del Capo II Libro II C.P. italiano, ai sensi del quale l' incesto viene sussunto, sotto il profilo definitorio, entro la vacua categoria dei " *delitti contro la morale familiare* ". Senz' altro migliore, per contro, risulta essere la maggiormente pragmatica rubrica del Titolo VI Libro II del CPS (*crimini e delitti contro la famiglia*)

D' altronde, la Medicina Forense e la vittimologia attestano quanto le relazioni incestuose siano patogene, specialmente qualora un' attività sessuale incestuosa sia prolungatamente rivolta all' indirizzo del/della componente minore e/o non ancora maturo/a ai fini della manifestazione del consenso.

In buona sostanza, necessita che la Dottrina, ma anche la Giurisprudenza, statuiscono in maniera perentoria la grave natura psico-parafiliaca dell' incesto. Il tutto, non solo al fine del ripristino della decenza sociale, ma anche per la prevenzione di veri e propri traumi psichici ad eziologia parafiliaca

2.3 La punizione della pornografia " *dura* "

Nella *communis opinio* del Diritto penale europeo, con l' espressione *pornografia dura* s' intende ogni rappresentazione, su supporto videografico e/o fonografico nonché cartaceo, di atti sessuali parafiliaci. L' attuale assetto commerciale della produzione di pornografia dura, nei Paesi Occidentali, contempla le seguenti tipologie:

1. materiale pornografico realizzato con individui non ancora giunti al pubarca e/o minori degli anni 18 (**tassativamente** illegale)
2. materiale pornografico raffigurante rapporti sessuali tra esseri umani ed animali – parafilia zoofiliaca – (**può** essere legale)
3. materiale pornografico raffigurante, oltre a rapporti sessuali, la manipolazione di feci e/o urina – parafilia uro-/copro-filiaca - (**può** essere legale)
4. materiale pornografico raffigurante, oltre ad un rapporto sessuale, contestuali percosse, lesioni personali, scarnificazione, ustioni, torture - parafilia sadomasochistica - (è **tendenzialmente** illegale)

In Dottrina, i quattro summenzionati generi di pornografia dura sono tali anche qualora il supporto audio-visivo sia costituito da file di computer, fumetti o cartoni animati

Tutti i Paesi UE (segnatamente quelli del Nord Europa: Norvegia, Svezia, Danimarca e Finlandia) contemplano assai severe Norme penali per la repressione tassativa della pedopornografia. Gli altri tre tipi di pornografia dura (quella zoofiliaca, quella uro-/copro-filiaca e quella sadomasochistica) sono appena tollerati, ma pur sempre entro parametri espressivi alquanto restrittivi. In ogni caso, il Diritto Penale degli Stati UE punisce non solo la fabbricazione, ma anche il mero possesso ad uso privato di materiale pedopornografico.

In Italia, l' Art. 600quater C.P.²³ (introdotto nel 1998) prevede e punisce anche il mero possesso di pornografia infantile (*ut supra*) e fissa, ai fini della definizione del concetto di *protagonista consapevole* il limite minimo degli anni 18. In Olanda il/la sedicenne è ammesso/a a far raffigurare, in un contesto artistico, le proprie nudità, purché sia consenziente e purché la rappresentazione sia " *leggera* " (v. p.e. il caso delle immagini pubblicitarie di biancheria intima). Anche in Austria, l' individuo non più *unmündig* (ovvero sia l' ultra-quattordicenne) può esibirsi in

²³

Art. 600quater C.P.

Detenzione di materiale pornografico

Chiunque, al di fuori delle ipotesi previste nell' Articolo 600ter, consapevolmente si procura o dispone di materiale pornografico prodotto mediante lo sfruttamento sessuale di minori degli anni diciotto è punito con la reclusione fino a tre anni o con la multa non inferiore a lire tre milioni

raffigurazioni pubblicitarie velatamente *osées* (trattasi, in buona sostanza, del difficile criterio di distinzione tra il/la modello/a ed il/la pornoattore/pornoattrice in senso proprio). Infine, la Francia non possiede, nel proprio Codice Penale, una Norma espressa equipollente all' italiano Art. 600quater C.P., pur se tale lacuna è ben sopperita da un nitido ed assai severo *stare decisis* giurisprudenziale

3. Le principali condotte criminose di matrice sessuale previste e punite dall' Ordinamento giuridico-penale in Svizzera

3.1 La figura del deviante parafiliaco nell' Art. 123a C.F.

In data 3 Maggio 2000 prese avvio, a mezzo deposito di formale iniziativa popolare presso la Cancelleria della Confederazione, l' iter di novellazione legislativa che ha recato al nuovo e vigente Art. 123a Costituzione federale svizzera (C.F.)²⁴. Nella presente sede, sarebbe fuori luogo principiare dissertazioni polemiche sterili e fors' anche velatamente critiche verso certi raggruppamenti politici svizzeri. Ciononostante, la fedeltà dovuta alla Scienza criminologica ed alla tecnica giuridica ci impone un radicale rigetto verso il citato dispositivo ex Art. 123a CF. In tal senso, paiono condivisibili le censure espresse dall' On. Leuenberger nel 2001²⁵

Un primo pregiudizio populistico che ammorba l' Art. 123a CF consta nella falsa opinione, algebricamente smentita da qualsivoglia seria statistica europea, secondo cui, come si è soliti credere nell' àmbito del neo-retribuzionismo statunitense contemporaneo, un inasprimento nel grado di severità trattamentale-carceraria recherebbe ad un presunto aumento della deterrenza e, per conseguenza, della generalprevenività. Ora, il fallimento delle odierne Politiche Penitenziarie negli U.S.A. dimostra, piuttosto, la veridicità della tesi opposta. D' altra parte, l' Art. 123a CF, nella misura in cui postula l' automaticità dell' internamento a vita²⁶ e la tendenziale inguaribilità del detenuto sessuomane²⁷, esso contraddice non solo il principio occidentale della natura rieducativa della pena (v. p.e. la C.E.D.U.), ma anche le supreme ed inviolabili istanze riabilitative di cui all' Art. 37 comma 1° cpv. 1 del CPS²⁸. Orbene, ferma restando la comprensibile ripugnanza sociale verso i delitti lesivi dell' integrità sessuale altrui, rimane conclamato il grave approccio populistico ed inquisitorio tale per cui il Legislatore federale svizzero asserisce, con atecnica leggerezza, che il detenuto parafiliaco sarebbe ineludibilmente (pre)destinato alla recidiva²⁹ nonché ad una condizione di perenne pericolosità sociale³⁰. Siffatte considerazioni si annichiliscono sia sotto il profilo statistico sia sotto il profilo tecnico-definitorio; oltretutto, le testé menzionate accezioni di *recidiva* e di *pericolosità sociale* si pongono in netto contrasto rispetto a parecchie Norme di Diritto

²⁴ Art. 123a CF

Considerato il forte rischio di ricaduta, il criminale sessuomane o violento che nelle perizie necessarie alla formulazione della sentenza è stato definito estremamente pericoloso e classificato come refrattario alla terapia deve essere internato a vita. Liberazioni anticipate e permessi di libera uscita sono esclusi.

E' possibile redigere nuove perizie solo qualora nuove conoscenze scientifiche permettano di dimostrare che il criminale può essere curato e dunque non rappresenta più alcun pericolo per la collettività. Se sulla base di queste nuove perizie è posta fine all' internamento, la responsabilità per una ricaduta è assunta dall' autorità che ha posto fine all' internamento

Tutte le perizie necessarie al giudizio del criminale sessuomane o violento devono essere redatte da almeno due periti esperti reciprocamente indipendenti e tenendo conto di tutti gli elementi importanti per il giudizio

²⁵ LEUENBERGER, Messaggio 01.025 recante data 4 Aprile 2001 e concernente l' iniziativa popolare "Internamento a vita per criminali sessuomani o violenti estremamente pericolosi e refrattari alla terapia"

²⁶ "deve essere internato a vita" (Art. 123a comma 1° cpv. 1 CF)

²⁷ "classificato come refrattario alla terapia" (Art. 123a comma 1° cpv. 1 CF)

²⁸ Art. 37 comma 1° cpv. 1 CPS:

Le pene di reclusione e di detenzione devono essere eseguite in modo da esercitare sul condannato un' azione educativa e da preparare il suo ritorno alla vita libera

²⁹ "considerato il forte rischio di ricaduta" (Art. 123a CF, incipit)

³⁰ "è stato definito estremamente pericoloso" (Art. 123a comma 1° cpv. 1 CF)

Internazionale ratificate dalla Confederazione (v. anzitutto la CEDU e le *Regole Penitenziarie europee* del 1987)

L' avversità apodittica or ora manifestata contro l' Art. 123a CF scaturisce anche dal fondato timore che non solo la Dottrina elvetica, bensì l' intero assetto della Medicina Penitenziaria dei Paesi UE stia acquisendo, più o meno consapevolmente, i toni di un neo-retribuzionismo che si reputava ormai sopito dai tempi della *Riforma Basaglia*. Al contrario, è dato purtroppo di assistere al ritorno della concezione medico-forense tale per cui il “ *criminale sessuomane* “ (Art. 123a CF) esula ormai dal concetto di recuperabilità psichiatrica nella misura in cui al detenuto reo di violenze parafiliache viene tolta, con lo strumento dell' O.P.G. vita natural durante, qualsivoglia possibilità di intraprendere un programma rieducativo e/o curativo

Anche per quanto riguarda l' Italia, una prova dell' indifferentismo istituzionale verso le turbe di matrice sessuomaniacale è fornita dall' assenza di una pur breve citazione scientifica afferente al tema delle devianze sessuali in testi di normazione quali il *Piano Sanitario Nazionale 2003-2005* nonché il D.LGS. 230/1999 (*Riforma della Medicina Penitenziaria ai sensi dell' Art. 5 L. 419/1998*).

In conclusione, il mal calibrato equilibrio tecnico dell' Art. 123a CF, le lacune del Legislatore italiano e gli oltranzisti eccessi di tante altre improvvisazioni normative confermano che “ *l' interesse servito dalla diagnosi è, primariamente, la Giustizia e, secondariamente, il benessere del soggetto. Inoltre, gli approcci probabilistici al processo diagnostico ... spesso mal si accordano con il sistema fondamentale binario (colpevole-innocente) del processo della giustizia penale. Peraltro, ... nuove problematiche (quali, ad esempio, l' incompatibilità col regime carcerario) si aprono con le evoluzioni normative* “ (FERRACUTI 1983)

3.2. I fenomeni del turismo sessuale, della pedofilia e delle pedopornografia

Sotto il profilo generale, è retorico e ridondante limitarsi a ribadire la ferma condanna, da parte del Diritto Penale federale svizzero, verso il turismo sessuale, la pedofilia e la pedopornografia. Un dispositivo di Legge autenticamente innovativo è consistito nell' estensione³¹, nel 2001, del campo precettivo-sanzionatorio ex Art. 197 comma 3bis CPS³² anche al mero possessore di materiale pornografico illegale. Siffatta punizione anche del semplice possesso ad uso privato è la medesima riscontrabile nella *ratio* dell' Art. 600quater C.P. italiano, introdotto dalla L. 269/1998. Tale equipollenza tra il commerciante ed il possessore/acquirente di materiale pedopornografico corrisponde, peraltro, alle esigenze di tutela, verso l' infanzia abusata, espresse nella Raccomandazione UE nr° R(91)11³³ recante data 9 Settembre 1991

L' On. Ogi, nel Messaggio 00.041 depositato in data 10 Maggio 2000, espresse dubbi circa un disegno di Legge atto a novellare radicalmente il periodo di prescrizione dell' azione penale per quei reati contro l' integrità sessuale punibili a querela di parte. Più specificamente, la proposta di novellazione intendeva stabilire una prescrizione decennale per i reati di matrice parafilica perseguibili a querela di parte; il termine prescrittivo dell' azione penale, secondo la citata proposta, avrebbe dovuto essere computato a decorrere dal 18° anno d' età della vittima dell' abuso. Sicché, l' abusato/a avrebbe mantenuto il diritto di querela fino ai 28 anni d' età. Analoga Revisione, in tema

³¹ **Iniziativa Parlamentare** 95.405 promossa da von Felten Margrith e recante data 22 Marzo 1995; **Iniziativa Parlamentare** 96.455 promossa da Simon Jean Charles e recante data 25 Novembre 1996; **Mozione** 96.3650 promossa da Béguin Thierry e recante data 12 Dicembre 1996

³² Art. 197 comma 3bis CPS:

Chiunque acquista, si procura per via elettronica o in altro modo o possiede oggetti o rappresentazioni a tenore del comma 1, vertenti su atti sessuali con fanciulli, animali o atti violenti, è punito con la detenzione sino ad un anno o con la multa

³³ Raccomandazione UE nr° R(91)11 del 9 Settembre 1991: “ ... *il faut examiner l' opportunité d' introduire des sanctions pénales également pour la simple détention de tout matériel pornographique impliquant des enfants*

di prescrizione dell' azione penale, fu proposta anche con afferenza al delitto p. e p. dall' Art. 213 CPS – *Incesto* –.

Le summenzionate proposte *de jure condendo* avevano recato alla Revisione del solo comma 6° cpv. 1 dell' Art. 187 CPS³⁴, successivamente abrogato dalla Legge Federale del 5 Ottobre 2001. La prescrizione per il delitto p. e p. dall' Art. 213 CPS era biennale sino al 2001. In ogni caso, la Riforma del 2001 ha lasciato insoluto almeno un paio di problemi ermeneutici tutt' oggi oggetto di un vivace dibattito sia nella Dottrina sia nella Giurisprudenza elvetiche.

Un primo problema connesso all' allungamento del termine prescrittivo per i reati di matrice sessuale/parafiliaca consiste nel fatto che, dopo parecchi anni dalla commissione di un delitto, nessun avente causa, per ragioni di opportunità, ha interesse a far perseguire il reato da parte dell' A.G.. Sicché, in Dottrina (DEL PERO 1993; TRACHSEL 1990), molti Autori osservarono che, per quanto attiene ai delitti pp. e pp. dagli Art. 187 e sgg. CPS, risulta inverosimile che il bambino abusato sia e rimanga titolare del diritto di querela sino ai 28 anni d' età. D' altra parte, nel Diritto Processuale Penale europeo, è risaputa la diffusa e legittima diffidenza verso dichiarazioni probatorie tardive.

Un secondo problema, connesso alle proposte parlamentari di introdurre un termine così lungo per la prescrizione dei reati di matrice pedofiliaca, consiste nella sussistenza di quel fenomeno psichico noto sotto la definizione di “ *false memory syndrome* “ (LOFTUS & KETCHAN 1995). In sostanza, quando il bambino, divenuto adolescente, prende coscienza di essere stato vittima di un abuso parafiliaco, ormai il reato si è prescritto. Ragion per cui, molti Autori svizzeri nonché statunitensi definiscono il prolungamento del termine prescrittivo, nei casi di delitti sessuali procedibili a querela di parte, *astrattamente garantistico anziché concretamente utile* a fini processuali-probatori (ARZT 1995; OGI 2000)

3.3. L' incesto

A titolo prodromico, è utile ribadire che tanto l' Art. 213 CPS quanto l' Art. 564 del C.P. italiano rinvencono almeno due *rationes* comuni, ovverosia la tutela della famiglia (Art. 14 CF³⁵ / Art. 29 comma 1° Cost. italiana³⁶) e, in secondo luogo, la protezione eugenetica della collettività. Siffatta osservazione generale costituisce un punto fermo ed indiscusso a prescindere da qualsivoglia sopravveniente problema esegetico.

In data 26 Agosto 1998, venne avviata un' indagine conoscitiva da parte del Consiglio Federale svizzero, il quale, ai fini di una Revisione più coerente della normativa in tema di parafilie, intendeva verificare la possibilità o meno di applicare novellazioni pure all' Art. 213 CPS. Dalla prefata Consultazione del 1998 sortì un sostegno unanime verso la proibizione codicistica di qualsivoglia attività incestuosa. L' unica e lungimirante opinione tecnica dissenziente fu quella manifestata dall' *Associazione dei Giuristi democratici svizzeri* nonché dalla *Federazione svizzera degli Avvocati*; le due testé menzionate Organizzazioni notarono, con acume scientifico e pertinente, che, *de jure condendo*, meglio sarebbe stato sussumere l' Art. 213 CPS entro il Titolo V anziché VI del Libro II del CPS. Infatti, fu fatto notare che l' incesto reca in sé tutti i requisiti della parafilia in senso proprio e, per ciò stesso, un rapporto sessuale tra componenti stretti, più che ledere “ *la famiglia* “ (Rubrica del Titolo VI Libro II CPS), reca un' offensione, d' inaudita gravità medico-forense, contro “ *l' integrità sessuale* “ della persona (Rubrica del Titolo V Libro II CPS).

³⁴ Art. 187 comma 6° cpv. 1 CPS (abrogato nel 2001):
L' azione penale si prescrive in dieci anni

³⁵ Art. 14 CF
Diritto al matrimonio ed alla famiglia
Il diritto al matrimonio ed alla famiglia è garantito

³⁶ Art. 29 comma 1° Cost. Italiana
La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio

Il testé menzionato tentativo, in Svizzera, di rendere la tematica dell' incesto scevra da qualsivoglia considerazione improvvisata e superficiale costituisce il fondamento del Messaggio 00.041, depositato dall' On. Ogi in data 10 Maggio 2000.

Una prima proposta *de jure condendo* formulata dall' On. Ogi nel prefato Messaggio era di introdurre nel testo dell' Art. 213 CPS un ulteriore comma che, con una formulazione specifica e mirata, prevedesse e punisse con la massima severità l' incesto “ *con fanciulli* “ (OGI 2000). La *ratio* di tale proposta additiva consiste nell' osservazione che, nell' incesto tra comparenti adulti (*rectius*: sessualmente maturi) il consenso all' attività coitale, per quanto ripugnante, può anche sussistere; viceversa, il comparente in età infantile non può manifestare libero consenso, né in maniera espressa né per atti concludenti.

Una seconda proposta dell' On. Ogi consisteva nell' esaminare l' opportunità di innalzare il termine prescrittivo dell' azione penale per il delitto p. e p. dall' Art. 213 CPS. Più specificamente, il citato Messaggio 00.041 proponeva l' introduzione di un termine prescrittivo almeno quinquennale, che decorresse dal compimento del 18° anno d' età dell' abusato/a. Ora, come già notato pocanzi, conferire, al bambino sottoposto ad un atto sessuale incestuoso, il diritto di sporgere querela contro un comparente sino all' età di 23 anni risulta arduo, giacché lesivo verso l' assai delicato equilibrio dell' escussione probatoria nel Processo Penale. Infatti, una confusa e generica rievocazione, da parte dell' individuo ventitreenne, di ricordi infantili mal si concilia con il metatemporale e metageografico concetto processuale di *riferimento* (*probatorio*) *preciso e circostanziato*

4. L' approccio normativo svizzero nei confronti delle condotte sessuomaniacali ai sensi dell' Art. 123a della C.F.³⁷

- Il mito del deviante “ *socialmente pericoloso* “

L' ufficio federale svizzero di Statistica, in un ' indagine conoscitiva del 1995, ha acclarato che le devianze parafiliache non sfociano necessariamente in condotte criminose *jure stricto*. Basti pensare, p.e., alla paradigmatica fattispecie p. e p. dall' Art. 188 CPS³⁸ - *Atti sessuali con persone dipendenti* -. Infatti, può darsi che il/la sottoposto/a, benché di età compresa tra i sedici anni compiuti ed i 18 anni non ancora compiuti, si trovi in una condizione personale di piena maturità sessuale, tale per cui il consenso all' atto, espresso o tacito che sia, si configura come consapevole e legittimo. Inoltre, la formulazione testuale del comma 1 dell' Art. 188 CPS lascia al Magistrato un ampio margine interpretativo con attinenza alla circostanza se il datore di Lavoro, l' educatore, l' insegnante *vel similia* fosse o meno, durante la consumazione del rapporto –coitale od improprio che fosse-, “ *nell' esercizio delle loro funzioni* “ (v., in tal senso, pure l' Art. 609septies comma 4° nr° 3 C.P. italiano³⁹; oppure v. anche l' analogo problema interpretativo posto dal nr° 9⁴⁰ e dal nr°

³⁷ Nel prosieguo del testo, ai fini della citazione delle Mozioni Parlamentari, si è scelto il testo ufficiale in lingua francese

³⁸ Art. 188 CPS

Atti sessuali con persone dipendenti.

Chiunque, profittando di rapporti di educazione, di fiducia, di lavoro o, comunque, di dipendenza, compie un atto sessuale con un minorenne di età superiore ai sedici anni, chiunque induce una tale persona ad un atto sessuale, profittando della dipendenza in cui essa si trova è punito con la detenzione

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

³⁹ Art. 609septies comma 4 nr° 3 C.P. italiano

[si procede d' ufficio, ndr] ... se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio **nell' esercizio delle proprie funzioni**

⁴⁰ Art. 61 nr° 9 C.P. italiano

11⁴¹ dell' Art. 61 C.P. italiano). Tantomeno, l' austera severità repressiva ex Art. 123a CF si concilia con il più mite disposto di cui al comma 2° dell' Art. 188 CPS⁴². In buona sostanza, l' Art. 188 CPS e le consimili citate Norme penali italiane dimostrano che esistono individui recanti, nella loro pur eccentrica condotta comportamentale, tratti senz' altro sessuomaniacali ancorché non violenti, né gravemente invasivi o lesivi verso l' altrui integrità sessuale (v. p.e. la parafilia del voyeurismo). Oltretutto, la succitata indagine conoscitiva promossa, nel 1995, dall' Ufficio federale svizzero di Statistica rivelava che le sentenze di condanna emesse dall' A.G. elvetica a fronte di reati sessuali delittuosi (Artt. 187-197 CPS) o contravventivi (Artt. 198 e 199 CPS) sono quantitativamente assai scarse. Altro dato statistico inoppugnabile consta nella rarità di condotte recidive da parte del pregiudicato parafilico.

Alla luce delle algebriche verità statistiche di cui sopra, il 1° comma del' Art. 123a CF e, più latamente, i drastici toni impiegati nell' ambito della testé citata Norma costituzionale, si rivelano inficiati dal fuorviante mito secondo cui il deviante parafilico è sempre e comunque socialmente pericoloso. Così come, del pari, è illogico sottoporre il detenuto parafilico ad un asperissimo trattamento carcerario (v. p.e. il 2° cpv. del comma 1° dell' Art. 123a CF⁴³) nel nome di una presunta inutilità di qualsivoglia sforzo terapeutico-rieducativo ex Art. 37 comma 1° cpv. 1 CPS⁴⁴ (LEUENBERGER 2001)

In buona sostanza, risulta auspicabile l' abrogazione o, perlomeno, una rivisitazione scientifica degli asserti di cui all' Art. 123a CF. Consta, infatti, che i mass-media hanno provocato, più o meno nell' ultimo quinquennio, il nascere di un ingiustificato allarme sociale nonché di un' accezione atecnica e fuorviante del concetto criminologico di *pericolosità sociale*. Purtroppo, amareggia dover prendere atto di come tali istanze populistiche ed inquisitorie siano state abbracciate pure entro taluni raggruppamenti parlamentari svizzeri (*Le Conseil fédéral est chargé de modifier les bases légales afin de permettre l' introduction d' un internement à perpétuité effectif et d' une réclusion à vie réelle, sans aucune permission de sortir, dans certains cas d' homicides volontaires, par exemple pour les récidives, les assassins d' enfants, les assassins obéissant à des pulsion* – KELLER [Rudolf] 1993 -⁴⁵). Del medesimo tenore la Mozione Scherrer 93.3605 : *Je suis conscient du fait qu' il pourrait arriver qu' un délinquant reste emprisonné à perpétuité malgré une évolution mentale favorable à sa libération. Mais la protection de la population contre d' autres crimes doit passer avant les intérêts personnels des auteurs de tels crimes ... Comme il n' est pas possible dans un Etat fondé sur le droit d' empêcher un premier délit, l' Etat doit prendre toutes les mesures possibles pour empêcher à coup sûr les récidives* (SCHERRER 1993⁴⁶)

- L' *internamento* del parafilico ed i relativi *motivi* (situazione *de jure condito* nonché prospettive *de jure condendo*)

[è circostanza aggravante comune, ndr] ... *l' avere commesso il fatto con abuso dei poteri, o con violazione dei doveri inerenti ad una pubblica funzione o ad un pubblico servizio, ovvero alla qualità di ministro di un culto*

⁴¹ Art. 61 nr° 11 C.P. italiano

[è circostanza aggravante comune, ndr] ... *l' avere commesso il fatto con abuso di autorità o di relazioni domestiche, ovvero con abuso di relazioni di ufficio, di prestazione d' opera, di coabitazione, o di ospitalità*

⁴² Art. 188 comma 2° CPS

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

⁴³ Art. 123a comma 1 cpv. 2° CF

Liberazioni anticipate e permessi di libera uscita sono esclusi

⁴⁴ Art. 37 comma 1° cpv. 1 CPS

Le pene di reclusione e di detenzione devono essere eseguite in modo da esercitare sul condannato un' azione educativa e da preparare il suo ritorno alla vita libera

⁴⁵ Mozione 93.3543 presentata dall' On. Keller (Rudolf) e depositata in data 29/11/1993 (*Condamnation à perpétuité effective*)

⁴⁶ Mozione 93.3605 presentata dall' On. Scherrer e depositata in data 14/12/1993 (*Internement des maniaques sexuels*)

Ai sensi del vigente Diritto Penale federale svizzero, la misura di sicurezza dell' internamento in O.P.G. è prevista per i delinquenti abituali portatori di psicopatologie inducenti ad uno stato di perenne antisocialità (Art. 42 CPS⁴⁷). Ciononostante, il dispositivo ex Art. 42 CPS è divenuto, nel corso degli anni, un residuo retribuzionistico in viso allo *stare decisis* della Giurisprudenza elvetica⁴⁸. Più frequente (cfr. Art. 222 C.P. italiano⁴⁹) risulta, nella Prassi giurisdizionale svizzera, l' internamento dei cc.dd. “ *anormali mentali* “ socialmente pericolosi ex Art. 43 comma 1° capoversi 2 e 3 CPS⁵⁰

De jure condendo, l' On. Leuenberger, nella già citata sede del Messaggio 01.025 del 2001, propugnò l' estensione precettiva del ricovero in OPG ex Art. 43 CPS anche al condannato per delitti di matrice parafilica, pur se, contestualmente, Leuenberger escludeva l' orpello di un T.S.O. vita natural durante. Né il citato Parlamentare invocava gli inasprimenti trattamentali ex Art. 123a CF, esortando dunque il Legislatore federale svizzero ad applicare, ai fini della cura e/o del contenimento sociale dei sessuomani violenti, un internamento “ *moderato* “ (escludente, pertanto,

47

Art. 42 CPS

Internamento dei delinquenti abituali

Se il delinquente ha già commesso crimini o delitti intenzionali per i quali fu privato della libertà personale per un periodo complessivo di almeno due anni con pene di reclusione o di detenzione o con una misura d' educazione al lavoro o, in luogo dell' esecuzione di una pena privativa della libertà, fu già internato come delinquente abituale e commette, entro cinque anni dalla liberazione definitiva, un nuovo crimine o delitto intenzionale che dimostra la sua tendenza al reato, il giudice, invece dell' esecuzione di una pena di reclusione o di detenzione, può ordinare l' internamento. Ove occorra, il giudice fa esaminare lo stato mentale dell' internando

L' internamento è subito in uno stabilimento aperto o chiuso, ma, in nessun caso, in uno stabilimento per condannati primari, né in uno stabilimento per l' esecuzione delle pene di arresto, in una casa d' educazione al lavoro o in un asilo per bevitori

L' internato è obbligato al Lavoro che gli è assegnato. Dopo un periodo eguale alla metà della pena, ma al minimo dopo due anni, l' internato che ha tenuto buona condotta può essere occupato fuori dallo stabilimento. Questa mitigazione può essere eccezionalmente concessa ad altri condannati, se il loro stato lo esige

L' internato rimane nello stabilimento almeno durante due terzi della pena ma in ogni caso tre anni. E' tenuto conto del carcere preventivo computato dal giudice nella pena conformemente all' articolo 69. Alla fine della durata minima, l' autorità competente ordina la liberazione condizionale per tre anni, se reputa che l' internamento non sia più necessario, e sottopone il liberato al patronato. Nel caso di ricollocamento, la durata minima del nuovo internamento è, di regola, cinque anni.

Su proposta dell' autorità competente, il giudice può eccezionalmente porre fine all' internamento già prima della scadenza della durata minime di tre anni, se non vi è più motivo per esso e sono già trascorsi due terzi della durata della pena

48

dai 120 casi del 1960 si è passati ai soli 3 casi del 1998

49

Art. 222 C.P. italiano

Ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario

Nel caso di proscioglimento per infermità psichica, ovvero per intossicazione cronica da alcool o da sostanze stupefacenti, ovvero per sordomutismo, è sempre ordinato il ricovero dell' imputato in un ospedale psichiatrico giudiziario per un tempo non inferiore a due anni; salvo che si tratti di contravvenzioni o di delitti colposi o di altri delitti per i quali la legge stabilisce la pena pecuniaria o la reclusione per un tempo non superiore nel massimo a due anni, nei quali casi la sentenza di proscioglimento è comunicata all' Autorità di pubblica sicurezza

La durata minima del ricovero nell' ospedale psichiatrico giudiziario è di dieci anni, se per il fatto la legge stabilisce l' ergastolo, ovvero di cinque, se per il fatto commesso la legge stabilisce la pena della reclusione per un tempo non inferiore nel minimo a dieci anni

Nel caso in cui la persona ricoverata in un ospedale psichiatrico giudiziario debba scontare una pena restrittiva della libertà personale, l' esecuzione di questa è differita fino a che perduri il ricovero nell' ospedale psichiatrico

50

Art. 43 comma 1° capoversi 2 e 3 CPS

Misure per gli anormali mentali

Se, a causa del suo stato mentale, l' agente mette gravemente in pericolo la sicurezza pubblica, il giudice ne ordina l' internamento in quanto tale misura sia necessaria per prevenire un' ulteriore esposizione a pericolo di altre persone. L' internamento è eseguito in uno stabilimento appropriato

irrazionali cautele – oltretutto contrarie alla CEDU – quale quella prevista dal cpv. 2° comma 1° dell' Art. 123a CF⁵¹)

La proposta dell' On. Leuenberger è degna della massima attenzione. Ciononostante, un' eventuale (ed auspicabile) estensione applicativa dell' Art. 43 CPS ai detenuti parafiliaci dipende dalla misura in cui, sotto il profilo medico-forense prima ancora che processuale, il parafiliaco sia considerato infrattore consapevole di Norme penali o, viceversa, portatore di patologie mentali in senso proprio. Fondamentale, pertanto, rimane sempre la qualificazione peritale del grado di *capacità di intendere e di volere* manifestato dal reo in sede di consumazione del delitto a sfondo sessuomaniacale. Del resto, anche KILLIAS (2002), posto di fronte alla non sempre nitida cesura tra *malattia* e *fatto sociale* ammette l' inoppugnabile difficoltà qualificatoria di assai complicate variabili quali l' infermità (*rectius*: il grado di infermità) mentale del reo.

Specularmente, in ben due precedenti⁵², il Tribunale Federale svizzero ammette l' applicazione dell' internamento ex Art. 43 CPS a “ *qualsiasi reo socialmente pericoloso* “ (parafiliaco e non). Purtroppo, però, nel Diritto Penale federale svizzero, non esiste una definizione univoca circa la categoria del *reo socialmente pericoloso* (in tale prospettiva, lodevole risulta, al contrario, la definizione autentica ex Art. 203 C.P. italiano⁵³). Oltretutto, nella Dottrina svizzera, ma anche tedesca, si è notata la potenziale genericità di lemmi (presenti, peraltro, nel testo dell' Art. 123a CF) quali “ *criminale violento* “, “ *violenza* “, “ *reato violento* “ (SCHÜRMAN 1986)

- Il concetto di *pericolosità sociale* nel Diritto Penale federale svizzero

Posta di fronte al concetto di *pericolosità sociale* così come espresso nel comma 1° capoversi 2 e 3 dell' Art. 43 CPS⁵⁴, la Dottrina elvetica, in assenza di una definizione autentica come, p.e., quella contenuta nell' Art. 203 C.P. italiano⁵⁵, ha adottato una comune Prassi, in ambito processualpenalistico, tale per cui “ *è socialmente pericoloso il reo che manifesta una spiccata tendenza alla recidiva* “ (STRATENWERTH 1996)

LEUENBERGER (2001)⁵⁶ ha esortato gli interpreti, pur rimanendo uno strenuo oppositore della nuova Norma di cui all' Art. 123a CF, ad apprezzare, nel contesto complessivo dell' Art. 123a CF, la sottile ancorché basilare differenziazione operata dal Legislatore, il quale, nel dettato della summenzionata Norma costituzionale, per ben tre volte ribadisce che, ai fini dell' applicazione dei già noti inasprimenti trattamentali, occorre essere di fronte al caso di devianti parafiliaci non

⁵¹ Art. 123a CF comma 1° cpv. 2:

Liberazioni anticipate e permessi di libera uscita sono esclusi

⁵² DTF 118 IV 113 del 1992 e DTF 121 IV 301 del 1995

⁵³ Art. 203 C.P. italiano

Pericolosità sociale

Agli effetti della legge penale, è socialmente pericolosa la persona, anche se non imputabile o non punibile, la quale ha commesso taluno dei fatti indicati nell' Articolo precedente, quando è probabile che commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati

La qualità di persona socialmente pericolosa si desume dalle circostanze indicate nell' Articolo 133

⁵⁴ Art. 43 comma 1° capoversi 2 e 3 CPS:

Se, a causa del suo stato mentale, l' agente mette gravemente in pericolo la sicurezza pubblica, il giudice ne ordina l' internamento in quanto tale misura sia necessaria per prevenire un' ulteriore esposizione a pericolo di altre persone. L' internamento è eseguito in uno stabilimento appropriato.

⁵⁵ Art. 203 C.P. italiano

Pericolosità sociale

Agli effetti della legge penale, è socialmente pericolosa la persona, anche se non imputabile o non punibile, la quale ha commesso taluno dei fatti indicati nell' articolo precedente, quando è probabile che commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati

La qualità di persona socialmente pericolosa si desume dalle circostanze indicate nell' articolo 133

⁵⁶ Messaggio 01.025 presentato da Leuenberger Moritz e depositato in data 04/04/2001 (*Internamento a vita per criminali sessuomani o violenti estremamente pericolosi e refrattari alla terapia*)

semplicemente “ *pericolosi* “, bensì “ **estremamente pericolosi** “⁵⁷. Del pari, non è sufficiente un generico “ *rischio di ricaduta* “, bensì un “ **forte rischio di ricaduta** “⁵⁸. Ed infine, l’ Art. 123a CF richiede che il reo sessuomane sia stato definito *ante judicatum* non latamente “ *pericoloso* “, ma “**estremamente pericoloso**”⁵⁹.

Le tre espressioni avverbiali di cui sopra non s’ hanno da valutare, in sede interpretativa, alla stregua di mere declamazioni retoriche. Viceversa, i tre citati lemmi costituiscono una assai preziosa indicazione esegetica, specialmente per la nascente Magistratura di Sorveglianza svizzera. Quest’ ultima, pur nella coscienza che un pregiudicato per delitti parafiliaci è pur sempre un individuo tendenzialmente antisociale e poco integrato, ciononostante potrà (*rectius*: dovrà) applicare l’ Art. 123a CF nella consapevolezza che tale Norma è riservata ai casi di **estrema** pericolosità sociale e non ai casi di pericolosità sociale intesi in senso generale. Così come, gli inasprimenti trattamentali di cui al cpv. 2° comma 1° Art. 123a CF⁶⁰ dovranno essere riservati a quei (pochi) casi in cui sussiste, anziché un generico pericolo di ricaduta, un “ **forte** ” rischio di ricaduta.

Le ripercussioni ermeneutiche dei tre avverbi in parola sono tanto più comprensibili quanto più si ponga mente al fatto che, come da noi già asserito nelle pagine precedenti, non tutte le devianze sessuomaniacali comportano un’ elevata pericolosità sociale. D’ altronde, è indubitabile, in tema di parafilie, che un pedofilo omicida non è equipollente ad un sessuomane esibizionista affetto da lieve disturbo border-line (NEDOPIL 1996). Se così non fosse, non troverebbe spiegazione la differenziazione, tanto italiana quanto svizzera, tra i reati delittuosi di matrice sessuale e le semplici fattispecie, di natura contravventiva, contrarie al buon costume⁶¹

- Il concetto di *disturbo psichico* nel Diritto Penale federale svizzero

E’ assai disagevole, da parte degli Operatori, dover prendere atto di come un civile Statomembro del Consiglio d’ Europa abbia disinvoltamente insultato, attraverso la predisposizione normativa ex Art. 123a CF, trecento anni di progressi scientifici di discipline quali la Criminologia e la Medicina Legale. A fronte di cotanto semplicismo neo-retribuzionistico, vale la pena di ribadire che “ *la malattia mentale non esiste, è stata creata dalla società. Se la società, l’ ordine politico possono eliminare certi pregiudizi, proteggere certe persone particolarmente fragili, la malattia mentale diventerà un mito al quale abbiamo creduto* “ (ABRAHAM 1995).

Purtroppo, nella Prassi dell’ A.G. cantonale e federale svizzera, si è soliti, anche in sede processuale, instaurare l’ equazione tale per cui la malattia mentale (ivi comprese le patologie parafiliche) recherebbe sempre e comunque ad un’ elevata pericolosità sociale nonché ad un altrettanto ineludibile destino di perenne recidiva.

Anche i Lavori Preparatori relativi all’ Art. 123a CF sono protesi ad instaurare una stretta correlazione teorica entro cui la malattia mentale favorirebbe la pericolosità sociale; quest’ ultima, a sua volta, recherebbe, in maniera quasi algebrica, alla recidiva e, infine, la recidiva comporterebbe l’ ineludibile destino dell’ internamento a vita, al fine di riporre l’ “ *indesiderabile sociale* “ (ovverosia il deviante parafilico) in un luogo-contenitore in cui il rabbioso rifiuto sociale prende la forma degli asperri metodi trattamentali previsti dall’ Art. 123a CF.

Ora, per quanto sia comprensibile il rigetto morale nei confronti delle devianze sessuomaniacali, rimane, a tutt’ oggi, non scientificamente provato il presunto nesso causale tra malattia mentale, pericolosità sociale e recidiva (RASCH 1994; KAMMEIER 1996; NEDOPIL

⁵⁷ dicitura della rubrica dell’ Art. 123a CF

⁵⁸ Art. 123a CF, *incipit*

⁵⁹ Art. 123a CF, comma 1° cpv. 1°

⁶⁰ Art. 123a CF comma 1° cpv. 2°

Liberazioni anticipate e permessi di libera uscita sono esclusi

⁶¹ v. p.e. gli Artt. 198 e 199 CPS, per la Svizzera. Eguale osservazione riguarda pure le contravvenzioni pp. e pp. da Norme, peraltro di scarso rilievo applicativo, come p.e. gli Artt. 725 e 726 C.P. italiano

1996). Peraltro, alla luce degli asseriti della contemporanea Psicopatologia Forense, resta ancora insoluto se ogni devianza parafilica vada o meno classificata entro le categorie mediche della malattia o del disturbo mentale in senso proprio (il concetto di “ *elementi multipli di rilevanza psicopatologica* “ rappresenta un fascio di situazioni non sempre coincidenti con la “ *malattia* “, nell’accezione popolare ed atecnica di tale lemma – CANEPA 1983 -)

- Il concetto di detenuto *refrattario alla terapia* (*nicht therapierbar*) nel Diritto Penale federale svizzero

La rubrica dell’ Art. 123a CF ed il comma 1° cpv. 1 della medesima Norma recano il concetto testuale di detenuto “ *refrattario alla terapia* “ (*nicht therapierbar* nel testo in lingua tedesca). Qualora tale (ovverosia refrattario alla terapia) si dimostri il criminale sessuomane, egli è sottoposto alle cure psicofarmacologiche e psicoterapeutiche caratterizzanti il regime trattamentale dell’ internamento in OPG (Art. 43 CPS per la Confederazione; Art. 222 C.P. per l’ Ordinamento italiano).

Un primo postulato fondante, sia in Italia sia in Svizzera, l’ istituto dell’ ‘ internamento consta nel presupposto fattuale secondo cui l’ atto criminoso posto in essere dal reo è stato cagionato da una grave situazione mentale di natura schiettamente patologica (“ *se, a causa del suo stato mentale, l’ agente ...* ” Art. 43 comma 1° cpv. 2 CPS / “ *nel caso di proscioglimento per infermità psichica ...* “ Art. 222 comma 1° C.P. italiano). Il dilemma esegetico resta dunque, ancora una volta, la legittimità o meno di una sussunzione medico-forense del reo parafilico entro la categoria del malato di mente. Così come (*ut supra*) non è scientificamente provata la sussistenza *tout court* di un automatico nesso causale tra malattia mentale e (tendenza alla) criminalità.

Un secondo aspetto cruciale relativo alla misura dell’ internamento è rappresentato dal fine curativo del TSO applicato in OPG, nel senso che il detenuto è o, viceversa, non è refrattario alla terapia nella misura in cui egli manifesti i segni di una progressiva guarigione sotto il profilo medico-psichiatrico (“ *l’ autorità competente pone fine alla misura, quando la causa della stessa è cessata* “ Art. 43 comma 4° cpv. 1° CPS / “ *il provvedimento è revocato quando siano venute meno le ragioni che lo hanno determinato* “ Art. 220 comma 3 C.P. italiano). Anche in tal caso, non v’ è consenso, in Dottrina, quando l’ internamento riguarda devianze parafiliche di grave o gravissima entità, tali da indurre gli stessi Operatori penitenziari a negare una concreta possibilità di guarigione del sessuomane. In quest’ ultimo caso, pertanto, si assiste ad un’ atipica e strutturalmente antinomica espiazione detentiva non rieducativa; essa, pertanto, è legittima sotto il profilo formale, sebbene intrinsecamente avulsa, sotto il profilo sostanziale, dalle ordinarie istanze riabilitative di cui all’ Art. 37 comma 1° cpv. 1° CPS⁶² nonché all’ Art. 27 comma 3°⁶³ Cost. it. .

Una terza osservazione, in questo caso riguardante però il solo Ordinamento Penitenziario svizzero e non già quello italiano, ci reca a prendere atto di una situazione antinomica tale per cui all’ internato ex Art. 123a CF si richiede, nella letteratura medico-legale svizzera, un pur minimo sforzo collaborativo ai fini della realizzazione dei fini terapeutici, allorché, contestualmente, l’ individuo privato della libertà personale è però dichiarato “ *refrattario alla terapia* “. In buona sostanza, non è ben comprensibile entro quali limiti il criminale sessuomane refrattario alla terapia sia in grado di manifestare, in coscienza e volontà, una propria opinione dissenziente, giuridicamente valida, verso terapie o cure psicofarmacologiche da lui medesimo percepite come inadeguate. Entro tale prospettiva, crediamo sia inevitabile, negli anni venturi, il sorgere di una pertinente dissertazione processuale-amministrativa, da parte delle preposte Autorità di

⁶² Art. 37 comma 1° cpv. 1° CPS

Le pene di reclusione e di detenzione devono essere eseguite in modo da esercitare sul condannato un’ azione educativa e da preparare il suo ritorno alla vita libera

⁶³ Art. 27 comma 3° Cost. it.

Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato

Sorveglianza, intorno al tema dell' accoglibilità o meno di reclami o petizioni provenienti dal detenuto parafiliaco. Costui, infatti, alla luce del tenore complessivo dell' Art. 123a CF, pare recare in sé tutti i requisiti della figura civilistica dell' *incapace di intendere e di volere*, pur mancando una Norma espressa, nel Diritto Processuale Penale svizzero, disponente in via accessoria, su istanza del Procuratore Pubblico, l' interdizione d' ufficio dell' internato di cui all' Art. 123a CF.

Una quarta ed ultima questione si propone all' attenzione degli interpreti, pur se mancano supporti testuali di natura dottrinarica o giurisprudenziale. Semplicemente e senza intenti polemici, si vuole cogliere l' occasione fornita dalla presente sede al fine di manifestare, pur entro i limiti del rispetto dovuto alle preposte Autorità Pubbliche costituite, il disappunto per la ben nota fatiscenza connotante l' assetto non soltanto edile, ma pure organizzativo degli Ospedali psichiatrico-giudiziari italiani. In tal senso, encomiabile risulta la maggiormente coordinata edilizia penitenziaria elvetica (paradigmatico il caso dell' assai funzionale OPG di Mendrisio)

In conclusione, sono molti gli squilibri tecnici e le antinomie normative insiti nell' Art. 123a CF, tanto che sembra appropriato ribadire come sia “ *aberrante – v. Claudio Lévi Strauss – trattare il colpevole come un bambino per essere autorizzati a punirlo, e trattarlo come un adulto per poter gli negare la consolazione e mutilarlo materialmente e spiritualmente* “ (JACOMELLA 1992)

5. La pedopornografia ed i suoi risvolti penali

A séguito di numerose ed autorevoli pressioni internazionali⁶⁴, verso la fine degli Anni Novanta quasi tutti gli Stati-membri del Consiglio d' Europa hanno adottato, nei loro rispettivi Ordinamenti penali, norme finalizzate alla punizione non solo dei fabbricanti e dei commercianti di pedopornografia, bensì anche di chi possiede, a fini di uso meramente privato, materiale pedopornografico. Le nuove Norme incriminatrici verso il consumo privato utilizzano un' accezione la più ampia possibile del lemma *pornografia*, includendo perciò, entro le categorie di *materiale pornografico illegale* oggetti, scritti, registrazioni sonore e/o visive, immagini e, soprattutto, anche rappresentazioni in forma *on-line* distribuite via Internet

La summenzionata sinergia normativa di rango internazionale ha recato, in Italia, alla promulgazione della L. 269/1998, introducendo numerose e basilari novellazioni nel testo del C.P. italiano. Spiccano, in virtù della loro pertinenza scientifica, specialmente l' Art. 600quater C.P.⁶⁵ (punizione del mero possesso di pornografia infantile) e l' Art. 600quinquies C.P.⁶⁶ (Iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile).

Anche il Diritto Penale federale svizzero, a séguito di un' indagine conoscitiva avviata il 26 Agosto 1998 dal Consiglio Federale, si uniformò alla nuova *ratio* teleologicamente preordinata alla repressione non solo della produzione e del commercio di pornografia illegale, ma anche del mero possesso ad uso privato. Sicché, la Riforma del 2001 recò all' introduzione del comma 3bis⁶⁷ nell'

⁶⁴ 1. Libro Verde per la tutela dei minori in ambito audio-televisivo (COMMISSIONE UE 1996)
2. Racc. UE 98/560 (24 Settembre 1998) sulla protezione dei minori contro la pedopornografia
3. Conferenza di Vienna del 1999 per il contrasto della pedopornografia su Internet
4. Conferenza mondiale dell' UNESCO svoltasi a Ginevra nel 1999

⁶⁵ Art. 600quater C.P. italiano

Detenzione di materiale pornografico

Chiunque, al di fuori delle ipotesi previste nell' Articolo 600ter, consapevolmente si procura o dispone di materiale pornografico prodotto mediante lo sfruttamento sessuale dei minori degli anni diciotto è punito con la reclusione fino a tre anni o con la multa non inferiore a lire tre milioni

⁶⁶ Art. 600quinquies C.P.

Iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile

Chiunque organizza o propaganda viaggi finalizzati alla fruizione di attività di prostituzione a danno di minori o comunque comprendenti tale attività è punito con la reclusione da sei a dodici anni o con la multa da lire trenta milioni a lire trecento milioni

⁶⁷ Art. 197 comma 3bis CPS

Art. 197 CPS. Pur se, a dire il vero, l' On. Ogi, nel Messaggio 00.041 depositato nel 2000, esortava gli interpreti, in conformità al principio di proporzionalità nella repressione penale, ad operare talune dovute distinzioni nel contesto della qualificazione normativa del materiale pornografico. Se, infatti, specialmente a livello giurisprudenziale, resta severo ed inflessibile il rigetto normativo verso la pornografia infantile⁶⁸, è pur assodato, ciononostante, che la severità applicativa dell' Art. 197 CPS risulta più mitigata nel caso di rappresentazioni pornografiche cc.dd. "dure" ancorché non di matrice pedofiliaca. In particolar modo, lo *stare decisis* giurisprudenziale elvetico manifesta un sufficiente grado di tolleranza nei confronti di rappresentazioni pornografiche "dure" aventi ad oggetto parafilie quali accoppiamenti sadomasochistici, zoofiliaci, copro-/uro-filiaci. Peraltro, i tre citati generi pornografici sono pur sempre sottoposti ad un regime alquanto restrittivo, né, tantomeno, il Legislatore svizzero manifesta *favor* normativo verso siffatte rappresentazioni a sfondo parafilico.

Per quanto concerne le rappresentazioni pornografiche raffiguranti atti parafilici di matrice sadomasochistica, un primo problema è stato quello, in sede esegetica, di qualificare in maniera precisa e circostanziata, il concetto legislativo di *atti violenti*⁶⁹. L' OMS⁷⁰ ed il Deutsches Institut für medizinische Dokumentation und Information⁷¹ hanno espresso il parere secondo cui la pornografia sadomasochistica, benché sintomo di disturbo mentale, esula dal campo precettivo-sanzionatorio di cui all' Art. 197 CPS, a condizione che:

- i protagonisti della rappresentazione pornografica sadomasochistica siano maggiori degli anni 18 e consapevoli
- le lesioni personali, le percosse, le scarnificazioni, i sanguinamenti, le ustioni ed ogni altro maltrattamento parafilico di matrice sadomasochistica non rechi gravi ed irreparabili conseguenze alla salute fisica degli/delle attori/attrici
- gli spettatori che visionano pornografia di stampo sado-masochistico debbono aver compiuto almeno gli anni 16 (Art. 197 comma 1° CPS⁷²). E' proibita la divulgazione del prefato genere pornografico in luogo pubblico e resta ognimmodo valida la regola del *consenso informato* di cui al comma 2° dell' Art. 197 CPS⁷³

In ogni caso, costituisce un postulato indiscusso la tendenziale e comprensibile diffidenza, da parte dell' Ordinamento giuridico elvetico, verso la pornografia dura di tipo sadomasochistico.

Chiunque acquista, si procura per via elettronica o in altro modo o possiede oggetti o rappresentazioni a tenore del comma 1, vertenti su atti sessuali con fanciulli, animali o atti violenti, è punito con la detenzione sino ad un anno o con la multa

Gli oggetti sono confiscati

⁶⁸ in tal senso si espressero, durante la citata indagine conoscitiva del 1998, i Gran Consigli di molti Cantoni nonché la Segreteria dell' *Associazione dei Giuristi democratici svizzeri*

⁶⁹ comma 3bis Art. 197 CPS (testo novellato nel 2001)

⁷⁰ OMS, classificazione ICD-10

⁷¹ Deutsches Institut für medizinische Dokumentation und Information, classificazione ICD-10, sigla di repertorio F65.5, definizione di sadomasochismo: *Es werden sexuelle Aktivitäten mit Zufügung von Schmerzen, Erniedrigung oder Fesseln bevorzugt. Wenn die betroffene Person diese Art der Stimulation erleidet, handelt es sich um Masochismus; wenn sie sie jemand anderem zufügt, um Sadismus. Oft empfindet die betroffene Person sowohl bei masochistischen als auch sadistischen Aktivitäten sexuelle Erregung*

⁷² Art. 197 comma 1° CPS

Chiunque offre, mostra, lascia o rende accessibili a una persona minore di sedici anni, scritti, registrazioni sonore o visive, immagini o altri oggetti o rappresentazioni pornografici, o li diffonde per mezzo della radio o della televisione, è punito con la detenzione o con la multa.

⁷³ Art. 197 comma 2° CPS

Chiunque espone o mostra in pubblico oggetti o rappresentazioni a tenore del comma 1 o li offre ad una persona che non gliene ha fatto richiesta, è punito con la multa. Chiunque, in occasione di mostre o di rappresentazioni in locali chiusi, attira previamente l' attenzione degli spettatori sul carattere pornografico di queste, è esente da pena

Analogo è pure lo sfavore normativo espresso da parte del Diritto tedesco⁷⁴ a proposito di tale ambito tematico. Maggiormente permissivo, invece, risulta essere il Codice Penale austriaco⁷⁵

La pornografia dura raffigurante accoppiamenti parafilici di natura zoofiliaca è consentita, nella Confederazione Elvetica, (come pure in Austria⁷⁶ ed in Germania⁷⁷) soltanto qualora l'animale-protagonista non venga sottoposto ai maltrattamenti ed alle sevizie pp. e pp. dall' Art. 27 della Legge federale del 1978 sulla protezione degli animali⁷⁸. Ognimmodo, la pur scarsa Dottrina svizzera in tema di pornografia zoofiliaca⁷⁹ esprime ragionevoli dubbi circa l' eventuale possibilità di una sussunzione di materiale pornografico zoofiliaco entro la ben diversa categoria dell' *opera d' arte* (Art. 197 comma 5⁸⁰)

La pornografia di genere copro-/uro-filiaco non rientra nell' ambito della sfera d' incriminazione di cui all' Art. 197 CPS a condizione che siano ottemperate le solite avvertenze valide anche per le rappresentazioni pornografiche di tenore sadomasochistico (evitare lesioni personali agli/alle attori/attrici, rispettare i vincoli della maggiore età e del consenso consapevole dei/delle protagonisti/e, non divulgare in luogo pubblico proiezioni video copro-/uro-filiache ...). A tal proposito, FORSTER (1995) osservava, ben sette anni prima dell' introduzione del comma 3bis nell' Art. 197 CPS, che la pornografia copro-/uro-filiaca non abbisogna di essere sottoposta a particolari severità restrittive, in tanto in quanto “ *un comportamento sessuale dev' essere punito penalmente soltanto se è o può essere lesivo dei diritti altrui, se una delle persone coinvolte non ha piena facoltà di autodeterminazione rispetto a tale comportamento o se occorre impedire che un terzo diventi, suo malgrado, spettatore di atti sessuali* “ (FORSTER 1995). Entro la prospettiva anti-proibizionistica espressa dal citato Autore, si comprende come l' utilità precettiva del nuovo comma 3bis dell' Art. 197 CPS sia limitata quasi unicamente all' ambito della pornografia infantile, verso la quale è, pertanto, escluso, anche in Italia, qualsivoglia temperamento o lassismo di tipo normativo, dottrinario o giurisprudenziale.

L' ancor troppo recente entrata in vigore (1° Aprile 2002) del testo riformato dell' Art. 197 CPS impedisce di rinvenire soluzione al problema posto dalla perseguibilità o meno, a norma del Diritto Penale federale svizzero, di cartoni animati e fumetti contenenti raffigurazioni pornografiche a sfondo parafilico (sadomasochismo, zoofilia, copro-/uro-filia; ma sussiste anche la ben più grave eventualità di cartoni animati e fumetti di genere pedopornografico). Pur in mancanza di precedenti giurisprudenziali, OGI (2000)⁸¹ ha espresso, in sintonia con il Diritto Internazionale vigente⁸²,

⁷⁴ Art. 184 Codice Penale tedesco

⁷⁵ Art. 207a Codice Penale austriaco

⁷⁶ Art. 222 Codice Penale austriaco

⁷⁷ Art. 18 Legge tedesca sulla protezione degli animali (25/05/1998)

⁷⁸ Art. 27 Legge Federale svizzera del 1978 sulla protezione degli animali

Maltrattamento di animali

Chiunque intenzionalmente

1. *maltratta un animale, lo trascura in modo grave o lo costringe senza necessità a fatiche eccessive*
2. *uccide animali con crudeltà*
3. *uccide in modo perverso animali, segnatamente organizza tiri su animali domestici o in cattività*
4. *organizza tra o con animali combattimenti in cui essi sono maltrattati o uccisi*
5. *durante l' esecuzione di esperimenti causa dolori, sofferenze o lesioni ad un animale, ancorché evitabili per lo scopo prefissato*
è punito con la detenzione o con la multa

⁷⁹ GOETSCHHEL, *Kommentar zum Eidgenössischen Tierschutzgesetz*, BERN 1986; *idem*, *Recht und Tierschutz*, BERN 1993

⁸⁰ Art. 197 comma 5

Gli oggetti o rappresentazioni a tenore dei commi 1, 2 e 3 non sono considerati pornografici se hanno un valore culturale o scientifico degno di protezione

⁸¹ Messaggio 00.041 depositato dall' On Ogi Adolf in data 10 Maggio 2000 e recante rubrica *Reati contro l' integrità sessuale; prescrizione in caso di reati sessuali commessi su fanciulli e divieto del possesso di pornografia dura* (versione in lingua italiana)

parere favorevole alla sussunzione del succitato diseducativo genere pornografico entro il campo precettivo dell' Art. 197 CPS, giacché “ *le immagini virtuali, soprattutto i fumetti ed i cartoni animati, si rivolgono prevalentemente ai giovani* “ (OGI 2000)

A partire dalla fine degli Anni Novanta ed in coincidenza con l' ampia diffusione di Internet su scala mondiale, è sorto, tanto in Svizzera quanto in Italia, il problema, avente in principio natura eminentemente giurisprudenziale, di differenziare, alla luce di Norme quali l' Art. 604quater C.P. italiano ed il comma 3bis dell' Art. 197 CPS, il possessore consapevole e, quindi, punibile di pornografia infantile dal possessore non consapevole e non punibile di detto materiale illegale. D' altra parte, l' utente *on-line* che cerca intenzionalmente un file pedopornografico non deve essere equiparato all' individuo inconsapevole che, per inesperienza o per sbaglio, viene in possesso, per via elettronica, di immagini pedofiliache in maniera del tutto casuale.

Come noto, nel Diritto Penale italiano manca una definizione autentica del lemma *possesso*, né risulta acriticamente mutuabile, nell' ambito giuspenalistico, il concetto civilistico di possesso ex Art. 1140 C.C.⁸². Del pari, il Diritto Penale italiano contemporaneo si è affrancato dall' eccessivamente astratta *Teoria autonomista del possesso* di NUVOLONE (1942)⁸⁴ e pure dall' ormai troppo datata *Teoria unitaria del possesso* di PANNAIN (1946)⁸⁵. Ciononostante, a prescindere da ulteriori profili civilistici più specifici che esulerebbero dal tema in esame, ANTOLISEI & CONTI⁸⁶ hanno sottolineato che, sin dai tempi del Diritto romano, la nozione di **possesso** comporta il c.d. *animus possidendi* (*io possiedo il tale oggetto e reco anche la volontà di farne uso*); viceversa, la **detenzione** ha sì i requisiti del potere materiale sulla cosa, ma il detentore è lungi dalla volontà di trarre un' utilità dallo sfruttamento del bene in questione. In buona sostanza, il possessore vuole usare il bene posseduto; il detentore, viceversa, è disinteressato allo sfruttamento della *res*. Ora, in considerazione delle testé esposte considerazioni ed alla luce della già citata L. 269/1998 (Art. 600quater C.P. italiano), risulta punibile il possessore (consapevole) di pedopornografia e non già il mero detentore (v. p.e. il caso dell' invio inaspettato di un *attachement* di posta elettronica; oppure ancora, p.e., si consideri la frequente fattispecie del paterfamilias, titolare di un' utenza telefonica fissa, ignaro del fatto che il figlio cerca e scarica dalla rete Internet files di pornografia infantile).

La suesposta differenziazione tra possessore (punibile) e mero detentore (non punibile) si riscontra anche nella distinzione penalistica svizzera (applicata all' Art. 197 CPS) tra **Herrschaftung** (detenzione senza la volontà di usare) e **Gewahrsam** (possesso consapevole, voluto, ricercato e, pertanto, punibile). Soltanto il **Gewahrsam** di pornografia illegale è punibile. Naturalmente, sarà soltanto un' analisi investigativa delle circostanze concrete, da parte della P.G., a chiarire se l' individuo incriminato sia mero detentore non punibile (si configura, quindi, un caso di mero **Herrschaftung**) oppure, viceversa, se egli sia possessore consapevole punibile (si configura, in tal caso, un **Gewahrsam** in senso proprio)⁸⁷

⁸² *Report of the Special Rapporteur on the sale of children, child prostitution and child pornography*, Ofelia Calcetas-Santos (a cura di), pubblicato in data 13 Gennaio 1998 a cura della Commissione per i diritti del fanciullo presso le Nazioni Unite

⁸³ Art. 1140 C.C.

Possesso

Il possesso è il potere sulla cosa che si manifesta in un' attività corrispondente all' esercizio della proprietà o di altro diritto reale

⁸⁴

Si può possedere direttamente o per mezzo di altra persona, che ha la detenzione della cosa

NUVOLONE, *Il possesso nel diritto*

penale, MILANO 1942

⁸⁵

PANNAIN, *Il possesso nel diritto penale*, ROMA 1946

⁸⁶

ANTOLISEI & CONTI, *Manuale di Diritto Penale – Parte Speciale Tomo I*, edizione aggiornata a cura di CONTI, Giuffrè, MILANO 1996

⁸⁷

p.e., un numero cospicuo di prolungate connessioni Internet a siti ambigui, erotici o di genere consimile farà propendere verso la qualificazione dell' utente come possessore consapevole e, quindi, punibile. Del pari, la P.G. terrà conto della natura degli eventuali precedenti penali dell' individuo. Decisiva sarà anche l' investigazione del contesto familiare, delle abitudini sessuali e dei contatti sociali dell' inquisito

6. L' incesto nel contesto dell' Art. 213 del CPS

Il disagio maggiore patito da chi si approccia, con intenti d' analisi scientifica, al tema dell' incesto consiste nella mancanza di definizioni medico-forensi nuove e più adeguate all' odierno contesto sociale. Ovverosia, l' Organizzazione Mondiale per la Sanità (OMS) e pure il Deutsches Institut für medizinische Dokumentation und Information (DIMDI) ripropongono l' ormai obsoleta classificazione dell' incesto incentrata sulla non sempre nitida tematica della violenza, dell' abuso, del maltrattamento (DOMBROWSKI 1996)⁸⁸. Al che, altra via non resta se non quella della supina adesione alle qualificazioni codicistiche di cui al comma 1° Art. 213 CPS⁸⁹ nonché al comma 1° Art. 564 C.P. italiano⁹⁰

L' aver dovuto, nelle righe che precedono, rinvenire rifugio, a fini definitivi, nelle categorie di matrice legale in senso stretto è il sintomo di quanto gli addetti ai lavori manifestino la censurabile prassi di conferire, ad una parafilia talmente grave come l' incesto, un' interpretazione in chiave meramente giuridica, trascurando le devastanti conseguenze psico-patologiche cui reca l' atto incestuoso a danno della vittima. In tal senso, commette un grave errore il Legislatore italiano nel richiedere, ai fini della rilevanza penale dell' abuso, l' *id quod plerumque accidit del pubblico scandalo* (comma 1° Art. 564 C.P. italiano). Ma, del pari, non eccelle neppure la sussunzione dell' incesto, da parte del Legislatore elvetico, entro la blanda categoria dei “ *delitti contro la famiglia* “ (rubrica del Titolo VI Libro II CPS).

Senz' altro, rimane arduo, come avviene in sede giurisprudenziale dopo la mal sortita novellazione dell' Art. 213 CPS nel 2001, riconoscere in capo al fanciullo violato la sussistenza di un diritto potestativo di querela quinquennale o, addirittura decennale. Analoga osservazione vale pure entro il contesto applicativo dell' Art. 564 C.P. italiano. Infatti, nel caso del reato in esame, la previsione di una prescrizione lunga dell' azione penale, a decorrere dal compimento del 18° anno d' età della vittima, reca ad una inconsistenza probatoria inaccettabile sotto il profilo processuale.

Ciononostante, il fulcro della tematica dell' incesto non consiste né nel calibrare, in un modo piuttosto che in un altro, i termini di prescrizione, né, tantomeno, nel declamare l' ormai nota *ratio* dell' eugenia e della tutela della famiglia. Piuttosto, *de jure condendo*, la tassativa condanna dei rapporti incestuosi reca una ben più profonda giustificazione prettamente medico-psichiatrica. Infatti, il Diritto Penale deve giuridificare la proibizione dell' incesto alla luce dell' indicibile danno mentale che tale parafilia provoca sulla parte lesa.

Da quanto sopra esposto, si deduce la necessità di un serio Lavoro di cooperazione multi-culturale proteso a far scomparire la pratica dell' incesto anche presso quelle minoranze etniche di famiglie dell' Estremo Oriente immigrate in Europa nell' ambito delle quali siffatta devianza parafiliaca viene giustificata nel nome di perduranti superstizioni magico-religiose o di insane strutturazioni sociali⁹¹

7. I principali problemi dottrinari e le più rilevanti questioni giurisprudenziali intorno all'

⁸⁸ il generico concetto di “ *sexueller Missbrauch in der Kindheit* “, benché adottato in molti documenti del DIMDI, è ormai privo di una significazione precisa e circostanziata

⁸⁹ Art. 213 comma 1° CPS

Chiunque compie la congiunzione carnale con un proprio ascendente o discendente o con un fratello o sorella germano, consanguineo o uterino ...

⁹⁰ Art. 564 comma 1° C.P. italiano:

Chiunque ... commette incesto con un discendente o un ascendente, o con un affine in linea retta, ovvero con una sorella o un fratello ...

⁹¹ The adverse health and social outcomes of sexual coercion: Experiences of young women in developing countries: *Increased risk of subsequent unsafe consensual sex*

Early subsequent sexual activity

“ *Systematic association are evident between the experience of sexual coercion and subsequent sexual activity ... Victims of childhood incest in New Delhi, India, described how their abusive initiation into sex led them to being sexually active at very early age* “ OMS, Giugno 2004

interpretazione del Libro II Titolo V del CPS (*Reati contro l' integrità sessuale*)

La Revisione del complesso di Norme penali svizzere poste a tutela dell' integrità sessuale dei consociati⁹² è culminata con l' entrata in vigore (1° Aprile 2002) della Legge Federale approvata nell' Ottobre 2001. Ciononostante e per senso di precisione, non si può sottacere che il Titolo V del Libro II del CPS nonché l' Art. 213 CPS sono stati oggetto, dagli Anni Novanta a tutt' oggi, di numerose novellazioni. Del resto, anche in Italia non si sono ancora placate le polemiche e le opinioni dissenzienti scaturite, dal 1996 in poi⁹³, intorno al tema dei reati parafiliaci. Del resto, tali innumerevoli interventi di revisione non debbono suscitare stupore, giacché “ *la violenza sessuale costituisce la più grave e distruttiva invasione dello spazio personale, oltraggio a quel contenitore più mentale che fisico che è il corpo* “ (BRAMANTE 2001).

Un primo problema con cui, specialmente dagli Anni Novanta in poi⁹⁴, si dovette confrontare il Tribunale Federale elvetico (TF), è rappresentato dai frequenti precedenti giurisprudenziali in cui, nel petitum di una ordinaria causa di separazione tra coniugi, l' ex moglie, al fine di facilitare la formulazione dell' addebito interamente a carico dell' ex marito, sottopone, *incidenter tantum*, alla cognizione dell' A.G. civile il fatto che, durante il periodo dell' unione matrimoniale, la figliolanza era oggetto di abusi incestuosi da parte del paterfamilias. In casi consimili e nell' intenzione di non aggravare oltre le già di per sé pesanti conseguenze emotive cui reca un processo civile di separazione tra coniugi, il TF di solito evita di sollevare pregiudiziali penali conferendo, contestualmente, al/ai figlio/i, pur se minorenni, un diritto potestativo di opposizione, allo scopo di inibire la volontà del genitore di sollevare, a titolo incidentale, la prefata eccezione inerente il delitto p. e p. dall' Art. 213 CPS. In Dottrina, ciononostante, gli Autori esprimono parere contrario⁹⁵ al conferimento, in capo al figlio minorenne, del summenzionato diritto potestativo di inibizione processuale. D' altra parte, è *communis opinio* che il figlio minorenne, nell' impossibilità di gestire ragionevolmente il proprio ruolo processuale, si dovrebbe rivolgere ad una non meglio precisabile figura di tutore/garante dei suoi diritti; il che costituirebbe un ulteriore e macchinoso appesantimento della procedura. Sicché i Dottrinari svizzeri di Diritto di famiglia asseriscono che, di fronte alla cognizione *a quo* di un abuso sessuale agito in famiglia, l' A.G., pur nel rispetto del principio di obbligatorietà dell' azione penale⁹⁶, deve operare affinché il minore, individuo psichicamente suggestionabile per antonomasia, eviti, salvo casi gravi, di rendere dichiarazioni testimoniali, invocando la facoltà di non rispondere conferitagli ai sensi dell' Art. 7 comma 2° L.A.V.⁹⁷

Un ulteriore problema definitorio connesso alla delittuosità di stampo parafiliaco consiste nel limite anagrafico oltre il quale il/la partecipante dell' atto sessuale possa essere qualificato/a come capace di autodeterminare la propria vita sessuale. Del resto, l' azione penale non va coltivata nel caso in cui l' individuo sia già sessualmente maturo e, per ciò stesso, in grado di manifestare un valido e cosciente consenso all' atto copulativo non violento. Nell' Ordinamento penale italiano, l' attributo della maturità sessuale è eccezionalmente conferito all' ultra-quattordicenne (Art.

⁹² Artt. 187-200 CPS; Art. 213 CPS

⁹³ si ponga mente, a solo titolo esemplificativo, al dibattito provocato dagli interventi di novellazione ex L. 66/1996. Oppure, si considerino gli analoghi impatti esegetici cagionati dalla L. 269/1998

⁹⁴ il problema qui di séguito esposto fu oggetto d' analisi scientifica, per la prima volta, da parte della Società svizzera di Psichiatria nel contesto dell' indagine cognitiva avviata, in data 26 Agosto 1998, dal Consiglio Federale

⁹⁵ Messaggio 00.041 presentato dall' On. Ogi Adolf in data 10 Maggio 2000 e recante rubrica “*Reati contro l' integrità sessuale; prescrizione in caso di reati sessuali commessi su fanciulli e divieto del possesso di pornografia dura*”

⁹⁶ Art. 7 comma 1° dell' Avamprogetto di C.p.p. federale svizzero unitario:

Carattere obbligatorio dell' azione penale

Nell' ambito delle loro competenze, le autorità penali sono tenute ad aprire e ad espletare un procedimento se vengono a conoscenza di reati o di fatti che fanno sospettare l' esistenza di reati

⁹⁷ Art. 7 comma 2° L.A.V.

La vittima può rifiutarsi di deporre su fatti concernenti la sua sfera intima

609quinquies⁹⁸ ed Art. 609ter comma 1° nr° 1⁹⁹ C.P. italiano); nei rimanenti casi, è presunto come sessualmente immaturo il minore degli anni diciotto (v. p.e. Art. 600bis comma 1°¹⁰⁰ e 600quinquies¹⁰¹ C.P. italiano). Nel CPS, gli Artt. 187 comma 1° cpv. 1¹⁰², 188 comma 1°¹⁰³ e 197 comma 1° cpv. 1¹⁰⁴ presumono sessualmente maturo/a l' ultrasedicenne.

Tutte le sopra descritte qualificazioni autentiche del concetto di maturità sessuale non tengono conto della oggettiva precocità di pratiche coitali od incomplete connotanti purtroppo l' odierna vita privata degli individui in età post-puberale. P.e., commentando le *rationes* poste a fondamento dell' italiana L. 66/1996, CONTI sottolineava che “ *il concetto giuridico di libertà sessuale non è per certo un attributo della società, ma dei soggetti* “ (CONTI 1996); donde l' eventuale discrasia tra la concezione legale di *maggiorenne* e la ben diversa nozione medico-forense di *maturità sessuale*. Del pari, Freud parlava, nel Novecento, di una “ *disposizione perversa polimorfa* “ già prima del pubarca. Meno drasticamente KEMPE, nel definire l' individuo-vittima tipico della parafilia pedofiliaca, non si limita a citare il lemma “ *minorenne* “, bensì aggiunge le tre ulteriori categorie del “ *non maturo, dipendente, incapace di un libero e cosciente consenso* “ (KEMPE 1978). Così come, la *Battered child syndrome* (*Sindrome del bambino maltrattato*) non esclude la precocità di una maturità sessuale, pur senza negare le eco negative di una tale sopravvenienza in prospettiva futura (MASTRONARDI 2001).

Una terza ed ultima osservazione interessante consiste nel prendere atto di come, dopo le novellazioni del Titolo V Libro II CPS, il TF fatica sempre di più ad operare una qualificazione ordinata e coerente di certuni epifenomeni della sessualità infantile o giovanile recanti una pluralità di requisiti non sempre appartenenti alla categoria dei reati sessuali *jure stricto*. P.e., di frequente il Magistrato potrebbe ipotizzare la sussistenza di abusi pedofiliaci quand' invece trattasi di una semplice dermatite persistente da pannolino (BASTIANON & DE BENEDETTI GADDINI 1987). Così come, a volte, un' ipersessualità precoce del/della bambino/a potrebbe erroneamente venir percepita, specialmente in ambito scolastico, come esternazione di presunti atti parafiliaci agiti sull' infante (GLUCKMANN 1968). L' appello implicito, in Dottrina, al prudente apprezzamento dei fatti in ambito giurisdizionale pare rivolgersi non solo al TF svizzero, ma pure all' A.G. italiana e, più latamente, agli Organi giurisdizionali di tutti quei Paesi che, specialmente in epoca recente, hanno sviluppato un cosciente apparato normativo di contrasto alle devianze parafiliache

8. Le principali problematiche esegetiche connesse all' Art. 123a C.F.

-
- ⁹⁸ Art. 609quinquies C.P. italiano
Corruzione di minorenne
Chiunque compie atti sessuali in presenza di persona minore degli anni quattordici, al fine di farla assistere, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni
- ⁹⁹ Art. 609ter comma 1° nr° 1 C.P. italiano
[il fatto è aggravato se agito, ndr]
nei confronti di una persona che non ha ancora compiuto gli anni quattordici
- ¹⁰⁰ Art. 600bis comma 1° C.P. italiano
Prostituzione minorile
Chiunque induce alla prostituzione una persona di età inferiore agli anni diciotto ...
- ¹⁰¹ Art. 600quinquies C.P. italiano
Iniziativa turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile
Chiunque organizza o propaganda viaggi finalizzati alla fruizione di attività di prostituzione a danno di minori...
- ¹⁰² Art. 187 comma 1° cpv. 1 CPS
Chiunque compie un atto sessuale con una persona minore di sedici anni ...
- ¹⁰³ Art. 188 comma 1° CPS
Chiunque, profittando di rapporti di educazione, di fiducia, di lavoro o comunque di dipendenza, compie un atto sessuale con un minorenne di età superiore ai sedici anni ...
- ¹⁰⁴ Art. 197 comma 1° cpv. 1 CPS:
Chiunque offre, mostra, lascia o rende accessibili a una persona minore degli anni sedici, scritti, registrazioni sonore o visive, immagini o altri oggetti o rappresentazioni pornografici ...

A livello introduttivo, è bene tener presente che l' On. Leuenberger, nel proporre di respingere la promulgazione del nuovo Art. 123a CF¹⁰⁵, ebbe modo di rimarcare che “ *i limiti di sicurezza previsti dall' iniziativa per quanto concerne la liberazione di criminali pericolosi sono troppo complessi, sproporzionati* “ (LEUENBERGER 2001). Pare financo di essere di fronte ai medesimi squilibri anticostituzionali connotanti Norme italiane come l' Art. 4bis comma 1°¹⁰⁶ e l' Art. 41bis comma 1°¹⁰⁷ O.P. italiano (L.354/1975), anch' esse in netto contrasto con il principio di proporzionalità sancito, nel caso dell' Italia, dall' Art. 27 comma 3° Cost. it.¹⁰⁸, dal comma 4° dell' Art. 13 Cost. it.¹⁰⁹ e, soprattutto, dal nuovo testo dell' Art. 111 Cost. it.¹¹⁰ così come risultante dopo

¹⁰⁵ Messaggio 01.025 presentato dall' On. Leuenberger Moritz, depositato in data 04/04/2001 e recante rubrica “ *Messaggio concernente l' iniziativa popolare finalizzata all' internamento a vita per criminali sessuomani o violenti estremamente pericolosi e refrattari alla terapia* “

¹⁰⁶ Art. 4bis comma 1° O.P. italiano
Divieto di concessione di benefici e accertamento della pericolosità sociale dei condannati per taluni delitti

*Fermo quanto stabilito dall' Art. 13ter del D.L. 15 Gennaio 1991 n. 8 convertito, con modificazioni, nella legge 15 Marzo 1991 n. 82, l' assegnazione al lavoro all' esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione previste dal capo VI della legge 26 luglio 1975 n. 354, fatta eccezione per la liberazione anticipata, possono essere concessi ai detenuti e internati per delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall' art. 416bis del codice penale ovvero al fine di agevolare l' attività delle associazioni previste dallo stesso articolo nonché per i delitti di cui agli articoli 416bis e 630 del codice penale e all' articolo 74 del decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990 n. 309, **solo nei casi in cui tali detenuti e internati collaborano con la giustizia a norma dell' articolo 58ter. Quando si tratta di detenuti od internati per uno dei predetti delitti, ai quali sia stata applicata una delle circostanze attenuanti previste dagli articoli 62 numero 6, anche qualora il risarcimento del danno sia avvenuto dopo la sentenza di condanna, o 114 del codice penale, ovvero la disposizione dell' articolo 116 secondo comma dello stesso codice, i benefici suddetti possono essere concessi anche se la collaborazione che viene offerta risulti oggettivamente irrilevante purché siano stati acquisiti elementi tali da escludere in maniera certa l' attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata.** Quando si tratta di detenuti o internati per delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell' ordinamento costituzionale ovvero di detenuti o internati per delitti di cui agli articoli 575, 628 terzo comma, 629 secondo comma, del codice penale e all' articolo 73, limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell' articolo 80 comma 2, del predetto testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica n. 309 del 1990, i benefici suddetti possono essere concessi **solo se non vi sono elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva***

¹⁰⁷ Art. 41bis comma 1° O.P. italiano

Situazioni d' emergenza

In casi eccezionali di rivolta o di altre gravi situazioni di emergenza, il Ministro di grazia e giustizia ha facoltà di sospendere nell' istituto interessato o in parte di esso l' applicazione delle normali regole di trattamento dei detenuti e degli internati. La sospensione deve essere motivata dalla necessità di ripristinare l' ordine e la sicurezza e ha la durata strettamente necessaria al conseguimento del fine suddetto

¹⁰⁸ Art. 27 comma 3° Cost. it.

Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato

¹⁰⁹ Art. 13 comma 4° Cost. it.

E' punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà

¹¹⁰ Art. 111 Cost. it.

La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge

Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti in condizione di parità, davanti a giudice terzo ed imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata

Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell' accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessarie per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l' interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell' accusa e l' acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo

Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell' imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all' interrogatorio da parte dell' imputato o del suo difensore

La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell' imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita

Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati

la memorabile novellazione del 2000. Sembra, d' altra parte, legittimo affermare che il Diritto Costituzionale federale svizzero, per via di ragioni storiche, non ha maturato gli asserti normativi garantistici viceversa fondanti, dal 1948 a tutt' oggi, la granitica fede nella Civiltà accusatoria caratterizzante la giuspenalistica italiana. Né paiono sufficienti, al fine di arginare sconfinamenti dal sapore populistico come l' Art. 123a CF, le troppo generiche garanzie processuali di cui agli Artt. 29-33 CF. Peraltro, come affermato più volte nella presente sede, resta acclarata la profonda antinomia sussistente tra la *ratio* meramente repressoria dell' Art. 123a CF e le istanze rieducativo-trattamentali previste all' Art. 37 comma 1° cpv. 1 del CPS¹¹¹

Per addivenire ad un' analisi maggiormente specifica circa il rigore neo-retribuzionistico verso cui risulta improntato l' Art. 123a CF, una prima osservazione utile consiste nel censurare la disposizione ex Art. 123a CF comma 1° cpv. 2 CF¹¹², precludente ogni forma di congedo per il detenuto parafiliaco. Quest' ultimo, pur se responsabile dei gravi delitti pp. e pp. dagli Artt. 187 e sgg. CPS, mantiene pur sempre una propria dignità umana degna di tutela. In ogni caso, a prescindere da dissertazioni in punto di etica penitenziaria, nella Prassi carceraria elvetica non era mai accaduto che si inibisse l' accesso ai permessi-premio o ad altre forme di beneficio extramurario nemmeno ai detenuti che, all' inizio della fase espiativa, avevano fatto il loro ingresso in Penitenziario con lo stigma derivante dalla qualifica di “ *detenuti socialmente pericolosi* “. In buona sostanza, il cpv. 2° comma 1° dell' Art. 123a CF nega, in maniera antinamica rispetto all' Art. 37 CPS, quel fine rieducativo che, per definizione, conferisce senso alle pene privative della libertà personale. Entro tale prospettiva, risulta più conforme al citato modello accusatorio l' istituto italiano della semestralizzazione di cui all' Art. 54 comma 1° O.P.¹¹³. Oltretutto, non si può obliare l' efficace funzione di incentivo alla buona condotta svolta, sia in Svizzera sia in Italia, dalla possibilità di fruizione delle misure espiative alternative; viceversa, il tenore apodittico dell' Art. 123a CF pare proteso ad una controproducente demotivazione dei detenuti condannati per delitti di matrice parafiliaca.

Una seconda antinomia degna di rilievo consiste nella incoerente giuridificazione, nel vigente Diritto federale svizzero, dei presupposti per la conclusione dell' internamento. A tal proposito, infatti, ai sensi dell' Art. 43 CPS, l' internamento del reo è concluso in caso di guarigione dalla malattia mentale¹¹⁴, in caso di cessazione della pericolosità sociale¹¹⁵, oppure nel caso in cui siano ormai adempiute le condizioni per una liberazione completa, salvo l' imposizione di residuali pene accessorie nonché l' affidamento al Patronato Penale¹¹⁶. Orbene, il condannato in regime

Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra

Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione

¹¹¹ Art. 37 comma 1° cpv. 1 CPS

Le pene di reclusione e di detenzione devono essere eseguite in modo da esercitare sul condannato un' azione educativa e da preparare il suo ritorno alla vita libera

¹¹² Art. 123a comma 1° cpv. 2 CF

Liberazioni anticipate e permessi di libera uscita sono esclusi

¹¹³ Art. 54 comma 1° O.P. italiano

Al condannato a pena detentiva che ha dato prova di partecipazione all' opera di rieducazione è concessa, quale riconoscimento di tale partecipazione, e ai fini del suo più efficace reinserimento nella società, una detrazione di 45 giorni per ogni singolo semestre di pena scontata. A tale fine è valutato anche il periodo trascorso in stato di custodia cautelare o di detenzione domiciliare

¹¹⁴ Art. 43 comma 3° capoversi 3 e 4 CPS

Se il trattamento in un tale stabilimento non è necessario, il giudice decide se ed in quale misura le pene sospese siano ancora da eseguire. Invece dell' esecuzione delle pene, il giudice può ordinare un' altra misura di sicurezza, se le condizioni di quest' ultima sono adempiute

¹¹⁵ Art. 43 comma 4° cpv. 1 CPS

L' autorità competente pone fine alla misura, quando la causa della stessa è cessata

¹¹⁶ Art. 43 comma 4° capoversi 2,3,4 e 5 CPS

trattamentale ex Art. 123a CF è, invece, sciolto dalla sottoposizione all' internamento solo allorquando sia formulata una perizia psichiatrica i cui macchinosi requisiti sono esposti nei commi 2 e 3 dell' Art. 123a CF¹¹⁷. Il comma 3° dell' Art. 123a CF, nel complesso, può essere favorevolmente accettato, pur se il Legislatore, nei Lavori Preparatori, omette di spiegare la *ratio* dell' attribuzione dell' attività consultiva a due periti “ *reciprocamente indipendenti* “¹¹⁸; senz' altro ridondante e pleonastico, comunque, risulta l' enfatico inciso “ *tenendo conto di tutti gli elementi importanti per il giudizio* “¹¹⁹. Resta, ciononostante, oscuro, sotto il profilo ermeneutico, il requisito delle “ *nuove conoscenze scientifiche* “ richiesto dal 1° cpv. comma 2° dell' Art. 123a CF. Del pari, il cpv. 2° del comma 2° Art. 123a CF¹²⁰ risulta privo di consistenza contenutiva, giacché nella Confederazione, come noto, le Autorità preposte all' Esecuzione Penitenziaria sono sempre (Art. 123 comma 3° CF¹²¹) di rango cantonale. D' altra parte, vero è pure che la Legge Federale del 14 Marzo 1958 sanziona le gravi negligenze commesse dalle sole Autorità di rango Federale. Per cui, manca, nell' Ordinamento svizzero vigente, una serie di Leggi e di Ordinanze specifiche, per ciascuno dei ventisei Cantoni, circa la responsabilità, per atti illeciti od omissivi, in capo a Funzionari pubblici di livello Cantonale. Dal che discende, pertanto, che il dispositivo ex cpv. 2° comma 2° Art. 123a CF risulta privo di un' autentica efficacia precettiva, almeno sino a quando sussisterà l' odierna lacuna normativa in tema di responsabilità risarcitoria degli Organi deputati alla gestione della P.A. di grado Cantonale. Al limite, il vigore del citato cpv. 2° comma 2° Art. 123a CF è ascrivibile entro il tradizionale campo sanzionatorio ex Art. 319 CPS¹²² (*Aiuto alla evasione di detenuti*), oppure ex Art. 322sexies CPS¹²³ (*Accettazione di vantaggi*), oppure ancora ex Art. 305 comma 1° CPS¹²⁴ (*Favoreggiamento*)

Se la causa della misura non è completamente cessata, l' autorità competente può ordinare la liberazione a titolo di prova dallo stabilimento o dal trattamento.

Essa può sottoporre il liberato al Patronato

Il periodo di prova ed il Patronato sono revocati quando non sono più necessari

Prima della liberazione, l' autorità competente comunica la sua decisione al giudice

¹¹⁷

Art. 123a CF commi 2 e 3

E' possibile redigere nuove perizie solo qualora nuove conoscenze scientifiche permettano di dimostrare che il criminale può essere curato e dunque non rappresenta più alcun pericolo per la collettività. Se sulla base di queste nuove perizie è posta fine all' internamento, la responsabilità per una ricaduta è assunta dall' autorità che ha posto fine all' internamento.

Tutte le perizie necessarie al giudizio del criminale sessuomane o violento devono essere redatte da almeno due periti esperti reciprocamente indipendenti e tenendo conto di tutti gli elementi importanti per il giudizio

¹¹⁸

comma 3° Art. 123a CF, primo periodo

¹¹⁹

comma 3° Art. 123a CF, periodo conclusivo

¹²⁰

Art. 123a CF comma 2° cpv. 2°

Se sulla base di queste nuove perizie è posta fine all' internamento, la responsabilità per una ricaduta è assunta dall' autorità che ha posto fine all' internamento

¹²¹

Art. 123 comma 3° CF

L' organizzazione dei tribunali, la procedura giudiziaria e l' amministrazione della giustizia in materia penale competono ai Cantoni

¹²²

Art. 319 CPS

Aiuto all' evasione di detenuti

Il funzionario che presta aiuto alla evasione di un arrestato, di un detenuto o di altra persona collocata in uno stabilimento per ordine dell' autorità o che lo lascia evadere, è punito con la reclusione sino a tre anni o con la detenzione

¹²³

Art. 322sexies CPS

Accettazione di vantaggi

Chiunque, in qualità di membro di un' autorità giudiziaria o di un' altra autorità, di funzionario, di perito, traduttore o interprete delegato dall' autorità o di arbitro, domanda, si fa promettere o accetta un indebito vantaggio in considerazione dell' espletamento della sua attività ufficiale, è punito con la detenzione o con la multa

¹²⁴

Art. 305 comma 1° CPS

Favoreggiamento

Chiunque sottrae una persona ad atti di procedimento penale od alla esecuzione di una pena o di una delle misure previste negli articoli 42 a 44 e 100bis, è punito con la detenzione

Non pare fuori luogo, da ultimo, osservare che il sistema della doppia perizia ex comma 3° Art. 123a CF non rappresenta, come populisticamente vorrebbero invece far credere taluni schieramenti politici, una novità rivoluzionaria, alla luce del già vigente cpv. 4° comma 1° Art. 43 CPS¹²⁵ nonché del cpv. 1° comma 5 Art. 43 CPS¹²⁶. Così come, il problema della pertinenza e della scientificità delle perizie e, più latamente, dell'osservazione personologica sull'internato costituiscono un tema ampiamente dibattuto, in Dottrina, già parecchi decenni prima dell'entrata in vigore dell'Art. 123a CF (TRECHSEL 1997; ma si vedano pure, a livello giurisprudenziale, i non pochi precedenti del T.P.F. inerenti la tematica dell'internamento). In buona sostanza, non è dato comprendere quali siano i nuovi contorni scientifici declamati con vigore retorico dal 3° comma dell'Art. 123a CF.

In conclusione, è legittimo dubitare che l'Art. 123a CF tuteli un " *passaggio alla fase esecutiva che non segni una caduta delle garanzie riconosciute all'imputato ... ma, più semplicemente, un loro [delle garanzie, ndr] adattarsi al sopravvenuto status di condannato* " (CORSO 2000). Più precisamente, come asserito da NUOFFER (2002), non è compatibile con la tradizione giuridica Occidentale del garantismo e del giusto processo l'asserzione neo-retribuzionistica tale per cui " *in gewissen Fallen können zum Schutze der Öffentlichkeit lebenslang begleitende Massnahmen angeordnet werden* " (Delibera del Consiglio degli Stati recante data 02.12.2002)

L' Art. 123a C.F. in raffronto alle Norme di Diritto Internazionale ratificate dalla Svizzera

La tipologia di recluso di cui all'Art. 123a CF pone l'Autorità Carceraria di fronte al problema non solo e non tanto di un trattamento processuale equo (Art. 5 comma 4° CEDU¹²⁷). Piuttosto, la questione cruciale consta nell'osservare che un deviante già sofferente di patologie di matrice parafiliaca tende quasi sempre, in sede detentiva, verso una situazione di aggravamento dei disturbi mentali di cui era, sovente, portatore già prima dell'inizio della fase espiativa.

A tal proposito, emblematico fu il *leading-case Herczegfalvy contro Austria*, in cui la Corte di Giustizia di Giustizia dell'Unione Europea qualificò come contrarie alla CEDU le massicce iniezioni di neurolettici finalizzate al contenimento delle turbe border-line del citato detenuto ungherese Herczegfalvy. Analoghe osservazioni valgono pure per il *leading-case Hurtado contro Svizzera* (sentenza del 28/01/1994) e per il *leading case Bollan contro Inghilterra* (sentenza del 04/05/2000).

Da quanto sopra esposto ed alla luce dell'estremo rigore trattamentale previsto dall'Art. 123a CF, pare legittimo domandarsi se, in prospettiva futura, la Confederazione sarà in grado di conciliare la severità del regime penitenziario di cui alla summenzionata Norma costituzionale federale con le istanze umanitarie imposte dalla CEDU nonché, p.e., dall'Art. 82¹²⁸ delle Regole

¹²⁵

Art. 43 comma 1° cpv. 4 CPS

Il giudice emana la sua decisione in base ad una perizia sullo stato fisico e mentale e sulla necessità d'internamento, di trattamento o di cura

¹²⁶

Art. 43 comma 5 cpv. 1 CPS

Il giudice, udito il parere di un medico, decide se ed in quale misura le pene sospese siano ancora da eseguire al momento della liberazione dallo stabilimento o dopo la fine del trattamento

¹²⁷

Art. 5 comma 4° CEDU

Ogni persona privata della libertà mediante arresto o detenzione ha diritto di indirizzare un ricorso ad un tribunale affinché esso decida, entro brevi termini, sulla legalità della sua detenzione e ne ordini la scarcerazione se la detenzione è illegale

¹²⁸

Art. 82 Regole minime per il trattamento dei detenuti (ONU, 1955):

Detenuti infermi di mente o mentalmente anormali

Gli infermi di mente non devono essere detenuti nelle carceri, e si devono prendere provvedimenti per trasferirli, il più presto possibile, negli istituti per malati di mente

I detenuti affetti da vizi o anomalie mentali devono essere posti sotto osservazione e curati in istituti specializzati sotto direzione medica

Durante la permanenza in carcere, queste persone devono essere poste sotto la sorveglianza speciale di un medico

minime per il trattamento dei detenuti (ONU, 1955). Per restare in tema, possiamo dire che ritorna il perenne dilemma interpretativo di cui già abbiamo parlato, ovverosia se il detenuto “ *sessuomane o violento ... refrattario alla terapia* ”¹²⁹ debba o meno essere sussunto entro la categoria generale dell’ anormale mentale sottoposto ad internamento (Art. 43 comma 1° capoversi 1 e 2 CPS¹³⁰). In buona sostanza, è lo stesso Art. 123a CF a presentare, già ad un primo livello interpretativo meramente letterale, i tratti di un’ ambigua oscillazione tra lemmi protesi verso una concezione psichiatrica delle sessuomanie¹³¹ e, viceversa, lemmi tendenti ad una meno indulgente qualificazione giuridico-sociale delle devianze parafiliache¹³². E’ pertanto palese che “ *occorre usare molta cautela nel sostenere che il comportamento violento è strettamente connesso alla presenza di disturbi patologici psichici, ponendo una sorta di equivalenza tra delittuosità violenta e patologia mentale, quest’ ultima determinata, a sua volta, da alterazioni biologiche del funzionamento del cervello. Una cosa è infatti stabilire correlazioni significative tra psicosi funzionali ed organiche e crimini violenti, se e quando è possibile (l’ assoluta maggioranza di schizofrenici e di bipolari non commette reati violenti); altra cosa è estendere la correlazione ai cc.dd. disturbi di personalità, senza tenere conto che i medesimi disturbi di personalità possono essere di facile riscontro in un’ ampia popolazione che non ha mai commesso e non commette reati siffatti* ” (FORNARI 2000). Entro tale prospettiva, si comprende l’ enorme difficoltà applicativa dei Regolamenti carcerari, laddove essi sono tenuti a dettare norme in tema di assistenza medica psichiatrica e psicologica (valga per tutti l’ esempio dell’ Art. 68 del Regolamento del Penitenziario Cantonale *La Stampa* di Lugano¹³³)

Un’ ultima osservazione consta nell’ apprezzamento delle parole (inascoltate) di Dominique Sprumont pronunziate durante la II Edizione delle Giornate Friborghesi di Diritto e Medicina Penitenziari: “ *... il s’ agit de trouver l’ équilibre entre les chances de réinsertion sociale du délinquant et la nécessité de maintenir l’ effet dissuasif que représente une peine de privation de la liberté* ” (SPRUMONT 2000). Alla luce dello squilibrio inquisitorio-populistico connotante l’ Art. 123a CF, pare che la Confederazione stia involvendo verso un regresso nell’ àmbito della Civiltà e della Cultura carceraria, almeno per quanto riguarda i delitti ad alto impatto anti-sociale come quelli pp. e pp. dagli Artt. 187 e sgg. CPS e dall’ Art. 213 CPS

Un ulteriore problema è costituito dall’ eccessiva preminenza attribuita all’ attività medico-peritale ex comma 3° dell’ Art. 123a CF¹³⁴. A tal proposito, LEUENBERGER (2001)¹³⁵ ha notato che l’ Art. 123a CF reca in sé l’ implicito pericolo della lenta e tacita strutturazione di un potere sovrabbondante dei periti, a tal punto che, sotto il profilo procedimentale, gli esperti di cui al comma 3° Art. 123a CF si potrebbero, perlomeno sotto il profilo della Prassi, sostituire al

Il servizio medico o psichiatrico degli stabilimenti penitenziari deve assicurare il trattamento psichiatrico di tutti gli altri detenuti che ne hanno bisogno

¹²⁹ rubrica dell’ Art. 123a CF

¹³⁰ Art. 43 comma 1° cpv. 1 CPS

Se lo stato mentale della persona che, in relazione con questo suo stato, ha commesso un atto punito dalla legge con la reclusione o con la detenzione esige un trattamento medico o una cura speciale e se si deve presumere che in tal modo si potrà evitare o diminuire il rischio di nuovi reati, il giudice può ordinare il collocamento in una casa di salute o di custodia. Il giudice può ordinare un trattamento ambulatoriale in quanto l’ agente non sia pericoloso per gli altri

¹³¹ “ *refrattario alla terapia* “, “ *ricaduta* “, “ *curato* “, “ *internamento* “, “ *perizie* “

¹³² “ *Liberazioni anticipate e permessi di libera uscita sono esclusi* “, “ *pericolo per la collettività* “, “ *elementi importanti per il giudizio* “

¹³³ Art. 68 Regolamento Penitenziario *La Stampa* di Lugano:

Assistenza psichiatrica e psicologica

¹³⁴ *L’ assistenza psichiatrica e psicologica è garantita dall’ Organizzazione Sociopsichiatrica Cantonale*
Art. 123a comma 3° CF

Tutte le perizie necessarie al giudizio del criminale sessuomane o violento devono essere redatte almeno da due periti esperti reciprocamente indipendenti e tenendo conto di tutti gli elementi importanti per il giudizio

¹³⁵ Messaggio 01.025 presentato dall’ On. Leuenberger Moritz in data 4 Aprile 2001 e rubricato “ *Messaggio concernente l’ iniziativa popolare sull’ internamento a vita per i criminali sessuomani o violenti estremamente pericolosi e refrattari alla terapia* “

Magistrato di Sorveglianza, al quale altro non resterebbe che recepire e ratificare passivamente le indicazioni peritali. Tale sopravvenienza potrebbe condurre, nel lungo periodo, alla violazione del principio sovranazionale di indipendenza della Magistratura di cui all' Art. 6 comma 1° cpv. 1 CEDU¹³⁶. Siffatto timore espresso da LEUENBERGER risulta tanto più fondato quanto più si pone mente al fatto che la Svizzera patisce, a differenza dell' Italia (Art. 203 C.P. italiano¹³⁷), una grave lacuna in tema di definizione autentica del concetto di *pericolosità sociale*; il che apre inevitabilmente la strada ad un' ipertrofia del ruolo dei periti in sede di giudizio dell' individuo socialmente pericoloso. In sintesi ed alla luce del Diritto Internazionale, l' Art. 123a CF pare non ancora affrancato dal costante problema di una corretta collocazione del ruolo agito dalla perizia psichiatrica in sede giurisdizionale

Il parere del Consigliere Federale Moritz Leuenberger con attinenza al novellato Art. 123a C.F.

L' On. Leuenberger non rappresenta, in Consiglio Federale, una voce isolata di dissenso. Da quando (21 Aprile 2004) l' Art. 123a CF entrò in vigore, si è venuto formando un raggruppamento a-partitico e a-ideologico proteso al temperamento dei devastanti effetti cui reca (e recherà) la citata Norma di rango costituzionale.

In particolar modo, l' On. Leuenberger ed i suoi colleghi hanno notato la profonda antinomia sussistente tra la Psichiatria contemporanea ed il testo dell' Art. 123a CF. In tal senso, la severità trattamentale di cui è destinatario il detenuto parafiliaco non poggia su basi scientifiche, essendo infondato il pregiudizio secondo cui un ineludibile nesso di lombrosiana memoria connetterebbe le patologie sessuomaniacali all' esercizio concreto della violenza sessuale su persone terze.

Del pari, l' Art. 123a CF contiene o, perlomeno, sottintende una qualificazione a-tecnica dei concetti criminologici di *pericolosità sociale* e di *rischio di recidiva*. Per conseguenza, il divieto di forme trattamentali extra-murarie di cui al cpv. 2 comma 1 Art. 123a CF¹³⁸ risulta privo di ragionevolezza e di senso della proporzione, fatto salvo il solo caso di detenuti di nazionalità non svizzera, i quali, com' è del resto comprensibile, sfrutterebbero l' occasione del congedo a fini evasivi. Quest' ultima osservazione, peraltro, non riguarda il solo Art. 123a CF, bensì rappresenta un problema universale con cui si deve confrontare ogni Amministrazione Penitenziaria.

Più sinteticamente, il citato Messaggio 01.025 depositato dall' On. Leuenberger nel 2001 criticava, in ultima analisi, la pochezza qualitativa e quantitativa degli interventi trattamentali carcerari di natura medico-psichiatrica. Al solito, dunque, torna attuale la perenne diatriba consistente nel misurare sino a che punto le condotte criminose dell' internato ex Art. 123a CF siano ascrivibili al concetto di malattia mentale. Oppure, resta parimenti problematico capire quando e, soprattutto, perché la figura del sessuomane rientri oppure no nei confini definitivi della piena e consapevole responsabilità penale.

Senz' altro, nei prossimi anni si formerà uno *stare decisis* giurisprudenziale afferente all' applicazione dell' Art. 123a CF . L' auspicio dell' On. Leuenberger è che venga debitamente

¹³⁶ Art. 6 comma 1° cpv. 1 CEDU

Diritto ad un processo equo

Ogni persona ha diritto ad un' equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole, davanti ad un tribunale indipendente ed imparziale costituito per legge, al fine delle determinazione sia dei suoi diritti e dei suoi doveri di carattere civile, sia della fondatezza di ogni accusa penale che gli venga rivolta

¹³⁷ Art. 203 C.P. italiano

Pericolosità sociale

Agli effetti della legge penale, è socialmente pericolosa la persona, anche se non imputabile o non punibile, la quale ha commesso taluno dei fatti indicati nell' articolo precedente, quando è probabile che commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati

La qualità di persona socialmente pericolosa si desume dalle circostanze indicate nell' articolo 133

¹³⁸ Art. 123a CF comma 1 cpv. 2

Liberazioni anticipate e permessi di libera uscita sono esclusi

illustrato dalla Psichiatria forense sino a che livello le devianze parafiliche mantengano o meno i connotati di patologie escludenti l' imputabilità. D' altra parte, analoga fu l' interpretazione sociale che ha recato, nell' Europa degli Anni Novanta, ad una rivisitazione meno semplicistica circa i problemi posti dalle devianze tossicomaniache.

Nella Dottrina giuridica svizzera in tema di devianze sessuali (LEUENBERGER 2001), sta acquisendo, dopo decenni di lacune, un dovuto rilievo la questione della (ri-)definizione del concetto di *violenza* nel Diritto penale svizzero (*Gewalt* è il lemma utilizzato nella versione in lingua tedesca del CPS). P.e., in Italia, si è acutamente rilevato che “ *non è sempre facile definire il grado di consenso psicologico da parte della persona presunta oggetto di violenza. Può accadere infatti ... che un certo grado di aggressività sessuale, e perfino di sadismo, non sia configurabile ... come atto intrusivo unilaterale rispetto a un corso naturale degli eventi, e quindi come una forzatura rispetto alla volontà altrui, ma al contrario sia parte di una relazionalità sadomasochistica preventivamente concordata, e sia pure con maggiore o minore chiarezza, fra soggetti impegnati in un comune progetto erotico* “ (JERVIS 1998). Pare, pertanto, opportuna una più consapevole rivisitazione del mai tramontato concetto romanistico della *vis grata puellis* eventualmente espressa, o lasciata intendere, dalla donna nel corso dell' attività coitale

9. Conclusioni

Non si può negare che una tematica come quella delle parafilie è sottoposta all' attenzione del giurista soltanto a séguito di un allarme sociale temporalmente circostanziato e nell' àmbito del quale, peraltro, si nascondono sovente istanze ideologiche. D' altra parte, fu entro tali confini metanormativi che la diffusione del consumo giovanile di eroina recò alla formulazione, in Italia, del T.U. 309/1990. Similmente, l' apparente acuirsi della violenza sessuale portò alla promulgazione della L. 66/1996. Dopodiché, semplicistiche *boutades* televisive favorirono l' aspra severità neo-retribuzionistica connotante la L. 269/1998. Un analogo allarme (*rectius*: allarmismo) sociale provocò le numerose Revisioni, nel corso degli Anni Novanta, degli Artt. 187 e sgg. nonché 213 CPS. Sino a che, l' ostentazione della *zero tolerance* di matrice statunitense causò la recente introduzione dell' Art. 123a nella Costituzione federale svizzera.

I percorsi nomogenetici sopra sinteticamente citati costituiscono l' emblema del perenne incontro-scontro, nella fase del *de jure condendo*, tra tecnica giuridica e malcelati malumori popolari. Ora, si suole affermare che “ *nel diritto penale il principio di legalità indica l' esclusività monopolistica della legge nello stabilire fondamento, limiti e conseguenze della responsabilità penale*” (PADOVANI 1998).

Certuni stravolgimenti interpretativi, operati in sede giurisprudenziale, rivelano un' indubitabile ampiezza del potere ermeneutico esplicito dall' A.G., la quale, sopito l' allarme sociale di cui si parlava pocanzi, edulcora il rigore delle Norme incriminatrici o, talvolta, ne annichilisce *ex abrupto* la precettività stessa. Già in epoca attuale, alla luce delle odierne condotte giovanili, la precocità del consenso sessuale costituisce purtroppo un attributo ormai quasi costante in capo all' adolescente sia svizzero/a sia italiano/a. Il che non autorizza, peraltro, il Legislatore ad ammettere violenze parafiliche completamente avulse dal senso di ragionevolezza. Né viene meno la dovuta esclusione della categoria del *bambino* in senso proprio da qualsivoglia forma di sessualità agita o subita che sia. V' è di certo, comunque, che la fissazione dei limiti anagrafici ai fini del perseguimento penale delle parafilie resta un problema esegetico di non poca rilevanza. Basti pensare alla complessità, p.e., di Norme quali l' Art. 5 C.C. italiano¹³⁹ (*atti di disposizione del proprio corpo*), così come pare ormai fuori luogo l' eccessivamente basso limite dei sedici anni ex comma 2° Art. 84 C.C.

¹³⁹

Art. 5 C.C. italiano

Atti di disposizione del proprio corpo

Gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente dell' integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all' ordine pubblico o al buon costume

italiano¹⁴⁰ (*matrimonio del/della minorenn*). L' intersezione storica tra legislazione e mutamenti sociali in tema di devianze sessuali è e sarà inevitabile; ciononostante resta acclarato che “ *le norme o le direttive morali non sono qualcosa di soffocante e di imposto dall' esterno; esse emergono dalla vita stessa ... per liberarci dalla schiavitù degli istinti, della irrazionalità, dagli impulsi immediati, dalla irresponsabilità delle mode correnti, dalla suggestione delle ideologie* “ (POPPI 1989)

Dottor Andrea Baiguera Altieri lic. jur. svizzero
Cultore di Diritto Penitenziario svizzero e di Criminologia comparata italo-elvetica

RIASSUNTO

Questo articolo contiene un' analisi comparata sulla normazione penale riservata alle devianze parafiliache in Svizzera ed in Italia. L' autore, oltre ad esaminare le condotte sessuomaniacali tradizionali, si sofferma con speciale attenzione sui problemi interpretativi posti dal novellato Art. 123a della Costituzione federale svizzera. Particolare valore è, del pari, conferito al problema della ricerca delle analogie come pure delle antinomie sussistenti tra l' odierna percezione sociale e la speculare percezione giuridica delle costumanze sessuali sia in Svizzera sia in Italia

¹⁴⁰ Art. 84 comma 2° C.C. italiano

Il Tribunale, su istanza dell' interessato, accertata la maturità psicologica e la fondatezza delle ragioni addotte, sentito il pubblico ministero, i genitori o il tutore, può con decreto emesso in camera di consiglio ammettere per gravi motivi al matrimonio chi abbia compiuto i sedici anni

BIBLIOGRAFIA

- ABRAHAM**, *La Psichiatria fa bene o fa male ?*, in AA.VV., *Etica, Psichiatria e Politica*, edito a cura del Centro di Documentazione e Ricerca dell' Organizzazione Sociopsichiatrica Cantonale ticinese, Mendrisio 1995
- ANTOLISEI (& CONTI)**, *Manuale di diritto penale – Parte speciale Tomo I*, edizione aggiornata a cura di CONTI, Giuffrè, Milano 1996
- ARZT**, in AA.VV. *Festgabe für Bernhard Schnyder, Zur Verjahrung des sexuellen Missbrauchs*, Edito a cura del Dipartimento di Criminologia dell' Università di Friburgo (*Catalogue général du Reseau fribourgeois*), Friburgo 1995
- BASTIANON (& DE BENEDETTI GADDINI)**, *Abuso e incuria verso l' infanzia*, in *Trattato di Criminologia, Medicina criminologica e Psichiatria forense*, a cura di FERRACUTI, Giuffrè, Milano, 1987
- BEGUIN**, Mozione 93.3564 inviata al Consiglio federale svizzero da Beguın Thierry in data 02/12/1993 (*Abus sexuels commis sur des enfants. Modification du délai de prescription*)
- BRAMANTE**, in PICOZZI & ZAPPALA', *Criminal profiling*, McGraw-Hill (Edizione per l' Italia), Milano, 2001
- CANEPA**, *Criminological problems of Diagnostic Activities in the Italian Criminal Justice System*, in FERRACUTI & WOLFGANG, *Criminological Diagnosis: An International Perspective*, Lexington Books, Toronto, 1983
- CONTI (& ANTOLISEI)**, *Manuale di Diritto Penale – Parte speciale Tomo I*, edizione aggiornata a cura di CONTI, Giuffrè, Milano 1996
- CORSO**, *Manuale dell' Esecuzione Penitenziaria*, Monduzzi Editore, Bologna, 2000
- DE BENEDETTI GADDINI (& BASTIANON)**, *Abuso e incuria verso l' infanzia*, in *Trattato di*

Criminologia, Medicina criminologica e Psichiatria forense, a cura di FERRACUTI, Giuffrè, Milano, 1987

DEL PERO, *La prescription pénale*, Stämpfli Verlag AG, Berne, 1993

DESCHENAUX (& TERCIER), *Le mariage et le divorce, La formation et la dissolution du lien conjugal*, 3a edizione, Stämpfli Verlag AG, Berne, 1985

D.I.M.D.I. (Deutsche Institut für medizinische Dokumentation und Information), classificazione ICD-10, sigla di repertorio F65.5, definizione di sadomasochismo, 2004

DOMBROWSKI, *Sexueller Missbrauch in der Kindheit bei einer klinischen Population: Angaben zur Prävalenz von sexuellem Missbrauch bei einer klinischen Population stationärer Psychotherapiepatienten und –patientinnen*, Tectum Verlag AG, Marburg, 1996

(von) **FELTEN**, Mozione 97.3366 inviata al Consiglio federale svizzero da von Felten Margrith in data 20/06/1997 (*Exploitation sexuelle des enfants à l' étranger*)

FERRACUTI (1983), in MASTRONARDI, *Manuale per operatori criminologici e psicopatologici forensi* (presentazione alla I Edizione), Giuffrè, Milano, 2001

FORNARI, nella Prefazione a SKODOL, *Psicopatologia e crimini violenti*, Ediz. CSE, Torino, 2000

FORSTER, *Die Korrektur des strafrechtlichen Rechtsgüter – und Sanktionen –kataloges im gesellschaftlichen Wandel*, Ediz. RDS, Zurigo 1995

GOETSCHEL, *Kommentar zum Eidgenössischen Tierschutzgesetz*, Ediz. Jean Frey Verlag AG, Bern, 1986

GOETSCHEL, *Recht und Tierschutz*, Paul Haupt Verlag AG, Bern, 1993

GLUCKMAN, *Cruelty to Children*, in *New Zealand Medical Journal* nr° 67 del 1968

GOLL, Mozione 92.3558 inviata al Consiglio federale svizzero da Goll Christine in data 17/12/1992 (*Abus sexuels commis sur des enfants. Suppression du délai de prescription*)

GOLL, Iniziativa parlamentare 94.441 presentata da Goll Christine in data 16/12/1994 (*Abus sexuels commis sur des enfants. Meilleure protection*)

JACOMELLA, *Carcere, carcerieri e carcerati*, Armando Dadò Editore, Locarno 1992

JEANPRETRE, Mozione 96.3660 inviata al Consiglio federale svizzero da Jeanpretre Francine in data 12/12/1996 (*Abus sexuels commis à l' étranger sur des mineurs. Création d' un organisme officiel*)

JERVIS, *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, lemma “ violenza “ – Tomo VIII -, Treccani, Roma 1998

KAMMEIER, *Massregelrecht, Kriminalpolitik, Normgenese und systematische Struktur einer*

schuldunabhängigen Gefahrenabwehr, Ediz. Jurabuecherei, Berlino, 1996

- KELLER** [Rudolf], Mozione 93.3543 inviata al Consiglio federale svizzero da Keller Rudolf in data 29/11/1993 (*Condamnation à per pétuité effective*)
- KELSEN**, *La dottrina pura del diritto*, II Ediz., traduz. in lingua italiana a cura di Losano, Einaudi Editore, Torino 1965
- KEMPE**, *Child Abuse*, Fontana/open, Books, London, 1978
- KETCHAN** (& LOFTUS), *Die therapierte Erinnerung. Über den zweifelhaften Versucht, sexuellen Missbrauch erst Jahre später nachzuweisen*. Hamburg 1995 (II Ediz.), in *The Myth of Repressed Memory: False Memories and Allegation of Sexual Abuse*, New York, Saint Martin' s Press LLC, 1994
- KILLIAS**, *Grundriss der Kriminologie, Eine europäische Perspektive*, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2002
- LEUENBERGER**, Messaggio 01.025 depositato presso la Cancelleria federale svizzera da Leuenberger Moritz in data 04/04/2001 (*Internamento a vita per criminali sessuomani o violenti estremamente pericolosi e refrattari alla terapia*)
- LOFTUS** (& KETCHAN), *Die therapierte Erinnerung. Über den zweifelhaften Versucht, sexuellen Missbrauch erst Jahre später nachzuweisen*. Hamburg 1995 (II Ediz.), in *The Myth of Repressed Memory: False Memories and Allegation of Sexual Abuse*, New York, Saint Martin' s Press LLC, 1994
- MASTRONARDI**, *Manuale per operatori criminologici e psicopatologici forensi*, IV Ediz., Giuffrè, Milano, 2001
- MERZAGORA BETSOS**, *Lezioni di Criminologia*, Edizioni CEDAM, Padova, 2001
- NEDOPIIL**, *Forensische Psychiatrie*, Edizione a cura della Ludwig-Maximilians-Universität München (LMU), Facoltà di Medicina, Monaco di Baviera, 1996
- NUOFFER**, *Auswirkungen der Revision des Schweizerischen Strafgesetzbuches auf die Anstaltleiter*, im *Das Personal im Sanktionenvollzug: Auftrag und Herausforderung*, Stämpfli Verlag AG, Bern 2003
- NUVOLONE**, *Il possesso nel diritto penale*, Edizione fuori corso Milano 1942
- OGI**, Messaggio 00.041 depositato presso la Cancelleria federale svizzera da Ogi Adolf in data 10/05/2000 (*Reati contro l' integrità sessuale; prescrizione in caso di reati sessuali commessi su fanciulli e divieto del possesso di pornografia dura*)
- O.M.S.** (Organizzazione Mondiale per la Sanità), *The adverse health and social outcomes of sexual coercion: Experiences of young women in developing countries*, edito a Cura dell' Ufficio Stampa dell' OMS, Giugno 2004
- O.M.S.** (Organizzazione Mondiale per la Sanità), classificazione ICD-10, definizione di sadomasochismo, 2004

- O.N.U.**, *Report of the Special Rapporteur on the sale of children, child prostitution and child pornography*, Ofelia Calcetas-Santos (a cura di), pubblicato in data 13 Gennaio 1998 a cura della Commissione per i diritti del fanciullo presso le Nazioni Unite
- PADOVANI**, *Diritto penale*, IV Ediz., Giuffrè (P.B.G.), Milano, 1998
- PANNAIN**, *Il possesso nel diritto penale*, Edizione fuori corso, Roma 1946
- POPPI**, *Per una fondazione razionale dell' etica*, Ediz. Paoline, Milano, 1989
- RASCH**, *Die Prognose im Massregelvollzug als kalkuliertes Risiko*, in: Wolfgang Frisch / Thomas Vogt (Ed.), *Prognoseent scheidungen in der strafrechtlichen Praxis*, Edizione a cura dell' Istituto di Diritto Penale Albert Ludwig presso l' Università di Friburgo, Baden-Baden, 1994
- SCHERRER**, Mozione 93.3605 inviata al Consiglio federale svizzero da Scherrer Jürg in data 14/12/1993 (*Internement des maniaques sexuels*)
- SCHÜRMAN** [Frank], *Der Begriff der Gewalt im schweizerischen Strafgesetzbuch*, *Basler Studien zur Rechtswissenschaft*, Reihe C: Strafrecht, Basilea e Francoforte sul Meno, Edizioni Helbing & Lichtenhahn, 1986
- SPRUMONT**, *Le droit à la santé et le droit d' accès aux soins en milieu pénitentiaire*, in *Médecine et détention*, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2002
- STRATENWERTH**, *Schweizerisches Strafrecht*, Allgemeiner Teil II, Stämpfli Verlag AG, Bern 1996
- TERCIER** (& DESCHENAUX), *Le mariage et le divorce. La formation et la dissolution du lien conjugal*, 3a edizione, Stämpfli Verlag AG, Berne 1985
- TRACHSEL**, *Die Verjährung gemäss Artt. 70-75bis des Schweizerischen Strafgesetzbuches*, Buchhaus Verlag AG, Zurigo, 1990
- TRECHSEL**, *Schweizerisches Strafrecht, Kurzkommentar*, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zurigo, 1997