



18.043

Armonizzazione delle pene e adeguamento del diritto penale accessorio alla nuova disciplina delle sanzioni

Oggetto 3: Legge federale sulla revisione del diritto penale in materia sessuale (progetto preliminare)

Rapporto della Commissione degli affari giuridici del Consiglio degli Stati

del 28 gennaio 2021



Compendio

La Commissione degli affari giuridici del Consiglio degli Stati pone in consultazione il progetto preliminare di una legge federale sulla revisione del diritto penale in materia sessuale. Affinché la consultazione possa svolgersi nel modo più ampio possibile e senza restringere il campo dei possibili risultati, in parte si propongono due varianti per una stessa disposizione.

Situazione iniziale

Nel 2010 il Consiglio federale ha posto in consultazione l'avamprogetto di legge federale sull'armonizzazione delle pene nel Codice penale, nel Codice penale militare e nel diritto penale accessorio. In tale contesto sono pure state proposte alcune modifiche nell'ambito dei reati sessuali.

Per diversi motivi il messaggio e il disegno che ne sono scaturiti sono stati adottati soltanto nell'aprile 2018, senza che vi fosse stata una seconda consultazione. Nel disegno il Consiglio federale proponeva ulteriori modifiche, anche materiali, del diritto penale in materia sessuale, fondate in parte su interventi parlamentari che erano stati presentati nel frattempo.

Anche dopo l'adozione del messaggio, nell'opinione pubblica e nei media si è discusso sul diritto penale in materia sessuale, segnatamente su come gli atti sessuali compiuti contro la volontà o senza il consenso di una persona dovessero essere trattati dal punto di vista del diritto penale nei casi in cui non vi sono state né violenza né minaccia.

Per poter valutare approfonditamente in che misura il diritto penale in materia sessuale necessiti di una revisione materiale, il Consiglio degli Stati, su proposta della sua Commissione degli affari giuridici e della responsabile del Dipartimento federale di giustizia e polizia (DFGP), ha deciso di scindere il progetto e di svolgere una consultazione ordinaria sul diritto penale in materia sessuale. L'approvazione di questa decisione da parte del Consiglio nazionale è ancora in sospeso.

Contenuto del progetto

Il progetto non si prefigge di reimpostare dalle fondamenta il diritto penale in materia sessuale. Si tratta soltanto di apportare modifiche puntuali. Qui di seguito si espongono i cambiamenti essenziali proposti per il Codice penale:

- *a proposito degli atti sessuali compiuti con fanciulli si propone di introdurre una pena detentiva minima di un anno per i casi in cui la vittima non ha ancora compiuto i dodici anni. Nel contempo si introdurrebbe un trattamento privilegiato per i «casi poco gravi»;*
- *con l'articolo 187a si propone una nuova fattispecie di base applicabile quando nessuna delle fattispecie specifiche (art. 188–193) è adempiuta e*

non sussistono soltanto molestie sessuali propriamente dette. Segnatamente la nuova disposizione si applica:

- se l'autore compie un atto sessuale con la vittima o glielo fa compiere ignorando intenzionalmente (o con dolo eventuale) la volontà espressa verbalmente e/o non verbalmente dalla vittima stessa e senza forzarla; oppure
- se l'autore compie inaspettatamente un atto sessuale con la vittima; oppure
- se l'autore, nell'esercizio di un'attività nel settore sanitario, compie un atto sessuale con una persona o glielo fa compiere sfruttando il suo errore sulla natura dell'atto;
- la definizione della «violenza carnale» sarà estesa in modo tale che non sia considerata atto sessuale forzato soltanto la congiunzione carnale e che la fattispecie comprenda anche vittime di sesso maschile;
- in caso di esibizionismo sarà possibile infliggere soltanto una multa anziché una pena pecuniaria;
- gli oggetti e le rappresentazioni pornografici che vertono su atti sessuali con l'uso di violenza tra adulti non saranno più considerati pornografia dura;
- nell'ambito della pornografia sarà estesa l'impunità delle persone che fabbricano, possiedono o consumano fotografie o filmati pornografici raffiguranti minorenni oppure li trasmettono alla persona raffigurata. L'impunità è subordinata al fatto che la persona raffigurata abbia dato il proprio consenso, la persona che fabbrica le fotografie o i filmati non dia o prometta in cambio alcuna remunerazione e la differenza d'età tra le persone coinvolte non ecceda i tre anni.

Saranno esenti da pena anche i minorenni che fabbricano, possiedono o consumano fotografie o filmati pornografici che li raffigurano e che, a determinate condizioni, li trasmettono;

- con l'articolo 197a viene proposta una nuova fattispecie che rende espressamente perseguibile l'adescamento in rete in senso stretto (v. iniziativa parlamentare 18.434 [Amherd] Bregy «Rendere finalmente perseguibile l'adescamento in rete di minorenni»).

Una parte di queste modifiche è proposta come una variante di due.

Contrariamente al disegno del Consiglio federale, negli articoli 187 segg. la pena pecuniaria quale possibile sanzione non sarà soppressa. Si rinuncerà pure a introdurre una fattispecie specifica relativa alle immagini di bambini nudi (v. mozione 14.3022 Rickli «Pornografia infantile. Vietare le immagini di bambini nudi»).

Indice

Compendio	2
1 Genesi	8
1.1 Il disegno del Consiglio federale	8
1.2 I lavori della Commissione e della sottocommissione	9
1.3 Elaborazione di un progetto per la consultazione da parte dell'Ufficio federale di giustizia	10
2 Punti essenziali del progetto	11
2.1 La nuova normativa proposta	11
2.2 Modifiche redazionali nel testo di legge francese	13
3 Commento alle singole disposizioni del Codice penale	13
3.1 Disposizioni generali (elenchi dei reati)	13
3.2 Articolo 187 Atti sessuali con fanciulli	15
3.2.1 Variante 1	15
3.2.2 Variante 2	16
3.3 Titolo «Offese alla libertà ed all'onore sessuali»	18
3.4 Articolo 187a Aggressione sessuale	19
3.4.1 Situazione iniziale: diritto vigente e giurisprudenza relativa alla coazione sessuale e alla violenza carnale	19
3.4.2 Argomenti favorevoli a una riforma	20
3.4.3 Argomenti contrari a una riforma	21
3.4.4 Possibile attuazione	22
3.4.4.1 Bene giuridico protetto	23
3.4.4.2 Capoverso 1, prima variante di reato: agire «contro la volontà di una persona»	23
3.4.4.3 Capoverso 1, seconda variante di reato: atti sessuali inaspettati	27
3.4.4.4 Capoverso 2: sfruttamento dell'errore della vittima sulla natura dell'atto	29
3.5 Articolo 188 Atti sessuali con persone dipendenti	31
3.6 Articoli 189, 190 e 191 Coazione sessuale, violenza carnale e atti sessuali con persone incapaci di discernimento o inette a resistere	32
3.6.1 Variante 1	32
3.6.1.1 Comportamento estorto: adeguamento alla giurisprudenza	32
3.6.1.2 Nessun aumento della pena minima all'articolo 190 capoverso 1	33
3.6.1.3 Adeguamento della qualificazione «agire con crudeltà»	33

3.6.1.4	Modifica del titolo marginale dell'articolo 191 («Schändung») nel testo tedesco	34
3.6.1.5	Stralcio dell'espressione «conoscendone e sfruttandone lo stato» all'articolo 191	34
3.6.1.6	Adeguamento del testo francese dell'articolo 191 per quanto concerne il compimento di atti sessuali da parte della vittima	34
3.6.1.7	Rinuncia all'estensione della definizione di «violenza carnale»	34
3.6.2	Variante 2	35
3.6.2.1	Estensione della definizione di «violenza carnale»	35
3.6.2.2	Rinuncia ad aumentare la pena minima all'articolo 190 capoverso 1 e a ridurre la pena massima all'articolo 189 capoverso 1	36
3.6.2.3	Introduzione di una pena minima all'articolo 191	37
3.7	Articolo 192 Atti sessuali con persone ricoverate, detenute od imputate	37
3.8	Articolo 193 Sfruttamento dello stato di bisogno	37
3.9	Articolo 194 Esibizionismo	37
3.9.1	Variante 1	38
3.9.2	Variante 2	39
3.10	Articolo 197 Pornografia	40
3.10.1	Capoversi 4 e 5	40
3.10.1	Capoversi 8 e 8 ^{bis}	41
3.10.1.1	Variante 1	42
3.10.1.2	Variante 2	44
3.11	Titolo «Adescamento di fanciulli per scopi sessuali»	44
3.12	Articolo 197a Adescamento di fanciulli per scopi sessuali (grooming)	45
3.12.1	Situazione iniziale	45
3.12.1.1	Iniziativa parlamentare 18.434 (Amherd) Bregy «Rendere finalmente perseguibile l'adescamento in rete di minorenni»	45
3.12.1.2	Definizioni	45
3.12.1.3	Diritto vigente	46
3.12.2	Variante 1	47
3.12.2.1	Sistematica	47
3.12.2.2	Bene giuridico protetto	47
3.12.2.3	Autori e intenzioni	47
3.12.2.4	Applicabilità dell'articolo 187 numeri 2 e 3	48
3.12.2.5	Fattispecie oggettiva	48

3.12.2.6	Fattispecie soggettiva	49
3.12.2.7	Desistenza e tentativo in caso di preparativi	50
3.12.2.8	Comminatoria penale	50
3.12.3	Variante 2	50
3.12.4	Convenzione del Consiglio d'Europa del 25 ottobre 2007 sulla protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuali	51
3.12.5	Diritto comparato: Austria e Germania	52
3.13	Titolo della sezione «Contravvenzioni contro l'integrità sessuale»	52
3.14	Articolo 198 Molestie sessuali	52
3.14.1	Modifica del titolo marginale nel testo francese	52
3.14.2	Capoverso 1	52
3.14.3	Capoverso 2	53
3.14.3.1	Situazione iniziale	53
3.14.3.2	Variante 1	54
3.14.3.3	Variante 2	55
3.15	Titolo della sezione «Reato collettivo»	56
3.16	Articolo 200 Reato collettivo	56
3.17	Articolo 264a capoverso 1 lettera g Lesione dell'autodeterminazione sessuale Articolo 264e capoverso 1 lettera b Trattamento medico ingiustificato, lesione dell'autodetermi- nazione sessuale e della dignità umana	57
4	Diritto penale minorile del 20 giugno 2003	57
5	Codice penale militare del 13 giugno 1927	57
5.1	Coincidenza tra CPM e CP	57
5.2	Articolo 157 Abuso della posizione militare	58
6	Codice di procedura penale	59
7	Procedura penale militare del 23 marzo 1979	59
8	Rinunce a prevedere una normativa	59
8.1	Articolo 187 segg.: mantenimento della pena pecuniaria quale possibile sanzione	59
8.2	Mozione 14.3022 Rickli «Pornografia infantile. Vietare le immagini di bambini nudi»	61
8.2.1	Situazione iniziale	61
8.2.2	Difficoltà di attuazione della mozione	62
8.2.3	Cambiamento di giurisprudenza	63
8.2.4	Conclusione	64
8.3	Stealthing	64
8.4	«Soluzione del consenso»	65

9	Ripercussioni	65
9.1	Ripercussioni per la Confederazione	65
9.2	Ripercussioni per i Cantoni e i Comuni	66
10	Aspetti giuridici	66
10.1	Costituzionalità	66
10.2	Compatibilità con gli impegni internazionali della Svizzera	66
10.2.1	Impegni internazionali generali in materia di diritto penale	66
10.2.2	Convenzioni del Consiglio d'Europa	68
11	Tabella: art. 187–200 CP	69
	Bibliografia	78
	Elenco delle fonti citate	80

Rapporto

1 Genesi

1.1 Il disegno del Consiglio federale

La presente revisione del diritto in materia di reati sessuali nel Codice penale¹ (CP) e nel Codice penale militare del 13 giugno 1927² (CPM) ha una lunga storia alle spalle: dopo aver posto in consultazione, il 30 giugno 2010, l'avamprogetto di modifica del Codice penale e del Codice penale militare (diritto sanzionatorio), l'8 settembre 2010 il Consiglio federale ha indetto la consultazione sull'avamprogetto di legge federale sull'armonizzazione delle pene nel Codice penale, nel Codice penale militare e nel diritto penale accessorio³. Il 19 dicembre 2012 il Consiglio federale ha deciso di sospendere i lavori intorno al progetto di armonizzazione e di riprenderli soltanto sulla base del nuovo diritto sanzionatorio, in merito al quale aveva licenziato un messaggio⁴ il 4 aprile 2012⁵. Questo progetto è stato approvato dalle Camere nella votazione finale del 19 giugno 2015. Due modifiche del diritto penale minorile del 20 giugno 2003⁶ (DPMin) sono entrate in vigore il 1° luglio 2016, mentre quelle del Codice penale e di altre leggi sono entrate in vigore il 1° gennaio 2018⁷. I lavori relativi al progetto di armonizzazione delle norme penali sono nel frattempo proseguiti. Il 25 aprile 2018 il Consiglio federale ha adottato il relativo messaggio a destinazione dell'Assemblea federale (18.043 s Armonizzazione delle pene e adeguamento del diritto penale accessorio alla nuova disciplina delle sanzioni)⁸. Il progetto comprendeva due disegni di legge: mentre il disegno 1 proponeva soprattutto modifiche della cornice edittale, ma in parte anche modifiche materiali, il disegno 2 prevedeva adeguamenti di disposizioni del diritto penale accessorio alla nuova disciplina delle sanzioni della parte generale del Codice penale. Gli Uffici delle Camere federali hanno attribuito l'oggetto alle Commissioni degli affari giuridici per l'esame preliminare e hanno designato il Consiglio degli Stati come Camera prioritaria.

1 RS 311.0

2 RS 321.0

3 Documenti relativi alle consultazioni e rapporti sui risultati: www.admin.ch > Diritto federale > Procedure di consultazione > Procedure di consultazione concluse > 2010 > DFGP.

4 FF 2012 4181

5 www.admin.ch > Documentazione > Comunicati stampa > Comunicato stampa del 19 dicembre 2012 «Armonizzare le norme penali in base al nuovo sistema sanzionatorio».

6 RS 311.1

7 RU 2016 1249

8 FF 2018 2345

1.2

I lavori della Commissione e della sottocommissione

Il 17 e il 18 gennaio 2019 la Commissione degli affari giuridici del Consiglio degli Stati (CAG-S) si è occupata per la prima volta dell'oggetto e ha svolto alcune audizioni. Sono stati sentiti rappresentanti dei Cantoni, dei pubblici ministeri, dei giudici, degli avvocati, dell'aiuto alle vittime, dei funzionari di polizia e della dottrina universitaria. Dalle audizioni è emerso un atteggiamento globale prevalentemente critico nei confronti del progetto. È pure stato lamentato il fatto che la consultazione risalisse a parecchio tempo addietro e che in merito a talune proposte, come la riformulazione della fattispecie della violenza carnale (art. 190), non fosse mai stata svolta una consultazione. Di conseguenza, il 18 gennaio 2019 la CAG-S ha deciso di istituire una sottocommissione, composta di tre membri, incaricandola di esaminare il progetto in via preliminare all'attenzione della commissione plenaria⁹.

Della sottocommissione facevano parte i consiglieri agli Stati Jositsch (ZH, presidente), Caroni (AR) e Rieder (VS). Riunitasi in cinque occasioni, durante la seduta del 17 gennaio 2020 la sottocommissione ha presentato le sue proposte di modifica alla CAG-S ricostituita dopo il cambio di legislatura. La CAG-S ha deliberato sul progetto il 17 gennaio e l'11 febbraio 2020, mentre il Consiglio degli Stati l'ha esaminato il 9 giugno 2020. Le proposte della CAG-S e le decisioni del Consiglio degli Stati sono consultabili nei pertinenti paragrammi¹⁰.

La sottocommissione ha sottoposto alla CAG-S anche modifiche materiali da apportare al diritto penale in materia sessuale. Quest'ultimo, dopo l'adozione del messaggio, era comunque stato tematizzato sempre più anche dai media, che avevano sollevato la questione se il diritto sui reati sessuali in vigore dal 1° ottobre 1992 fosse lacunoso. D'intesa con la responsabile del Dipartimento federale di giustizia e polizia (DFGP), la CAG-S è giunta alla conclusione che il progetto di armonizzazione delle cornici edittali debba limitarsi all'adeguamento di singole norme penali e che si debba rinunciare alle modifiche materiali. Essa ha pertanto deciso di proporre alla propria Camera di scindere il disegno 1 e di incorporare le disposizioni del diritto penale in materia sessuale in un progetto separato, l'oggetto 3¹¹. Il Consiglio degli Stati ha accolto tale proposta il 9 giugno 2020 senza voti contrari¹². Secondo la CAG-S questo modo di procedere permetterà di concludere con celerità i lavori intorno al progetto vero e proprio di armonizzazione delle norme penali, di esaminare a fondo la questione della necessità di una revisione materiale e di svolgere una consultazione ordinaria.

⁹ www.parlamento.ch > Oggetto 18.043 > Comunicato stampa > Comunicato stampa CAG-S del 18 gennaio 2019.

¹⁰ www.parlamento.ch > Oggetto 18.043 > Documentazione dei Consigli > Proposte, paragrammi.

¹¹ www.parlamento.ch > Oggetto 18.043 > Comunicato stampa > Comunicato stampa CAG-S del 17 gennaio 2020.

¹² Boll. Uff. 2020 S 433

1.3

Elaborazione di un progetto per la consultazione da parte dell'Ufficio federale di giustizia

Su mandato della CAG-S l'Ufficio federale di giustizia (UFG) ha elaborato, coinvolgendo il mondo della scienza, un progetto preliminare e un rapporto, tenendo conto della discussione in seno alla sottocommissione. Vi sono state tre sedute con un'esperta e due esperti:

- la dott. iur. Nora Scheidegger, ricercatrice postdottorale presso l'Istituto Max Planck per la ricerca sulla criminalità, la sicurezza e il diritto, Friburgo in Brisgovia, e autrice della dissertazione «Das Sexualstrafrecht der Schweiz – Grundlagen und Reformbedarf» del 2018,
- il prof. dott. iur. Felix Bommer, titolare della Cattedra di diritto penale, diritto processuale penale e diritto penale internazionale presso la Facoltà di diritto dell'Università di Zurigo,
- il dott. iur. Philipp Maier, giudice presso i tribunali distrettuali di Meilen e Uster e autore della dissertazione «Die Nötigungsdelikte im neuen Sexualstrafrecht», del 1994, e, nel contesto del Basler Kommentar, Strafrecht II, 4^a ed., Basilea 2019, delle osservazioni preliminari relative all'articolo 187 e del commento agli articoli 187–193.

A una delle sedute il gruppo di lavoro ha inoltre avuto a disposizione, per domande concernenti il loro ambito di attività:

- Angela Weirich, prima procuratrice pubblica, Pubblico ministero di Basilea Campagna,
- la dott. Maggie Schauer, Klinische Psychologie & Neuropsychologie, direttrice del Kompetenzzentrum Psychotraumatologie, Università di Costanza,
- il dott. Werner Tschan, Psychiatrie + Psychotherapie FMH, Beratungszentrum Sexuelle Grenzverletzungen in professionellen Beziehungen, Istituto di psicotraumatologia, Basilea.

L'UFG ha inoltre commissionato una perizia all'Istituto svizzero di diritto comparato di Losanna. Nella perizia sono illustrate le normative vigenti in Belgio, Germania, Inghilterra & Galles, Austria e Svezia per quanto riguarda gli abusi sessuali contro la volontà o senza il consenso della vittima, senza l'uso di violenza o minacce. La perizia ragguaglia inoltre sulla punibilità del cosiddetto «stealththing» nei Paesi menzionati¹³.

Su richiesta della CAG-S, per alcune disposizioni l'UFG ha elaborato due varianti. Di regola la prima variante è relativamente vicina al diritto vigente, mentre la seconda prevede innovazioni più incisive.

¹³ www.bj.admin.ch > Pubblicazioni & servizi > Rapporti, perizie e decisioni > Rapporti e perizie > Gutachten des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung vom 31. Mai 2020 über die rechtliche Einordnung sexueller Übergriffe ohne Einverständnis in Belgien, Deutschland, England & Wales, Österreich, Schweden (disponibile soltanto in ted.).

La CAG-S ha rinunciato volutamente a discutere già ora il progetto nei dettagli, al fine di poter svolgere la consultazione nel modo più ampio possibile e senza restringere il campo dei possibili risultati. In occasione della seduta del 28 e 29 gennaio 2021 ha deciso di porre in consultazione il progetto preliminare e il rapporto esplicativo con due varianti per alcune disposizioni. Ha altresì rinunciato a pronunciarsi già a favore di una delle varianti o a inserirne altre nel progetto per la consultazione.

2 Punti essenziali del progetto

2.1 La nuova normativa proposta

Il progetto non si prefigge di reimpostare dalle fondamenta il diritto penale in materia sessuale, né nel CP né nel CPM. Si tratta soltanto di apportare modifiche puntuali. Qui di seguito si espongono i cambiamenti essenziali proposti per il Codice penale¹⁴:

- a proposito degli atti sessuali compiuti con fanciulli (art. 187) si propone di introdurre una pena detentiva minima di un anno per i casi in cui la vittima non ha ancora compiuto i dodici anni. Nel contempo si introduce un trattamento privilegiato per i «casi poco gravi» (variante 2);
- per gli atti sessuali compiuti con fanciulli (art. 187 n. 3), gli atti sessuali compiuti con persone dipendenti (art. 188 n. 2) e lo sfruttamento dello stato di bisogno (art. 193 cpv. 2), sarà soppresso il trattamento privilegiato dell'autore dovuto al fatto che la vittima abbia contratto successivamente matrimonio o un'unione domestica registrata con il colpevole;
- con l'articolo 187a si propone una nuova fattispecie di base applicabile quando nessuna delle fattispecie specifiche (art. 188–193) è adempiuta e non sussistono soltanto molestie sessuali propriamente dette. Segnatamente la nuova disposizione si applica:
 - se l'autore compie un atto sessuale con la vittima o glielo fa compiere ignorando intenzionalmente (o con dolo eventuale) la volontà espressa verbalmente e/o non verbalmente dalla vittima stessa e senza forzarla; oppure
 - se l'autore compie inaspettatamente con la vittima un atto sessuale che va oltre l'intensità di una molestia sessuale; oppure
 - se l'autore, nell'esercizio di un'attività nel settore sanitario, compie un atto sessuale con una persona o glielo fa compiere sfruttando il suo errore sulla natura dell'atto;
- la definizione della «violenza carnale» sarà estesa in modo tale che non sia considerata atto sessuale forzato soltanto la congiunzione carnale e che la

¹⁴ Con le relative ripercussioni sul DPMIn, per cui cfr. n. 5.

fattispecie comprenda anche vittime di sesso maschile (art. 190 cpv. 1, variante 2);

- in caso di esibizionismo sarà possibile infliggere soltanto una multa anziché una pena pecuniaria (art. 194);
- gli oggetti e le rappresentazioni pornografici che vertono su atti sessuali con l'uso di violenza tra adulti non saranno più considerati pornografia dura (art. 197 cpv. 4 e 5);
- nell'ambito della pornografia (art. 197 cpv. 8 e 8^{bis}) sarà estesa l'impunità delle persone che fabbricano, possiedono o consumano fotografie o filmati pornografici raffiguranti minorenni oppure li trasmettono alla persona raffigurata. L'impunità è subordinata al fatto che la persona raffigurata abbia dato il proprio consenso, la persona che fabbrica le fotografie o i filmati non dia o prometta in cambio alcuna remunerazione e la differenza d'età tra le persone coinvolte non ecceda i tre anni.

Saranno esenti da pena anche i minorenni che fabbricano, possiedono o consumano fotografie o filmati pornografici che li raffigurano e che, a determinate condizioni, li trasmettono;

- con l'articolo 197a viene proposta una nuova fattispecie che rende espressamente perseguibile l'adescamento in rete in senso stretto (v. iniziativa parlamentare 18.434 [Amherd] Bregy «Rendere finalmente perseguibile l'adescamento in rete di minorenni», variante 1);¹⁵
- potrà ora essere punito, in virtù dell'articolo 198, anche chi molesta sessualmente una persona mediante immagini; e
- si propone infine che l'autore di molestie sessuali possa essere perseguito d'ufficio se la vittima è un minore di dodici anni (art. 198 cpv. 2, variante 1).

Una parte di queste modifiche è proposta come una variante di due.

Altre modifiche avranno ripercussioni solo minime nella prassi o non ne avranno affatto, ad esempio l'aggiunta del concetto di «compiere» quale comportamento costringitivo nella coazione sessuale e nella violenza carnale oppure la modifica del titolo marginale (nella versione tedesca) e lo stralcio dell'espressione «conoscendone e sfruttandone lo stato» all'articolo 191 (Atti sessuali con persone incapaci di discernimento o inette a resistere).

Contrariamente al disegno del Consiglio federale, negli articoli 187 e seguenti la pena pecuniaria quale possibile sanzione non sarà soppressa ma mantenuta. Si rinuncerà pure a introdurre una fattispecie specifica relativa alle immagini di bambini nudi (v. mozione 14.3022 Rickli «Pornografia infantile. Vietare le immagini di bambini nudi»)¹⁶.

¹⁵ www.parlamento.ch > Oggetto 18.434.

¹⁶ www.parlamento.ch > Oggetto 14.3022.

2.2

Modifiche redazionali nel testo di legge francese

A suo tempo la Commissione parlamentare di redazione ha rinunciato a prescrivere, per i *testi di legge in francese*, l'uso di formulazioni non sessiste o dello sdoppiamento al posto del cosiddetto maschile generico (uso della forma maschile per designare entrambi i sessi) ritenendo che la soluzione «creativa» potesse essere applicata «facilmente in tedesco, meno invece in francese»¹⁷. Essa ha nondimeno invitato il legislatore a evitare le forme maschili e a utilizzare per quanto possibile un linguaggio non sessista. Per tale motivo, nel testo francese – come già nei disegni 1 e 2 del progetto «Armonizzazione delle pene e adeguamento del diritto penale accessorio alla nuova disciplina delle sanzioni»¹⁸ – si propone di sostituire «celui qui» (colui che) con il termine neutro «quiconque» («chiunque»). Inoltre, il tempo futuro è sostituito con il presente. Questo cambiamento si giustifica per il fatto che il presente permette di definire meglio le fattispecie penali. In questo modo il testo francese viene a corrispondere ai testi italiano e tedesco, che pure usano il tempo presente.

Nel commento qui appresso si rinuncia a spiegare queste modifiche nel dettaglio.

3

Commento alle singole disposizioni del Codice penale

3.1

Disposizioni generali (elenchi dei reati)

Art. 5 cpv. 1 lett. a Reati commessi all'estero su minorenni

Nel testo tedesco è inserito il nuovo titolo marginale dell'articolo 191: «Missbrauch einer urteilsunfähigen oder zum Widerstand unfähigen Person», rimasto invariato in italiano e tedesco.

Art. 66a cpv. 1 lett. h Espulsione obbligatoria

Nel testo tedesco è inserito il nuovo titolo marginale dell'articolo 191.

Variante 1

Le modifiche previste nella variante 1 dell'articolo 187 non si ripercuotono sulla presente disposizione.

Variante 2

Le modifiche materiali proposte nella variante 2 dell'articolo 187 devono essere attuate nell'elenco dei reati relativo all'espulsione obbligatoria. Nella lettera h è aggiunto l'articolo 187 numero 1^{bis}.

¹⁷ FF **1993** I 85, in particolare 88.

¹⁸ FF **2018** 2345, in particolare 2363 seg.

Si rinuncia tuttavia ad aggiungere anche l'articolo 187 numero 1^{ter} (casi poco gravi di atti sessuali con fanciulli), l'articolo 187a (Aggressione sessuale) e l'articolo 197a (Adescamento di fanciulli per scopi sessuali): l'articolo 121 capoverso 3 lettera a della Costituzione federale (Cost.)¹⁹ prevede l'espulsione obbligatoria soltanto per violenza carnale o per un altro *grave* reato sessuale. Conformandosi a questa premessa, nella lettera h il legislatore ha inserito unicamente crimini (art. 10 cpv. 2). Gli articoli 187 numero 1^{ter}, 187a e 197a contemplano invece delitti (art. 10 cpv. 3). Una condanna per un caso poco grave di atti sessuali con fanciulli, per un'aggressione sessuale o per l'adescamento di fanciulli per scopi sessuali può tuttavia portare a un'espulsione non obbligatoria secondo l'articolo 66a^{bis}.

Art. 67 cpv. 3 lett. b e c, 4 lett. a e 4^{bis} lett. a Interdizione di esercitare un'attività

Le modifiche materiali devono essere attuate nei tre elenchi dei reati relativi all'interdizione di esercitare un'attività:

- l'articolo 187a è inserito negli elenchi dell'articolo 67 capoversi 3 lettera c e 4 lettera a;
- nel testo tedesco è inserito in tutti e tre gli elenchi il titolo marginale modificato dell'articolo 191;
- l'articolo 192 capoverso 1 è stralciato dagli elenchi dell'articolo 67 capoversi 3 lettera c e 4 lettera a in quanto si propone di abrogarlo;
- negli elenchi dell'articolo 67 capoversi 3 lettera c e 4 lettera a viene adeguato il titolo marginale dell'articolo 193;
- l'articolo 197a è inserito nell'elenco dell'articolo 67 capoverso 3 lettera b;
- negli elenchi dell'articolo 67 capoversi 3 lettera c e 4 lettera a del testo francese viene adeguato il titolo marginale dell'articolo 198.

Art. 97 cpv. 2 Prescrizione dell'azione penale

L'articolo 187a è inserito nell'elenco relativo alla prescrizione dell'azione penale. Si coglie inoltre l'occasione per correggere una svista sul piano legislativo: nell'ambito dei dibattiti sull'imprescrittibilità dei reati sessuali e di pornografia commessi su fanciulli impuberi, il Parlamento – contrariamente al disegno del Consiglio federale – ha inserito gli articoli 192 capoverso 1 e 193 capoverso 1 nell'elenco dell'articolo 101 capoverso 1 lettera e, omettendo però di adeguare allo stesso modo l'articolo 197 capoverso 2. Rifacendosi alla dottrina prevalente, il Consiglio federale vi aveva rinunciato ritenendo che le due disposizioni penali fossero assorbite dall'articolo 187²⁰. Per coerenza le due disposizioni vanno ora introdotte nell'elenco, fermo restando che con il presente progetto l'articolo 192 sarà abrogato.

¹⁹ RS **101**

²⁰ FF **2011** 5393, in particolare 5414.

Art. 101 cpv. 1 lett. e Imprescrittibilità

Da un lato, nel testo tedesco si inserisce nell'elenco dei reati il nuovo titolo marginale dell'articolo 191 e in tutte le versioni linguistiche il nuovo titolo marginale dell'articolo 193. Dall'altro, si stralcia dall'elenco l'articolo 192 capoverso 1 e vi si inserisce l'articolo 187a (cfr. commento all'art. 97 cpv. 2).

Variante 1

Le modifiche previste nella variante 1 dell'articolo 187 non si ripercuotono sulla presente disposizione.

Variante 2

Le modifiche proposte nella variante 2 dell'articolo 187 implicano che l'articolo 187 numeri 1^{bis} e 1^{ter} sia accolto nell'elenco.

3.2 Articolo 187 Atti sessuali con fanciulli

3.2.1 Variante 1

Nella variante 1 si propongono modifiche da apportare ai numeri 1 e 3.

Nel numero 1 terzo comma dei testi tedesco e francese si procede a un adeguamento redazionale riprendendo l'articolo 156 numero 1 terzo comma CPM.

Nel vigente numero 3 si stabilisce che l'autorità competente può prescindere dal procedimento penale, dal rinvio a giudizio o dalla punizione se la vittima ha contratto matrimonio o un'unione domestica registrata con l'autore. Questo trattamento privilegiato va stralciato in quanto comporta un pregiudizio per gli autori non coniugati. Sulla base di questa normativa, la vittima potrebbe inoltre sentirsi costretta a contrarre matrimonio o un'unione domestica registrata, il che andrebbe evitato. Tuttavia un matrimonio, una convivenza o una relazione amorosa in generale potrebbero essere considerati «circostanze particolari» e quindi far sì che si prescinda dal procedimento penale, dal rinvio a giudizio o dalla punizione – ma soltanto se il colpevole, al momento dell'atto o del primo atto, non aveva ancora compiuto vent'anni.

Nella variante 1 si rinuncia a introdurre una pena detentiva minima di un anno se il fanciullo non ha ancora compiuto i dodici anni (v. variante 2 qui appresso). Una simile pena minima non è necessaria poiché una pena detentiva di oltre un anno può essere pronunciata anche con la cornice edittale vigente. Senza una pena minima il giudice ha a disposizione un margine di manovra più ampio. Sarebbe contraddittorio introdurre da un lato una pena minima e prevedere dall'altro una deroga per i «casi poco gravi». Non si ravvisa alcun valore aggiunto in una simile regolamentazione.

Inoltre, nel raffronto con altre fattispecie che prevedono imperativamente una pena detentiva minima di un anno – ad esempio l'omicidio passionale (art. 113) e la violenza carnale (art. 190) – la pena minima secondo la variante 2 non appare adeguata.

A proposito della pena detentiva massima di cinque anni comminata nell'articolo 187 numero 1 va osservato quanto segue: tra l'articolo 187 e gli articoli 189 e 190 (rispettivamente, coazione sessuale e violenza carnale), come pure – secondo la giurisprudenza del Tribunale federale – tra l'articolo 187 e l'articolo 191 (Atti sessuali con persone incapaci di discernimento o inette a resistere) sussiste un concorso ideale in quanto tali disposizioni proteggono beni giuridici diversi. Ciò significa che nei casi in cui un atto sessuale compiuto con fanciulli costituisce contemporaneamente una coazione sessuale, una violenza carnale o un atto sessuale con persone incapaci di discernimento o inette a resistere tali disposizioni si applicano congiuntamente all'articolo 187²¹. Secondo l'articolo 49 capoverso 1 (Concorso di reati), per la fattispecie di base può quindi essere inflitta una pena detentiva massima di 15 anni. In caso di violenza carnale, vista la pertinente cornice edittale, è inoltre prevista una pena detentiva minima di un anno. Se la vittima non è stata costretta dall'autore e non vi sono stati nemmeno atti sessuali con persone incapaci di discernimento o inette a resistere, è sufficiente l'attuale pena detentiva massima di cinque anni. Date queste premesse, non appare necessario attuare l'iniziativa parlamentare 03.424 Abate «Atti sessuali con fanciulli. Inasprimento della pena prevista dall'articolo 187 CP»²², secondo cui nell'articolo 187 numero 1 occorre aumentare la pena massima a una pena detentiva di dieci anni.

3.2.2 Variante 2

Anche nella variante 2 si procede, nel numero 1, a un adeguamento redazionale dei testi tedesco e francese e si stralcia, nel numero 3, il trattamento privilegiato se la vittima ha contratto matrimonio o un'unione domestica registrata con l'autore.

Nel nuovo numero 1^{bis} si introduce una *pena detentiva minima* di un anno per i casi in cui l'autore *compie* un atto sessuale con un fanciullo che non ha ancora compiuto i 12 anni o lo *induce* a compiere un simile atto *con un terzo o con un animale*. L'introduzione di una pena minima corrisponde a una richiesta dell'iniziativa parlamentare 16.408 Jositsch «Pene minime per atti sessuali con minori di 16 anni», a cui le Commissioni degli affari giuridici di entrambe le Camere hanno dato seguito²³.

Introducendo una pena minima si intende esprimere il fatto che un autore che abusa sessualmente di un fanciullo così piccolo compie un atto particolarmente riprovevole. L'ingiustizia dell'atto è di norma tanto più elevata quanto la vittima è più giovane.

L'articolo 187 numero 1 comprende tre varianti di fattispecie:

²¹ Maier Philipp, 2019, art. 187 n. 57, art. 189 n. 82 e art. 191 n. 19.

²² www.parlamento.ch > Oggetto 03.424. La CAG-N ha dato seguito all'Iv. Pa. il 22 settembre 2004.

²³ www.parlamento.ch > Oggetto 16.408. La CAG-S ha dato seguito all'Iv. Pa. il 30 agosto 2016 e la CAG-N ha aderito a tale decisione il 6 aprile 2017.

-
- nel *compiere* un atto sessuale con un fanciullo deve prodursi un *contatto fisico tra l'autore e la vittima*, tale che l'autore tocchi il fanciullo o il fanciullo tocchi l'autore²⁴;
 - nell'*indurre* a compiere un atto sessuale non si produce invece alcun contatto fisico tra autore e vittima. Sono presi in considerazione unicamente gli atti che il fanciullo compie sul proprio corpo, sul corpo di un terzo o con un animale²⁵;
 - nemmeno nel *coinvolgere* in un atto sessuale si produce un contatto fisico tra *autore e vittima*. In questa variante di fattispecie il fanciullo è coinvolto in un atto sessuale in quanto *spettatore*²⁶.

La pena minima si applicherà alle seguenti varianti di fattispecie dell'articolo 187 numero 1:

- l'autore *compie* un atto sessuale con il fanciullo; oppure
- l'autore *induce* il fanciullo a compiere un atto sessuale *con un terzo o con un animale*.

Questi atti giustificano una pena minima tenuto conto della portata dell'ingiustizia che implicano.

Il fatto di *indurre* a compiere un atto sessuale *sul proprio corpo* non giustifica invece una simile pena minima. Secondo il Tribunale federale²⁷, il fatto di sollecitare il fanciullo a masturbarsi, se il fanciullo lo fa, corrisponde a indurre a compiere un atto sessuale su sé stessi. La *presenza dell'autore* in quest'atto *non è necessaria*. Una pena detentiva minima di un anno sarebbe eccessiva in una simile costellazione. Quest'ultima non rientra pertanto nel numero 1^{bis} ma è contemplata nel numero 1 o 1^{ter}.

Non si prevede inoltre una pena minima per la variante di reato in cui l'autore *coinvolge* la vittima in un atto sessuale. In quanto spettatore, il fanciullo è molto meno esposto al pericolo di subire un pregiudizio nel suo sviluppo normale rispetto alla situazione in cui subisce l'atto fisicamente.

Contemporaneamente alla pena minima si intende introdurre un *trattamento privilegiato per i «casi poco gravi»* (n. 1^{ter}). Considerare i «casi poco gravi» è indicato segnatamente in quanto l'articolo 187 numero 1 comprende atti sessuali d'intensità molto differenziata: dalla congiunzione carnale alla penetrazione orale e anale, fino ad atti molto meno gravi come il fatto di stringere in modo relativamente forte il sedere nudo di un fanciullo.

Per evitare in casi poco gravi di dover pronunciare sanzioni eccessive a causa delle pene minime, nella prassi le autorità penali interpretano talvolta le nozioni giuridiche indeterminate in modo più restrittivo. Se nel presente caso non si prevede un

²⁴ Maier Philipp, 2019, art. 187 n. 10.

²⁵ Maier Philipp, 2019, art. 187 n. 13.

²⁶ Maier Philipp, 2019, art. 187 n. 17.

²⁷ Sentenza del Tribunale federale 6B_702/2009 dell'8 gennaio 2010, consid. 7.4.

trattamento privilegiato, potrebbe accadere che le autorità penali definiscano in modo più restrittivo la nozione dell'atto sessuale punibile secondo l'articolo 187. Ne conseguirebbe che nella fascia più bassa degli atti attualmente punibili si avrebbero meno condanne. È quanto si vuole evitare prevedendo i «casi poco gravi».

La *statistica delle sentenze penali* degli ultimi anni mostra che nell'80 per cento circa delle condanne di adulti sono state inflitte, in virtù dell'articolo 187 numero 1, esclusivamente *pene inferiori ai 12 mesi*, fermo restando che l'età delle vittime non emerge dalla statistica. Queste pene ridotte sono riconducibili a circostanze poco gravi oppure all'applicazione di attenuanti (tentativo, scemata imputabilità, complicità).

I «casi poco gravi» sono disciplinati nel numero 1^{ter} e si riferiscono – come si evince dalla sistematica – a *tutti* i gruppi di età. Potrebbe sembrare strano se si prevedessero «casi poco gravi» solo per gli atti più gravi (con vittime sotto i 12 anni): occorre infatti partire dal presupposto che in linea di massima i casi «poco gravi» siano piuttosto quelli che coinvolgono vittime d'età superiore. La pena comminata nei «casi poco gravi» è una pena detentiva sino a tre anni o una pena pecuniaria.

3.3 Titolo «Offese alla libertà ed all'onore sessuali»

Nel secondo titolo «Offese alla libertà ed all'onore sessuali», nel quale rientrano i vigenti articoli 189–194 e in futuro, eventualmente, gli articoli 187a (Aggressione sessuale) e 188 (Atti sessuali con persone dipendenti), si propone di stralciare il concetto di «onore». Al giorno d'oggi l'onore sessuale, considerato accanto alla libertà sessuale, non riveste più alcun significato autonomo²⁸.

Visto che protegge l'autodeterminazione sessuale, dal punto di vista sistematico il proposto articolo 187a va inserito nel secondo titolo. In quanto disciplina la fattispecie di base, va collocato prima dell'articolo 188. Ne consegue che l'articolo 188 non rientra più nel primo titolo «Esposizione a pericolo dello sviluppo di minorenni», ma figura pure sotto il secondo titolo «Offese alla libertà (ed all'onore) sessuale». In definitiva ciò corrisponde alla dottrina prevalente, che parte dall'idea che la fattispecie non debba proteggere in primo luogo lo sviluppo sessuale impregiudicato bensì il *diritto all'autodeterminazione sessuale* dei giovani²⁹.

²⁸ Maier Philipp, 1994, pag. 255 seg.; Jenny Guido/Schubarth Martin/Albrecht Peter, 1997, art. 189 n. 1.

²⁹ Maier Philipp, 2019, art. 188 n. 1 con ulteriori rimandi.

3.4

Articolo 187a Aggressione sessuale

3.4.1

Situazione iniziale: diritto vigente e giurisprudenza relativa alla coazione sessuale e alla violenza carnale

Secondo il tenore della legge e la giurisprudenza del Tribunale federale, il solo fatto che l'autore agisca contro la volontà della vittima non è sufficiente per far ritenere adempiuta la fattispecie della coazione sessuale o della violenza carnale. La Corte suprema ha spiegato che la coazione sessuale non è configurata da qualsiasi costrizione o comportamento causale che porti al compimento dell'atto sulla cui base si giunga a un rapporto sessuale indesiderato o a un atto analogo alla congiunzione carnale o a un altro atto sessuale. Una pressione o coazione insufficiente ai sensi degli articoli 189 e 190 sussiste ad esempio se un uomo minaccia una donna di non parlarle più, di andare in vacanza da solo o di tradirla se si rifiuta di compiere gli atti sessuali richiesti. Sebbene anche queste conseguenze prospettate espungano la vittima a una pressione psicologica, esse non raggiungono l'intensità necessaria per i reati di violenza sessuale³⁰. Di regola lo sfruttamento di rapporti generali di dipendenza o di amicizia non è di per sé sufficiente a configurare pressioni psicologiche rilevanti ai sensi dell'articolo 189 (o dell'articolo 190)³¹.

È richiesto un atto di coazione: l'autore deve costringere la vittima a compiere o subire un atto sessuale, segnatamente usando minaccia o violenza, esercitando pressioni psicologiche su di lei o rendendola inetta a resistere. Il Tribunale federale non pone molto in alto l'asticella oltre la quale conferma il sussistere di una coazione. In relazione all'uso della violenza ha affermato che, a seconda delle circostanze, può già essere sufficiente un impiego di forza relativamente esiguo; è tuttavia necessario che per la vittima, date le circostanze e considerate le sue condizioni personali, non sia stato possibile, e nemmeno ragionevolmente esigibile, sottrarsi all'atto compiuto dall'autore³².

Una violazione dell'autodeterminazione sessuale contro o senza la volontà della vittima nell'ambito della quale la vittima non è costretta (art. 189 e 190), non vengono sfruttati né una dipendenza né lo stato di bisogno (art. 188, 192 e 193) e la vittima non è nemmeno incapace di discernimento o inetta a resistere (art. 191) può essere punita attualmente in virtù dell'articolo 198 secondo comma, prima variante di reato, come molestie sessuali mediante vie di fatto se l'autore compie l'atto sessuale sulla vittima. Non vi sono quindi *lacune nella repressione del reato*. Tuttavia l'articolo 198 concerne un reato perseguibile a querela di parte e una contravvenzione, di modo che la sanzione consiste unicamente nella multa. È opportuno chiedersi se ciò sia adeguato – in particolare nei casi in cui si tratta di un atto sessuale intenso come la congiunzione carnale o un altro atto sessuale che implichi una penetrazione nel corpo della vittima³³. Inoltre, a seconda dei casi la punizione del colpevole potrebbe

³⁰ DTF 131 IV 167 consid. 3.1.

³¹ DTF 131 IV 107 consid. 2.2.

³² Sentenza del Tribunale federale 6B_674/2011 del 13 febbraio 2012, consid. 3.

³³ Sentenza del Tribunale federale 6B_436/2010 del 6 dicembre 2010; sentenza del Tribunale federale 6B_630/2014 del 20 gennaio 2015.

venir meno per il fatto che la querela non sia stata sporta per tempo o che il reato sia caduto in prescrizione.

3.4.2 Argomenti favorevoli a una riforma

Nel novembre 2019 Amnesty International ha presentato alla responsabile del DFGP una petizione intitolata «Giustizia per le vittime di violenza sessuale», con la quale chiedeva fra l'altro di modificare il Codice penale in modo tale che tutti gli atti sessuali compiuti senza consenso possano essere puniti adeguatamente (soluzione «Solo se ha detto "Sì"!»). La petizione è stata firmata da 37 organizzazioni e quasi 37 000 persone³⁴.

Alla petizione di Amnesty International hanno aderito 22 professori di diritto penale, i quali hanno dichiarato che gli atti sessuali non consensuali dovrebbero poter essere puniti indipendentemente dal genere della vittima e che segnatamente il rapporto sessuale senza consenso dovrebbe essere punito come violenza carnale. La riforma da essi sostenuta, hanno affermato, lascia del tutto impregiudicata la presunzione d'innocenza e non comporta alcuna inversione dell'onere della prova³⁵.

Nel giugno 2020, infine, Amnesty International e più di altre 50 organizzazioni e 130 personalità del mondo della giustizia, della politica e della cultura hanno lanciato l'appello nazionale «per un diritto penale in materia di reati contro l'integrità sessuale al passo con i tempi», invitando a procedere rapidamente a una riforma di legge esaustiva in Svizzera che garantisca una migliore protezione dalla violenza sessuale.

I promotori dell'appello hanno spiegato che oggi la fattispecie penale della violenza carnale è fondata su un reato sessuale stereotipato che non corrisponde alla realtà di un'aggressione sessuale. Con questo reato stereotipato si parte dall'idea che l'aggressore sia una persona sconosciuta che aggredisce violentemente la vittima e lascia delle tracce. La vittima stereotipica si difende, presenta tracce di ferite e sporge immediatamente denuncia. La realtà è diversa: nella maggior parte dei casi la vittima conosce il proprio aggressore e le due persone sono legate da un rapporto di fiducia. Quindi le aggressioni avvengono in momenti inizialmente innocenti. Inoltre, la reazione naturale delle vittime è uno stato di choc o una paralisi (il cosiddetto «freezing»). Solo in rari casi la donna oppone resistenza fisica. Il diritto vigente, che presuppone un mezzo di coazione, non rispecchia la realtà della maggior parte delle aggressioni. La maggior parte degli autori non ha bisogno di ricorrere alla forza poiché approfitta dello stato d'ansia della vittima e del loro rapporto di fiducia.

Nell'appello si evidenzia inoltre che la riforma proposta non porterà a un'inversione dell'onere della prova. La presunzione d'innocenza non sarà messa in discussione. Spetterà sempre al pubblico ministero dimostrare che l'accusato ha agito senza il consenso della vittima. E il principio secondo cui ogni persona è ritenuta innocente

³⁴ stopp-sexuelle-gewalt.amnesty.ch.

³⁵ «Übergriffe angemessen bestrafen», Der Bund del 3 giugno 2019.

fintanto che lo Stato non possa dimostrarne la colpevolezza rimarrà immutato. Se sussistono dubbi sullo svolgimento dei fatti, l'accusato sarà assolto. La riforma mira unicamente a far sì che il giudice possa pronunciare una pena adeguata quando ritiene che l'accusato abbia agito senza tener conto della volontà della vittima. Attualmente non è sempre il caso³⁶.

Lo stato di choc menzionato sopra è chiamato «freeze / freezing» o «immobilità tonica». In merito la letteratura specializzata spiega quanto segue: nelle situazioni di minaccia siamo dapprima ben preparati, dal punto di vista biologico, a difenderci («fight») o a fuggire («flight»). Tuttavia, se nessuna delle due reazioni è possibile o promette un esito positivo, ci rimangono sempre le possibilità di fingersi morti e irrigidirsi («freeze») e di uscire interiormente dalla situazione (dissociazione peritraumatica). Il concetto di «freeze» significa raggelarsi in una reazione di paralisi. Un afflusso di endorfine conduce a questa «assenza spirituale» e alla neutralizzazione di un'acuta paura della morte. Al «freeze» si aggiunge anche la frammentazione. L'esperienza viene frammentata e i frammenti vengono spinti via in modo tale che l'evento esteriore non può più essere percepito nella sua integralità o non può più essere ricordato³⁷.

In uno studio svedese del 2017 l'immobilità tonica (TI) negli esseri umani è definita come uno stato involontario e transitorio di limitazione motoria quale reazione a situazioni associate a una forte paura («In humans, TI has been described as an involuntary, temporary state of motor inhibition in response to situations involving intense fear»). Per lo studio sono state intervistate 298 donne che nel giro di un mese dopo l'aggressione si sono rivolte a una clinica di pronto soccorso di Stoccolma specializzata nella cura di donne stuprate. Il 70 per cento delle donne intervistate ha affermato di aver vissuto una significativa immobilità tonica durante l'aggressione, mentre il 48 per cento ha dichiarato di aver subito un'immobilità tonica estrema («Of the 298 women, 70% reported significant tonic immobility and 48% reported extreme tonic immobility during the assault»)³⁸.

3.4.3 Argomenti contrari a una riforma

Vi sono tuttavia anche gli oppositori a una revisione in questo senso. Infatti, 32 avvocati penalisti hanno espresso critiche³⁹. Ritengono che la revisione sollecitata non sia necessaria e che con la stessa si invertirebbe anzi l'onere della prova e si violerebbe il principio della presunzione d'innocenza.

Una delle firmatarie, la penalista Tanja Knodel, ha dichiarato che per comminare una pena in caso di violenza carnale non è affatto sufficiente addurre plausibilmente il proferimento di un «no». Dal suo punto di vista, la coazione deve quindi imperati-

³⁶ www.stopp-sexuelle-gewalt.ch.

³⁷ Beckrath-Wilking Ulrike/Biberacher Marlene/Dittmar Volker/Wolf-Schmid Regina, 2013, pag. 53.

³⁸ Möller Anna/Söndergaard Hans Peter/Helström Lotti, 2017, pagg. 932–938.

³⁹ «Professorale Fake News zum Sexualstrafrecht», TagesAnzeiger del 22 giugno 2019.

vamente essere presente nella fattispecie penale della violenza carnale o della coazione sessuale. Se la potenziale vittima deve descrivere la coazione, è possibile cercare criteri di realistica. Se fosse sufficiente un semplice «no» per adempiere la fattispecie, ciò sarebbe impossibile. In questo modo si smonterebbero le possibilità di difendere gli accusati⁴⁰.

Secondo Tanja Knodel, inoltre, «un no è un no» anche nel vigente diritto penale in materia sessuale. La modifica proposta nelle discussioni in corso non è necessaria e suscita speranze vane. Il sesso deve essere consensuale; se non lo è, si è in presenza di un reato. Il sesso non consensuale implica sempre una forma di coazione; ciò è inevitabile. Se un partner sessuale dice «no» e l'altro consuma tuttavia l'atto sessuale, allora si supera un limite mediante l'uso della violenza o di pressioni psicologiche. La coazione può consistere nel trattenere il partner o anche in esternazioni verbali; ad ogni modo, una persona ignora la volontà dell'altra e non rispetta il suo «no», in una forma o nell'altra. Tra il dire «no» e l'atto sessuale comunque compiuto accade qualcosa⁴¹.

Altri due firmatari, Laura Jetzer e Diego R. Gfeller, hanno fra l'altro evidenziato che la riforma suscita speranze vane. Una legge non modifica affatto le difficoltà legate alla prova di colpevolezza in simili procedimenti penali. Le vittime non sarebbero protette meglio dalle aggressioni sessuali e non potrebbero nemmeno sperare in un numero maggiore di condanne. Anche in futuro, nell'ambito degli interrogatori, dovrebbero accettare di dover rispondere alla domanda su quanto accaduto dopo aver detto «no»⁴².

La riforma è respinta anche dall'ex giudice federale Hans Wiprächtiger che, riassumendo, ha affermato che una protezione paternalistica da parte dello Stato per persone sane, adulte e capaci di autodeterminarsi non è necessaria. Occorre del resto temere che in futuro l'accusato di un delitto sessuale debba dimostrare la propria innocenza, il che andrebbe contro ogni principio dello Stato di diritto. Una siffatta estensione del diritto penale comporterebbe molte sentenze sbagliate e va pertanto respinta⁴³.

3.4.4 Possibile attuazione

All'inizio dei lavori l'attenzione era posta sull'elaborazione di una disposizione che riprendesse la richiesta della petizione di Amnesty International e dell'appello nazionale «per un diritto penale in materia di reati contro l'integrità sessuale al passo con i tempi». Nel corso dei lavori è emersa l'eventuale necessità di agire quanto agli atti

⁴⁰ Knodel Tanja/Scheidegger Nora, 2019, pag. 6 segg.

⁴¹ «Wollen die Anwälte, dass Vergewaltiger ohne Strafe bleiben?», Republik, 12 luglio 2019.

⁴² Commento ospite di Laura Jetzer e Diego R. Gfeller, «Die Revision weckt falsche Erwartungen», Neue Zürcher Zeitung del 31 gennaio 2020.

⁴³ Wiprächtiger Hans, 2020, pag. 924 segg.

sessuali compiuti inaspettatamente e alle costellazioni in cui l'autore sfrutta l'errore della vittima sulla natura dell'atto⁴⁴.

Se il CP dovesse essere riveduto così come richiesto, la regolamentazione potrebbe avere l'assetto illustrato qui appresso. La nuova disposizione, in quanto contiene la fattispecie di base, andrebbe collocata prima dell'articolo 188 (Atti sessuali con persone dipendenti). Il titolo marginale sarebbe «Aggressione sessuale».

3.4.4.1 Bene giuridico protetto

L'articolo 187a protegge l'*autodeterminazione sessuale*.

3.4.4.2 Capoverso 1, prima variante di reato: agire «contro la volontà di una persona»

La nuova disposizione costituisce una fattispecie di base che comprende fondamentalmente le aggressioni sessuali in cui l'autore non costringe la vittima (art. 189 e 190), non sfrutta una dipendenza o lo stato di bisogno (art. 188, 192 e 193) e non abusa della vittima ai sensi dell'articolo 191 (Atti sessuali con persone incapaci di discernimento o inette a resistere). *Non sono invece contemplate* le aggressioni *poco rilevanti*: in quanto *molestie sessuali mediante vie di fatto*, continuano a rientrare nell'articolo 198 secondo comma, prima variante di reato. Con la nuova disposizione il campo d'applicazione dell'articolo 198 secondo comma, prima variante di reato, viene fortemente limitato e si svilupperà e consoliderà una nuova giurisprudenza.

Il capoverso 1, prima variante di reato, contempla segnatamente le costellazioni in cui si ritiene provato che l'autore abbia compiuto un atto sessuale sulla vittima ignorando intenzionalmente (o con dolo eventuale) la volontà espressa verbalmente e/o non verbalmente dalla vittima stessa ma *non l'abbia costretta ai sensi degli articoli 189 e/o 190*. In simili casi è pronunciato oggi l'abbandono del procedimento o il proscioglimento dall'accusa di coazione sessuale e/o di violenza carnale⁴⁵.

Un rifiuto non verbale può ad esempio essere espresso piangendo, scostandosi o scuotendo la testa.

Può rientrarvi anche una costellazione in cui sono negati la dipendenza, lo stato di bisogno e l'incapacità a resistere e che quindi non porta a una condanna fondata sugli articoli 188, 191, 192 (Atti sessuali con persone ricoverate, detenute od imputate) o 193 (Sfruttamento dello stato di bisogno).

⁴⁴ In merito al cosiddetto «stealththing» cfr. n. 8.3.

⁴⁵ V. anche Scheidegger Nora/Lavoyer Agota/Stalder Tamara, 2020, pag. 57 segg.; sentenza del Tribunale federale 6B_912/2009 del 22 febbraio 2010.

Visto che la sua idea di fondo consiste nel proteggere la *volontà contraria*, la nuova disposizione sarà verosimilmente applicata soprattutto nel caso di vittime che hanno *raggiunto la maggiore età sessuale*. Si può presumere che per le vittime più giovani rimangano di regola prioritarie le fattispecie degli articoli 189–191 (in combinato disposto con l’articolo 187) o che venga applicato esclusivamente l’articolo 187, che contiene una comminatoria superiore rispetto all’articolo 187a capoverso 1, prima variante di reato. La nuova disposizione non deve far sì che i fanciulli siano meno protetti che attualmente, nemmeno in un’ottica processuale.

Fattispecie oggettiva

Si propone l’attuazione della cosiddetta soluzione «veto» o «no è no»⁴⁶, in cui la vittima deve comunicare verbalmente e/o non verbalmente di non volere l’atto sessuale. Come formulazione si propone «Chiunque, contro la volontà di una persona [...], compie un atto sessuale con questa o glielo fa compiere [...]»⁴⁷.

Di regola sarà sempre l’autore a compiere l’atto sessuale *sulla vittima*. Non è però escluso che una persona venga costretta a *compiere* un atto sessuale (sull’autore). In una simile costellazione sarebbe tuttavia difficile provare che l’autore abbia riconosciuto che la vittima, pur dandosi da fare, agiva contro la propria volontà.

In merito alla questione del perché una vittima non si difenda di più nonostante non sia sottoposta a coazione e non vi sia né un rapporto di dipendenza, né uno stato di bisogno, né l’incapacità di discernimento o a resistere, Hörnle spiega quanto segue: sono immaginabili parecchi scenari e motivazioni che possono portare una giovane donna, ma anche una donna adulta (e sicuramente anche un uomo), a capitolare dopo avere espresso la volontà contraria e a subire passivamente gli atti sessuali (o addirittura a eseguire istruzioni su come agire). Sarebbe assurdo supporre che tutte le persone siano sempre in grado di difendere i propri interessi con presenza di spirito e in modo efficace e adeguato alla situazione. La capacità d’imporsi può essere indebolita temporaneamente (p. es. per ubriachezza) o a causa della struttura della personalità della persona in questione. Nel caso delle persone timide, inibite o immature non è necessario che l’autore usi mezzi di coazione o faccia temere alla vittima di essere ferita fisicamente per impedirle di opporsi in modo più deciso alle sue intenzioni o ai suoi ordini se la protesta verbale, il pianto e la sofferenza evidente della vittima non costituiscono per lui motivo di desistere. Un’importante differenza di età o un sentimento diffuso (non fondato specificamente sul timore di fronte alla violenza) di sottomissione sociale o psichica può inibire la vittima a imporsi nei confronti di un autore dall’atteggiamento dominante. (...) E infine, anche nelle persone di per sé capaci d’imporsi dal punto di vista della loro costituzione fisica e della situazione specifica è possibile un irrigidimento che non permette loro di andare oltre un’ester-

⁴⁶ In contrasto con la «soluzione del consenso» («solo sì significa sì»), in cui la vittima deve dare il proprio consenso o approvazione in modo esplicito o concludente.

⁴⁷ A proposito della formulazione «Wer gegen den *erkennbaren* Willen einer anderen Person [...]» (contro la volontà *riconoscibile*) utilizzata nel § 177 (1) del Codice civile tedesco, si critica il fatto che vi rientri anche l’agire per negligenza: Fischer Thomas, «Zum letzten Mal: Nein heisst nein», Fischer im Recht, ZEIT online, 28 giugno 2016, n. 5.

nazione verbale di rifiuto. Un irrigidimento dopo una protesta rimasta senza effetto può ad esempio prodursi se la sessualizzazione inaspettata di una situazione è percepita come spaventosa e imbarazzante, soprattutto se la fuga o il richiamare l'attenzione di terzi significherebbe manifestare la situazione imbarazzante⁴⁸.

Per «atti sessuali» si intendono – come negli articoli 187, 188, 192 e 193 – la congiunzione carnale, un atto analogo alla congiunzione carnale o un altro atto sessuale.

Fattispecie soggettiva

L'autore deve agire intenzionalmente (o con dolo eventuale) e quindi riconoscere che sta agendo contro la volontà della vittima, o comunque accettarlo. Agire per negligenza non è sufficiente.

Cornice edittale

Quale comminatoria per la nuova disposizione si propone una pena detentiva sino a tre anni o una pena pecuniaria. Come per gli articoli 188, 192 e 193, si rinuncia a una graduazione. Rispetto alle comminatorie in particolare degli articoli 188, 192 e 193, dove l'autore sfrutta una dipendenza o lo stato di bisogno della vittima, una pena detentiva massima di tre anni appare adeguata.

Se la congiunzione carnale o un atto analogo alla congiunzione carnale sono consumati, se ne può tenere conto nella commisurazione della pena inasprendola. Contrariamente agli articoli 188, 192 e 193, in cui più elementi sono rilevanti per la pena da pronunciare concretamente, per la pena da infliggere in virtù dell'articolo 187a sarà verosimilmente determinante l'atto sessuale in sé.

Impostazione quale reato perseguibile d'ufficio

Le aggressioni sessuali (ma non le molestie sessuali mediante vie di fatto secondo l'articolo 198) sono perseguite d'ufficio. Un termine di tre mesi per sporgere querela appare troppo breve per simili costellazioni, o almeno per una parte di esse. Segnatamente una vittima che ritiene di aver subito violenza carnale necessita eventualmente di più tempo per decidersi a sporgere querela.

Rinuncia a inserire la disposizione nell'elenco dei reati dell'articolo 55a

La nuova disposizione non è inserita nell'elenco dei reati dell'articolo 55a, che disciplina la sospensione e l'abbandono di procedimenti penali per violenza poco grave nei rapporti di coppia. Mediante una revisione del CP e del CPM del 2004⁴⁹ i reati legati alla violenza nei rapporti di coppia sono stati dichiarati reati perseguibili d'ufficio. Nel contempo, tuttavia, con l'articolo 55a (e l'art. 46b CPM) è stata introdotta una nuova disposizione di diritto processuale destinata a permettere, per una determinata cerchia di reati violenti piuttosto poco gravi nei rapporti di coppia, di sospendere il procedimento su richiesta della vittima e in seguito di abbandonarlo definitivamente. In tal modo si intende tener conto degli interessi delle vittime che

⁴⁸ Hörnle Tatjana, 2015, pag. 211 seg.

⁴⁹ RU 2004 1403; FF 2003 1732; FF 2003 1761.

non desiderano che il loro partner sia perseguito penalmente e punito. La disposizione è stata riveduta di recente⁵⁰. Nell'elenco non figurano reati contro l'integrità sessuale⁵¹ e l'inserimento dell'articolo 187a sarebbe contrario allo scopo di tale disposizione, consistente nell'ammettere una relativizzazione del principio del perseguimento d'ufficio soltanto per pochi reati piuttosto poco gravi.

Concorsi di reato

La coazione sessuale (art. 189) e la violenza carnale (art. 190) sono *reati violenti*⁵². Secondo la maggior parte della dottrina, tali reati assorbono le lesioni personali e le vie di fatto poco gravi secondo gli articoli 123, 125 capoverso 1 e 126⁵³. Trechsel / Bertossa⁵⁴ e Hurtado Pozo⁵⁵ presumono un concorso di reati rispetto all'articolo 123.

Per contro la fattispecie dell'articolo 187a non va considerata reato violento; inoltre tale disposizione prevede una pena massima inferiore rispetto agli articoli 189 e 190. Occorre pertanto partire dal presupposto che i reati implicanti lesioni personali *in quanto conseguenze del reato* – tranne eventualmente le vie di fatto – non siano assorbiti dall'articolo 187a.

Rispetto all'articolo 187 (Atti sessuali con fanciulli) sussiste verosimilmente un concorso ideale in quanto sono protetti beni giuridici diversi.

Gli articoli 188–193 prevalgono sull'articolo 187a.

L'articolo 187a *non copre le aggressioni sessuali di poca intensità*: queste continuano a rientrare, in quanto *molestie* sessuali mediante vie di fatto, nell'articolo 198 e sono punite con la multa. Si pensi ad esempio a qualcuno che tocca parti del corpo vicine ai genitali (cosce, basso ventre) sopra i vestiti⁵⁶ o accarezza la schiena nuda della vittima minorenne infilando una mano sotto la maglietta⁵⁷.

Convenzione del Consiglio d'Europa dell'11 maggio 2011⁵⁸ sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (Convenzione di Istanbul)

L'articolo 36 della Convenzione di Istanbul obbliga le Parti segnatamente a dichiarare punibili gli atti sessuali non consensuali con penetrazione vaginale, anale o orale

⁵⁰ RU 2019 2273; in vigore dal 1° luglio 2020.

⁵¹ A suo tempo la coazione sessuale e la violenza carnale non erano volutamente state inserite nell'elenco poiché in questi casi, vista la gravità del reato, l'interesse pubblico al perseguimento penale prevale sull'interesse della vittima all'abbandono del procedimento (FF 2003 1732, in particolare 1746). La proposta contraria di una minoranza della Commissione è stata respinta dal Consiglio nazionale (Boll. Uff. 2003 N 795).

⁵² DTF 133 IV 49 consid. 4.

⁵³ Maier Philipp, 2019, art. 189 n. 80 con ulteriori rimandi.

⁵⁴ Trechsel Stefan/Bertossa Carlo, 2018, art. 189 n. 17.

⁵⁵ Hurtado Pozo José, 2009, § 100 n. 2951.

⁵⁶ Sentenza del Tribunale federale 6P_123/2003 del 21 novembre 2003: l'autore stringe la coscia della vittima e fa osservazioni indecenti sulla sua sodezza.

⁵⁷ DTF 137 IV 263

⁵⁸ RS 0.311.35

compiuti su un'altra persona con qualsiasi parte del corpo o con un oggetto e altri atti sessuali compiuti su una persona senza il suo consenso (cpv. 1 lett. a e b). Nel rapporto esplicativo della Convenzione⁵⁹ si spiega che il paragrafo 1 copre tutte le forme di atti sessuali imposti intenzionalmente a un terzo senza il suo libero consenso (n. 189). Ciò non implica un obbligo a istituire una normativa penale che dichiari espressamente punibile il compimento di atti sessuali non consensuali. Le Parti sono libere di stabilire la formulazione esatta nella legislazione e i fattori che escludono un libero consenso (n. 193).

Nel suo messaggio del 2 dicembre 2016⁶⁰ concernente l'approvazione della Convenzione il Consiglio federale giunge alla conclusione che il diritto penale svizzero adempie questi requisiti. I comportamenti descritti sono penalmente perseguibili in virtù del titolo quinto del CP (Dei reati contro l'integrità sessuale), segnatamente come coazione sessuale (art. 189 CP) e violenza carnale (art. 190 CP). Se del caso, a titolo complementare entrano in linea di conto anche gli articoli 191, 192 e 193. Il consenso all'atto sessuale deve essere dato volontariamente affinché sia esclusa la fattispecie. Il nuovo articolo 187a non cambia affatto questa valutazione (cfr. anche n. **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.**).

3.4.4.3 Capoverso 1, seconda variante di reato: atti sessuali inaspettati

Secondo il diritto vigente, gli atti sessuali compiuti *inaspettatamente* sono puniti o come atti sessuali con persone incapaci di discernimento o inette a resistere (art. 191) oppure come molestie sessuali mediante vie di fatto (art. 198 secondo comma, prima variante di reato). Tuttavia, punire un autore semplicemente per molestie sessuali appare ingiusto se lo stesso ha compiuto sulla vittima un atto sessuale considerevole, quand'anche fosse solo di breve durata. Per fare un esempio concreto, un autore che in un bagno pubblico aveva violato pesantemente l'integrità sessuale di due donne ha potuto essere punito soltanto con la multa. Dopo aver simulato una caduta nella piscina aveva infilato la mano destra sotto il costume da bagno della prima donna toccandone per due o tre secondi le labbra fino a quando la donna non era riuscita a estrarre la mano dal costume. Poco dopo l'autore si era avvicinato sott'acqua alla seconda donna, da dietro, le aveva scostato il costume e aveva introdotto almeno un dito nella vagina⁶¹.

La nuova fattispecie permetterà di punire gli atti sessuali inaspettati *considerevoli* in modo più severo e quindi appropriato.

⁵⁹ www.coe.int (interfaccia franc.) > Explorer > Bureau des Traités > Liste complète > 210 > Rapport explicatif.

⁶⁰ FF 2017 143, in particolare 241.

⁶¹ Sentenza del Tribunale federale 6B_630/2014 del 20 gennaio 2015.

Fattispecie oggettiva

Se l'autore agisce inaspettatamente, la vittima non ha l'opportunità di formare una volontà contraria. Prima che la vittima abbia formato ed espresso la volontà contraria, l'aggressione sarà magari già terminata. Con un'aggressione inaspettata l'autore intende impedire che la vittima possa formarsi una volontà affinché sia impossibilitata a difendersi o fuggire. La mera formulazione «contro la volontà di una persona» è inappropriata in queste costellazioni. Di conseguenza nella fattispecie si menziona espressamente che l'autore agisce *inaspettatamente*.

In questa variante di reato l'autore compie l'atto sessuale *sulla vittima*.

Fattispecie soggettiva

L'autore deve agire intenzionalmente (o con dolo eventuale); agire per negligenza non è sufficiente.

Cornice edittale

Anche per le aggressioni sessuali inaspettate è comminata una pena detentiva sino a tre anni o una pena pecuniaria. Rispetto ad altre varianti di reato, l'entità della pena può sembrare un po' elevata. D'altro canto una pena massima inferiore, come una pena detentiva sino ad un anno o soltanto una pena pecuniaria, appare troppo bassa soprattutto nei casi in cui l'autore ha compiuto numerose aggressioni (su diverse vittime). Nel commisurare la pena i giudici dovranno tenere conto dei diversi gradi d'illiceità delle varianti di reato dell'articolo 187a.

Impostazione quale reato perseguibile d'ufficio

Anche le aggressioni sessuali inaspettate saranno perseguite d'ufficio.

Rinuncia a inserire la disposizione nell'elenco dei reati dell'articolo 55a

Si veda il commento all'articolo 187a capoverso 1, prima variante di reato (n. 3.4.4.2).

Concorsi di reato

Anche per la presente variante di reato occorre partire dal presupposto che i reati implicanti lesioni personali *in quanto conseguenze del reato* – tranne eventualmente le vie di fatto – non siano assorbiti dall'articolo 187a.

Rispetto all'articolo 187 sussiste verosimilmente un concorso ideale in quanto sono protetti beni giuridici diversi.

L'articolo 191 prevale sull'articolo 187a capoverso 1, seconda variante di reato. La nuova disposizione potrebbe far sì che i reati attualmente contemplati dall'articolo 191 rientrino in futuro nell'articolo 187a⁶².

L'articolo 187a *non copre le aggressioni sessuali inaspettate di poca intensità*: queste continuano a rientrare, in quanto molestie sessuali mediante vie di fatto, nell'articolo 198 e sono punite con la multa.

3.4.4.4 Capoverso 2: sfruttamento dell'errore della vittima sulla natura dell'atto

Nella sentenza del Tribunale federale 6B_453/2007 del 19 febbraio 2008 occorre decidere se il resistente, che dopo un trattamento di agopuntura aveva massaggiato una paziente in diversi punti compiendo aggressioni sessuali, fosse colpevole di atti sessuali con persone incapaci di discernimento o inette a resistere e/o di molestie sessuali. Riassumendo, i fatti erano questi: mentre la paziente giaceva prona, il resistente le massaggiava fra l'altro il clitoride introducendo un dito nella vagina. Quando la paziente si è girata in posizione supina, il resistente ha iniziato a stimolarle il capezzolo sinistro con una mano mentre con l'altra le manipolava il pube infilando e togliendo il dito. La danneggiata aveva tollerato gli atti del medico soltanto presumendo che egli stesse eseguendo correttamente il trattamento indicato. Il Tribunale federale ha riconosciuto che nella prima fase (posizione prona) la danneggiata fosse – benché solo temporaneamente – inetta a resistere. Sulla base della particolare situazione del trattamento, il resistente sapeva che la danneggiata non si aspettava atti sessuali e che non era consenziente. Di conseguenza, in questa prima fase ha adempiuto anche dal punto di vista soggettivo la fattispecie del compimento di atti sessuali con persone incapaci di discernimento o inette a resistere (consid. 3.4.2). A proposito della seconda fase, quando la danneggiata si trovava in posizione supina, il Tribunale federale ha affermato quanto segue (consid. 3.4.3): in questa fase la visuale della danneggiata sugli atti del resistente non era ostacolata. Essa ha tollerato le aggressioni soltanto a causa del suo errore sull'indicazione medica. Questa sola circostanza non è sufficiente per presumere un'incapacità a resistere, motivo per cui il resistente non ha adempiuto la fattispecie del compimento di atti sessuali con persone incapaci di discernimento o inette a resistere. Conformemente alla decisione impugnata, in questa fase si è tuttavia reso punibile di molestie sessuali (art. 198 secondo comma CP).

⁶² In DTF 133 IV 49 il Tribunale federale aveva affermato che il (fisio)terapista che inganna la propria paziente sul contenuto del trattamento e compie repentinamente su di lei un atto sessuale (introducendo subitaneamente uno o due dita nella vagina) non commette una coazione sessuale secondo l'articolo 189 (consid. 6). La paziente è inetta a resistere ai sensi dell'articolo 191 se sulla base della particolare posizione del suo corpo non può riconoscere l'attacco del terapista alla sua integrità sessuale e viene inaspettatamente abusata da lui sessualmente (consid. 7). Secondo Wiprächtiger occorre chiedersi se in questo caso il Tribunale federale non si sia spinto troppo oltre e se non sarebbe stato opportuno valutare questi fatti alla stregua di molestie sessuali secondo l'articolo 198 (Wiprächtiger Hans, 2007, pag. 300).

Analogamente all'aggressione sessuale inaspettata, anche in questo caso punire l'autore soltanto per molestie sessuali appare ingiusto se sulla vittima è stato compiuto un atto sessuale di considerevole intensità, come massaggiare il clitoride o penetrare con un dito nella vagina. Proprio nel settore sanitario il paziente deve poter confidare in un trattamento eseguito a regola d'arte e non deve aspettarsi aggressioni sessuali.

Lo sfruttamento dell'errore della vittima non è oggetto del capoverso 1, prima variante di reato («contro la volontà»). In questo caso la vittima non esprime un rifiuto ma acconsente all'atto, sia pure perché presume erroneamente che lo stesso sia indicato dal punto di vista medico o faccia comunque parte del trattamento.

Dai casi di turbata formazione della volontà in seguito a errore va pure distinto il fatto che l'autore agisca inaspettatamente nei confronti della vittima (cpv. 1, seconda variante di reato): con un'aggressione inaspettata l'autore intende di fatto impedire che la vittima possa formarsi una volontà affinché sia impossibilitata a difendersi o fuggire.

La punibilità dello sfruttamento di un errore della vittima sulla natura dell'atto va pertanto disciplinata esplicitamente nel capoverso 2⁶³.

Fattispecie oggettiva

Nella cerchia dei potenziali autori rientra chi commette un simile reato nell'esercizio di un'*attività nel settore sanitario* (v. art. 67 cpv. 4).

L'autore è punibile se sfrutta il fatto che la vittima presuma erroneamente che i palpeggiamenti facciano parte del trattamento e vi acconsenta o non li impedisca solo per questo motivo. È irrilevante che la vittima sia indotta in errore perché l'autore l'ha ingannata attivamente o che – come nel caso illustrato sopra – si sbaglia a causa della situazione del trattamento nel suo insieme e del comportamento concludente dell'autore.

L'autore compie gli atti sulla vittima oppure incita la vittima a compiere un atto sessuale su di lui, su un terzo o su sé stessa.

Fattispecie soggettiva

L'autore deve agire intenzionalmente; il dolo eventuale è sufficiente. Sulla base della situazione del trattamento nel suo insieme l'autore deve sapere o accettare che la persona danneggiata non si aspettava atti sessuali e che non vi acconsentiva. La commissione dell'atto per negligenza non è punibile.

⁶³ Secondo un'opinione espressa dalla dottrina, per gli errori sull'indicazione medica nel contesto (fisio)terapeutico bisognerebbe considerare di applicare l'articolo 193 (Sfruttamento dello stato di bisogno) anziché, come fatto dal Tribunale federale, l'articolo 198 (Molestie sessuali); v. Scheidegger Nora, 2018, pag. 246 n. marg. 482 seg.

Cornice edittale

Per gli atti sessuali ottenuti con l'inganno sfruttando l'errore della vittima sulla natura dell'atto si applica la stessa cornice edittale relativa agli atti compiuti contro la volontà della vittima e agli atti sessuali inaspettati di cui al capoverso 1.

Impostazione quale reato perseguibile d'ufficio

Il reato dell'articolo 187a capoverso 2 deve essere perseguibile d'ufficio. Ciò si giustifica per il fatto che spesso difficilmente sarà chiaro se si sia in presenza di atti sessuali compiuti con persone incapaci di discernimento o inette a resistere (art. 191), dello sfruttamento dello stato di bisogno (art. 193) o, per l'appunto, dello sfruttamento di un errore secondo l'articolo 187a capoverso 2.

Rinuncia a inserire la disposizione nell'elenco dei reati dell'articolo 55a

Si veda il commento all'articolo 187a capoverso 1, prima variante di reato (n. 3.4.4.2). Un inserimento nell'elenco dei reati dell'articolo 55a è superfluo anche per il fatto che verosimilmente nei rapporti di coppia lo sfruttamento dell'errore sulla natura di un atto non sarà tipico.

Concorsi di reato

Rispetto all'articolo 187 sussiste verosimilmente un concorso ideale in quanto sono protetti beni giuridici diversi.

Gli articoli 188–193 prevalgono sull'articolo 187a capoverso 2. La disposizione deve coprire segnatamente le aggressioni sessuali considerevoli che non rientrano né nell'articolo 191 (perché la vittima non è inetta a resistere) né nell'articolo 193 (perché non vi è una dipendenza della vittima).

L'articolo 187a capoverso 2 *non copre le aggressioni sessuali di poca intensità*: queste, in quanto molestie sessuali mediante vie di fatto, continuano ad essere punite con la multa (art. 198).

3.5 Articolo 188 Atti sessuali con persone dipendenti

Tenuto conto dei limiti d'età previsti dagli articoli 187 («persona minore di sedici anni») e 188 («minorenne di età superiore ai sedici anni»), una persona che ha esattamente 16 anni non rientra in nessuna di queste disposizioni. Per colmare questa lacuna si propone di riformulare il numero 1 nel modo seguente: «Chiunque [...] compie un atto sessuale con un minorenne di almeno sedici anni di età [...]».

Si rinuncia invece a proporre l'*abrogazione* dell'articolo 188, nonostante la dottrina sostenga da tempo che tale articolo – considerato in relazione all'articolo 193 (Sfruttamento dello stato di bisogno) – sia verosimilmente superfluo⁶⁴. Una disposizione

⁶⁴ Fra gli altri, già Jenny Guido/Schubarth Martin/Albrecht Peter, 1997, art. 188 n. 1.

specifica per i minorenni che si trovano in uno stato di dipendenza è ancora considerata opportuna.

Nel numero 2 si stralcia il *trattamento privilegiato dell'autore* nei casi in cui la vittima ha contratto successivamente con lui matrimonio o un'unione domestica registrata. Per quanto riguarda la motivazione si rimanda dapprima al commento all'articolo 187, variante 1. Inoltre, la motivazione addotta a suo tempo in favore di questo trattamento privilegiato non convince più: nel messaggio del Consiglio federale del 26 giugno 1985⁶⁵ era stato argomentato che «più la vittima è vicina alla maggiore età, e dunque all'età nubile, più l'impunità è giustificata». Non riesce a nemmeno a convincere lo sforzo profuso allora dal legislatore di tenere conto della mutata relazione tra autore e vittima e di non pregiudicare fin dall'inizio il matrimonio o l'unione domestica registrata con un procedimento penale. Seppure si tratti di un motivo facoltativo d'impunità, occorre considerare che nei reati contemplati dagli articoli 188, 192 (Atti sessuali con persone ricoverate, detenute od imputate) e 193 l'autore compie atti sessuali sfruttando la dipendenza o lo stato di bisogno della vittima. Del resto un'impunità può eventualmente essere raggiunta mediante l'articolo 52 (Punizione priva di senso) o 53 (Riparazione).

3.6 Articoli 189, 190 e 191 **Coazione sessuale, violenza carnale e atti sessuali con** **persone incapaci di discernimento o inette a resistere**

3.6.1 Variante 1

3.6.1.1 Comportamento estorto: adeguamento alla **giurisprudenza**

Nella variante 1 si tratta in primo luogo di un adeguamento del testo di legge alla giurisprudenza del Tribunale federale e all'interpretazione prevalente della dottrina: nella fattispecie dell'articolo 189 capoverso 1 va menzionato come comportamento estorto, oltre al «subire», anche il «compiere» atti sessuali, come già in passato.

Dalla revisione del diritto penale in materia sessuale entrata in vigore il 1° ottobre 1992, negli articoli 189 e 190 viene indicato come comportamento estorto soltanto il «subire» un atto analogo alla congiunzione carnale o un altro atto sessuale oppure la congiunzione carnale. Nel vecchio diritto penale sessuale il tenore dell'articolo 188 vCP («Atti di libidine violenti»), poi sostituito dall'articolo 189, era «subire o commettere altro atto di libidine».

In DTF 127 IV 198 il Tribunale federale ha affermato che non vi sono motivi oggettivi per limitare la fattispecie dell'articolo 189 alla coazione a subire un atto sessuale, come risulta dall'attuale tenore della disposizione, e tale limitazione non era nemmeno voluta dal legislatore. Dai materiali emerge in modo inequivocabile che si è trattato di un errore palese del legislatore. In tali circostanze, l'interpretazione

⁶⁵ FF 1985 II 901, in particolare 962.

correttiva della giurisprudenza, in base alla quale la disposizione comprende, a prescindere dal suo tenore, anche la coazione a compiere atti sessuali, è compatibile con il principio di legalità ai sensi dell'articolo 1 CP. Un'applicazione rigida della disposizione secondo il suo tenore restrittivo porterebbe a risultati illogici e manifestamente inaccettabili. Il Tribunale federale ha esortato il legislatore a correggere il proprio errore al momento opportuno.

La presente revisione offre l'opportunità di porre rimedio a questa svista. Il tenore della disposizione va modificato non solo per la coazione sessuale ma anche per la violenza carnale (art. 190 cpv. 1).

3.6.1.2 Nessun aumento della pena minima all'articolo 190 capoverso 1

La pena minima prevista all'articolo 190 capoverso 1 non va aumentata ma dovrà rimanere fissata a un anno di pena detentiva. Una pena minima superiore restringerebbe troppo l'apprezzamento del giudice e renderebbe più difficile un giudizio adeguato al caso di specie. Se fosse prevista una pena minima superiore, non sarebbe escluso che nella valutazione delle prove i giudici usassero un metro più severo e che pertanto vi fossero meno condanne⁶⁶.

3.6.1.3 Adeguamento della qualificazione «agire con crudeltà»

Nel capoverso 3 degli articoli 189 e 190 si stabilisce che il colpevole ha agito con crudeltà segnatamente se ha fatto uso di un'arma pericolosa o di un altro oggetto pericoloso. A questo proposito il messaggio del Consiglio federale del 26 giugno 1985⁶⁷ spiega: «La crudeltà deve sempre essere ammessa se il colpevole ha minacciato la vittima con un'arma da fuoco o con un'altra arma pericolosa». Secondo Trechsel / Bertossa questa affermazione non è convincente: l'uso di un'arma pericolosa o di un altro oggetto pericoloso non è necessariamente un atto crudele⁶⁸. Per tale motivo occorre stralciare la parola «segnatamente». Ciò significa che in futuro l'uso di un'arma pericolosa o di un altro oggetto pericoloso porterà sempre all'applicazione della qualificazione, indipendentemente dal fatto che l'autore abbia agito con crudeltà o no. Il capoverso 3 degli articoli 189 e 190 è inoltre adempiuto se l'autore ha agito con crudeltà⁶⁹.

⁶⁶ Per il capoverso 1 dell'articolo 190 l'Iv. Pa. 16.483 Rickli «Punire più severamente la violenza sessuale» chiede per contro una pena detentiva minima di tre anni e per il capoverso 3 una pena detentiva minima di cinque anni. Il Consiglio nazionale ha dato seguito all'Iv. Pa. l'11 giugno 2020. Si veda www.parlamento.ch > Oggetto 16.483.

⁶⁷ FF 1985 II 901, in particolare 967.

⁶⁸ Trechsel Stefan/Bertossa Carlo, 2018, art. 189 n. 15.

⁶⁹ In merito alla commissione crudele del reato si veda Maier Philipp, 2019, art. 189 n. 67 segg.

3.6.1.4 Modifica del titolo marginale dell'articolo 191 («Schändung») nel testo tedesco

Nel testo tedesco del titolo marginale dell'articolo 191 il termine «Schändung», che stigmatizza la vittima, è sostituito con la formulazione neutra «Missbrauch einer urteilsunfähigen oder zum Widerstand unfähigen Person». In tal modo il titolo marginale tedesco corrisponde ampiamente alle versioni italiana e francese⁷⁰, le quali non vengono modificate.

3.6.1.5 Stralcio dell'espressione «conoscendone e sfruttandone lo stato» all'articolo 191

All'articolo 191 si stralcia inoltre l'espressione «conoscendone e sfruttandone lo stato». Questa formulazione ha lo scopo di garantire che l'autore abbia di fatto capito che la vittima era incapace di discernimento o inetta a resistere. Se il disturbo mentale non è evidente e l'autore non ha alcuna o solo poca dimestichezza con le persone affette da disabilità mentali, non si può presumere alla leggera che l'autore sia stato cosciente dell'abuso⁷¹. L'autore deve quindi agire intenzionalmente (o con dolo eventuale). Ciò corrisponde alle regole generali del diritto penale e non va menzionato espressamente nella legge.

3.6.1.6 Adeguamento del testo francese dell'articolo 191 per quanto concerne il compimento di atti sessuali da parte della vittima

Secondo il vigente testo di legge francese è punibile soltanto chi compie un atto sessuale *sulla vittima*. Questa formulazione è troppo restrittiva⁷². Dalle versioni italiana e tedesca si evince che è compreso anche il fatto di indurre la vittima a compiere un atto sessuale, ad esempio il sesso orale praticato da persone affette da disabilità mentali⁷³. Pertanto il testo francese viene adeguato di conseguenza.

3.6.1.7 Rinuncia all'estensione della definizione di «violenza carnale»

Nella variante 1 si rinuncia ad estendere la definizione della «violenza carnale». Con la regolamentazione degli articoli 189 e 190 sono protette sia le vittime femminili

⁷⁰ «Atti sessuali con persone incapaci di discernimento o inette a resistere» rispettivamente «Actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance».

⁷¹ Maier Philipp, 2019, art. 191 n. 16.

⁷² Queloz Nicolas/Illànez Federico, 2017, art. 191 n. 5.

⁷³ Maier Philipp, 2019, art. 191 n. 13.

che quelle maschili della violenza sessuale. Considerata in un'ottica complessiva, questa normativa non implica lacune nella repressione del reato e non presenta incongruenze quanto alle pene comminate. In DTF 132 IV 120 il Tribunale federale ha affermato che la pena per aver costretto la vittima a subire un atto analogo alla congiunzione carnale non deve essere significativamente inferiore alla pena che il giudice avrebbe inflitto, in circostanze per il resto comparabili, in caso di violenza carnale (consid. 2). Non vi sono nemmeno *impegni* internazionali in base ai quali si debba procedere a una modifica a questo riguardo⁷⁴. Una fattispecie di violenza carnale specifica esclusivamente per le persone di sesso femminile può essere giustificata dal fatto che a seconda dei casi una donna che ha subito violenza carnale è confrontata con una gravidanza indesiderata e con la questione di un aborto o di un'adozione.

3.6.2 Variante 2

3.6.2.1 Estensione della definizione di «violenza carnale»

Oltre alle modifiche illustrate per la variante 1, nella variante 2 viene estesa la definizione di «violenza carnale». Tale estensione risponde alla richiesta formulata nell'iniziativa cantonale 14.311 Ginevra «Risoluzione a favore di una modifica degli articoli 189 e 190 del Codice penale e una ridefinizione della nozione di violenza carnale», cui hanno dato seguito le Commissioni degli affari giuridici di entrambe le Camere⁷⁵. L'iniziativa cantonale chiedeva all'Assemblea federale di estendere la nozione di violenza carnale alle vittime di sesso maschile e ad altre forme di penetrazione forzata diverse dalla congiunzione carnale⁷⁶. Inoltre, il 17 settembre 2018 il Consiglio nazionale ha accolto la mozione 17.3992 Fehlmann Riele «Definizione della violenza carnale nel diritto svizzero. La legge deve cambiare!», che chiede pure una definizione più ampia della nozione di «violenza carnale». L'intervento non è ancora stato trattato dal Consiglio degli Stati⁷⁷.

Con la nuova normativa, accanto alla congiunzione carnale l'articolo 190 disciplinerà anche gli *atti estorti analoghi alla congiunzione carnale che implicano una penetrazione nel corpo della vittima*; simili atti sono quindi considerati violenza carnale e sottostanno alla stessa pena minima. Concretamente sono ora compresi anche il

⁷⁴ Si veda anche la risposta del Consiglio federale all'Ip. 13.3485 Hiltbold «Definizione dello stupro nel Codice penale svizzero» e il parere del Consiglio federale in merito alla Mo. 14.3651 Hiltbold «Codice penale. Porre fine alla discriminazione nella definizione di violenza carnale».

⁷⁵ www.parlamento.ch > Oggetto 14.311. La CAG-S ha dato seguito all'Iv. Pa. il 10 febbraio 2015, la CAG-N il 26 giugno 2015.

⁷⁶ Per «congiunzione carnale» si intende la congiunzione dei genitali maschili e femminili.

⁷⁷ www.parlamento.ch > Oggetto 17.3992. Nel suo parere del 14 febbraio 2018 il Consiglio federale ha affermato che nel messaggio concernente l'armonizzazione delle pene, che sarebbe stato adottato nella primavera del 2018, avrebbe proposto una revisione degli articoli 189 e 190 CP ai sensi di quanto chiesto nella mozione. Con tale revisione la nozione di «violenza carnale» non avrebbe tuttavia incluso tutti gli atti sessuali estorti, bensì soltanto quelli analoghi alla congiunzione carnale.

sezzo anale e orale (fellazione) e anche le persone di sesso maschile possono essere vittime di violenza carnale. Come nel diritto vigente, la fattispecie è adempiuta soltanto se vi è penetrazione nel corpo *della vittima*. Gli atti analoghi alla congiunzione carnale in cui la vittima deve penetrare nel corpo dell'autore o di un terzo continuano quindi a rientrare nella fattispecie della coazione sessuale. Sono sempre coperti dall'articolo 189 anche gli atti analoghi alla congiunzione carnale in cui non vi è penetrazione né nel corpo dell'autore o di un terzo né nel corpo della vittima (si veda il n. 3.6.2.2) nonché altri atti sessuali.

Mediante la formulazione «atto analogo [alla congiunzione carnale] che implica una penetrazione nel corpo [ossia nel corpo della vittima]» si evita che nell'articolo 190 rientri anche il bacio con la lingua. Con questo bacio vi è sì una penetrazione nel corpo della vittima, ma *non* si tratta di un atto *analogo alla congiunzione carnale*.

Con questa modifica si intende tenere conto del fatto che dal punto di vista vittimologico vi sono altre forme di violenza sessuale che possono violare l'autodeterminazione sessuale della vittima in modo altrettanto grave o più grave che non la congiunzione carnale forzata, anche se a quest'ultima può essere associato il rischio di una gravidanza indesiderata. Per la vittima una penetrazione anale o orale o atti sadici possono spesso essere più traumatici di una penetrazione vaginale⁷⁸.

3.6.2.2 Rinuncia ad aumentare la pena minima all'articolo 190 capoverso 1 e a ridurre la pena massima all'articolo 189 capoverso 1

Anche nella variante 2 la pena minima in caso di violenza carnale continua ad essere la pena detentiva di un anno.

La pena massima prevista all'articolo 189 capoverso 1 rimane la pena detentiva di dieci anni. La formulazione «atto analogo [alla congiunzione carnale] che implica una penetrazione nel corpo [ossia nel corpo della vittima]» non comprende tutti gli atti sessuali considerati attualmente «analoghi alla congiunzione carnale» e che pertanto, secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, rientrano nella cornice editale prevista per la violenza carnale⁷⁹. Si pensi segnatamente alla stimolazione orale (forzata) dei genitali *esterni* femminili (cunnilingio)⁸⁰, che verosimilmente rientrerà anche in futuro nell'articolo 189. Per questo motivo non è indicato ridurre la pena massima dell'articolo 189 capoverso 1.

⁷⁸ Maier Philipp, 1994, pag. 258, 287 seg. con ulteriori rimandi.

⁷⁹ DTF 132 IV 120 consid. 2.

⁸⁰ DTF 84 IV 100

3.6.2.3 Introduzione di una pena minima all'articolo 191

Infine, l'estensione della definizione di «violenza carnale» deve ripercuotersi anche sull'articolo 191: come per la violenza carnale, a chi costringe una persona incapace di discernimento o inetta a resistere a subire la congiunzione carnale o un atto analogo che implica una penetrazione nel corpo è comminata una pena detentiva minima di un anno.

3.7 Articolo 192 Atti sessuali con persone ricoverate, detenute od imputate

Secondo la dottrina dominante⁸¹, l'articolo 192 costituisce una disposizione speciale dell'articolo 193 (Sfruttamento dello stato di bisogno): tutti gli atti previsti dall'articolo 192 rientrano nell'articolo 193; la comminatoria è identica nei due articoli. Nel messaggio del 26 giugno 1985⁸² il Consiglio federale spiega che per la punibilità dell'atto è determinante che il colpevole abbia sfruttato il rapporto di dipendenza nel quale si trovava la vittima per ottenerne il consenso all'atto sessuale. L'articolo 192 può quindi essere abrogato.

3.8 Articolo 193 Sfruttamento dello stato di bisogno

Nell'articolo 193 si adegua da un lato il titolo marginale, che attualmente non comprende le due varianti di fattispecie contenute nella disposizione. Il nuovo titolo marginale sarà: «Sfruttamento di uno stato di bisogno o di dipendenza». Dall'altro sarà stralciato – come negli articoli 187 (Atti sessuali con fanciulli) e 188 (Atti sessuali con persone dipendenti) – il trattamento privilegiato dell'autore nei casi in cui la vittima ha contratto con lui matrimonio o un'unione domestica registrata. Per la motivazione si rimanda al commento all'articolo 187, variante 1, e all'articolo 188.

3.9 Articolo 194 Esibizionismo

Secondo il diritto vigente la pena comminata in caso di esibizionismo è una pena pecuniaria. Per contro, la variante di reato che si interseca con l'esibizionismo, ossia «compiere un atto sessuale in presenza di una persona che non se lo aspettava» (art. 198 primo comma) nell'ambito delle molestie sessuali, è punita soltanto con la multa. Questa differenza appare ingiusta in particolare se si considera che un esibizionista non compie necessariamente un atto sessuale: la semplice presentazione dei

⁸¹ Maier Philipp, 2019, art. 193 n. 20 con ulteriori rimandi.

⁸² FF 1985 II 901, in particolare 970.

genitali scoperti non è un atto sessuale⁸³. Con le seguenti proposte si intende attenuare questa disparità di trattamento.

3.9.1 Variante 1

La pena comminata per la fattispecie di base (cpv. 1) è sempre la pena pecuniaria. Con il nuovo capoverso 2 si introduce un «caso poco grave», punito con la multa. Un esempio di caso poco grave è verosimilmente costituito dalla semplice presentazione dei genitali scoperti.

Secondo la recente giurisprudenza del Tribunale federale, in casi eccezionali la fattispecie oggettiva dell'articolo 194 può essere adempiuta anche senza il denudamento totale degli organi sessuali, vale a dire anche senza che vi sia una nudità completa nella regione genitale⁸⁴. Nella sentenza in questione il reclamante indossava dei leggings molto aderenti e quasi trasparenti; grazie all'assunzione di medicinali, il suo pene era in uno stato di erezione persistente. La giurisprudenza dirà se un simile caso possa essere considerato «poco grave».

In quanto è formulato come disposizione a carattere imperativo, il «caso poco grave» rappresenta una contravvenzione (art. 103)⁸⁵.

A seconda che il reato costituisca una contravvenzione o un delitto, ciò significa fra l'altro quanto segue:

- iscrizione nel casellario giudiziale:
 - le condanne per delitti vanno iscritte nel casellario sempreché sia stata pronunciata una pena o una misura (art. 366 cpv. 2 lett. a).
 - le condanne per contravvenzioni sono iscritte se:
 - è inflitta una multa superiore a 5000 franchi,
 - è inflitta un'interdizione di esercitare un'attività o un divieto di avere contatti e di accedere ad aree determinate, oppure
 - la contravvenzione è parte di una sentenza soggetta all'obbligo di iscrizione (art. 366 cpv. 2 lett. b in combinato disposto con l'art. 3 cpv. 1 lett. c e d dell'ordinanza VOSTRA del 29 settembre 2006⁸⁶).

Se nessuna di queste condizioni è soddisfatta – nel caso dell'esibizionismo non va imperativamente pronunciata un'interdizione di esercitare un'attività (art. 67 cpv. 4^{bis}) –, una condanna per (il solo) esibizionismo non è più iscritta nel casellario giudiziale se si presume il sussistere di un «caso poco grave» o se è inflitta una multa inferiore a 5000 franchi.

⁸³ Isenring Bernhard, 2019, art. 194 n. 3a, 9d.

⁸⁴ Sentenza del Tribunale federale 6B_1037/2016 del 19 aprile 2017.

⁸⁵ DTF 125 IV 74 (in relazione alla situazione giuridica vigente prima dell'entrata in vigore della revisione della parte generale del CP del 2002).

⁸⁶ RS 331

-
- L'azione penale per un delitto per il quale è comminata una pena pecuniaria si prescrive in sette anni (art. 97 cpv. 1 lett. d), mentre per una contravvenzione l'azione penale e la pena si prescrivono in tre anni (art. 109).
 - La condanna per un delitto che non rientra nell'elenco dei reati dell'articolo 66a (Espulsione obbligatoria) può condurre a un'espulsione non obbligatoria dal territorio svizzero (art. 66a^{bis}). La condanna per una contravvenzione non porta all'espulsione (art. 105 cpv. 1).

Anche il «caso poco grave» – al pari della fattispecie di base di cui al capoverso 1 – è punito soltanto a querela di parte. Ciò risulta dalla comminazione di una pena inferiore e non va quindi statuito esplicitamente.

Dal punto di visto del contenuto il *nuovo capoverso 3* corrisponde al vigente capoverso 2, che viene ora adeguato al Codice di procedura penale (CPP)⁸⁷. Se l'autore si sottopone a una terapia, il procedimento è sospeso; se si sottrae al trattamento, il procedimento è riattivato. La normativa vigente non stabilisce tuttavia in che modo il procedimento venga *terminato* se l'autore è curato con successo. Questa lacuna viene ora colmata chiarendo che il procedimento viene *abbandonato* se il colpevole si sottopone a trattamento medico su ordine dell'autorità competente.

Gli atti procedurali «sospendere» e «riattivare» non vanno menzionati esplicitamente poiché il CPP non dispone in maniera esaustiva a quali condizioni possano essere eseguiti⁸⁸. Per contro, i motivi per cui un procedimento può essere *abbandonato* sono elencati esaustivamente nel CPP (art. 319 cpv. 1 lett. a–d CPP)⁸⁹. Se non sussiste nessuno dei motivi menzionati nel CPP, occorre una disposizione legale esplicita (art. 319 cpv. 1 lett. e CPP). Una simile disposizione viene ora introdotta con la nuova formulazione dell'articolo 194 capoverso 3.

3.9.2 Variante 2

Nella variante 2 l'accento è posto diversamente: si propone infatti di ridurre la pena comminata per la fattispecie di base (cpv. 1) prevedendo soltanto – come pure all'articolo 198 primo comma – la multa. Con il capoverso 2 si introduce un «caso grave», punito con una pena pecuniaria. Un «caso grave» di atto esibizionistico sussiste verosimilmente, per esempio, se l'autore si masturba davanti alla persona presa di mira oppure se è recidivo.

Anche il «caso grave» – al pari della fattispecie di base del capoverso 1 – sarà punito soltanto a querela di parte. Contrariamente alla variante 1, questo fatto va menzionato espressamente in questa sede; altrimenti, vista la pena superiore comminata nel capoverso 2, si potrebbe presumere che si tratti di un reato perseguibile d'ufficio.

Per quanto concerne il *capoverso 3* si rimanda al commento alla variante 1.

⁸⁷ RS 312.0

⁸⁸ Omlin Esther, 2014, art. 314 n. 11.

⁸⁹ Grädel Rolf/Heininger Matthias, 2014, art. 319 n. 5.

3.10 Articolo 197 Pornografia

3.10.1 Capoversi 4 e 5

Dalla formulazione della legge e dalle spiegazioni dei commentari di diritto penale si può concludere che la nozione di violenza di cui all'articolo 135 (Rappresentazioni della violenza) è definita in modo più restrittivo rispetto a quella dell'articolo 197 (Pornografia): l'articolo 135 richiede che gli atti di violenza siano crudeli, ritratti con insistenza, privi di valore culturale o scientifico degno di protezione e che offendano gravemente la dignità umana. Nell'articolo 197, invece, si parla solo di «violenza tra adulti». In aggiunta c'è la componente sessuale.

In una sentenza del dicembre 2019 vertente sulla produzione di rappresentazioni pornografiche di atti di cruda violenza⁹⁰, il Tribunale federale ha affermato che attraverso la combinazione di sessualità e violenza, la soglia alla quale la dignità umana è lesa viene già raggiunta quando la violenza oltrepassa il livello richiesto dall'articolo 135. In ogni caso, se gli atti di violenza non sono manifestamente consensuali, gli elementi del reato di cui all'articolo 197 capoversi 4 e 5 devono essere giudicati non tanto in funzione dell'intensità della violenza, quanto del suo effetto degradante. Nel caso in esame, è indubbio che le scene del film da valutare non fossero rappresentazioni vietate secondo l'articolo 135. Tuttavia, la soglia della violenza secondo l'articolo 197 capoversi 4 e 5 è chiaramente superata. Contrariamente alla formulazione della legge, possono esservi casi di violenza sessuale (non consensuale) particolarmente degradanti – che presentano quindi gli elementi costitutivi del reato – anche se le caratteristiche generali della pornografia non sono pienamente date. Quanto più è pronunciato l'uso della violenza, tanto meno severi sono i requisiti per il carattere pornografico di un contesto sessuale.

Il messaggio del 1985⁹¹ non spiega per quale motivo sono punite le rappresentazioni di atti di violenza a carattere pornografico né quali sono le categorie di persone da proteggere. Si limita ad affermare che la pornografia dura deve essere vietata. È strano che l'articolo 197 capoversi 4 e 5 venga applicato anche se la rappresentazione pornografica priva della componente della violenza (come la pornografia leggera) sarebbe legale o – secondo la citata sentenza del Tribunale federale – la rappresentazione non sarebbe nemmeno considerata pornografica. Questo dà alla sanzione una colorazione morale indesiderata.

Si propone pertanto di eliminare l'espressione «atti violenti tra adulti» ai capoversi 4 e 5. Gli oggetti o gli spettacoli pornografici contenenti atti sessuali che implicano violenza tra adulti non dovrebbero quindi più essere coperti da queste disposizioni. In ogni caso, costituirebbero un reato ai sensi dell'articolo 135 o dell'articolo 197 capoverso 1 o 2.

⁹⁰ Sentenza del Tribunale federale 6B 149/2019 dell'11 dicembre 2019, consid. 1.3.2., 1.3.3. e 1.4.2.

⁹¹ FF 1985 II 901, in particolare 981 segg.

3.10.1

Capoversi 8 e 8^{bis}

Secondo l'articolo 197 capoversi 4 e 5 sono punibili la fabbricazione, la diffusione, il possesso e il consumo di materiale pornografico raffigurante minorenni. Questa norma corrisponde alla regolamentazione della Convenzione del Consiglio d'Europa del 25 ottobre 2007⁹² sulla protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuali (Convenzione di Lanzarote). Quest'ultima prevede tuttavia (art. 20 par. 1 lett. a ed e nonché par. 3) che gli Stati contraenti possono fare una riserva e prevedere alcune eccezioni a questa regola se le persone raffigurate hanno raggiunto la maggiore età sessuale stabilita nel Paese. La Svizzera si è avvalsa di questa possibilità e ha stabilito nell'attuale articolo 197 capoverso 8 che i minorenni di età superiore ai 16 anni sono esenti da pena se, di comune accordo, producono, possiedono o consumano oggetti o rappresentazioni pornografici. La trasmissione di materiale pornografico a terzi non coinvolti resta punibile. Lo scopo di questa eccezione è quello di depenalizzare alcuni comportamenti di minorenni per i quali non vi è apparente necessità di una punizione. Sarebbe contraddittorio se ai minorenni di età superiore ai 16 anni fosse consentito avere rapporti sessuali consensuali tra loro, ma non fotografarsi o filmarsi.

Tuttavia, nonostante questa eccezione, vi sono ancora incoerenze e i fanciulli di età compresa tra i 10 e i 16 anni vengono inutilmente criminalizzati, quasi con l'idea di proteggerli. L'articolo 197 capoverso 8 è troppo restrittivo, tra l'altro per il seguente motivo: se due giovani di 16 e 17 anni producono immagini o video pornografici l'uno dell'altro, entrambi sono esenti da pena. La persona di 17 anni è tuttavia perseguibile per lo stesso reato non appena compie il 18° anno di età (poiché la persona più giovane è ancora minorenne). Indipendentemente da questo, secondo la prassi attuale i minorenni che producono un'immagine pornografica di loro stessi («selfie») sono punibili, anche se il divieto della pornografia dura ha in particolare lo scopo di proteggere minorenni raffigurati.

La regolamentazione attuale dovrebbe quindi essere rivista e l'esenzione dalla pena dovrebbe essere estesa, senza tuttavia dimenticare la tutela dei minori, i principi della Convenzione di Lanzarote e il fatto che, ai sensi dell'articolo 197 capoversi 4 e 5, la fabbricazione, la diffusione, il possesso e il consumo di materiale pornografico con minorenni sono in linea di massima punibili.

La possibilità di formulare una riserva secondo la Convenzione di Lanzarote si limita alla *maggiore età sessuale prevista* dall'ordinamento nazionale. Per maggiore età sessuale si intende l'età alla quale fanciulli e adolescenti possono compiere atti sessuali senza incorrere in conseguenze penali. Il diritto penale svizzero fissa tale età a 16 anni. Le persone coinvolte sono comunque esenti da pena se la differenza di età non eccede i tre anni (art. 187 n. 2). Questa regola dei tre anni non fa sì che le persone coinvolte acquistino la maggiore età sessuale sotto il profilo formale, ma in determinate situazioni le equipara alle persone che l'hanno raggiunta.

92 RS 0.311.40

Dal punto di vista del contenuto, quanto precede va tuttavia distinto dall'«Avis du Comité de Lanzarote sur les images et/ou vidéos d'enfants sexuellement suggestives ou explicites produites, partagées ou reçues par des enfants» del 6 giugno 2019⁹³ («Avis»). Tale «Avis» ha lo scopo «de guider les Parties dans la mise en œuvre de l'article 20 de la Convention de Lanzarote s'agissant des images et/ou vidéos sexuellement suggestives ou explicites autoproduites par des enfants en identifiant les situations qui ne constituent pas des infractions pénales et celles qui n'appellent de poursuites pénales qu'en dernier ressort» (lett. m). I fanciulli che producono e possiedono immagini e video pornografici di loro stessi e che li condividono volontariamente e di comune accordo non dovrebbero essere perseguibili per pedopornografia, a condizione che le immagini e i video siano destinati all'uso privato. In tali situazioni non vi è di regola sfruttamento sessuale né alcun interesse legale da tutelare. L'«Avis» va materialmente oltre la Convenzione di Lanzarote e non è quindi giuridicamente vincolante. Esso mostra tuttavia un (auspicabile) possibile sviluppo giuridico.

In particolare, va sottolineato che la trasmissione di tali foto o video non deve essere depenalizzata in generale. Nel numero 5, l'«Avis» stabilisce inoltre che la condivisione volontaria e consensuale di «selfie» a contenuto pornografico tra fanciulli non deve essere punibile se destinata unicamente all'uso *privato*. Occorre distinguere tra questo e l'invio di tale materiale a un gruppo più ampio di persone.

3.10.1.1 Variante 1

Capoverso 8

Il capoverso 8 stabilisce le condizioni per l'impunità di una persona che fabbrica, possiede, consuma o trasmette immagini o filmati pornografici di un minorenne oppure li trasmette alla persona raffigurata. In concreto, devono essere soddisfatte le seguenti condizioni:

- la persona raffigurata ha dato il proprio consenso;
- la differenza d'età tra le persone coinvolte non eccede i tre anni;
- la persona che fabbrica non dà o promette alcuna remunerazione.

Se la persona che fabbrica le immagini o i video pornografici fornisce o promette di fornire una remunerazione, l'esenzione non si applica. Analogamente all'articolo 196 (Atti sessuali con minorenne contro remunerazione), da cui è ripresa la formulazione «in cambio di una remunerazione o di una promessa di remunerazione» e secondo la quale è criminalizzato solo il cliente ma non la prostituta minorenne, *la persona*

⁹³ www.coe.int > Droits de l'homme > Droits des enfants > Violence sexuelle > Convention de Lanzarote > Comité de Lanzarote > Documents adoptés > Avis sur les images et / ou vidéos d'enfants sexuellement suggestives ou explicites produites, partagées ou reçues par des enfants.

raffigurata non si rende però punibile, anche se ha acconsentito alla realizzazione delle immagini⁹⁴.

Per chiarezza, nel secondo comma del testo di legge si afferma espressamente che la *persona raffigurata* è esente da pena: l'impunità riguarda la fabbricazione, la ricezione o il possesso dell'immagine o del video nonché il suo consumo (il possesso e il consumo esenti da pena risultano anche dal cpv. 8^{bis}). Questo vale persino nei casi in cui la differenza di età viene superata. Secondo la dottrina della partecipazione necessaria, un soggetto minorenne di un'immagine pornografica non deve essere punito, anche se ha acconsentito alla realizzazione della stessa. In quanto soggetto minorenne, a tale persona non si può opporre il divieto della pedopornografia e la stessa non deve essere trasformata da vittima in attrice.

La nuova formulazione del capoverso 8 rappresenta un miglioramento rispetto al diritto vigente. È in linea di massima compatibile con i requisiti della Convenzione di Lanzarote, anche se la possibilità di emettere una riserva ivi prevista è in qualche modo estesa per quanto riguarda l'età delle persone coinvolte: in singoli casi, l'autore delle immagini può anche avere 18–20 anni e quindi non più essere minorenne.

Capoverso 8^{bis}

Il capoverso 8^{bis} specifica che i minorenni che *fabbricano* un «selfie» a sfondo pornografico, *lo possiedono o lo consumano* sono esenti da pena. La rilevanza penale di questi atti non sussiste; a maggior ragione in quanto le fattispecie penali in questione sono destinate proprio a proteggere i minorenni rappresentati.

La *trasmissione* rispettivamente *l'inoltro* di questi oggetti è tuttavia punibile secondo l'articolo 197 capoverso 4. In tal modo si mira a proteggere i minorenni. In particolare in caso di trasmissione mediante dispositivi mobili o Internet («sexting») vi è il rischio di un uso improprio da parte del destinatario. La persona raffigurata può essere messa sotto pressione con la minaccia di un'ulteriore diffusione o essere compromessa con un'effettiva diffusione e quindi lesa nella sua personalità. Una volta che le immagini e i filmati sono stati inviati, sono fuori dal controllo della persona che li ha prodotti.

Anche il capoverso 8^{bis} rappresenta un miglioramento rispetto al diritto vigente. Tuttavia, si pone la questione se il divieto *assoluto* di trasmissione di cui al capoverso 8^{bis} sia appropriato: dopotutto, la trasmissione è consentita ai sensi del capoverso 8; inoltre, il «selfie» potrebbe essere inoltrato al partner che avrebbe il permesso di fotografare il minore senza commettere reato. Nella variante 2, l'invio di «selfie» pornografici è quindi esente da pena a determinate condizioni.

⁹⁴ Isenring Bernhard/Kessler Martin A., 2019, art. 196 n. 14.

3.10.1.2

Variante 2

Capoverso 8

Il capoverso 8 corrisponde alla regolamentazione della variante 1. Si rimanda pertanto alle relative spiegazioni.

Capoverso 8^{bis}

Come nella variante 1 si afferma anzitutto che i minorenni che fabbricano, possiedono o consumano un «selfie» di natura pornografica sono esenti da pena.

Poiché quando vengono trasmessi immagini e filmati pornografici vi è il rischio di un uso improprio, questa fattispecie dovrebbe essere esente da pena soltanto se sono soddisfatte determinate condizioni:

- le persone coinvolte si devono conoscere personalmente, ossia non esclusivamente per il tramite delle reti sociali. In tal modo si intende limitare il rischio che il destinatario abusi dell'immagine;
- la persona che riceve l'immagine pornografica deve avervi acconsentito. A nessuno devono essere imposti immagini o filmati pornografici (si veda anche l'art. 197 cpv. 2 per la pornografia leggera);⁹⁵
- come nel capoverso 8, la differenza d'età tra le persone coinvolte non deve eccedere i tre anni.

Il destinatario delle immagini o dei filmati è esente da pena se conosce personalmente il mittente, se la differenza di età non eccede i tre anni, se non dà o promette alcuna remunerazione per tali rappresentazioni e se le possiede e le consuma ma non le trasmette a sua volta.

Anche la variante 2 rappresenta un miglioramento rispetto al diritto vigente.

3.11

Titolo «Adescamento di fanciulli per scopi sessuali»

Il titolo della sezione rispettivamente il titolo marginale del nuovo articolo 197a è il seguente: «5. Adescamento di fanciulli per scopi sessuali».

⁹⁵ Cfr. Smahel David/Machackova Hana/Mascheroni Giovanna/Dedkova Lenka/Staksrud Elisabeth/Ólafsson Kjartan/Livingstone Sonia/Hasebrink Uwe, 2020. Secondo questo rapporto il 40 % dei fanciulli e degli adolescenti svizzeri da 9 a 16 anni interrogati si sono sentiti «abbastanza o molto sconvolti» dopo il loro ultimo confronto con un'immagine a connotazione sessuale («fairly or very upset»), pag. 91 seg.

3.12 Articolo 197a Adescamento di fanciulli per scopi sessuali (grooming)

3.12.1 Situazione iniziale

3.12.1.1 Iniziativa parlamentare 18.434 (Amherd) Bregy «Rendere finalmente perseguibile l'adescamento in rete di minorenni»

L'iniziativa parlamentare 18.434 (Amherd) Bregy «Rendere finalmente perseguibile l'adescamento in rete di minorenni»⁹⁶ chiede che l'adescamento in rete di minorenni (cibergrooming) sia reso punibile e contemplato quale reato perseguibile d'ufficio. Nella motivazione si discute se debba essere istituita una fattispecie specifica per l'adescamento in rete, che rende punibili eventuali preparativi per un incontro con minorenni, oppure se sia opportuno modificare in tal senso fattispecie già esistenti. La molestia sessuale compiuta in rete su ragazzi deve inoltre essere qualificata generalmente come perseguibile d'ufficio.

Il 29 agosto 2019 la Commissione degli affari giuridici del Consiglio nazionale (CAG-N) ha dato seguito all'iniziativa parlamentare con 17 voti contro 6 e un'astensione e il 29 ottobre 2019 la CAG-S ha fatto lo stesso con 9 voti contro 2 e 2 astensioni. Il 28 agosto 2020 la CAG-N ha deciso, con 16 voti contro 2 e 3 astensioni, di procedere autonomamente all'elaborazione di un progetto preliminare.

3.12.1.2 Definizioni

La nozione di adescamento in rete di minorenni non è utilizzata in modo univoco⁹⁷.

Per adescamento in rete di minorenni in senso stretto si intende l'avvio mirato da parte di adulti di contatti sessuali con fanciulli o adolescenti, mediante tecnologie dell'informazione e della telecomunicazione (TIC), volto al conseguimento di un incontro fisico con lo scopo di perpetrare abusi sessuali. L'adescamento di fanciulli comprende semplicemente la preparazione dell'abuso, nel senso di agire per un vero e proprio incontro, ma non comprende l'abuso stesso (in seguito: adescamento di fanciulli in senso stretto).

Per adescamento in rete di minorenni in senso lato si intendono invece le molestie sessuali per mezzo delle TIC, con le quali l'autore cerca e mantiene il contatto con fanciulli e adolescenti su Internet, senza che queste siano necessariamente dirette verso un vero e proprio incontro o senza che oltrepassino la soglia dell'abuso sessuale di minori (o del tentato abuso) oppure della produzione di pedopornografia (o della tentata produzione; in seguito: adescamento di fanciulli in senso lato).

⁹⁶ www.parlamento.ch > Oggetto 18.434.

⁹⁷ Fontanive Karin/Simmler Monika, 2016, n. A II 2; www.fedpol.admin.ch > Criminalità > Pericoli in Internet > Le varie forme di truffa > Reati in materia di pedocriminalità > Promemoria Grooming.

Per TIC si intendono i mezzi di comunicazione in senso lato, fra cui radio, televisione, telefoni cellulari, smartphone, hardware e software per computer e reti, sistemi satellitari e i relativi servizi e applicazioni⁹⁸.

3.12.1.3 Diritto vigente

L'adescamento di fanciulli è già ampiamente punibile secondo il diritto vigente.

Adescamento di fanciulli in senso stretto

Se un adulto si rivolge a un fanciullo o a un adolescente tramite le TIC con lo scopo di abusare sessualmente di lui in un secondo momento, può trattarsi di un tentativo punibile di compiere atti sessuali con fanciulli (art. 187 n. 1 primo comma in combinato disposto con l'art. 22) o di produrre pedopornografia (art. 197 cpv. 4 secondo per. in combinato disposto con l'art. 22), a condizione che si produca un incontro e che questo rappresenti l'ultimo passo decisivo sulla via del compimento del reato.

Il Tribunale federale si è già più volte occupato della questione del *discrimine fra atto preparatorio non punibile e tentativo*. È determinante segnatamente la sentenza DTF 131 IV 100: l'autore, nella chat room di un sito Internet, aveva organizzato un incontro con un presunto ragazzo di 14 anni con lo scopo di compiere atti sessuali e si era presentato nel luogo concordato all'ora stabilita. Il Tribunale federale ha affermato che la linea che delimita il tentativo di compiere atti sessuali con un fanciullo, in una simile situazione, non era ancora stata oltrepassata al momento della chat in quanto tale. L'ultimo passo decisivo, o il primo passo che va oltre i meri preparativi, e sancisce pertanto l'inizio del tentativo, sta nel fatto che il ricorrente si è presentato nel luogo di incontro concordato con la determinazione di procedere all'atto.

Adescamento di fanciulli in senso lato

Una persona può essere punibile già in occasione di una chat in Internet, dove non vi è il presupposto di un contatto fisico, se:

- impone al fanciullo testi o immagini di natura pornografica (anche rappresentazioni che lo raffigurano, art. 197 cpv. 1);
- induce il fanciullo a compiere un atto sessuale, anche su sé stesso (art. 187 n. 1 secondo comma); o
- coinvolge il fanciullo in un atto sessuale, per esempio compiendo un atto sif-fatto davanti a lui oppure facendoglielo osservare (art. 187 n. 1 terzo comma).

Le mere chat con contenuti sessuali senza uno degli atti summenzionati, invece, nella maggior parte dei casi non sono punibili. Al massimo, può trattarsi di molestie sessuali mediante parole (art. 198 secondo comma). Conformemente al diritto vigente, per il perseguimento del reato è necessario presentare una querela.

⁹⁸ https://it.wikipedia.org/wiki/Tecnologie_dell'informazione_e_della_comunicazione

3.12.2 Variante 1

3.12.2.1 Sistematica

È prevista la creazione di una nuova fattispecie con il relativo titolo della sezione «Adescamento di fanciulli per scopi sessuali» (analogamente alla regolamentazione della pornografia, art. 197). Il titolo marginale avrà lo stesso tenore. L'alternativa, che consisterebbe nel modificare due articoli esistenti (art. 187 e 197) per inserirvi i due diversi obiettivi dell'autore, ossia l'intenzione di commettere atti sessuali con fanciulli (art. 187 n. 1 primo comma) oppure di fabbricare materiale pedopornografico (art. 197 cpv. 4 secondo periodo), sarebbe complicata e di difficile applicazione. Non pare opportuno neppure l'inserimento della nuova fattispecie in una fattispecie già esistente.

3.12.2.2 Bene giuridico protetto

L'articolo 197a ha lo scopo di proteggere *lo sviluppo sessuale indisturbato dei bambini e degli adolescenti*. Con esso si intende impedire la messa in pericolo dello sviluppo sessuale di questi ultimi, analogamente agli articoli 187 e 197. L'adescamento di fanciulli è un reato di messa in pericolo astratta e non è rilevante il fatto che nel singolo caso vi sia un danno oppure no⁹⁹.

3.12.2.3 Autori e intenzioni

L'autore secondo l'articolo 197a è determinato dal reato che intende commettere. Quanto si applica alla commissione di un reato ai sensi degli articoli 187 e 197 deve valere anche per gli atti preparatori secondo l'articolo 197a proposto.

L'autore che intende commettere il reato di cui all'articolo 187 numero 1 primo comma può essere una donna, un uomo, come pure un minorenne che ha tre anni più della vittima (art. 187 n. 2)¹⁰⁰. L'autore che intende commettere un reato ai sensi dell'articolo 197 capoverso 4 secondo periodo può essere chiunque, compreso un bambino di età superiore ai 10 anni¹⁰¹.

Nel caso dell'articolo 187 numero 1 primo comma le vittime sono fanciulli e adolescenti sotto i 16 anni. Si tratta di un limite di età assoluto¹⁰². Se l'autore, secondo l'articolo 197 capoverso 4 secondo periodo, intende fabbricare pedopornografia, la

⁹⁹ Maier Philipp, 2019, art. 187 n. 1 segg.; Isenring Bernhard/Kessler Martin A., 2019, art. 197 n. 2 segg.

¹⁰⁰ Maier Philipp, 2019, art. 187 n. 1 con ulteriori rimandi nonché n. 4 segg.

¹⁰¹ Isenring Bernhard/Kessler Martin A., 2019, art. 197 n. 11 risp. n. 63a segg.

¹⁰² Maier Philipp, 2019, art. 187 n. 6 segg.

protezione del diritto penale si riferisce ai minorenni, ossia alle persone sotto i 18 anni¹⁰³.

3.12.2.4 Applicabilità dell'articolo 187 numeri 2 e 3

L'articolo 187 numero 2 (Atti sessuali con fanciulli) non è applicabile se la differenza d'età tra le persone coinvolte non eccede i tre anni. La sessualità praticata nei rapporti di coppia tra giovani (le cosiddette relazioni adolescenziali) non deve essere criminalizzata. Conformemente al numero 3, l'autorità competente può prescindere dal procedimento penale, dal rinvio a giudizio o dalla punizione se l'autore, al momento dell'atto o del primo atto, non aveva ancora compiuto vent'anni e sussistono circostanze particolari oppure se la vittima ha contratto con lui matrimonio o un'unione domestica registrata (cfr. n. 3.2¹⁰⁴). Queste regole si applicano anche all'adescamento di fanciulli secondo l'articolo 197a, ma naturalmente solo in caso di reato intenzionale secondo l'articolo 187 numero 1 primo comma. Occorre pertanto inserire il corrispondente riferimento nell'articolo 197a.

3.12.2.5 Fattispecie oggettiva

Come descritto in precedenza, l'adescamento di fanciulli in senso stretto è un atto preparatorio non punibile ai sensi della legge vigente se non si giunge a un incontro. Su questo aspetto interviene l'iniziativa parlamentare, che vuole rendere punibili già gli atti preparatori di un incontro con minorenni. Di conseguenza, il progetto preliminare della (nuova) fattispecie di adescamento di fanciulli prevede che l'adescamento non sia punibile soltanto al momento dell'incontro o dell'arrivo sul luogo dell'incontro, ma che siano punibili anche gli atti svolti in vista di tale incontro. Questa modifica comporta uno spostamento della punibilità a prima del tentativo. Per la punibilità sono necessari tre elementi cumulativi: l'intenzione di commettere il reato di cui all'articolo 187 numero 1 primo comma o all'articolo 197 capoverso 4 secondo periodo, la proposta di un incontro e i relativi preparativi. Gli elementi costitutivi della fattispecie, ossia «propone un incontro [...] ed effettua preparativi per tale incontro», delimitano l'ampliamento della gamma di atti passibili di pena e contrastano il pericolo di un diritto penale volto a punire le intenzioni. La menzione esplicita dei preparativi è necessaria per ottenere la necessaria attinenza ai fatti. La preparazione di un incontro potrebbe, ad esempio, consistere nell'acquisto da parte dell'autore potenziale di un biglietto del treno per il viaggio verso il luogo dell'incontro concordato o nello spostamento in auto verso il luogo dell'incontro. I possibili reati, ossia l'articolo 187 numero 1 primo comma o l'articolo 197 capoverso 4

¹⁰³ Isenring Bernhard/Kessler Martin A., 2019, art. 197 n. 20 segg.

¹⁰⁴ Proposta di stralcio di circostanze che diano luogo a un trattamento privilegiato se la vittima ha contratto matrimonio o un'unione domestica registrata con l'autore.

secondo periodo, sono menzionati in modo esplicito ed esaustivo. Il principio di determinatezza è così soddisfatto.

L'adescamento di fanciulli in rete (cibergrooming) è definito come l'approccio mirato nei confronti di fanciulli e adolescenti tramite le TIC, il cui obiettivo è la preparazione di contatti sessuali in vista di un incontro fisico. In questo contesto si pone la questione se sia opportuno dichiarare il reato descritto punibile unicamente se commesso online. Secondo un principio di tecnica legislativa occorre formulare se possibile le fattispecie penali in modo neutro sotto il profilo tecnologico, ossia indipendentemente dallo strumento, dal mezzo o dall'ausilio utilizzato. Le eccezioni, ossia le norme specifiche in materia di TIC, vengono fatte soltanto se il reato può essere commesso unicamente tramite TIC, per esempio truffa informatica invece di truffa. È difficile giustificare il motivo per cui l'adescamento di fanciulli dovrebbe essere punibile soltanto se commesso tramite TIC. In linea di principio, non dovrebbe importare se un simile atto è compiuto online oppure offline. Quale atto preparatorio offline, si potrebbe immaginare che il potenziale autore si avvicini a un fanciullo (ripetutamente) per strada o al parco giochi, si guadagni la sua fiducia e a un certo punto si organizza, ad esempio, per incontrarlo e mostrargli qualcosa oppure per mangiare insieme una torta. L'intenzione del successivo abuso sessuale rimane nascosta. Un simile comportamento, che non si verifica online ma nel mondo reale, è parimenti meritevole di pena.

Si parla di intenzione quando l'autore del reato vuole raggiungere un determinato scopo che va oltre la fattispecie oggettiva, sia che si tratti del verificarsi di un risultato, sia che si tratti della possibilità di compiere un ulteriore atto (delittuoso). Questo comporta in parte il fatto di rendere passibili di pena atti che oggettivamente rappresentano solo un tentativo o un atto preparatorio in vista della lesione effettiva del bene giuridico protetto¹⁰⁵. L'intenzione (intima) dell'autore di abusare del minore in un secondo momento o di produrre pedopornografia è determinante per la demarcazione tra comportamento lecito e comportamento punibile. Nella prassi, tale intenzione non è facile da dimostrare. Se il reato è commesso online, le chat possono almeno essere usate come prova.

3.12.2.6 Fattispecie soggettiva

I preparativi devono essere effettuati intenzionalmente (o con dolo eventuale). È inoltre necessario che l'autore li abbia intrapresi con l'intenzione di abusare di un fanciullo o di produrre pornografia.

¹⁰⁵ Niggli Marcel Alexander/Maeder Stefan, 2019, art. 12 n. 76.

3.12.2.7

Desistenza e tentativo in caso di preparativi

Desistenza

Secondo l'articolo 23, la desistenza e il pentimento attivo, con la relativa attenuazione della pena o la rinuncia alla pena, sono possibili soltanto in caso di tentativo. Poiché in questo caso si tratta della dichiarazione di punibilità dei preparativi, la desistenza dell'autore deve essere disciplinata separatamente. Ispirandosi all'articolo 260^{bis} capoverso 2 (Atti preparatori punibili), si propone la seguente formulazione: «Chi spontaneamente desiste dal portare a termine i preparativi è esente da pena».

Agire spontaneamente significa che l'autore decide autonomamente di abbandonare il perseguimento del suo progetto, ovvero che lo fa per motivi intimi, indipendentemente dalle circostanze esterne. La qualità morale dei motivi per i quali l'autore desiste è irrilevante; la desistenza può essere motivata anche dalla paura della punizione, dalla vergogna o dalla pietà per la potenziale vittima. Chi decide di abbandonare il suo piano a causa di una circostanza esterna non agisce tuttavia spontaneamente. La desistenza comporta la rinuncia obbligatoria alla punizione se l'autore abbandona il suo piano in un momento in cui non ha ancora superato la soglia del tentativo punibile, indipendentemente dal fatto che i preparativi siano stati conclusi o meno¹⁰⁶.

Tentativo

Nei gradi di realizzazione del reato, gli atti preparatori precedono il tentativo punibile. È quindi normale che il tentativo di preparazione non sia punibile¹⁰⁷.

3.12.2.8

Comminatoria penale

La pena prevista è una pena pecuniaria e pertanto questa fattispecie è un delitto. Tale sanzione è adeguata rispetto a quelle previste per il tentativo o il compimento del reato.

3.12.3

Variante 2

Nella variante 2, per i seguenti motivi, si rinuncia alla creazione di una fattispecie specifica per l'adescamento di fanciulli in senso stretto.

Il diritto vigente reprime già in ampia misura gli atti preparatori per l'adescamento di fanciulli in senso stretto (cfr. n. **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.**). Codificare questa situazione giuridica in una nuova fattispecie separata amplierebbe solo leggermente l'attuale campo di applicazione e i vantaggi pratici

¹⁰⁶ Engler Marc, 2019, art. 260^{bis} n. 14 seg. con ulteriori rimandi.

¹⁰⁷ Analogia con l'art. 260^{bis}, cfr. Engler Marc, 2019, art. 260^{bis} n. 17 con ulteriori rimandi.

non sarebbero certi. L'inserimento di una simile disposizione nella legge avrebbe pertanto soltanto un valore simbolico¹⁰⁸.

Contrariamente al diritto vigente, la fattispecie di adescamento di fanciulli proposta comprende gli atti preparatori. Nella legislazione penale vigente gli atti preparatori sono dichiarati punibili soltanto in situazioni eccezionali, segnatamente per reati particolarmente gravi quali assassinio, rapina, presa d'ostaggio o genocidio (art. 260^{bis}, Atti preparatori punibili). Contrariamente all'articolo 260^{bis}, in materia di adescamento di fanciulli è difficile definire quali siano le «concrete disposizioni tecniche od organizzative» conformi «a un piano». Pare quindi difficile stabilire oggettivamente il momento preciso per la punibilità, con il rischio che si ponga maggiormente l'accento sull'elemento soggettivo, ovvero l'intenzione.

Nella prassi non sarebbe facile dimostrare l'intenzione. Concentrandosi sull'intenzione, la norma correrebbe il rischio di sconfinare nella zona inaccettabile del diritto penale che criminalizza le opinioni e le intenzioni. Il diritto penale deve intervenire soltanto se vi è violazione di un bene giuridico protetto o se questo è seriamente messo in pericolo.

3.12.4 Convenzione del Consiglio d'Europa del 25 ottobre 2007¹⁰⁹ sulla protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuali

La Svizzera soddisfa i requisiti di cui all'articolo 23 della Convenzione di Lanzarote (Adescamento di minori per scopi sessuali). Questa disposizione obbliga gli Stati contraenti a criminalizzare la proposta intenzionale di un adulto di incontrare un minorenni con l'intenzione di commettere un atto sessuale (art. 18 par. 1 lett. a della Convenzione di Lanzarote) o di produrre pedopornografia (art. 20 par. 1 lett. a della Convenzione di Lanzarote), se la proposta è seguita da atti materiali che portano a tale incontro e se la vittima non ha ancora raggiunto la maggiore età sessuale (art. 18 par. 2 della Convenzione di Lanzarote) secondo il diritto nazionale applicabile (cfr. n. 3.12.1.3).

Ogni Stato contraente è libero di emanare norme più restrittive di quelle della Convenzione. Come esposto in precedenza, un reato specifico di adescamento di fanciulli in senso stretto, che renderebbe punibili anche gli atti preparatori, va oltre i requisiti previsti dalla Convenzione; tale reato, nella forma proposta, è conforme alla stessa. Non vi è alcun obbligo di creare una disposizione specifica che punisca l'adescamento di fanciulli o dichiarare punibile una mera discussione online¹¹⁰.

¹⁰⁸ FF **2012** 6761, in particolare 6813.

Cfr. anche Fontanive Karin/Simmler Monika, 2016, n. IV I 2. con rimandi, che si pronunciano contro una fattispecie specifica per l'adescamento di fanciulli.

¹⁰⁹ RS **0.311.40**

¹¹⁰ Cfr. FF **2012** 6761, in particolare 6812 segg.

3.12.5 Diritto comparato: Austria e Germania

§ 208a del Codice penale austriaco «Anbahnung von Sexualkontakten zu Unmündigen»¹¹¹ (Adescamento di minori per scopi sessuali)

Con questa disposizione il diritto penale austriaco criminalizza i comportamenti che precedono l'atto effettivo. Gli atti preparatori sono pertanto punibili.

§176 del Codice penale tedesco «Sexueller Mißbrauch von Kindern»¹¹² (Abuso sessuale di fanciulli)

Il diritto penale tedesco reprime il fatto di prendere contatto, che rappresenta un atto preparatorio che precede il tentativo punibile stesso. Questo reato è stato oggetto di molte critiche nella dottrina giuridica tedesca poiché sancisce la punibilità a monte. Di conseguenza, il reato è consumato dopo il semplice contatto dell'autore con il minore senza che, in realtà, l'autore lo abbia necessariamente incontrato. Questa criminalizzazione in una fase così avanzata è molto sorprendente, poiché convenire un incontro fisico non è punibile dalla legge¹¹³.

3.13 Titolo della sezione «Contravvenzioni contro l'integrità sessuale»

Poiché l'articolo 197a ha un titolo della sezione numerato, l'attuale titolo della sezione per gli articoli 198 e 199 «Contravvenzioni contro l'integrità sessuale» deve essere rinumerato.

3.14 Articolo 198 Molestie sessuali

3.14.1 Modifica del titolo marginale nel testo francese

L'attuale titolo marginale della versione francese del vigente articolo 198, ossia «Désagréments causés par la confrontation à un acte d'ordre sexuel», è lungo e non copre tutte le fattispecie previste nella disposizione. Esso viene pertanto cambiato in «Nuisances sexuelles». In tal modo corrisponde meglio alla versione in italiano («Molestie sessuali») e a quella in tedesco («Sexuelle Belästigungen»).

3.14.2 Capoverso 1

Si propone di aggiungere il termine «immagini» al secondo comma del vigente articolo 198. Ciò significa che una persona potrà essere molestata non soltanto mediante vie di fatto o parole impudenti, ma anche da *immagini* (impudenti). Questa modifica

¹¹¹ www.ris.bka.gv.at > Bundesrecht > Bundesrecht konsolidiert > StGB.

¹¹² www.gesetze-im-internet.de > Gesetze / Verordnungen > StGB.

¹¹³ Fontanive Karin/Simmler Monika, 2016, n. I. 1. a con rimandi.

concerne in particolare la trasmissione elettronica di immagini a contenuto sessuale, che non è punibile secondo l'attuale articolo 198 secondo comma¹¹⁴. Trasmettere o mostrare immagini *pornografiche* resta comunque punibile conformemente all'articolo 197 (Pornografia).

Contrariamente alla richiesta formulata nella mozione 18.4049 Reynard «Molestie sessuali. Gravi lacune da colmare»¹¹⁵, il termine «scritti» non è stato aggiunto. Nel suo parere del 30 novembre 2018 il Consiglio federale ha spiegato che, secondo la dottrina dominante, il fatto di inviare un SMS con una connotazione sessuale contro la volontà del destinatario non è contemplato dall'articolo 198, poiché questo riguarda, secondo l'interpretazione del momento, soltanto le parole pronunciate. Una parte della dottrina non condivide tuttavia questa opinione e detta questione non è mai stata esaminata dal Tribunale federale. Non è pertanto possibile affermare con certezza che l'articolo 198 sia inapplicabile in un caso simile.

Nel frattempo la situazione è cambiata: il Tribunale federale, nella sua sentenza 6B_69/2019 del 4 novembre 2019, ha stabilito che il tenore dell'articolo 198 secondo comma impiega il termine «parole» e comprende, considerandone il carattere polisemico, non soltanto le parole pronunciate, ma anche gli scritti e le immagini (consid. 2.3.2.).

Questo corrisponde anche ai più recenti sviluppi della dottrina. Nella 4^a edizione del Basler Kommentar, Strafrecht II, pubblicata nel 2018, Isenring sostiene un'opinione diversa da quella che prevaleva nella precedente edizione del 2013. Secondo questo nuovo approccio, non sembra escluso a priori che lettere, e-mail o SMS possano, in alcuni casi, essere elementi costitutivi del reato. Secondo l'autore, non c'è dubbio che il termine «parole» possa riferirsi a parole scritte o pronunciate¹¹⁶. Già in precedenza, Donatsch aveva espresso il parere che le «parole» scritte rientrassero nel campo d'applicazione dell'articolo 198¹¹⁷.

Alla luce di queste considerazioni non è pertanto necessario inserire il termine «scritti»; appare altresì chiaro che il termine «parole» si riferisca sia alle parole pronunciate che a quelle scritte.

3.14.3 Capoverso 2

3.14.3.1 Situazione iniziale

L'iniziativa parlamentare 18.434 (Amherd) Bregy «Rendere finalmente perseguibile l'adescamento in rete di minorenni» chiede che le molestie sessuali in rete nei confronti di fanciulli siano perseguibili d'ufficio.

¹¹⁴ Isenring Bernhard, 2019, art. 198 n. 24; Kummer Kathrin, 2002, pag. 83.

¹¹⁵ www.parlamento.ch > Oggetto 18.4049. L'intervento è stato tolto di ruolo il 25 settembre 2020.

¹¹⁶ Isenring Bernhard, 2019, art. 198 n. 24.

¹¹⁷ Donatsch Andreas, 2018, § 65 pag. 588.

I reati perseguibili d'ufficio sono quelli che le autorità di perseguimento penale, venute a conoscenza, devono perseguire e punire indipendentemente dalla volontà della vittima. Per quanto riguarda i reati a querela di parte, invece, il perseguimento comincia a seguito di una dichiarazione di volontà della vittima, ossia la querela.

La differenza tra reati perseguibili d'ufficio o a querela di parte verte essenzialmente su due punti: in primo luogo la querela è vincolata a una scadenza e a esigenze formali più rigorose; in secondo luogo ciascuno può sporgere una denuncia, mentre solo una cerchia determinata di persone può presentare una querela¹¹⁸.

3.14.3.2 Variante 1

Si propone di completare l'articolo 198 con un capoverso 2 secondo cui l'autore di molestie sessuali su vittime minori di 12 anni è perseguibile d'ufficio.

L'articolo 198 protegge le persone dal confronto non voluto con una terza persona che compie un atto di natura sessuale. A differenza dell'articolo 187 (Atti sessuali con fanciulli), questa disposizione non intende tutelare lo sviluppo sessuale armonioso dei fanciulli e degli adolescenti: il bene giuridico tutelato da entrambi i capoversi è l'integrità sessuale e il diritto all'autodeterminazione sessuale.

Nell'ambito di una chat vi è certo una separazione di ordine spaziale fra gli interlocutori; nondimeno può esservi una violazione dell'integrità sessuale di un fanciullo per il tramite di un messaggio scritto o vocale, oppure di un'immagine, anche senza che vi sia un contatto fisico. Un dialogo con connotazione sessuale può pure avere conseguenze psicologiche dannose per l'integrità sessuale di un fanciullo. Tuttavia, come è già stato sottolineato, si è in presenza di molestie sessuali (verbali) generalmente solo se il comportamento dell'autore è *indesiderato*¹¹⁹. Le molestie verbali (secondo comma e seconda variante di reato) sono punibili soltanto se impudenti. La punibilità è qui vincolata all'impiego di espressioni estremamente volgari, che denotano un comportamento impudente¹²⁰. In questo caso la soglia oltre la quale si può presumere il sussistere di molestie sessuali è relativamente alta, tanto più che secondo il diritto vigente le stesse sono perseguite a querela di parte. Il reato di cui all'articolo 198 secondo comma e seconda variante di reato può essere perpetrato con scritti, segnatamente lettere, e-mail o SMS e, secondo il presente progetto, anche con immagini (cfr. n. 3.14.1).

¹¹⁸ Riedo Christof, 2019, ad art. 30 n. 1, 2, 5 con altri rinvii.

¹¹⁹ Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, una persona che si sbaglia sulla vera natura di un atto può anche sentirsi importunata ai sensi dell'art. 198 cpv. 2: una paziente che si lascia toccare nella zona intima nella convinzione che questa manipolazione sia necessaria al trattamento medico è vittima di molestie sessuali se questo «trattamento» consiste – anche solo parzialmente – in atti la cui motivazione è puramente sessuale e che non hanno una giustificazione terapeutica (sentenza del Tribunale federale 6B_453/2007 del 19 febbraio 2008); cfr. Isenring Bernhard, 2019, art. 198 n. 19.

¹²⁰ Isenring Bernhard, 2019, art. 198 n. 4, 5, 8 e 22 con ulteriori rimandi; DTF 137 IV 263, consid. 3.1.

Secondo un principio di tecnica legislativa occorre formulare se possibile le fattispecie penali in modo neutro sotto il profilo tecnologico, ossia indipendentemente dallo strumento, dal mezzo o dall'ausilio utilizzato (cfr. n. 3.12.2.5). Secondo le regole generali d'interpretazione, il tenore dell'articolo 198 – in particolare del secondo comma e seconda variante di reato (molestie sessuali mediante parole impudenti) – può trovare applicazione nell'ambito di discussioni sulle reti sociali¹²¹. Non è pertanto necessario menzionare espressamente le TIC nella presente disposizione.

Il rafforzamento della protezione dei fanciulli e degli adolescenti potrebbe essere un argomento per rendere le molestie sessuali sui fanciulli perseguibili d'ufficio. Si tenga presente, tuttavia, che i minorenni di almeno 16 anni hanno raggiunto la maggiore età sessuale secondo l'articolo 187 numeri 1 e 2. Se la differenza di età non supera i tre anni, anche i fanciulli più giovani possono essere attivi sessualmente tra loro in modo legale. Sembra quindi concepibile riconoscere ai fanciulli più grandi una certa responsabilità e permettere loro di decidere da soli se presentare una querela. La situazione è diversa per i fanciulli di età inferiore a 12 anni (cfr. 3.2.2). In questa fascia d'età è essenziale una maggiore protezione dell'integrità sessuale. È quindi immaginabile perseguire d'ufficio le molestie sessuali nei confronti di fanciulli di età inferiore a 12 anni. Questa proposta si differenzia dall'iniziativa parlamentare, che prevede il perseguimento d'ufficio delle molestie sessuali nei confronti di giovani di età inferiore ai 18 anni.

Se la vittima è un fanciullo di età inferiore ai 12 anni, si intende perseguire d'ufficio non solo l'atto di molestarlo con le parole, ma anche le molestie sessuali mediante vie di fatto ed eventualmente le molestie sessuali mediante immagini, siano tali atti commessi online oppure offline.

3.14.3.3 Variante 2

Le molestie sessuali sono una lieve violazione dell'integrità sessuale. Raramente le vittime corrono il rischio di subire un trauma psicologico significativo. Per questo motivo questo reato è punibile solo su querela. Adulti e fanciulli godono così della stessa protezione.

Nella variante 2 si rinuncia alla revisione dell'articolo 198 volta a inserirvi l'adescamento di fanciulli in senso lato e le molestie sessuali su fanciulli (in Internet), poiché una simile modifica avrebbe unicamente un effetto simbolico. Nel suo parere sulla mozione 14.3666 della CAG-N «Articolo 198 CP. Reato perseguibile d'ufficio in determinati casi»¹²² il Consiglio federale si è pronunciato contro la modifica dell'articolo 198 volta a introdurre il perseguimento d'ufficio delle molestie sessuali nei confronti di fanciulli e adolescenti. Nel suo rapporto del 23 aprile 2015, la CAG-S ha giustificato la sua opposizione principalmente con il fatto che l'articolo 198

¹²¹ Cfr. anche la mozione Schmid-Federer 12.3476 «Adeguamento della fattispecie di molestie sessuali nei confronti di minorenni», secondo cui alle chat in Internet dovrebbe essere applicabile detta disposizione.

¹²² www.parlamento.ch > Oggetti 14.3666 e 12.3476.

riguarda casi generalmente di minore entità che non possono essere perseguiti indipendentemente dalla volontà della vittima. Secondo le sue argomentazioni, sebbene siano coinvolti dei fanciulli, i genitori hanno in qualsiasi momento la possibilità di presentare una querela e chiedere l'avvio di un procedimento. La CAG-S ha ritenuto più appropriato rinunciare al perseguimento d'ufficio, poiché un procedimento penale potrebbe rappresentare un ulteriore disagio per un minorenne. Dovrebbe quindi spettare ai genitori decidere se avviare o meno il procedimento. Ha aggiunto che sarebbe sproporzionato avviare d'ufficio un procedimento penale ogniqualvolta venga proferita una parola sconveniente. Il 18 giugno 2015 il Consiglio degli Stati ha seguito all'unanimità il parere della sua commissione giuridica.

Inoltre nella prassi sarebbe macchinoso avviare d'ufficio un procedimento penale (a causa delle chat a sfondo sessuale su Internet che non sono seguite da nessun altro atto). Data la natura del reato – discussioni tramite le TIC – è ovvio che le autorità di perseguimento penale non avviano il procedimento soltanto perché sono a conoscenza del reato, quanto piuttosto dopo che il fanciullo o i suoi genitori le hanno informate (con una querela o una denuncia). A *conti fatti* vi è poca differenza tra la querela e la denuncia poiché, nel 90 per cento dei casi, le autorità prendono conoscenza del reato su segnalazione della popolazione. In generale è raro che un procedimento penale sia avviato in assenza di una denuncia così come in assenza di una querela¹²³. Il cambiamento di paradigma avrebbe pertanto poca incidenza sul perseguimento penale. Continuando a perseguire il reato a querela di parte, si dà alla vittima la possibilità di scegliere di non avviare un procedimento penale contro la sua volontà.

3.15 Titolo della sezione «Reato collettivo»

Poiché il nuovo articolo 197a ha un titolo di sezione, occorre rinumerare il titolo di sezione dell'articolo 200 «Reato collettivo».

3.16 Articolo 200 Reato collettivo

Questa disposizione viene da un lato adeguata sotto il profilo redazionale nella versione tedesca, in quanto il termine «Richter» è sostituito dal sostantivo più neutro «Gericht». Dall'altro, la formulazione potestativa è sostituita dalla formulazione imperativa, in modo che il giudice, per tener conto del maggiore grado di illiceità, deve aumentare la pena in caso di reato collettivo. Questo cambiamento non dovrebbe avere un grande impatto nella prassi, poiché il fatto che più persone agiscano insieme comporterà in tutti i casi un aumento della pena.

¹²³ Riedo Christof, 2019, ad art. 30 n. 5 con ulteriori rimandi.

3.17

Articolo 264a capoverso 1 lettera g Lesione dell'autodeterminazione sessuale Articolo 264e capoverso 1 lettera b Trattamento medico ingiustificato, lesione dell'autodeterminazione sessuale e della dignità umana

A causa delle modifiche previste negli articoli 189 e 190, occorre adeguare anche gli articoli 264a capoverso 1 lettera g nonché 264e capoverso 1 lettera b. Si rimanda sostanzialmente ai commenti relativi agli articoli 189 e 190.

Entrambe le varianti introducono il termine «compiere», mentre la variante 2, con lo stralcio dell'espressione «di sesso femminile», estende la definizione di «stupro».

4

Diritto penale minorile del 20 giugno 2003¹²⁴

Art. 36 cpv. 2 e 3

Per quanto riguarda l'aggiunta degli articoli 187a e 193 CP nell'elenco dell'articolo 36 capoverso 2 del Diritto penale minorile (DPMIn) relativo alla prescrizione dell'azione penale, si rimanda al commento all'articolo 97 capoverso 2 CP. Completando l'elenco con gli articoli 124 e 197 capoverso 3 CP viene inoltre corretta un'omissione da parte del legislatore. L'articolo 36 capoverso 2 DPMIn si basa chiaramente sulla regolamentazione dell'articolo 97 capoverso 2 CP, ad eccezione degli articoli 187 e 188, che il legislatore ha scientemente tralasciato.

Le disposizioni del diritto transitorio di cui al vigente articolo 36 capoverso 2 secondo periodo DPMIn sono riprese e completate in un nuovo *capoverso 3*, come nell'articolo 97 CP. Il diritto transitorio è disciplinato in un capoverso specifico (art. 97 cpv. 4 CP), mentre la prescrizione più lunga per l'azione penale per reati contro le persone minori è prevista dall'articolo 97 capoverso 2 CP. Il DPMIn è entrato in vigore il 1° gennaio 2007. I reati dichiarati punibili in quel momento sono pertanto esplicitamente elencati nel capoverso 3. Ciò non comporta alcuna modifica materiale delle disposizioni transitorie, ma consente di completare l'elenco di cui al capoverso 2 senza apportare modifiche alla regolamentazione di cui al capoverso 3.

5

Codice penale militare del 13 giugno 1927¹²⁵

5.1

Coincidenza tra CPM e CP

La parte speciale del CPM corrisponde essenzialmente alla parte speciale del CP; i due testi divergono soltanto laddove le esigenze specifiche del diritto penale militare lo richiedono. Come già nell'ambito di precedenti revisioni parziali, la presente

¹²⁴ RS 311.1

¹²⁵ RS 321.0

revisione del diritto penale militare mira a conservare per quanto possibile la concordanza tra i due Codici. Pertanto le spiegazioni relative alla parte speciale del CP valgono anche per il CPM.

L'elenco seguente indica la corrispondenza tra le disposizioni adeguate:

PP-CPM art. 49a cpv. 1 lett. f	e	PP-CP art. 66a cpv. 1 lett. h
art. 50 cpv. 3 lett. a,	e	art. 67 cpv. 3 lett. b e c,
4 e 4 ^{bis} lett. a		4 lett. a e 4 ^{bis} lett. a
art. 55 cpv. 2	e	art. 97 cpv. 2
art. 59 cpv. 1 lett. e	e	art. 101 cpv. 1 lett. e
art. 109 cpv. 1 lett. g	e	art. 264a cpv. 1 lett. g
art. 112a cpv. 1 lett. b	e	art. 264e cpv. 1 lett. b
art. 153	e	art. 189
art. 154	e	art. 190
art. 155	e	art. 191
art. 156 n. 1–1 ^{ter} e 3	e	art. 187 n. 1–1 ^{ter} e 3
art. 158	e	art. 187a
art. 159	e	art. 194
art. 159a	e	art. 198
art. 159b	e	art. 200

L'articolo 197a CP (Adescamento di fanciulli per scopi sessuali) non viene ripreso nel CPM, poiché non ve ne è il bisogno; inoltre il CPM non contiene nessun reato in materia di pornografia, per i quali si applica appunto l'articolo 197a CP. Le persone soggette al diritto penale militare rimangono sottoposte alla legge penale ordinaria per i reati non previsti dal CPM (art. 8 CPM).

5.2 **Articolo 157 Abuso della posizione militare**

L'articolo 157 CPM è una disposizione specificamente militare, ma presenta tuttavia similitudini con gli articoli 188, 192 e 193 CP, in quanto l'autore approfitta di una situazione di costrizione preesistente. Mentre le disposizioni del diritto penale ordinario non prevedono una pena pecuniaria minima, il vigente articolo 157 CPM prevede una pena pecuniaria non inferiore a 30 aliquote giornaliere. Detta pena minima non pare appropriata e si propone pertanto di stralciarla.

Art. 269 cpv. 2 lett. a e 286 cpv. 2 lett. a

Le modifiche materiali operate nel CP devono essere trasposte nei due elenchi dei reati. L'articolo 192 capoverso 1 CP deve essere stralciato da entrambi gli elenchi e l'articolo 187a CP deve esservi aggiunto. Non è invece parso necessario iscrivervi l'articolo 197a CP, considerata la mancanza di gravità di questo reato (atti preparatori punibili).

Art. 70 cpv. 2

Una modifica materiale del CPM deve essere inclusa nell'elenco dei reati di cui all'articolo 70 capoverso 2 della legge di procedura penale militare del 23 marzo 1979¹²⁸ (PPM). L'articolo 158 CPM deve essere aggiunto all'elenco.

Va segnalato che nel messaggio del 28 agosto 2019¹²⁹ concernente la modifica del Codice di procedura penale (Attuazione della mozione 14.3383 della Commissione degli affari giuridici del Consiglio degli Stati «Adeguamento del Codice di procedura penale»¹³⁰) si proponeva di armonizzare i due elenchi dei reati relativi alla sorveglianza della corrispondenza postale e del traffico delle telecomunicazioni (art. 70 cpv. 2 CPM) e all'inchiesta mascherata (art. 73a cpv. 1 lett. a CPM) con quello del Codice di procedura penale (art. 269 cpv. 2 lett. a e 286 cpv. 2 lett. a CPP). Su questo oggetto sta attualmente deliberando il Parlamento (19.048). In funzione dei risultati delle deliberazioni parlamentari, l'articolo 158 CPM sarà se del caso ripreso nel nuovo elenco dei reati relativo all'inchiesta mascherata (art. 73a cpv. 1 lett. a PP-CPM).

Contrariamente al disegno del Consiglio federale, la pena pecuniaria prevista agli articoli 187 e seguenti quale alternativa possibile alla pena detentiva non sarà stralciata. I seguenti motivi inducono al mantenimento della pena pecuniaria.

- *Contraddizione con la (nuova) disciplina delle sanzioni*

¹²⁶ RS **312.0**

¹²⁷ RS **322.1**

¹²⁸ RS **322.1**

¹²⁹ FF **2019** 5523

¹³⁰ www.parlamento.ch > Oggetto 14.3383.

Le modifiche alla disciplina delle sanzioni (entrate in vigore il 1° gennaio 2018) rispondono alla preoccupazione che i reati – e anche i reati contro l'integrità sessuale – debbano essere puniti più spesso con una pena detentiva che con una pena pecuniaria, per due motivi. In primo luogo, il campo di applicazione della pena pecuniaria è in generale più ristretto (da 360 a 180 aliquote giornaliere) e, in secondo luogo, per lasciare la possibilità di pronunciare una breve pena detentiva invece di una pena pecuniaria, per motivi di prevenzione speciale. In altri termini, il giudice può pronunciare una pena detentiva in luogo di una pena pecuniaria se la pena detentiva appare giustificata per trattenere l'autore dal commettere nuovi crimini o delitti (art. 41 cpv. 1 lett. a). Se si decidesse di imporre, come regola generale, unicamente pene detentive per reati contro l'integrità sessuale, questo sarebbe doppiamente in contraddizione con le decisioni del Parlamento. In primo luogo, perché il principio del primato della pena pecuniaria, difeso dopo accesi dibattiti, verrebbe annullato, e in secondo luogo perché sarebbe in contrasto con l'intenzione, respinta dal Parlamento, di infliggere una pena detentiva piuttosto che una pena pecuniaria se la pena non eccede sei mesi, e questo per ragioni di prevenzione generale.

- *Un abbandono generalizzato della pena pecuniaria è inutile e iniquo*
Come abbiamo visto, la nuova disciplina delle sanzioni riduce chiaramente il campo di applicazione della pena pecuniaria. Questo rappresenta già un inasprimento rispetto al diritto anteriore, poiché sia il legislatore che il Tribunale federale ritengono che la pena pecuniaria sia oggettivamente una sanzione più mite rispetto alla pena detentiva¹³¹. Non pare pertanto opportuno procedere a un ulteriore inasprimento poiché, anche se il giudice può pronunciare una pena detentiva, la pena pecuniaria rimane la sua prima scelta. La nuova disciplina delle sanzioni offre un margine di manovra sufficiente per garantire soluzioni eque ed evitare che chi commette un reato venga trattato troppo favorevolmente.
- *Rischio di mettere a repentaglio il sistema*
L'esclusione quasi totale delle pene pecuniarie per i reati sessuali aprirebbe un'inutile breccia nel sistema e rischierebbe di essere estesa ad altri reati (p. es. lesioni personali nei confronti di fanciulli o anziani), con la conseguenza che il sistema di sanzioni sarebbe messo a repentaglio.
- *Attendere i riscontri della prassi*
Sono passati solo tre anni dall'entrata in vigore della nuova disciplina delle sanzioni. È quindi opportuno seguire l'evoluzione nella prassi di queste modifiche legislative prima di apportare modifiche puntuali a decisioni di principio. In seguito sarà sempre possibile discutere eventuali cambiamenti. In un primo momento sarà necessario attendere e analizzare la giurisprudenza in questo ambito.

¹³¹ DTF 134 IV 97, consid. 4.2.2.: «La pena pecuniaria e il lavoro d'interesse generale sono sanzioni meno gravi rispetto alle pene detentive». Nella prassi, le persone condannate preferiscono però spesso le pene detentive a quelle pecuniarie.

Alla luce di quanto precede, non c'è motivo di rinunciare alla pena pecuniaria, soprattutto se si considera che un simile cambiamento non avrebbe un impatto maggiore sulla natura dissuasiva delle norme in questione.

8.2 Mozione 14.3022 Rickli «Pornografia infantile. Vietare le immagini di bambini nudi»

8.2.1 Situazione iniziale

La *mozione Rickli 14.3022 «Pornografia infantile. Vietare le immagini di bambini nudi»*¹³² incarica il Consiglio federale di preparare una revisione di legge che punisca il commercio professionale di fotografie e film che mostrano bambini nudi. La mozione è stata accolta dal Parlamento e trasmessa il 6 dicembre 2016. Il Consiglio federale aveva proposto di accogliere la mozione: ne sosteneva gli obiettivi, sottolineando però che essa solleverebbe delicati problemi di delimitazione.

All'origine di questa mozione vi è un caso concreto: dopo tre anni di indagini, nel 2014 la polizia canadese ha smantellato una rete internazionale di pedopornografia (operazione «Spade»). La società canadese *Azov Films*, attiva in Internet, produceva film in Europa orientale che ritraevano ragazzi maschi nudi di età compresa tra i 10 e i 16 anni mentre giocavano. La polizia ha sequestrato centinaia di migliaia di video e sequestrato liste di nomi e indirizzi degli acquirenti – quasi esclusivamente di sesso maschile – provenienti da tutto il mondo. Circa 150 di loro erano domiciliati in Svizzera. Secondo l'Ufficio federale di polizia (fedpol), i film in questione non contenevano immagini di atti sessuali o primi piani dei genitali dei ragazzi. Si è quindi ritenuto che non si trattasse di materiale illegale. Tuttavia, in diversi Cantoni sono state avviate indagini penali per sospetto di pedopornografia¹³³.

In *Germania* è poi scoppiato un caso che ha coinvolto l'ex deputato al Bundestag Sebastian Edathy, che ha ammesso di aver scaricato film pedopornografici. Il procedimento è stato abbandonato¹³⁴, ma a seguito di questi fatti il *diritto penale tedesco in materia sessuale* è stato inasprito. Questa (controversa)¹³⁵ revisione mirava a impedire l'esercizio di attività lucrative in relazione al corpo dei fanciulli. La definizione legale di pedopornografia di cui ai § 184b e 184c del Codice penale tedesco è stata successivamente estesa, per includere le rappresentazioni di fanciulli o adolescenti parzialmente o integralmente nudi, in atteggiamento poco naturale e in un modo che il loro sesso sia messo in risalto¹³⁶. È stato inoltre modificato il § 201a del

¹³² www.parlamento.ch > Oggetto 14.3022.

¹³³ Si veda in proposito la motivazione della mozione; Grossermittlung wegen Kinderpornographie, Neue Zürcher Zeitung del 30 novembre 2014.

¹³⁴ Edathys Geständnis ohne Schuldgefühle, Neue Zürcher Zeitung del 2 marzo 2015.

¹³⁵ Si veda in proposito Eisele Jörg/Franosch Rainer, 2016, pag. 519 segg.

¹³⁶ È inoltre ora punibile anche la diffusione di una rappresentazione sessualmente provocante dei genitali o delle natiche nudi di un fanciullo.

Codice penale tedesco relativo alla violazione della sfera privata e dell'intimità attraverso la fotografia¹³⁷.

8.2.2 Difficoltà di attuazione della mozione

Le argomentazioni addotte nella mozione presentano punti poco chiari, in particolare per quanto riguarda gli elementi costitutivi del reato da punire. Un'ulteriore analisi mostra che i problemi sarebbero praticamente insolubili e che ci si troverebbe di fronte a una normativa insoddisfacente ed estremamente difficile da far rispettare. Queste difficoltà sono esposte qui appresso.

Le norme di diritto penale si basano sul bene giuridico da tutelare. La determinazione del bene da proteggere nel caso in cui l'elemento costitutivo del reato è un'immagine di un fanciullo solleva *questioni delicate* poiché, nel senso classico del termine, le immagini di fanciulli non rappresentano immagini (pedo)pornografiche.

A questo si aggiunge il fatto che la mozione parla da un lato di «fotografie e film che mostrano bambini nudi» (nell'originale «Nacktfotos und entsprechenden Filmaufnahmen»), e dall'altro di «immagini di bambini nudi» («Posing-Bilder»). Queste espressioni sono definite in modi diversi: per «Nackt-Aufnahme» si intende un'immagine (fotografia o film) in cui il bambino è *svestito* (ci si può chiedere se deve essere integralmente nudo o se le parti genitali devono essere visibili). Per «*Posing-Aufnahme*» in genere si intende una fotografia in *posa* la cui realizzazione ha chiaramente richiesto un'azione sul bambino, che è in linea di massima ancora parzialmente vestito.

La mozione è poco chiara anche per quanto concerne il reato da punire. Se ci si basa sul testo depositato¹³⁸, la punibilità è limitata al *commercio professionale*. Tuttavia, nella motivazione, la mozione menziona anche il consumo: l'autrice ha infatti criticato che nel caso «Azov» i consumatori dei video in Svizzera non potevano essere puniti.

Rendere punibile il consumo di immagini non pornografiche sarebbe *eccessivo*¹³⁹. Inoltre, sarebbe sconcertante limitare la punibilità a chi ne fa mestiere, dato che nel CP questa circostanza è finora stata utilizzata quale *mera aggravante*. In altre parole,

¹³⁷ A causa di una differenza nella sistematica giuridica, questa modifica non può essere inclusa in un'analisi di diritto penale comparato: diversamente dal diritto tedesco, la sistematica del diritto svizzero non protegge il diritto all'immagine mediante una norma penale ma mediante la protezione della personalità, disciplinata nell'ambito del diritto civile.

¹³⁸ Boll. Uff. **2016** S 1036, Sommaruga Simonetta, consigliera federale: «Voi sapete che per il Consiglio federale è sempre il testo della mozione a essere determinante. In tal senso, in questo caso si tratta di rendere punibile il commercio professionale di foto e di video di bambini nudi» (traduzione).

¹³⁹ Le Camere federali hanno inteso la mozione nel senso che non vanno puniti tutti i tipi di consumo, ma unicamente il commercio professionale: cfr. Boll. Uff. **2016** S 1035, Jositsch Daniel (S, ZH).

l'agire per mestiere non giustifica la punibilità, ma al massimo qualifica come punibile più severamente un'attività già in linea di principio dichiarata punibile.

Le *immagini private*, come per esempio fotografie per un album di famiglia, non devono essere vietate. La mozione intende però evitare che tali immagini vengano in seguito utilizzate per soddisfare interessi sessuali o vendute per mestiere a tale scopo. Per tali ragioni il reato deve essere considerato commesso solo se le foto *sono utilizzate a fini sessuali*.

8.2.3 Cambiamento di giurisprudenza

La giurisprudenza del Tribunale federale in materia di pornografia è cambiata in modo significativo dopo la presentazione della mozione: con la sentenza 6B 180/2015 del 18 febbraio 2016, il Tribunale federale ha ampliato la definizione di pedopornografia. Questa sentenza riguarda in particolare «immagini di bambini (parzialmente) spogliati che giocano sulla spiaggia», basandosi sulle quali il ricorrente ha creato delle fotografie¹⁴⁰. Secondo la nuova giurisprudenza, non è assolutamente indispensabile che il bambino sia stato direttamente sollecitato a mettersi in posa; anche fotografie di bambini nudi scattate a loro insaputa possono essere considerate un elemento costitutivo del reato se esplicano un effetto corruttivo. Secondo questa giurisprudenza, non sono invece punibili semplici istantanee di scene di vita quotidiana (p. es. immagini di bambini nudi in spiaggia o in piscina). Secondo il Tribunale federale, il criterio di distinzione è il *rispetto delle norme sociali*: se le immagini sono collocate al di fuori del loro contesto sociale generalmente accettato e l'unica interpretazione possibile è che servono a favorire l'eccitazione sessuale di persone con tendenze pedofile, allora le immagini sono rappresentazioni di pedopornografia proibita. Quindi, non sono solo immagini di bambini completamente nudi che possono essere qualificate alla stregua di pornografia infantile, ma anche quelle di bambini piccoli parzialmente svestiti, in cui l'atteggiamento, la modalità di rappresentazione, le riprese, le inquadrature o altri elementi hanno chiaramente una connotazione sessuale e sembrano essere al di fuori delle norme sociali. Nei casi in cui i bambini non sono completamente nudi o in cui i genitali sono solo parzialmente scoperti, i requisiti per la connotazione sessuale sarebbero più severi¹⁴¹.

Considerata l'estensione del campo di applicazione l'articolo 197 dovuta a questa nuova giurisprudenza, si può ritenere che l'attuale definizione degli elementi costitutivi del reato di pornografia copra anche quanto chiesto dalla mozione¹⁴².

¹⁴⁰ Sentenza del Tribunale federale 6B 180/2015 del 18 febbraio 2016, lett. A. dell'esposizione dei fatti.

¹⁴¹ Sentenza del Tribunale federale 6B 180/2015 del 18 febbraio 2016, consid. 3.3.1.

¹⁴² Boll. Uff. **2016** S 1034, Caroni Andrea (PLR, AR) in merito alla nuova giurisprudenza del Tribunale federale: «Da questa giurisprudenza si evince che la nozione di pornografia in questo ambito deve essere intesa in un senso molto ampio e – a parte qualche casuale foto di famiglia scattata sulla spiaggia – comprende praticamente tutti i casi; ho parlato brevemente con l'autrice della mozione e mi ha detto che le richieste espresse sono materialmente in gran parte soddisfatte (...)» (traduzione).

8.2.4 Conclusion

Un reato che punisce le foto in posa solleverebbe questioni giuridiche molto delicate e nella prassi il suo perseguimento darebbe luogo a difficoltà insormontabili. La nuova giurisprudenza del Tribunale federale riprende in sostanza quanto chiesto dalla mozione.

8.3 Stealthing

Negli ultimi anni la stampa ha riferito di vari casi di condanne penali per «stealthing» (dall'inglese *stealth* = segretezza, astuzia). Per «stealthing» si intende, per un uomo, il fatto di togliere il preservativo durante l'atto sessuale o la penetrazione anale all'insaputa o contro la volontà del partner (oppure di rinunciare all'uso del preservativo contrariamente a quanto convenuto in precedenza).

Fra le varie sentenze in Svizzera a questo proposito, si possono menzionare le seguenti:

- il 9 gennaio 2017 il Tribunale correzionale del distretto di Losanna ha condannato un imputato per violenza carnale (art. 190 CP) a una pena detentiva di un anno con la condizionale. L'8 maggio 2017 il Tribunale cantonale di Vaud ha confermato la colpevolezza nonché la pena, ma ha condannato l'imputato per atti sessuali con persone incapaci di discernimento o inette a resistere (art. 191 CP)¹⁴³. Questa sentenza è passata in giudicato.
- Il 15 gennaio 2019 il Tribunale penale di Basilea Campagna ha assolto una persona accusata di atti sessuali con persone incapaci di discernimento o inette a resistere¹⁴⁴. Il 6 giugno 2019 il Tribunale cantonale di Basilea Campagna ha confermato la sentenza¹⁴⁵. La causa è stata in seguito deferita al Tribunale federale, dove è ancora pendente¹⁴⁶.
- Il 13 febbraio 2019 il Tribunale distrettuale di Bülach (ZH) ha pure assolto una persona accusata di atti sessuali con persone incapaci di discernimento o inette a resistere. Il 28 novembre 2019 Tribunale d'appello del Cantone di Zurigo ha confermato la sentenza¹⁴⁷. Anche questa causa è stata deferita al Tribunale federale, dove è ancora pendente¹⁴⁸.

¹⁴³ Sentenza del Tribunale cantonale del Cantone di Vaud, corte di appello penale, dell'8 maggio 2017 (PE15.012315).

¹⁴⁴ Sentenza del Tribunale penale di Basilea Campagna del 15 gennaio 2019 (300 18 65).

¹⁴⁵ Sentenza del Tribunale cantonale del Cantone di Basilea Campagna, Sezione diritto penale, del 6 giugno 2019 (460 19 68).

¹⁴⁶ Tribunale federale, causa 6B_34/2020 (pendente, stato il 17 dicembre 2020).

¹⁴⁷ Sentenza del Tribunale d'appello del Cantone di Zurigo, I^a Camera penale, del 28 novembre 2019 (SB190282).

¹⁴⁸ Tribunale federale, causa 6B_265/2020 (pendente, stato il 17 dicembre 2020).

Per valutare se vi è il bisogno di legiferare in merito allo «stealththing» è necessario attendere le decisioni del Tribunale federale in queste cause.

8.4 «Soluzione del consenso»

Nell'ambito dell'elaborazione dell'articolo 187a (aggressione sessuale) ci si è chiesti se si dovesse proporre soltanto la soluzione «veto» o «no è no» o anche la soluzione «del consenso» o «solo sì significa sì», anch'essa oggetto di discussioni nell'opinione pubblica (v. n. 3.4, in particolare il n. 3.4.2). La «soluzione del consenso», in cui la persona deve dare, in modo esplicito o concludente, il proprio consenso ad atti sessuali non è stata portata avanti per i seguenti motivi:

- Conformemente al diritto penale vigente in materia di reati sessuali, un atto di natura sessuale commesso mediante coazione (artt. 189 e 190 CP) ha sempre luogo contro la volontà della vittima. Tale interpretazione emerge anche dalla seguente descrizione del Tribunale federale: «L'opposizione deve essere manifestata senza ambiguità. La resistenza in senso giuridico della vittima non è altro che un'espressione ferma e manifesta di una volontà, con la quale indica chiaramente ed esplicitamente all'autore che non acconsente a un rapporto sessuale o ad atti sessuali»¹⁴⁹ [trad.]
- Una «soluzione del consenso» è ampiamente discussa dall'opinione pubblica, ma non è stata analizzata in modo approfondito né ulteriormente sviluppata a livello scientifico. Le voci contrarie mettono in guardia contro le grandi difficoltà di prova, una possibile inversione dell'onere della prova e una violazione della presunzione di innocenza (per gli argomenti contrari alla riforma cfr. n. 3.4.3). Tale approccio non è ritenuto praticabile.

Va respinta l'idea secondo cui un rapporto sessuale senza consenso è da considerarsi uno stupro – che presuppone una costrizione - e dev'essere sanzionato come tale.

9 Ripercussioni

9.1 Ripercussioni per la Confederazione

Salvo casi particolari, i reati contro l'integrità sessuale non sottostanno alla giurisdizione federale (cfr. art. 23 cpv. 1 lett. a CPP); il presente progetto non ha pertanto ripercussioni finanziarie né sull'effettivo del personale per la Confederazione.

¹⁴⁹ Sentenza del Tribunale federale 6B_718/2013 del 27.2.2014, consid. 2.3.2 (in ted.)

9.2

Ripercussioni per i Cantoni e i Comuni

Per quanto concerne i reati che sottostanno alla giurisdizione cantonale e alla giurisdizione militare, per i cui procedimenti i Cantoni sopportano i costi dell'esecuzione delle pene e delle misure (cfr. art. 215 cpv. 1 CPM) – è piuttosto difficile stimare le ripercussioni finanziarie e sull'effettivo del personale e tanto più indicare un importo preciso. Alcune delle modifiche proposte potrebbero occasionare oneri supplementari a livello cantonale, altre degli sgravi. In considerazione delle numerose incognite, non è possibile prevedere se gli adeguamenti determineranno effettivamente una modifica degli oneri o se alla fine la situazione rimarrà invariata.

Un onere supplementare potrebbe essere dato nei casi seguenti:

- l'aggressione sessuale (art. 187a) sarà un reato perseguibile d'ufficio. Nel diritto vigente gli atti contemplati da tale articolo possono essere puniti alla stregua di molestie sessuali (art. 198 CP); in quanto contravvenzione, sono perseguibili a querela di parte. La nuova fattispecie potrà condurre all'espulsione non obbligatoria (art. 66a^{bis});
- la punibilità dell'adescamento di fanciulli (art. 197a) viene estesa;
- le molestie sessuali (art. 198) potranno essere perpetrate mediante l'invio di immagini con connotazione sessuale. Il reato sarà inoltre perseguito d'ufficio se la vittima è un minore di dodici anni.

Verosimilmente l'estensione dell'impunità di cui all'articolo 197 capoversi 4, 5, 8 e 8^{bis} (Pornografia) condurrà invece a una diminuzione dell'onere.

10 Aspetti giuridici

10.1 Costituzionalità

L'articolo 123 Cost. conferisce alla Confederazione la competenza di legiferare in materia di diritto penale e di diritto processuale penale.

L'articolo 31 capoverso 1 Cost. statuisce peraltro che nessuno può essere privato della libertà se non nei casi previsti dalla legge e secondo le modalità da questa prescritte.

10.2 Compatibilità con gli impegni internazionali della Svizzera

10.2.1 Impegni internazionali generali in materia di diritto penale

Gli accordi internazionali in ambito penale di regola non prevedono le pene da comminare né tantomeno i loro limiti minimi e massimi. Essi contengono per lo più disposizioni che obbligano gli Stati contraenti a punire i reati in questione con pene

e misure efficaci, proporzionali e dissuasive¹⁵⁰. Nell'attuare gli accordi internazionali si è tenuto conto di tali prescrizioni. Il presente progetto è quindi compatibile con gli impegni internazionali della Svizzera.

Le convenzioni internazionali contengono a volte disposizioni che obbligano gli Stati a prevedere pene detentive per le quali possa essere concessa l'extradizione¹⁵¹. Secondo l'articolo 35 capoverso 1 della legge federale del 20 marzo 1981¹⁵² sull'assistenza internazionale in materia penale, l'extradizione è ammissibile se il reato è passibile di una sanzione restrittiva della libertà per un massimo di almeno un anno o di una sanzione più severa, sia secondo il diritto svizzero sia secondo quello dello Stato richiedente, e se non soggiace alla giurisdizione svizzera. Il presente progetto non prevede modifiche che potrebbero essere incompatibili con le succitate disposizioni internazionali.

Prima del 1° maggio 1999, data dell'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, gli Stati membri dell'UE dovevano solo prevedere sanzioni efficaci, adeguate e dissuasive. Alcuni degli atti della legislazione secondaria adottati successivamente contengono anche disposizioni penali che definiscono gli elementi costitutivi dei reati e, in alcuni casi, la pena minima e massima da comminare¹⁵³. L'inclusione di tali disposizioni nella legislazione secondaria è destinata ad essere rafforzata a seguito dell'entrata in vigore, il 1° dicembre 2009, del trattato di Lisbona. Quest'ultimo riconosce esplicitamente, quale normativa di diritto primario, la competenza dell'UE a stabilire, a determinate condizioni, regole minime per la definizione dei reati e delle sanzioni penali (art. 83 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea¹⁵⁴). Nel campo del diritto penale in materia sessuale, nella legislazione secondaria di riferimento vi sono principalmente la direttiva 2011/93/UE¹⁵⁵ e, su alcuni punti, la

¹⁵⁰ P. es. art. 27 n. 1 della Convenzione di Lanzarote; art. 45 cpv. 1 della Convenzione di Istanbul; art. 19 cpv. 1 della Convenzione penale del 27 gennaio 1999 sulla corruzione, RS **0.311.55**; art. 13 cpv. 1 della Convenzione del 23 novembre 2001 sulla cybercriminalità, RS **0.311.43**; in modo analogo art. 11 n. 2 della Convenzione delle Nazioni Unite del 15 nov. 2000 contro la criminalità organizzata transnazionale, RS **0.311.54**; art. 30 n. 3 della Convenzione del 31 ottobre 2003 delle Nazioni Unite contro la corruzione, RS **0.311.56**.

¹⁵¹ P. es. l'art. 19 cpv. 1 della Convenzione penale sulla corruzione; art. 24 cpv. 2 della Convenzione sulla cybercriminalità.
RS **351.1**

¹⁵² Si cita a titolo di esempio la decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio, del 22 dicembre 2003, relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile (GU L 13 del 20.1.2004, pag. 44).

¹⁵⁴ Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (versione consolidata), GU C 326 del 26.10.2012, pag. 47.

¹⁵⁵ Direttiva 2011/93/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile, e che sostituisce la decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio, GU L 335 del 17.12.2011, pag. 1.

direttiva 2011/36/UE¹⁵⁶. Entrambe definiscono gli atti intenzionali che gli Stati membri devono rendere punibili e il livello minimo delle pene massime che devono stabilire. Tuttavia, non sono vincolanti per la Svizzera. Le modifiche proposte sono pertanto compatibili con gli obblighi internazionali della Svizzera.

10.2.2 Convenzioni del Consiglio d'Europa

Convenzione del Consiglio d'Europa del 25 ottobre 2007 sulla protezione dei minori contro lo sfruttamento e gli abusi sessuali (Convenzione di Lanzarote)

Art. 20 Reati di pedopornografia

La revisione dell'articolo 197 capoverso 8 CP non è incompatibile con l'articolo 20 numero 1 lettere a ed e della Convenzione di Lanzarote (produzione e possesso di materiale pedopornografico) né con l'articolo 20 numero 3 secondo trattino (possibile riserva). Si rimanda al numero 3.10.1.

Art. 23 Adescamento di minori per scopi sessuali

Il nuovo articolo 197a CP, che rende punibili gli atti preparatori e va così oltre quanto previsto nell'articolo 23 della Convenzione di Lanzarote, soddisfa i requisiti minimi di questa. Va segnalato che anche senza questo nuovo articolo, il diritto vigente soddisfa già tali requisiti. Si rimanda al numero 3.12.3.

Convenzione del Consiglio d'Europa dell'11 maggio 2011 sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (Convenzione di Istanbul)

Art. 36 Violenza sessuale, compreso lo stupro

Il nuovo articolo 187a CP è compatibile con questa Convenzione. Si rimanda al numero 3.4.4.2

¹⁵⁶ Direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI, GU L 101 del 15.4.2011, pag. 1.

<i>Art. 187 Atti sessuali con fanciulli</i>		
Diritto vigente	Variante 1 Numero 1: adeguamento linguistico Numero 3: stralcio di un trattamento privilegiato	Variante 2 Numero 1: adeguamento linguistico Numero 1^{bis}: pena minima Numero 1^{ter}: «casi poco gravi» per tutti i gruppi di età Numero 3: stralcio di un trattamento privilegiato
1. <i>Concerne soltanto i testi tedesco e francese</i>	1. <i>Concerne soltanto i testi tedesco e francese</i>	1. <i>Concerne soltanto i testi tedesco e francese</i>
		1 ^{bis} . Se il colpevole compie un atto sessuale con un fanciullo che non ha ancora compiuto i dodici anni o lo induce a compiere un simile atto con un terzo o con un animale, la pena è una pena detentiva da uno a cinque anni.
		1 ^{ter} . Nei casi poco gravi la pena è una pena detentiva sino a tre anni o una pena pecuniaria.
2. L'atto non è punibile se la differenza d'età tra le persone coinvolte non eccede i tre anni.		
3. Se il colpevole, al momento dell'atto o del primo atto, non aveva ancora compiuto vent'anni e sussistono circostanze particolari o se la vittima ha contratto con lui matrimonio o un'unione domestica registrata, l'autorità competente può prescindere dal procedimento penale, dal rinvio a giudizio o dalla punizione.	3. Se il colpevole, al momento dell'atto o del primo atto, non aveva ancora compiuto vent'anni e sussistono circostanze particolari o se la vittima ha contratto con lui matrimonio o un'unione domestica registrata , l'autorità competente può prescindere dal procedimento penale, dal rinvio a giudizio o dalla punizione.	3. Se il colpevole, al momento dell'atto o del primo atto, non aveva ancora compiuto vent'anni e sussistono circostanze particolari o se la vittima ha contratto con lui matrimonio o un'unione domestica registrata , l'autorità competente può prescindere dal procedimento penale, dal rinvio a giudizio o dalla punizione.
4. <i>Concerne soltanto il testo francese</i>		

2. Offese alla libertà ed all'onore sessuale
Art. 187a Aggressione sessuale
Proposta
¹ Chiunque, contro la volontà di una persona o inaspettatamente, compie con questa o le fa compiere un atto sessuale, è punito con una pena detentiva sino a tre anni o con una pena pecuniaria.
² Parimenti è punito chiunque, nell'esercizio di un'attività nel settore sanitario, compie con una persona o le fa compiere un atto sessuale sfruttando il suo errore sulla natura dell'atto.

Art. 188 Atti sessuali con persone dipendenti	
Diritto vigente	Proposta
1. 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 una pena detentiva sino a tre anni o con una pena pecuniaria.	1. 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 almeno sedici anni di età, chiunque induce una tale persona ad un atto sessuale, profittando della dipendenza in cui essa si trova, è punito con una pena detentiva sino a tre anni o con una pena pecuniaria.
2. Se la vittima ha contratto successivamente matrimonio o un'unione domestica registrata con il colpevole, l'autorità competente può prescindere dal procedimento penale, dal rinvio a giudizio o dalla punizione.	2. Abrogato

Art. 189 Coazione sessuale Art. 190 Violenza carnale Art. 191 Atti sessuali con persone incapaci di discernimento o inette a resistere		
Diritto vigente	Variante 1 Art. 189 cpv. 1 e 190 cpv. 1: Aggiunta di «compiere» Art. 189 cpv. 3 e 190 cpv. 3: Stralcio di «segnatamente» Art. 191: - modifica del titolo marginale nel testo tedesco - stralcio dell'espressione «conoscendone e sfruttandone lo stato»	Variante 2 Oltre alle modifiche della variante 1: Art. 189 cpv. 1 e 190 cpv. 1: Estensione della definizione di «violenza carnale» Art. 191: Introduzione di una pena minima
Art. 189 Coazione sessuale ¹ Chiunque costringe una persona a subire un atto analogo alla congiunzione carnale o un altro atto sessuale, segnatamente usando minaccia o violenza, esercitando pressioni psicologiche su di lei o rendendola inetta a resistere, è punito con una pena detentiva sino a dieci anni o con una pena pecuniaria.	Art. 189 Coazione sessuale ¹ Chiunque costringe una persona a compiere o subire un atto analogo alla congiunzione carnale o un altro atto sessuale, segnatamente usando minaccia o violenza, esercitando pressioni psicologiche su di lei o rendendola inetta a resistere, è punito con una pena detentiva sino a dieci anni o con una pena pecuniaria.	Art. 189 Coazione sessuale ¹ Chiunque costringe una persona a compiere o subire un atto analogo alla congiunzione carnale o un atto sessuale, segnatamente usando minaccia o violenza, esercitando pressioni psico-logiche su di lei o rendendola inetta a resistere, è punito con una pena detentiva sino a dieci anni o con una pena pecuniaria.
² ...	² ...	² ...
³ Se il colpevole ha agito con crudeltà, segnatamente se ha fatto uso di un'arma pericolosa o di un altro oggetto pericoloso, la pena è una pena detentiva non inferiore a tre anni.	³ Se il colpevole ha agito con crudeltà, segnatamente oppure se ha fatto uso di un'arma pericolosa o di un altro oggetto pericoloso, la pena è una pena detentiva non inferiore a tre anni.	³ Se il colpevole ha agito con crudeltà, segnatamente oppure se ha fatto uso di un'arma pericolosa o di un altro oggetto pericoloso, la pena è una pena detentiva non inferiore a tre anni.
Art. 190 Violenza carnale ¹ Chiunque costringe una persona di sesso femminile a subire la congiunzione carnale, segnatamente usando minaccia o violenza, esercitando pressioni psicologiche su di lei o rendendola inetta a resistere, è punito con una pena detentiva da uno a dieci anni.	Art. 190 Violenza carnale ¹ Chiunque costringe una persona di sesso femminile a compiere o subire la congiunzione carnale, segnatamente usando minaccia o violenza, esercitando pressioni psicologiche su di lei o rendendola inetta a resistere, è punito con una pena detentiva da uno a dieci anni.	Art. 190 Violenza carnale ¹ Chiunque costringe una persona di sesso femminile a compiere o subire la congiunzione carnale o un atto analogo che implica una penetrazione nel corpo , segnatamente usando minaccia o violenza, esercitando pressioni psicologiche su di lei o rendendola inetta a resistere, è punito con una pena detentiva da uno a dieci anni.

(Art. 190)	(Art. 190)	(Art. 190)
Diritto vigente	Variante 1	Variante 2
² ...	² ...	² ...
³ Se il colpevole ha agito con crudeltà, segnatamente se ha fatto uso di un'arma pericolosa o di un altro oggetto pericoloso, la pena è una pena detentiva non inferiore a tre anni.	³ Se il colpevole ha agito con crudeltà, segnatamente oppure se ha fatto uso di un'arma pericolosa o di un altro oggetto pericoloso, la pena è una pena detentiva non inferiore a tre anni.	³ Se il colpevole ha agito con crudeltà, segnatamente oppure se ha fatto uso di un'arma pericolosa o di un altro oggetto pericoloso, la pena è una pena detentiva non inferiore a tre anni.
Art. 191 Atti sessuali con persone incapaci di discernimento o inette a resistere Chiunque, conoscendone e sfruttandone lo stato, si congiunge carnalmente o compie un atto analogo alla congiunzione carnale o un altro atto sessuale con una persona incapace di discernimento od inetta a resistere, è punito con una pena detentiva sino a dieci anni o con una pena pecuniaria.	Art. 191 Atti sessuali con persone incapaci di discernimento o inette a resistere Chiunque, conoscendone e sfruttandone lo stato, si congiunge carnalmente o compie un atto analogo alla congiunzione carnale o un altro atto sessuale con una persona incapace di discernimento o inetta a resistere, è punito con una pena detentiva sino a dieci anni o con una pena pecuniaria.	Art. 191 Atti sessuali con persone incapaci di discernimento o inette a resistere ¹ Chiunque, conoscendone e sfruttandone lo stato, si congiunge carnalmente o compie un atto analogo alla congiunzione carnale o compie un altro atto sessuale con una persona incapace di discernimento o inetta a resistere, è punito con una pena detentiva sino a dieci anni o con una pena pecuniaria.
		² Chiunque costringe una persona di cui al capoverso 1 a subire la congiunzione carnale o un atto analogo che implica una penetrazione nel corpo, è punito con una pena detentiva da uno a dieci anni.

Art. 192 Atti sessuali con persone ricoverate, detenute od imputate	
Diritto vigente	Proposta
¹ Chiunque, profittando di un rapporto di dipendenza, induce una persona ricoverata o collocata in uno stabilimento, detenuta, incarcerata o imputata, a commettere o a subire un atto sessuale, è punito con una pena detentiva sino a tre anni o con una pena pecuniaria.	Abrogato
² Se la vittima ha contratto matrimonio o un'unione domestica registrata con il colpevole, l'autorità competente può prescindere dal procedimento penale, dal rinvio a giudizio o dalla punizione.	

Art. 193 Sfruttamento dello stato di bisogno	
Diritto vigente	Proposta
Sfruttamento dello stato di bisogno ¹ Chiunque, sfruttandone lo stato di bisogno o approfittando di rapporti di lavoro o comunque di dipendenza, determina una persona a compiere o a subire un atto sessuale, è punito con una pena detentiva sino a tre anni o con una pena pecuniaria.	Sfruttamento di uno stato di bisogno o di dipendenza ¹ <i>Concerne soltanto il testo francese</i>
² Se la vittima ha contratto matrimonio o un'unione domestica registrata con il colpevole, l'autorità competente può prescindere dal procedimento penale, dal rinvio a giudizio o dalla punizione.	² Abrogato

Art. 194 Esibizionismo		
Diritto vigente	Variante 1	Variante 2
¹ Chiunque compie un atto esibizionistico è punito, a querela di parte, con una pena pecuniaria.	¹ <i>Concerne soltanto il testo francese</i>	¹ Chiunque compie un atto esibizionistico è punito, a querela di parte, con una pena pecuniaria la multa .
	² Nei casi poco gravi la pena è della multa.	² Nei casi gravi la pena è una pena pecuniaria. Il reato è punito a querela di parte.
² 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.	³ Se il colpevole si sottopone a trattamento medico su ordine dell'autorità competente, il procedimento penale è abbandonato.	³ Se il colpevole si sottopone a trattamento medico su ordine dell'autorità competente, il procedimento penale è abbandonato.

Art. 197 Pornografia

Diritto vigente	Proposta capoversi 4, 5 e 8		
¹ 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.			
² Chiunque espone o mostra in pubblico oggetti o rappresentazioni a tenore del capoverso 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.			
³ Chiunque recluta un minorenni per farlo partecipare a una rappresentazione pornografica o lo induce a partecipare a una tale rappresentazione, è punito con una pena detentiva sino a tre anni o con una pena pecuniaria.			
⁴ Chiunque fabbrica, importa, tiene in deposito, mette in circolazione, propaganda, espone, offre, mostra, lascia o rende accessibili, acquista, si procura per via elettronica o in altro modo o possiede oggetti o rappresentazioni a tenore del capoverso 1, vertenti su atti sessuali con animali o atti violenti tra adulti o atti sessuali fittizi con minorenni, è punito con una pena detentiva sino a tre anni o con una pena pecuniaria. Se gli oggetti o le rappresentazioni vertono su atti sessuali reali con minorenni, la pena è una pena detentiva sino a cinque anni o una pena pecuniaria. Se gli oggetti o le rappresentazioni vertono su atti sessuali reali con minorenni, la pena è una pena detentiva sino a cinque anni o una pena pecuniaria.	⁴ Chiunque fabbrica, importa, tiene in deposito, mette in circolazione, propaganda, espone, offre, mostra, lascia o rende accessibili, acquista, si procura per via elettronica o in altro modo o possiede oggetti o rappresentazioni a tenore del capoverso 1, vertenti su atti sessuali con animali o atti violenti tra adulti o atti sessuali fittizi con minorenni, è punito con una pena detentiva sino a tre anni o con una pena pecuniaria. (...)		

(Art. 197) Diritto vigente	(Art. 197) Proposta Capoversi 4, 5 e 8		
⁵ Chiunque consuma o fabbrica per il proprio consumo, importa, tiene in deposito, acquista, si procura per via elettronica o in altro modo o possiede oggetti o rappresentazioni a tenore del capoverso 1, vertenti su atti sessuali con animali, atti violenti tra adulti o atti sessuali fittizi con minorenni, è punito con una pena detentiva sino a un anno o con una pena pecuniaria. Se gli oggetti o le rappresentazioni vertono su atti sessuali reali con minorenni, la pena è una pena detentiva sino a tre anni o una pena pecuniaria.	⁵ Chiunque consuma o fabbrica per il proprio consumo, importa, tiene in deposito, acquista, si procura per via elettronica o in altro modo o possiede oggetti o rappresentazioni a tenore del capoverso 1, vertenti su atti sessuali con animali, atti violenti tra adulti o atti sessuali fittizi con minorenni, è punito con una pena detentiva sino a un anno o con una pena pecuniaria. (...)		
⁶ Nel caso di reati a tenore dei capoversi 4 e 5 gli oggetti sono confiscati.			
⁷ Se l'autore ha agito per fine di lucro, la pena detentiva è cumulata con una pena pecuniaria.			
⁸ Sono esenti da pena i minorenni di età superiore ai sedici anni che fabbricano, possiedono o consumano, con il loro consenso, oggetti o rappresentazioni a tenore del capoverso 1 che li raffigurano.	⁸ Chiunque, con il consenso di un minorenne, fabbrica, possiede, consuma o gli trasmette oggetti o rappresentazioni a tenore del capoverso 1 che lo raffigurano, è esente da pena se: a. non dà o promette alcuna remunerazione; e b. la differenza d'età tra le persone coinvolte non eccede i tre anni. La persona raffigurata è parimenti esente da pena.		
		Variante 1 Capoverso 8^{bis} La trasmissione di «selfie» pornografici resta punibile	Variante 2 Capoverso 8^{bis} La trasmissione di «selfie» pornografici è esente da pena a certe condizioni
		^{8bis} Sono esenti da pena i minorenni che fabbricano, possiedono o consumano oggetti o rappresentazioni a tenore del capoverso 1 che li raffigurano.	^{8bis} Sono esenti da pena i minorenni che fabbricano, possiedono o consumano oggetti o rappresentazioni a tenore del capoverso 1 che li raffigurano.

			La trasmissione di oggetti o rappresentazioni che li raffigurano è esente da pena, se: a. le persone coinvolte si conoscono personalmente; b. il destinatario vi ha acconsentito; e c. la differenza d'età tra le persone coinvolte non eccede i tre anni. Il destinatario è parimenti esente da pena se per gli oggetti o rappresentazioni ricevuti non dà o promette alcuna remunerazione, se li possiede o consuma, se le persone coinvolte si conoscono personalmente e la differenza d'età tra queste non eccede i tre anni.
⁹ Gli oggetti o rappresentazioni a tenore dei capoversi 1–5 non sono considerati pornografici se hanno un valore culturale o scientifico degno di protezione.			

5. Adescamento di fanciulli per scopi sessuali

Art. 197a *Adescamento di fanciulli per scopi sessuali*

Variante 1	Variante 2
Chiunque propone un incontro a una persona minore di sedici anni con l'intenzione di commettere un reato ai sensi dell'articolo 187 numero 1, primo comma o 197 capoverso 4 ed effettua preparativi per tale incontro, è punito con una pena pecuniaria. L'articolo 187 numeri 2 e 3 è applicabile per analogia. Chi spontaneamente desiste dal portare a termine i preparativi è esente da pena.	Nessuna nuova regolamentazione

5- 6. Contravvenzioni contro l'integrità sessuale Art. 198 Molestie sessuali			
Diritto vigente	Proposta Capoverso 1		
Chiunque causa scandalo compiendo un atto sessuale in presenza di una persona che non se lo aspettava, chiunque, mediante vie di fatto o, impudentemente, mediante parole, molesta sessualmente una persona, è punito, a querela di parte, con la multa.	¹ Chiunque causa scandalo compiendo un atto sessuale in presenza di una persona che non se lo aspettava, chiunque, mediante vie di fatto o, impudentemente, mediante parole o immagini , molesta sessualmente una persona, è punito, a querela di parte, con la multa.		
		Variante 1 Capoverso 2	Variante 2 Capoverso 2
		² Se la vittima è un minore di dodici anni, il colpevole è perseguito d'ufficio.	Nessuna nuova regolamentazione

6- 7. Reato collettivo Art. 200 Reato collettivo	
Diritto vigente	Proposta
Se un reato previsto nel presente titolo è stato commesso insieme da più persone, il giudice può aumentare la pena sino a una volta e mezzo quella comminata, ma senza andar oltre al massimo legale della specie di pena.	Se un reato previsto nel presente titolo è stato commesso insieme da più persone, il giudice aumenta la pena. Non può tuttavia eccedere una volta e mezzo quella comminata. È in ogni modo vincolato al massimo legale della specie di pena

Bibliografia

Beckrath-Wilking Ulrike/Biberacher Marlene/Dittmar Volker/Wolf-Schmid Regina, 2013, Traumafachberatung, Traumatherapie & Traumapädagogik: Ein Handbuch für Psychotraumatologie im beratenden, therapeutischen & pädagogischen Kontext, Paderborn 2013.

Donatsch Andreas, 2018, Strafrecht III, 11^a ed., Zurigo 2018.

Eisele Jörg/Franosch Rainer, 2016, Posing und der Begriff der Kinderpornografie in § 184b StGB nach dem 49. Strafrechtsänderungsgesetz, in: ZIS 2016.

Engler Marc, 2019, in: M. A. Niggli/H. Wiprächtiger (ed.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 4^a ed., Basilea 2019.

Fontanive Karin/Simmler Monika, 2016, Gefahr im Netz: Die unzeitgemässe Erfassung des Cybergroomings und des Cyberharassments im schweizerischen Sexualstrafrecht – Zur Notwendigkeit der Modernisierung von Art. 198 StGB, in: ZSR 5/2016.

Grädel Rolf/Heininger Matthias, 2014, in: M. A. Niggli/M. Heer/H. Wiprächtiger (ed.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, 2^a ed., Basilea 2014.

Hörnle Tatjana, 2015, Warum § 177 Abs. 1 StGB durch einen neuen Tatbestand ergänzt werden sollte, in: ZIS 4/2015.

Hurtado Pozo José, 2009, Droit pénal, Partie spéciale, Ginevra/Zurigo/Basilea 2009.

Isenring Bernhard, 2019, in: M. A. Niggli/H. Wiprächtiger (ed.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 4^a ed., Basilea 2019.

Isenring Bernhard/Kessler Martin A., 2019, in: M. A. Niggli/H. Wiprächtiger (ed.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 4^a ed., Basilea 2019.

Jenny Guido/Schubarth Martin/Albrecht Peter, 1997, Kommentar zum Schweizerischen Strafrecht, StGB BT, 4. Band: Delikte gegen die sexuelle Integrität und gegen die Familie, Art. 187–200, Art. 213–220 StGB, Berna 1997.

Knodel Tanja/Scheidegger Nora, 2019, «Respekt vor dem 'Nein' gehört ins Gesetz», in: plädoyer 6/2019.

Kummer Kathrin, 2002, Sexuelle Belästigung aus strafrechtlicher Sicht, diss. Berna 2002.

Maier Philipp, 1994, Die Nötigungsdelikte im neuen Sexualstrafrecht – Die Tatbestände sexuelle Nötigung (Art. 189) und Vergewaltigung (Art. 190) unter besonderer Berücksichtigung von sexual- und sozialwissenschaftlichen Grundlagen, diss. Zurigo 1994.

Maier Philipp, 2019, in: M. A. Niggli/H. Wiprächtiger (ed.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 4^a ed., Basilea 2019.

Möller Anna/Söndergaard Hans Peter/Helström Lotti, 2017, Tonic immobility during sexual assault – a common reaction predicting post-traumatic stress disorder and severe depression, Acta Obstet Gynecol Scand 96/2017.

Niggli Marcel Alexander/Maeder Stefan, 2019, in: M. A. Niggli/H. Wiprächtiger (ed.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 4^a ed., Basilea 2019.

Omlin Esther, 2014, in: M. A. Niggli/M. Heer/H. Wiprächtiger (ed.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, 2^a ed., Basilea 2014.

Riedo Christof, 2019, in: M. A. Niggli/H. Wiprächtiger (ed.), Basler Kommentar Strafrecht I, 4^a ed., Basilea 2019.

Scheidegger Nora, 2018, Das Sexualstrafrecht der Schweiz – Grundlagen und Reformbedarf, diss. Berna 2018.

Scheidegger Nora/Lavoyer Agota/Stalder Tamara, 2020, Reformbedarf im schweizerischen Sexualstrafrecht, in: *sui generis* 2020.

Smahel David/Machackova Hana/Mascheroni Giovanna/Dedkova Lenka/Staksrud Elisabeth/Ólafsson Kjartan/Livingstone Sonia/Hasebrink Uwe, 2020, EU Kids Online 2020, Survey results from 19 countries, 2020, consultabile su: www.eukidsonline.ch > Internationaler Ergebnisbericht.

Trechsel Stefan/Bertossa Carlo, 2018, in: S. Trechsel/M. Pieth, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 3^a ed., Zurigo/San Gallo 2018.

Wiprächtiger Hans, 2007, Das geltende Strafrecht, Eine kritische Standortbestimmung, in: *ZStrR* 3/2007.

Wiprächtiger Hans, 2020, Neuer Tatbestand für sexuelle Handlungen ohne Konsens?, in: *AJP/PJA* 7/2020.

Elenco delle fonti citate

FF 1985 II 901, Messaggio del 26 giugno 1985 concernente la modificazione del Codice penale e del Codice penale militare (Reati contro la vita e l'integrità della persona, il buon costume e la famiglia).

FF 1993 I 85, Formulazione non sessista dei testi legislativi. Rapporto della Commissione parlamentare di redazione del 22 settembre 1992.

FF 2003 1732, Iniziativa parlamentare 96.464. Atti di violenza commessi su donne, punibili d'ufficio. Modifica dell'articolo 123 CP e Iniziativa parlamentare 96.465. Atti di violenza sessuale commessi su un coniuge, punibili d'ufficio. Modifica degli articoli 189 e 190 CP. Rapporto del 28 ottobre 2002 della Commissione degli affari giuridici del Consiglio nazionale.

FF 2003 1761, Iniziativa parlamentare 96.464. Atti di violenza commessi su donne, punibili d'ufficio. Modifica dell'articolo 123 CP e Iniziativa parlamentare 96.465. Atti di violenza sessuale commessi su un coniuge, punibili d'ufficio. Modifica degli articoli 189 e 190 CP. Rapporto del 28 ottobre 2002 della Commissione degli affari giuridici del Consiglio nazionale. Parere del Consiglio federale del 19 febbraio 2003.

FF 2011 5393, Messaggio del 22 giugno 2011 concernente la legge federale che attua l'articolo 123b della Costituzione federale sull'imprescrittibilità dei reati sessuali o di pornografia commessi su fanciulli impuberi (Modifica del Codice penale, del Codice penale militare e del diritto penale minorile).

FF 2012 4181, Messaggio del 4 aprile 2012 concernente la modifica del Codice penale svizzero e del Codice penale militare (Modifica del diritto sanzionatorio).

FF 2012 6761, Messaggio del 4 luglio 2012 concernente l'approvazione della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuali (Convenzione di Lanzarote) e la sua trasposizione (modifica del Codice penale).

FF 2017 143, Messaggio del 2 dicembre 2016 concernente l'approvazione della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (Convenzione di Istanbul).

FF 2018 505, Messaggio del 22 novembre 2017 concernente la modifica della legge sul diritto d'autore nonché l'approvazione e l'attuazione di due trattati dell'Organizzazione mondiale della proprietà intellettuale.

FF 2018 2345, Messaggio del 25 aprile 2018 concernente l'armonizzazione delle pene e l'adeguamento del diritto penale accessorio alla nuova disciplina delle sanzioni.

FF 2019 5523, Messaggio del 28 agosto 2019 concernente la modifica del Codice di procedura penale (Attuazione della mozione 14.3383 della Commissione degli affari giuridici del Consiglio degli Stati, Adeguamento del Codice di procedura penale).