



**Maria Borrello \***

## **Consenso e violenza sessuale: tra normatività e problematicità\*\***

SOMMARIO: 1. Premessa: lo spazio del consenso. – 2. Il consenso come dispositivo giuridico. – 3. La possibilità del rifiuto. – 4. Ambiguità del consenso, tra scelta e accettazione. – 5. Riflessioni conclusive.

### **1. Premessa: lo spazio del consenso**

La riflessione presentata in queste pagine intende esaminare alcuni degli aspetti problematici che coinvolgono il rapporto tra consenso e violenza sessuale<sup>1</sup>.

La questione del consenso in materia sessuale è, in effetti, complessa. Intorno a questo tema si è sviluppato un dibattito assai fecondo, entro il quale si dispongono però definizioni e teorizzazioni diversificate e non di rado divergenti: cosa significhi ‘consenso’, quali siano le sue implicazioni, come possa essere rilevato e quale sia il grado della sua coerenza o le condizioni della sua possibilità, sono questioni estremamente controverse e, pertanto, si può, in breve, affermare che ad oggi non vi sia affatto ‘accordo’ sul consenso<sup>2</sup>.

\* Professoressa associata di Filosofia del diritto – Università degli studi di Torino.

\*\* Contributo sottoposto a *peer review*.

<sup>1</sup> Le tesi principali di questo testo sono state discusse nel seminario dal titolo: “Che “genere” di costituzionalismo? Generi, stereotipi e tribunali?”, tenutosi presso il Dipartimento di Giurisprudenza di Modena il 9 marzo scorso e coordinato dal Prof. Casadei e dalla Prof.ssa Piroso. Il seminario si è svolto nell’ambito del ciclo di incontri del Seminario permanente di Teoria del diritto e Filosofia pratica XXVII ciclo, “La grammatica del costituzionalismo e i suoi problemi”, sotto la direzione scientifica di Thomas Casadei, Gianluigi Fioriglio, Rosaria Piroso, Gianfrancesco Zanetti.

<sup>2</sup> L’espressione è di M. GARCIA, *Di cosa parliamo quando parliamo di consenso. Sesso e rapporti di potere*, Torino, Einaudi, 2022. La letteratura sulla rilevanza del consenso rispetto alle ipotesi di violenza sessuale è, in effetti, assai ampia e diversificata; si rimanda in questo senso, in particolare, al numero di Gennaio 2021 della rivista “Ethics”, interamente dedicato al nesso tra consenso e coercizione in condizioni ideali e in condizioni non ideali; per un’analisi del consenso quale espressione dell’autonomia individuale, sulla scorta della riflessione milliana, si veda G. FRAISSE, *Du consentement*, Parigi, Le Seuil, 2007; la centralità dell’autonomia per la definizione del consenso è altresì rimarcata da A. PHILIPS, *Free to decide for oneself*, in D. I. O’NEILL - M. L. SHANLEY - I. M. YOUNG (a cura di), *Illusion of Consent. Engaging with Carole Pateman*, University Park, The Pennsylvania State University Press, 2008, 99-117; sulla problematicità dei concetti di autonomia e autodeterminazione, T. PITCH, *Un diritto per due. La costruzione giuridica di genere, sesso e sessualità*, Milano, Il Saggiatore, 1998, 173 ss.; un’analisi filosofica approfondita sull’applicazione del consenso si ritrova in T. DOUGHERTY, *The scope of consent*, Oxford, Oxford University Press, 2021; sulla necessità che il consenso sia proferito e non possa pertanto essere tacitamente inferito, si rimanda a: R. SOMMERS, *Commonsense consent*, in *Yale Law Journal*, n. 8/2020, 2232-2324; A. GRUBER, *Consent Confusion*, in *Cardozo Law Review*, n. 2/2016, 415-458. Sulle implicazioni della giuridicizzazione del consenso, si rimanda a: J. FISCHER, *Sex and harm in the age of consent*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 2016.

Sebbene venga sempre più insistentemente invocato come criterio di legittimità dei rapporti sessuali<sup>3</sup>, capace di discriminare efficacemente tra rapporti sessuali e violenze sessuali, il suo statuto epistemologico non è affatto perspicuo e manifesta, al contrario, un'ambiguità essenziale<sup>4</sup>: esprime infatti l'idea di un accordo, di un incontro di volontà univocamente orientate, ma pone immediatamente il problema della sua formulazione; più che identificare una linea netta di demarcazione tra ciò che si vuole e ciò che si intende rifiutare, il consenso prestato nell'ambito di un rapporto sessuale si colloca infatti in uno spazio di significato assai ampio, che si dispone entro lo scarto che intercorre tra la scelta e l'accettazione, per cui talvolta si accetta ciò che non si sarebbe affatto scelto<sup>5</sup>. Si insedia, in altri termini, entro una "zona grigia", identificata nello spazio «fra ciò che non è pienamente consenziente e ciò che non è pienamente non consenziente o è assimilabile a uno stupro»<sup>6</sup>, manifestando così la sua problematicità.

Il consenso presuppone infatti un preciso ordine relazionale, che pone sullo stesso piano i soggetti implicati nella relazione sessuale, certificando così il riconoscimento reciproco di manifestare liberamente le proprie preferenze, traducendo in azioni le proprie intenzioni<sup>7</sup>; ma

<sup>3</sup> Un forte impulso in tal senso è stato dato dal movimento #metoo. Sorto negli Stati Uniti, in seguito al caso giudiziario che ha investito Harvey Weinstein, accusato da più di una dozzina di donne di molestie e aggressioni sessuali, il movimento di denuncia pubblica delle violenze subite dalle donne si è poi espanso in tutto il mondo: la risonanza così ottenuta ha determinato una rinnovata attenzione, nel dibattito pubblico, alla dimensione normativa, sociale e giuridica, del consenso nei rapporti sessuali (cfr. C. MCKINNON, *Ask a Feminist: sexual harassment in the age of #metoo*, in *Journal of women in culture and society*, n. 4/2019, 1027-1043; D. L. JACKSON, *MeToo: epistemic injustice and the struggle for recognition*, in *feminist Philosophy Quarterly*, n. 4/2018; L. FREEMAN ET AL., *#metoo and Philosophy*, in *APA Newsletter on Feminism and Philosophy*, n. 1/2019; in senso critico si rimanda a: L. MURAT, *Une révolution sexuelle? Réflexion sur l'après-Weinstein*, Parigi, Stock, 2018). Sulla scorta delle *silent breakers*, diversi Paesi hanno riconsiderato e rivisto la propria legislazione in materia di violenza sessuale, introducendo un espresso riferimento all'assenza di consenso quale elemento qualificante il reato di violenza sessuale, adottando il principio "solo si vuole dire sì". Oltre Usa e Canada, in Europa, si sono orientate in questo senso Danimarca, Slovenia, Islanda, Grecia, Svezia; dall'agosto scorso anche la Spagna e nell'autunno si è espressa in questo senso anche la Svizzera. Si tratta tuttavia di un approccio al tema della violenza sessuale controverso, sul quale ci si intratterà oltre in questo testo.

<sup>4</sup> Si veda R. WEST, *Sex, Law and Consent* in F. MILLER - A. WERTHEIMER (a cura di), *The Ethics of Consent: Theory and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 235. È stato infatti rilevato come la qualificazione giuridica del consenso proceda da una specifica rappresentazione dei ruoli di genere, che riconduce le donne a una modalità passiva; su questo punto si è ampiamente intrattenuta Catharine MacKinnon (C. MACKINNON, *Women's Lives, Men's Law*, Cambridge (Mass.), Belknap Press of Harvard University Press, 2005 e ID. *Rape redefined*, in *Harvard Law and Policy Review*, n. 2/2016, 431-477). Similmente si veda anche P. WESTEN, *The logic of Consent: the diversity and Deceptiveness of Consent as a Defense to Criminal Conduct*, Aldershot, Ashgate, 2004.

<sup>5</sup> Su tale ampiezza di significato ci si soffermerà diffusamente in queste pagine. Importa però segnalare sin d'ora che vi è una distinzione tra scelta e accettazione, laddove quest'ultima può costituire il risultato di una valutazione operata considerando le conseguenze di un eventuale diniego. In altri termini, l'accettazione può realizzarsi anche come conseguenza di una minaccia. In tal senso, P. PHARO, *Le sens de la justice*, Parigi, Puf, 2001, 38). Sull'insufficienza del consenso per la legittimazione dei rapporti sessuali si veda anche: H. M. HURD, *The Moral Magic of Consent*, in *Legal Theory*, n. 2/2009, 121-146. In particolare, sulla non coincidenza tra consenso e manifestazione della propria libertà, si rimanda alla riflessione di N. MATHIEU, *Quand céder n'est pas consentir. Des déterminants matériels et psychiques de la conscience dominée des femmes et de quelques-unes de leurs interprétations en ethnologie*, in N. MATHIEU (a cura di), *L'arraisonnement des femmes. Essais en anthropologie des sexes*, Parigi, Editions de l'ÉHESS, 1985, 169-245.

<sup>6</sup> M. GARCIA, *Di cosa parliamo quando parliamo di consenso*, cit., 18. Un ruolo determinante nella valutazione del consenso dipende infatti da quella che è stata definita come la presenza fisica e mentale costante e coartante degli uomini, cfr. N. MATHIEU, *Quand céder n'est pas consentir*, cit., 228.

<sup>7</sup> Sulla capacità giustificatoria dell'intenzionalità si veda G.E.A. ANSCOMBE, *L'intention* [1957], Parigi, Gallimard, 2002. Come si avrà modo di argomentare nelle prossime pagine, è tuttavia proprio la possibilità di rintracciare nel consenso l'espressione di una volontà autonoma e libera a manifestarsi come problematica. Se, infatti, secondo la lezione kantiana, l'autonomia indica il diritto a determinare liberamente le regole alle quali sottomettersi, è altresì vero che tali scelte (e tale libertà) dipendono dal vissuto esistenziale proprio di ciascun individuo, e sono pertanto risultato di condizionamenti esterni e interni; si veda: D. T. MEYERS, *Self, Society and Personal Choice*, New York, Columbia University Press, 1989. Per una

ciò che sembra drammaticamente difettare è proprio tale condizione di reciprocità: la relazionalità tra i generi è infatti ancora immersa e imbrigliata entro gli schemi oppressivi del sistema socio-politico del patriarcato<sup>8</sup>, che relegano la donna entro una rappresentazione oggettificata, che la priva dell'autonomia decisionale e che la colloca in una posizione subalterna all'uomo, che la considera dunque a sua disposizione<sup>9</sup>. Entro questo contesto, allora, «essere d'accordo ad avere un rapporto sessuale costituisce un'espressione assai vaga»<sup>10</sup>.

D'altra parte, che una sessualità sana, legittima, moralmente giusta, debba basarsi sull'incontro di desideri concordanti, che debba quindi esprimersi secondo una modalità che preveda uno scambio tra soggettività consapevoli, nel quadro del rispetto reciproco, è un assunto la cui validità non sembra esser posta in questione da alcuno: sembra dunque ovvio affermare oggi che il consenso costituisca un tratto fondamentale della relazionalità sessuale. Un'ovvietà che, invero, ha una storia relativamente recente: si deve infatti soprattutto alle elaborazioni teoriche del femminismo la rivendicazione della centralità del consenso nella relazionalità sessuale tra i generi<sup>11</sup>; un'istanza inscritta entro lo sforzo più ampio di denunciare le modalità discriminanti del paradigma patriarcale al fine di restituire alle donne una piena soggettività, intesa in termini di pari dignità, riconoscimento dell'autonomia della volontà e della sua capacità dispositiva<sup>12</sup>. Sono dunque questi i profili lungo i quali si dispone la problematicità del concetto di consenso, che nelle pagine seguenti verrà considerato specificatamente rispetto

---

appropriata valutazione del consenso, come evidenzia Emcke (C. EMCKE, *When I Say Yes* [tr. ing.], Cambridge, Polity Press, 2020) occorre quindi tenere in considerazione le peculiarità del contesto entro il quale tale consenso viene formulato ed espresso, affidandosi a una *"thick description"*, secondo la formulazione di Gilbert Ryle, ripresa da C. GEERTZ, *Interpretazioni di culture* [tr. it.], Bologna, Il Mulino, 1998.

<sup>8</sup> Si avrà modo di giustificare questa affermazione nel proseguimento della riflessione proposta. Che il patriarcato mini la capacità e la possibilità delle donne di auto-riconoscersi come soggettività titolari dei medesimi diritti riconosciuti agli uomini, e che quindi incida pesantemente, limitando l'agentività delle donne nella sfera della sessualità, è tuttavia un assunto su cui convergono pressoché interamente le riflessioni femministe, a partire dagli anni '70. In particolare, si rimanda, tra molte, a: A. DWORKIN, *Pornography: men possessing women*, New York, Perigee Books, 1981 e ID., *Intercourse*, New York, Free Press, 1987; C. MACKINNON, *Sexuality, Pornography and Method: Pleasure under Patriarchy*, in *Ethics*, n. 2/1989, 314-346. Nella riflessione più recente, si rimanda a: M. BEVACQUA, *Rape on the public agenda: Feminism and the politics of sexual assault*, Boston, Northeastern University Press, 2000 e K. MANNE, *Down girl. The logic of misogyny*, New York, Oxford University Press, 2018. Come viene, infatti, rilevato da Quill Kukla: «Patriarchy is fundamentally structured by norms that demand that women serve men's needs, and sexuality is the paradigmatic arena where such servitude is demanded», Q.R. KUKLA, *A nonideal theory of sexual consent*, in *Ethics*, n. 2/2021, 279).

<sup>9</sup> La rappresentazione della donna come individuo appartenente a una categoria inferiore rispetto all'uomo e, quindi, dipendente da questi, affonda le sue radici nell'antica Grecia «dove venne formulata, per la prima volta, in un celebre mito: quello di Pandora. [...] Nel raccontare la storia di Pandora, Esiodo dice che da lei discende *il genere maledetto, la tribù delle donne*» (E. CANTARELLA, *Le discriminazioni di genere: alla ricerca delle origini*, in *Notizie di Politeia*, 2021, 9-12). Tale rappresentazione è stata del resto variamente sostenuta nella storia del pensiero e non sembra essere stata ancora oggi del tutto abbandonata: nonostante le innegabili conquiste, rimane purtroppo ancora assai ampio il divario tra i generi e sono ancora molte le dimensioni della socialità in cui le donne vengono ricondotte entro posizioni subordinate.

<sup>10</sup> M. GARCIA, *Di cosa parliamo quando parliamo di consenso*, cit., 7.

<sup>11</sup> Il femminismo si è declinato in, e continua a esprimere, concezioni estremamente diversificate, tanto che sarebbe più corretta un'etichetta plurale; ciò vale, in particolare, rispetto alle elaborazioni giuridiche delle teorizzazioni femministe (sul punto, si veda: TH. CASADEI (a cura di), *Donne, diritto, diritti. Prospettive del giusfemminismo*, Torino, Giappichelli, 2015). In queste pagine, tuttavia, non si offrirà una presentazione esaustiva delle diverse prospettive aperte in tema di rivendicazioni di genere e superamento delle discriminazioni. Ciò che infatti interessa è, più limitatamente, considerare alcuni degli aspetti salienti della definizione del consenso entro quel campo di teorie, farne emergere le problematiche maggiori e provare a indicare i tratti per una sua possibile ridefinizione.

<sup>12</sup> In tal senso, C. PATEMAN, *Il contratto sessuale* [1988], Roma, Editori Riuniti, 1997; G. FRAISSE, *Du consentment*, cit., 31 ss. Sottolinea la stretta relazione tra consenso e libertà anche A. WERTHEIMER, *Consent to sexual relations*, New York, Cambridge University Press, 2003.

al genere: si ritiene infatti che la rilevanza di tale aspetto differenziale costituisca il nodo principale e caratterizzante le questioni relative alla definizione delle ipotesi di violenza sessuale<sup>13</sup>; non solo perché le violenze sessuali sono nella stragrande maggioranza dei casi commesse da uomini contro donne, ma in quanto si ritiene che, sulla scorta dell'elaborazione foucaultiniana, il dispositivo della sessualità sia costitutivo dei soggetti e dei rapporti di potere che tra essi intercorrono<sup>14</sup>. Approfondire l'analisi del concetto di consenso rispetto al genere consente allora di provare a riformulare i termini stessi della sessualità, favorendo il passaggio da una rappresentazione di essa repressiva ed eteronormata, a una concezione propriamente paritaria<sup>15</sup>. Tuttavia, entro questo quadro, il consenso individua uno spettro variegato di significazioni affatto nitido che, come un sasso gettato in uno stagno, genera cerchi concentrici che si ampliano e si dissipano, complessificandone la comprensione.

Si proverà allora a chiarire l'ordine dei problemi maggiori della definizione del concetto di consenso, disposta entro i termini dicotomici oppositivi dell'assenso e del rifiuto, al fine di sollecitare una riformulazione di esso incentrata sulla sua stessa etimologia: 'acconsentire' significa infatti sentire insieme e ciò che si intende sostenere è che sia precisamente tale dimensione a poter costituire la chiave di rapporti intimi legittimi. Si tratta in realtà di una posizione che si accorda con alcune proposte teoriche che, pur partendo da punti prospettici differenti e pur declinandosi entro approcci metodologici distinti, convergono nel riconoscere come essenziale la dimensione dialogica nell'identificazione dello statuto di senso del consenso e della sua operatività normativa<sup>16</sup>.

Il percorso argomentativo si svilupperà principalmente in tre momenti e, in particolare, si procederà a partire dalla rilevanza del consenso entro lo spazio giuridico. L'indagine sulla dimensione normativa del consenso, inteso come atto autorizzativo<sup>17</sup>, consentirà di evidenziare le specificità che esso manifesta nell'ambito delle relazioni sessuali considerando, da una parte la

<sup>13</sup> Occorre tuttavia precisare che la scelta di considerare le problematiche relative al consenso focalizzando l'attenzione sulla dimensione del genere non è uniformemente assunta e si trovano, in letteratura, anche impostazioni che incentrano l'analisi sul concetto di vulnerabilità. Su tale concetto, cfr. M. NUSSBAUM, *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, Bologna, Il Mulino, 2002; si rinvia utilmente anche al recente: G.F. ZANETTI, *Filosofia della vulnerabilità: percezione, discriminazione, diritto*, Roma, Carocci, 2019. Il vantaggio di considerare i soggetti attraverso la categoria della vulnerabilità (anziché quella del genere) rinvia alla maggiore inclusività, che permette di ragionare sul consenso e sulla sua genesi in termini più ampi, investendo anche le ipotesi di consenso informato in ambito sanitario o il consenso prestato in tema di diritto del lavoro (si veda, ad es. A. SCIURBA, *Vulnerabilità, consenso, responsabilità: alcuni casi di grave sfruttamento lavorativo e tratta delle donne migranti in Italia*, Perugia, Morlacchi editore, 2017). L'interesse di queste pagine, per contro, è di riflettere sulle peculiarità che il consenso manifesta specificatamente nell'ambito delle violenze sessuali.

<sup>14</sup> Per una rilettura delle concezioni di Foucault entro il terreno della critica femminista, si rimanda a: J. BUTLER, *Sexual consent. Some thoughts on psychoanalysis and law*, in *Columbia Journal of Gender and Law*, n. 2/2011, 405-429. In generale, sulla relazione tra sessualità e genere si rimanda a: N. MATHIEU, *Identité sexuelle/sexuée/de sexe? Trois modes de conceptualisation du rapport entre sexe et genre*, in ID., *L'anatomie politique: catégories et idéologies du sexe*, Parigi, Coté-femmes, 1991.

<sup>15</sup> Si orientano in questo senso molte delle riflessioni che articolano il dibattito attuale sul consenso; si rinvia, tra molte, a: C. KITZINGER - H. FRITH, *Just say no? The use of conversation analysis in developing a feminist perspective on sexual refusal*, in *Discourse and Society*, n. 3/1999, 293-316; M. GARCIA, *Di cosa parliamo quando parliamo di consenso*, cit.; Q.R. KUKLA, *A nonideal theory of sexual consent*, cit.; M. ANDERSON, *Negotiating sex*, in *Southern California Law Review*, n. 78/2005, 1401-1438.

<sup>16</sup> Il riferimento va in particolare alle elaborazioni teoriche proposte da: M. ANDERSON, *Negotiating sex*, cit.; M. GARCIA, *Di cosa parliamo quando parliamo di consenso*, cit.; Q.R. KUKLA, *A nonideal theory of sexual consent*, cit.

<sup>17</sup> Sulla concezione del consenso come atto autorizzativo si veda, in particolare, T. DOUGHERTY, *Sexual misconduct on a scale: gravity, coercion and consent*, in *Ethics*, n. 2/2021, 319-344; R. BOLINGER, *Moral risk and communicating consent*, in *Philosophy and Public Affairs*, n. 2/2019, 179-207; M. K. MCGOWAN, *On silencing and sexual refusal*, in *The journal of political philosophy*, n. 4/2009, 487-494.

difficoltà di rintracciare nel suo proferimento un principio giustificativo in sé sufficiente per la qualificazione (giuridica) di un certo agito, evidenziando come siano le condizioni entro le quali il consenso viene prestato a rivestire un ruolo fondamentale per il riconoscimento della sua validità; e considerando dall'altra, i limiti e le deficienze che i modelli di giuridicizzazione del consenso prevalentemente assunti manifestano<sup>18</sup>.

Su tali basi, saranno poi indagati gli aspetti problematici legati rispettivamente al rifiuto e all'accettazione. In primo luogo, l'attenzione sarà rivolta al concetto di rifiuto e, in particolare, si evidenzierà come, nell'ambito dei rapporti sessuali, a essere messa in discussione sia la sua stessa possibilità. L'incidenza delle stereotipizzazioni dei ruoli assegnati ai generi entro le dinamiche sessuali, imposte dalla cultura patriarcale, infatti sovente induce le donne a ritenere di non avere il diritto di rifiutare le *avances*<sup>19</sup>; ma più pesantemente comprime, fino ad annullarlo, il senso stesso del 'no' proferito; si realizza infatti una disabilitazione illocutoria<sup>20</sup> che, dal punto di vista epistemologico, dà luogo al fenomeno della «ingiustizia epistemica»<sup>21</sup>: si tratta di un meccanismo che destituisce di credibilità le affermazioni pronunciate da un soggetto in conseguenza della sua appartenenza a un certo gruppo sociale, e che in particolare investe le donne allorquando affermino il loro rifiuto a partecipare al rapporto sessuale. Emergerà allora come il rifiuto sia, in certi casi, sostanzialmente «un atto impossibile per le donne»<sup>22</sup>.

La difficoltà di rintracciare il senso autentico di quanto affermato sarà poi considerata anche rispetto alle ipotesi in cui il consenso sia stato, per contro, prestato. In tali casi, infatti, gli stereotipi negativi intervengono depotenziando sostanzialmente l'agentività delle donne<sup>23</sup>, portandole a formulare la scelta in base alle cosiddette «preferenze adattive»<sup>24</sup> e quindi entro i termini di un'autonomia fortemente limitata<sup>25</sup>. In conclusione, a partire da questa condizione di autonomia parziale, si evidenzierà la necessità di superare la concezione autorizzativa del consenso, a favore di una concezione conversazionale<sup>26</sup>.

<sup>18</sup> Tali modelli sono principalmente tre: il modello vincolato, che è quello che informa la disciplina giuridica della violenza sessuale nell'ordinamento italiano e che non include espressamente il riferimento al consenso come criterio per la valutazione dell'ipotesi criminosa; il modello limitato (No Model) che si incentra sulla espressa verbalizzazione del rifiuto da parte della vittima per stabilire la responsabilità dell'imputato (S. ESTRICH, *Real Rape. How the legal system victimizes women who say no*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1987); e il modello consensuale (Yes Model) che richiede che il consenso sia espressamente manifestato per escludere la rilevanza penale dell'atto sessuale (S. SCHULHOFER, *Unwanted sex: the culture of intimidation and the failure of the law*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1998).

<sup>19</sup> N. GAVEY, *Just sex? The cultural scaffolding of rape*, London - New York, Routledge, 2005; M. ANDERSON, *Negotiating sex*, cit.

<sup>20</sup> Entro la prospettiva analitica della filosofia del linguaggio, in tal senso, M. SBISA, *Illocution and silencing*, in B. FRASER - K. TURNER (a cura di), *Language in life, and Life in language*, Bradford, Emerald, 2009, 351-357.

<sup>21</sup> Tale definizione è stata formulata da M. FRICKER, *Epistemic injustice. Power & the Ethics of Knowing*, Oxford, Oxford University Press, 2007. Sul punto si veda I. MITRA, *The nature of epistemic injustice*, in *Philosophical Books*, n. 4/2010, 195-211; E. ANDERSON, *Epistemic justice as a virtue of social institutions*, in *Social Epistemology: A journal of knowledge, culture and policy*, n. 2/2012, 163-173; e K. DOTSON, *A cautionary tale: on limiting epistemic oppression*, in *Frontiers*, n. 1/2012, 24-47.

<sup>22</sup> Tale rilievo si trova in L. CAPONETTO, *Filosofia del linguaggio femminista, atti linguistici e riduzione al silenzio*, in *Phenomenology and the mind*, 2018, 148.

<sup>23</sup> Cfr. S. KHADER, *Adaptive preferences and women's empowerment*, New York, Oxford University Press, 2011.

<sup>24</sup> Tale nozione va intesa nei termini proposti da A. SEN, *La disuguaglianza. Un esame critico* [tr. it.], Bologna, Il Mulino, 1994.

<sup>25</sup> Sulla necessità di riconoscere i limiti (interni ed esterni) entro i quali si esercita la propria autonomia, si rinvia, in particolare per la prospettiva assunta in queste pagine, a: Q.R. KUKLA, *A nonideal theory of sexual consent*, cit.; C. HAY, *The obligation to resist oppression*, in *Journal of social philosophy*, n. 1/2011, 21-45.

<sup>26</sup> A tale conclusione pervengono, sebbene a partire da prospettive differenti: M. GARCIA, *Di cosa parliamo quando parliamo di consenso*, cit.; Q.R. KUKLA, *A nonideal theory of sexual consent*, cit.; M. ANDERSON, *Negotiating sex*, cit.

## 2. Il consenso come dispositivo giuridico

La rilevanza del consenso nella dimensione giuridica trova la sua collocazione primaria entro l'ambito di diritto civile: ivi, è inteso come l'accordo tra due volontà che dà luogo a obbligazioni reciproche e, pertanto, esso è «al tempo stesso la volontà di ogni contraente e l'accordo delle loro volontà»<sup>27</sup>; nell'ordinamento italiano, in particolare, il consenso è alla base della definizione del contratto che, appunto, si ritiene concluso quando le parti manifestano reciprocamente le proprie volontà e queste sono dirette allo stesso scopo. Tuttavia, l'accordo è sottoposto ad alcune limitazioni con potere invalidante rispetto alle obbligazioni assunte: deve, infatti, essere libero e non viziato, e deve vertere su un oggetto non contrario alle leggi e all'ordine pubblico<sup>28</sup>. Tali vincoli evidenziano un primo tratto problematico del consenso giuridicamente inteso: essi sostanziano infatti la necessità che la manifestazione del consenso sia conseguente a una libera autodeterminazione e che essa rintracci e corrisponda all'autentica dimensione umana della persona, alla sua dignità e alla sua moralità<sup>29</sup>; in questo senso, il consenso non può costituire *tout court* un principio giustificativo di un certo agito: sebbene la sua manifestazione rimanga fondamentale, esso necessita di essere ricondotto entro il piano, a sua volta estremamente complesso, dell'autonomia personale, della sua possibilità e delle forme tramite le quali essa viene in essere e può essere esercitata.

Questa complessità, in particolare, incide fortemente sull'estensione dell'istituto del consenso al campo penale, in cui vige il principio *voluntas non excusat iniuriam*, in virtù del quale il consenso della vittima non annulla il reato<sup>30</sup>. Le implicazioni di tale principio non vertono infatti in via esclusiva sulla limitazione del consenso, ma si dispongono sulla specificità che esso in tale ambito manifesta: ivi, infatti, il consenso non determina l'insorgere di un'obbligazione, ma si pone invece come strumento autorizzativo, per cui attraverso il proprio consenso si permette ad altri di fare o non fare<sup>31</sup>; investe, in particolare, il diritto di attuare scelte riguardanti il proprio

<sup>27</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. 4., *Les obligations*, Parigi, Puf, 1992, così citato in M. GARCIA, *Di cosa parliamo quando parliamo di consenso*, cit., 29.

<sup>28</sup> Il contratto, ai sensi dell'art. 1321 del codice civile, è definito come «l'accordo di due o più parti» e in questo senso il consenso/accordo ne costituisce, come specificato dall'art. 1325 c.c., uno dei requisiti essenziali. I limiti all'accordo sono disciplinati dal Capo XI (della nullità del contratto) e dal Capo XII (dell'annullabilità del contratto) c.c.

<sup>29</sup> Tali principi rilevano, ad esempio, nell'ambito del diritto del lavoro e, in particolare, in ambito penale rispetto alla valutazione delle ipotesi di violenza sessuale. Queste pagine intendono propriamente soffermarsi sulla problematicità della loro operatività in quest'ultimo campo.

<sup>30</sup> Il diritto penale infatti trova la sua ragione non solo come strumento di tutela degli individui, ma anche come garanzia per il mantenimento dell'ordine sociale; in tale prospettiva, il consenso non può formularsi avendo ad oggetto la negazione delle libertà fondamentali dell'umano, che costituiscono appunto la base dell'ordine sociale. Sulla indisponibilità di alcuni beni fondamentali come la libertà John Locke si era espresso nei seguenti termini: «Gli uomini possono, naturalmente, disporre della loro proprietà come meglio credono. Ma in nessun caso possono disporre della propria libertà o della propria persona perché la libertà è insita nella proprietà di se stessi» J. LOCKE, *Secondo Trattato sul governo*, Roma-Bari, Laterza, 1971, 82.

<sup>31</sup> In questo senso si pone, ad esempio, il consenso prestato nell'ambito della relazione medico-paziente. Nell'ampia bibliografia di riferimento, si rimanda a C. FARALLI (a cura di), *Consenso informato in medicina: aspetti etici e giuridici*, Milano, Franco Angeli, 2012; più recentemente: P. BORSELLINO, *Bioetica tra "moralità" e diritto*, Milano, Cortina, 2018, 151-159; e F. POGGI, *La medicina difensiva. Nozioni, problemi e possibili rimedi*, Modena, Mucchi Editore, 2018, 35-38.

corpo, rispetto alle quali, a differenza dell'ambito civilistico, la dimensione psicologico-sociale occupa un ruolo decisivo<sup>32</sup>.

In altri termini, la portata significativa del consenso nel contesto penale varia notevolmente rispetto a quella di matrice civilistica, e conseguentemente variano altresì la sua operatività e le modalità del suo accertamento, che si rivelano estremamente problematiche in quanto si collocano nello spazio, ampio e insidioso, che intercorre tra la dimensione della scelta e quella dell'accettazione. Prestare il proprio consenso non significa infatti solo scegliere, secondo una modalità attiva, l'atto cui appunto si consente; può, per contro, sostanziare una accettazione passiva di quanto non si sarebbe affatto scelto, laddove condizioni esterne, o interne, inducano a ritenere di non avere a disposizione altre opzioni. Pertanto, l'operatività del consenso, in questi casi, dipende da quella complessa rete di condizionamenti in base ai quali si formula e si manifesta la propria volontà, che è dunque limitata<sup>33</sup>.

Tale complessità si amplifica allorché si consideri l'incidenza del consenso rispetto alle relazioni sessuali. Entro tale ambito, risulta infatti problematico il compito, che il diritto assume, di stabilire cosa possa essere autorizzato o proibito<sup>34</sup>; e, per altro verso, è la possibilità stessa di concepire il consenso in termini autorizzativi a poter essere messa in questione<sup>35</sup>.

Tale problematicità si propaga poi ulteriormente, lungo la distinzione, sovente assai ambigua, tra l'incontro di desideri comuni e univocamente orientati, cui il rapporto sessuale dovrebbe corrispondere, e la forzata adesione a una richiesta posta entro condizioni che rendono difficile il rifiuto. In altri termini, rispetto ai rapporti sessuali, la significatività del consenso non si esaurisce entro la dicotomia dell'assenso o del rifiuto, verbalizzata attraverso il "sì" o il "no": poiché anche laddove quel "sì" sia stato proferito, non vi è garanzia alcuna che esso

<sup>32</sup> M. GARCIA, *Di cosa parliamo quando parliamo di consenso*, cit., 90. In particolare, come si avrà modo di argomentare, è possibile rintracciare un carattere specifico del consenso nelle relazioni sessuali; tale aspetto è stato discusso, tra altri, da M. NUSSBAUM, "Whether from reason or prejudice": *Taking money for bodily services*, in *The Journal of Legal Studies*, n. 2/1998, 693-723; sul "consenso amoroso" si rimanda inoltre a: C. HABIB, *Le consentement amoureux. Rousseau, les femmes et la cité*, Parigi, Hachette, 2001.

<sup>33</sup> Sulla limitazione della propria agentività si veda: Q.R. KUKLA, *A nonideal theory of sexual consent*, cit., 272. Per una ricognizione psico-sociologica sulle modalità limitanti del consenso, in particolare in ambito sessuale, si rinvia a: N. GAVEY *Just sex? The cultural scaffolding of rape*, cit. e A. BOUCHERIE, *Troubles dans le consentement. Du désir partagé au viol, ouvrir la boîte noire des relations sexuelles*, Parigi, Editions François Bourin, 2019.

<sup>34</sup> Le limitazioni giuridiche si collocano infatti entro il rapporto di tensione tra l'espressione della propria libertà sessuale e la tutela della dignità della persona. In tal senso, vi sono aspetti della dimensione sessuale che si rivelano particolarmente problematici e che complessificano gli interventi normativi: ciò avviene, ad esempio, rispetto alla prostituzione, alla pornografia e alle pratiche di sadomasochismo. Tali questioni non saranno approfondite in questo testo, che si focalizza invece sulla rilevanza del consenso in tema di violenza sessuale. Nell'ampilissimo dibattito sviluppato intorno a tali questioni, si rimanda dunque, tra altri, a: C. MACKINNON *Toward a feminist theory of the State*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1989, Cap. 11; K. BARRY, *The prostitution of sexuality*, New York, New York University Press, 1995; M. NUSSBAUM, *Sex and Social Justice*, New York, Oxford University Press, 1999; D. BORRILLO - D. LOCHAK, *La liberté sexuelle*, Parigi, Puf, 2005; M. GARCIA, *Di cosa parliamo quando parliamo di consenso*, cit., Cap. III.

<sup>35</sup> La definizione del consenso prestato nelle relazioni sessuali come atto autorizzativo è qualificata da Tom Dougherty come «the orthodoxy» (T. DOUGHERTY, *Sexual misconduct on a scale*, cit.); similmente, anche McGowan interpreta le avances sessuali come richieste di permesso (M.K. MCGOWAN, *On silencing and sexual refusal*, cit.). L'idea sottesa a tale concezione del consenso sessuale è che per le donne «Sexual desire then is a responsive rather than spontaneous event» (R. BASSON, *The female sexual response: a different model*, in *Journal of sex & marital therapy*, 2000, 53). Tuttavia, che il consenso sessuale possa essere concepito come un permesso è questione controversa e ampiamente contestata nella riflessione teorica sotto molteplici profili: *ex multis*, si veda: C. PATEMAN, *Women and consent*, cit., 164; L. CAPONETTO, *Filosofia del linguaggio femminista*, cit., 154; Q.R. KUKLA, *A nonideal theory of sexual consent*, cit., 272). La rilevanza di tali aspetti problematici sarà approfondita nelle riflessioni conclusive di questo testo, cui si rimanda.

corrisponda effettivamente a un reale desiderio e che identifichi precipuamente la volontà di partecipare all'incontro. Accade infatti che venga chiamato «consenso delle donne quella che in realtà è soltanto rassegnazione di fronte all'impossibilità di qualunque altro comportamento»<sup>36</sup>. Non sono infatti infrequenti situazioni in cui il non opporsi non sia indicativo di una libera accettazione, ma appaia per contro come il migliore adattamento alle circostanze, un adattamento peraltro valorizzato dalle norme sociali<sup>37</sup>. La normatività del consenso non può allora prescindere dalle condizioni (interne ed esterne) che lo hanno determinato e, pertanto, quando applicato alle relazioni sessuali, il consenso manifesta tutta la sua fragilità.

Occorre tuttavia precisare che, nell'ordinamento italiano, il mancato consenso non compare tra i requisiti che integrano la fattispecie della violenza sessuale<sup>38</sup>: quest'ultima viene dunque ascritta al cosiddetto "modello vincolato" per cui il perfezionamento del reato viene accertato limitatamente in base ai criteri della violenza, della minaccia e della costrizione; ciò implica ovviamente che, in sede giudiziale, le ipotesi in cui manchi, o non sia sufficientemente provato, almeno uno dei tre criteri non siano qualificabili come violenze sessuali. In tale prospettiva, un ruolo determinante è quindi svolto dal modo di interpretare l'idea stessa di costrizione, violenza o minaccia e, per conseguenza, la dimensione consensuale, sebbene non espressamente prevista dalla norma, manifesta la sua rilevanza.

Su questo piano, la giurisprudenza – soprattutto di Cassazione – manifesta ormai una tendenza costante a tenere in considerazione, ai fini dell'accertamento del reato, la manifestazione del consenso e il suo permanere durante l'intero arco temporale in cui si svolge il rapporto; e, parimenti, considera, laddove espresso, il rifiuto<sup>39</sup>. In particolare, con la sentenza del 29 gennaio 2008, n. 4532, la Cassazione ha infatti stabilito che: «Il consenso agli atti sessuali deve perdurare nel corso dell'intero rapporto senza soluzione di continuità, con la conseguenza che integra il reato di violenza sessuale la prosecuzione di un rapporto nel caso venga poi meno a seguito di un ripensamento o della non condivisione delle forme o modalità di consumazione dell'amplesso». Tale orientamento è stato ribadito nel 2016, con la sentenza n. 9221, che

<sup>36</sup> Cfr. M. GARCIA, *Di cosa parliamo quando parliamo di consenso*, cit., 158. Similmente, anche C. KITZINGER - H. FRITH, *Just say no? The use of conversation analysis in developing a feminist perspective on sexual refusal*, cit.

<sup>37</sup> Per una riflessione più ampia sul punto, si rimanda a: M. BORRELLO, "Lasciando aperta la porta". *Quando gli stereotipi entrano in tribunale*, in *Ordines. Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee*, n. 2/2022, 370. Sull'incidenza degli stereotipi nei casi di violenza contro le donne si rimanda altresì a: C. VOLPATO, *Le radici psicologiche e culturali della violenza contro le donne*, in C. PECORELLA (a cura di), *Donne e violenza. Stereotipi culturali e prassi giudiziarie*, Torino, Giappichelli, 2021, 1-35. Per una riflessione sul rapporto tra stereotipi e diritto, con particolare riguardo alla distinzione tra stereotipi descrittivi e stereotipi normativi, si veda il *Focus* "Gli stereotipi nel diritto", con contributi di F. J. ARENA - F. POGGI - G. VIGGIANI - A. DE GIULI, in *Notizie di Politeia*, n. 149/ 2023, 5-45.

<sup>38</sup> Secondo il dettato dell'art. 609 bis c.p., è punito per il reato di violenza sessuale (che solo dal 1996 è classificata come delitto contro la persona) chi usi violenza o minaccia o abusi della sua autorità per costringere qualcuno al rapporto sessuale; il secondo comma commina la medesima pena qualora l'atto sia stato compiuto mediante modalità idonee a suggestionare la vittima (in condizioni non solo patologiche, ma anche momentanee, di inferiorità fisica o psichica). Per una riflessione critica, si veda: M. BERTOLINO - A. CADOPPI, *Commentario delle norme contro la violenza sessuale (Legge 15 febbraio 1996, n. 66): con un'appendice sull'iter della riforma*, Padova, Cedam, 1996.

<sup>39</sup> Tuttavia, sono purtroppo ancora molte le sentenze che assolvono dall'imputazione di stupro nonostante sia stato accertato il proferimento del diniego da parte della vittima. Sebbene la vittima si sia opposta, abbia detto "no", non sempre quel "no" viene recepito e riconosciuto come rifiuto in sede giudiziale. A titolo di esempio, si veda la sentenza della IV Sezione Penale, Corte d'Appello di Torino, 31 marzo 2022; si veda anche la sentenza della Corte d'Appello di Firenze del 4 marzo 2015 per la quale l'Italia è stata condannata dalla Corte Edu, per violazione dell'art. 8 CEDU, con la sentenza del 27 maggio 2021.



riafferma «la presenza necessaria del consenso durante l'intero arco del rapporto sessuale da parte della vittima senza interruzioni ed esitazioni o resistenze di sorta». Nel 2020, con la sentenza n. 5512, la Corte ha inoltre affermato che non sia possibile desumere il consenso della persona offesa dai suoi comportamenti successivi alla violenza, estendendo così ulteriormente la rilevanza del consenso. Tale indirizzo giurisprudenziale, in particolare, si accorda con quanto sancito dalla Convenzione di Istanbul<sup>40</sup>, ratificata dall'Italia nel 2013; essa all'art. 36, paragrafo 2, stabilisce che: «il consenso deve essere dato volontariamente, quale libera manifestazione della volontà della persona, e deve essere valutato tenendo conto della situazione e del contesto»; la relazione esplicativa della Convenzione chiarisce, inoltre, che i procedimenti giudiziari richiederanno «una valutazione sensibile al contesto delle prove per stabilire, caso per caso, se la vittima abbia liberamente acconsentito all'atto sessuale compiuto. Tale valutazione deve riconoscere l'ampia gamma di risposte comportamentali alla violenza sessuale e allo stupro che le vittime manifestano e non deve basarsi su ipotesi di comportamento tipico in tali situazioni»<sup>41</sup>.

Tale contesto normativo sembra allora delineare un approccio diverso, e più attento, nella disanima delle ipotesi di stupro, capace cioè di tenere conto della complessità e della variabilità delle situazioni riferibili al reato di violenza sessuale e di mettere in discussione (e in qualche modo rompere) quei meccanismi, invero assai invasivi e pervasivi, che continuano a ridurre la valutazione dei fatti entro la concezione stereotipata del *'Real rape'* e del *'simple rape'*, quest'ultimo quasi mai punito<sup>42</sup>.

Entro questo quadro, un ruolo significativo riveste l'istanza, posta con sempre maggior forza, di variare la legislazione aderendo al cosiddetto “modello consensuale”: esso afferma infatti la centralità del consenso, che appunto deve essere espresso, e incentra dunque l'accertamento del fatto criminoso sull'assenza di consenso esplicito.

<sup>40</sup> Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, Istanbul, 11 maggio 2011. La Convenzione è il primo strumento internazionale giuridicamente vincolante sulla prevenzione e la lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica, in cui la violenza viene riconosciuta come forma di violazione dei diritti umani e di discriminazione. Tale Convenzione è stata ratificata dall'Italia il 27 giugno del 2013.

<sup>41</sup> Paragrafo 192 della “Relazione esplicativa della convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica”, Istanbul, 11 maggio 2011. Nel paragrafo precedente si specifica come gli estensori abbiano fatto riferimento alla sentenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo, relativa al caso M. C. c. Bulgaria, 4 dicembre 2003; ivi, la Corte afferma: «A prescindere dalle specifiche parole utilizzate in fase di adozione di misure legislative, in diversi paesi, la possibilità di perseguire atti sessuali non consensuali nella pratica si basa sull'interpretazione della definizione di termini pertinenti come da relativa disposizione di legge (“coercizione”, “violenza”, “obbligo”, “minaccia”, “inganno”, “sorpresa”, ecc.) e su una valutazione sensibile al contesto delle prove» (§ 161).

<sup>42</sup> Susan Estrich rileva come i casi di stupro siano spesso distinguibili tra le situazioni in cui lo stupratore è lo sconosciuto che agisce con violenza fisica o minacciando la vittima con l'uso di armi (*real rape*), e le situazioni in cui invece lo stupratore conosce la vittima e agisce senza costringerla fisicamente e senza utilizzare armi (*simple rape*); sebbene tale distinzione non sia formalizzata in alcun testo di legge, sottolinea come spesso solo alle prime ipotesi venga riconosciuto (socialmente e giuridicamente) la qualifica di stupro. Cfr. S. ESTRICH, *Real rape*, cit., 4-5. Questo modo di intendere le violenze sessuali – come fatti eccezionali, commessi per lo più da sconosciuti – alimenta quella che viene definita come la cultura dello stupro, favorendo cioè un contesto in cui gran parte delle violenze sessuali vengono derubricate a dinamiche accettabili, depotenziando in tal modo la possibilità che esse vengano denunciate in quanto tali. Sulla non-eccezionalità delle violenze sessuali e sulla loro riconducibilità a relazioni familiari e intime, si veda altresì: N. RENARD, *En finir avec la culture du viol*, Parigi, Les Petits Matin, 2018. Contro questa rappresentazione delle violenze sessuali si è, in particolare, diffuso l'efficace slogan *'Rape by a rapist'* formulato da C. MACKINNON, *Feminism, Marxism, method and the State: toward a feminist jurisprudence*, in *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, n. 8/1983, 635-658.

Come già evidenziato, questo modello è oggi oggetto di grande attenzione a livello internazionale, principalmente perché sembra costituire la più stretta forma di garanzia e tutela rispetto alle varie e molteplici ipotesi che si inscrivono entro il campo, orrendamente ampio, della violenza sessuale: in altri termini, si ritiene che la formulazione “solo sì vuol dire sì”<sup>43</sup> possa costituire un criterio interpretativo migliore rispetto alla classificazione binaria tra volontario e forzato<sup>44</sup>. Questa concezione del consenso, in particolare, consente di superare l’inefficienza del cosiddetto “modello limitato”, che corrisponde al principio “no vuol dire no”<sup>45</sup>; quest’ultimo non include le ipotesi in cui il “no” non sia espressamente proferito<sup>46</sup>, nonostante il rapporto non fosse stato voluto, riconducendo così il silenzio a un assenso; in tal modo, tuttavia, si escludono dalla configurazione di uno stupro i casi in cui la vittima non dice “no”, ma reagisce ad esempio immobilizzandosi, o estraniandosi<sup>47</sup>.

Tuttavia, anche la formulazione del modello consensuale non è esente da criticità<sup>48</sup>. Per quanto tale concezione sembri riuscire a garantire meglio la corrispondenza tra voluto e agito, in quanto non lascia spazio a presunzioni o desunzioni, ma richiede una espressa affermazione della propria volontà, in essa si pone comunque il problema della valutazione delle condizioni entro le quali il consenso è prestato e dunque il “sì” proferito. La criticità maggiore che sembra dunque concernere entrambi i modelli rinvia, in effetti, al fatto che si riconduce la rilevanza del consenso sul piano della sua enunciazione. Il problema del consenso, per contro, si disloca intorno alla possibilità di giungere a tale verbalizzazione in modo libero e consapevole. Riprendendo, infatti, la definizione offerta dall’art. 36 della Convenzione di Istanbul, perché il consenso sia valido, e possa dunque costituire il discrimine tra sesso e violenza, occorre che esso «sia dato volontariamente, quale libera manifestazione della volontà della persona»; ed è quindi sul piano della relazione tra il consenso e le sue condizioni di possibilità che si incentrerà ora l’analisi, confrontandosi con gli aspetti maggiormente problematici che il consenso manifesta sia laddove sia negato sia laddove sia stato invece prestato.

<sup>43</sup> La tesi proposta consiste nel rilevare che: «Consent for an intimate physical intrusion into the body should mean in sexual interactions what it means in every other context – affirmative permission clearly signaled by words or conduct» e «Intercourse without consent should always be considered a serious offense» (S. SCHULHOFER, *Unwanted sex*, cit., 254). Il cosiddetto “Yes Model” è altresì sostenuto da J. FRIEDMAN - J. VALENTI (a cura di), *Yes means yes! Visions of female sexual power and a world without rape*, New York, Seal, 2019.

<sup>44</sup> In questi termini, si pone la campagna #iochiedo promossa in Italia da Amnesty International, avviata nel luglio del 2020, con la quale si chiede al Ministro della Giustizia la revisione dell’art. 609 bis del codice penale affinché qualsiasi atto sessuale non consensuale sia punibile, congruentemente con gli impegni assunti nel 2013, a seguito della ratifica della Convenzione di Istanbul.

<sup>45</sup> Susan Estrich espone, in un’ampia e articolata riflessione, come il consenso delle donne sia oggetto di interpretazioni depotenzianti, quando non propriamente mistificanti, in conseguenza di rappresentazioni stereotipizzate dei rapporti tra i generi, pervicacemente resistenti, che collocano la donna in una posizione subordinata e conclude, in tal senso, S. ESTRICH, *Real rape*, cit., 102: «If yes may often mean no, at least from woman’s perspective, it does not seem so much to ask men, and the law, to respect the courage of the woman who does say no and to take her at her word».

<sup>46</sup> Il modello del “no significa no” incentra la qualificazione del reato sulla verbalizzazione, da parte della vittima, del suo rifiuto (si veda, in tal senso, D.A. DRIPPS, *Beyond rape: An essay on the difference between the presence of force and the absence of consent*, in *Columbia Law Review*, n. 7/1992, 1780-1804). Sulle problematichità relative alla dimensione linguistica del consenso si rinvia al prossimo paragrafo.

<sup>47</sup> Si tratta, invero, di reazioni biologiche al trauma assai frequenti che, in base a false rappresentazioni stereotipate, sono sovente misconosciute come casi di stupro, sia nella rappresentazione sociale di esso, sia nelle valutazioni giuridiche, determinando così forme di ingiustizia assai gravi. La bibliografia sul tema è, per contro, assai ampia; si rinvia, tra molti a: B. VAN DER KOLK, *The body keeps the score: mind, brain and body in the transformation of trauma*, New York, Penguin, 2015.

<sup>48</sup> Per una critica dettagliata a tale modello si rinvia a: M. ANDERSON, *Negotiating sex*, cit., 1407.

### 3. La possibilità del rifiuto

Nelle interazioni sessuali, secondo una lunga tradizione, il consenso della donna è stato sempre dato per scontato<sup>49</sup>. Inglobata entro la rappresentazione patriarcale dei generi, che in particolare riconduceva l'attività sessuale entro la relazione codificata nel matrimonio, la disposizione al rapporto sessuale era considerata come un atto dovuto della donna di soddisfare il desiderio dell'uomo, di fatto identificando il consenso con la sottomissione<sup>50</sup>, e riducendo così le possibilità del rifiuto a quelle ipotesi – rare ed eccezionali – in cui la dinamica sessuale veniva attivata al di fuori del matrimonio; e, peraltro, come è ben noto, anche in questi casi la possibilità di dimostrare la criminosità dell'atto risultava depotenziata e compressa da norme, sociali e giuridiche, atte a restituire all'atto, pur riconosciuto violento, una legittimazione<sup>51</sup>. La storia del rifiuto a un rapporto sessuale è dunque relativamente recente. E rimane tuttavia ancora estremamente complessa.

Sebbene oggi si riconosca formalmente la possibilità del rifiuto, continuano a intervenire modalità giustificatorie che ne rendono assurdamente difficile il proferimento<sup>52</sup>: accade infatti, non di rado, che una donna non dica “no” poiché sente di non avere mezzi per porre fine al comportamento dell'uomo, o di non averne il diritto<sup>53</sup>; accade anche che si lasci implicare nel rapporto poiché non ha saputo trovare il modo di dire no<sup>54</sup>; ed ancora, il rifiuto non viene

<sup>49</sup> Come rileva Carol Pateman: «Women have been presented as always consenting, and their explicit nonconsent has been treated as irrelevant or has been reinterpreted as “consent”», cfr. C. PATEMAN, *Women and consent*, cit., 150. In particolare, il consenso è stato considerato come scontato, dunque non necessario, entro le dinamiche sessuali coniugali, cfr. T. BESSE, *Les agressions sexuelles dans la sphère conjugale, casse-tête de Cupidon à l'adresse du juge répressif*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n. 1/2018, 21-30. Sulla rappresentazione dello stupro come un atto lecito, al fine di controllare il corpo delle donne, si rimanda alla ricostruzione di: G. VIGARELLO, *Storia della violenza sessuale. XVI-XX secolo* [tr. it.], Venezia, Marsilio, 2001.

<sup>50</sup> C. PATEMAN, *Women and consent*, cit., 156. La rappresentazione del consenso entro i termini della sottomissione delle donne è altresì considerata da: C. HABIB, *Le consentement amoureux*, cit. Sull'incidenza del patriarcato, in quanto espressione del dominio maschile sulle donne, nella valutazione del consenso si sofferma: M. BEVACQUA, *Rape in the public agenda*, cit. Il tema dell'irrelevanza del consenso entro i rapporti eterosessuali, a causa della imprescindibile incidenza delle strutture di potere imposte dal patriarcato costituisce uno dei punti essenziali della teorizzazione di MacKinnon. Tra i vari scritti in cui si sofferma su tale aspetto, si rinvia a: C. MACKINNON, *Toward a Feminist theory of the state*, cit.

<sup>51</sup> Il riferimento è, in particolare, al cosiddetto “matrimonio riparatore”. Nell'ordinamento italiano, fino al 1981, grazie alla legge n. 442 del 5 settembre, che lo abolì (unitamente al delitto d'onore), il cosiddetto “matrimonio riparatore” era infatti previsto come istituto di estinzione del reato di stupro (art. 530 c.p.): la norma prevedeva che, qualora l'autore del reato si fosse dichiarato disponibile a sposare la vittima (addossandosi le relative spese e rinunciando alla dote), prescindendo dalla sua concorde volontà, il reato si sarebbe estinto e, laddove fosse stata comminata una pena, gli effetti sarebbero cessati. Tale istituto operava entro la qualificazione della violenza sessuale come reato contro la morale pubblica (solo nel 1996, con la legge n. 66 del 15 febbraio, sarà invece qualificato come delitto contro la persona, disciplinato dall'art. 609 bis c.p.) e traduceva la concezione patriarcale della donna, soggetta all'uomo e quindi “oggetto” a sua disposizione. Fu in particolare grazie alla battaglia giudiziaria intrapresa da Franca Viola (rifiutatasi di sposare il suo stupratore) nel 1965, che si avviò il percorso di ripensamento della legge e che condusse, più di quindici anni dopo, alla sua abolizione. Per una ampia riflessione sul punto si rimanda a: S. EDWARDS, *Sex and gender in the legal process*, Londra, Blackwell, 1996.

<sup>52</sup> In tal senso, Estelle Ferrarese afferma: “On the one hand, women’s right to choose is constantly asserted in discourses and policies. On the other hand, their consent or refusal is continually neglected or questioned” (E. FERRARESE, *The political grammar of consent*, in *Constellations*, n. 3/2015, 463). Si tende, in effetti, a ricondurre alla vittima la responsabilità di quanto accaduto; questo aspetto verrà approfondito oltre ma si rimanda sin d'ora a: F. CIRAMI, *Le prigioni culturali: stereotipi sulla violenza nelle relazioni intime a Guanajuato*, in *Psicologia di comunità*, n. 2/2016, 46-56.

<sup>53</sup> Cfr. N. GAVEY, *Just sex?*, cit., 136.

<sup>54</sup> In tal senso, si veda M. ANDERSON, *Negotiating sex*, cit. Anche Kate Abramson rileva come la struttura culturale del patriarcato diminuisca notevolmente la possibilità di rifiutare un rapporto sessuale (K. ABRAMSON, *Turning up the lights on*

espresso al fine precipuo di evitare conseguenze che si considerano più gravi<sup>55</sup>. Queste situazioni, invero assai frequenti, costituiscono la conseguenza di un ordine culturale in cui dominano le rappresentazioni stereotipate dei rapporti tra i generi proprie del paradigma del patriarcato<sup>56</sup>. Tali formulazioni stereotipate si riverberano inoltre anche nelle situazioni in cui il “no” sia stato, per contro, proferito: le *avances* sessuali sovente non contemplan questa opzione o, meglio, la contemplan solo formalmente, tanto da poter affermare che il rifiuto sia sostanzialmente un atto impossibile per le donne<sup>57</sup>.

Non è infatti inconsueto, purtroppo, che, anche allorché sia stato espresso il rifiuto, esso risulti totalmente inefficace: la donna dice no, rifiuta di partecipare all’atto sessuale, ma il suo diniego non ha alcuna presa sulla realtà e viene per contro inteso come un “sì”<sup>58</sup>.

Questo rovesciamento del senso del rifiuto è stato ampiamente considerato e analizzato nelle riflessioni teoriche, in particolare inscritte nell’ambito delle teorizzazioni femministe, secondo approcci e prospettive differenti, che hanno determinato altresì diverse definizioni del modo di intendere l’atto del rifiuto. Particolarmente fertile, ai fini delle considerazioni poste in queste pagine, risultano le analisi che, a partire da una prospettiva filosofica di matrice analitica, si sono soffermate sulla dimensione linguistica del rifiuto. Il linguaggio, in effetti, costituisce un luogo fondamentale per la comprensione delle dinamiche sperequative che si manifestano nella relazionalità tra i generi. Il riconoscimento dell’impossibilità della sua neutralità<sup>59</sup>, in particolare, ha consentito di indagare i meccanismi tramite i quali il linguaggio plasma, aprendo o chiudendo, lo spettro di possibilità delle azioni<sup>60</sup>: sulla scorta della lezione austiniana, per cui «si fanno cose con le parole»<sup>61</sup>, è stata dunque interrogata e messa in discussione la capacità fattiva del proferimento del rifiuto a un rapporto sessuale.

Considerato dal punto di vista linguistico, l’atto di rifiutare costituisce una delle due opzioni che conseguono a una richiesta e, pertanto, il rifiuto si colloca sempre in una posizione susseguente dal momento che è la richiesta a costituirne la condizione di possibilità<sup>62</sup>; in questo senso, il rifiuto è stato definito come la risposta formulata rispetto a un appello aperto che, in

---

*gaslighting*, in *Philosophical papers*, 2014, 1-30). Similmente, anche K. MANNE, *Down girl. The logic of misogyny*, New York, Oxford University Press, 2018. Carol Hay rileva come le forme di oppressione generino una “debolezza della volontà”, per cui: «Someone who has internalized such stereotypes just might not hold herself to very high standard of rationality and thus might be more susceptible to succumbing to weakness of will in various circumstances» (C. HAY, *The obligation to resist oppression*, cit., 27).

<sup>55</sup> C. HAY, *The obligation to resist oppression*, cit., 29-31.

<sup>56</sup> Si rimanda, per un approfondimento sulle modalità operative degli stereotipi, a: M. BORRELLO, *Non arrendersi all’ovvio. Considerazioni sugli stereotipi di genere in margine alla sentenza della Corte costituzionale n. 131 del 2022 sull’attribuzione del cognome*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 15/2022, 19-46.

<sup>57</sup> L. CAPONETTO, *Filosofia del linguaggio femminista*, cit., 148.

<sup>58</sup> Cfr. R. LANGTON, *Speech acts and unspeakable acts*, in *Philosophy & Public Affairs*, n. 22/1993, 320.

<sup>59</sup> Sull’impossibile neutralità del linguaggio si veda: L. IRIGARAY, *Parler n’est jamais neutre*, Parigi, Les editions de Minuit, 1985; J. BUTLER, *Gender Trouble. Feminism and the Subversion of Identity*, New York - Londra, Routledge, 1990, 196.

<sup>60</sup> J. BUTLER, *La vita psichica del potere* [1997] [tr. it.], Roma, Meltemi, 2005, 8.

<sup>61</sup> L’impatto dell’elaborazione filosofica di Austin (J. AUSTIN, *How to do things with words*, Oxford, Oxford University Press, 1962) è stato immenso entro la filosofia del linguaggio analitica ed ha altresì condizionato fortemente le elaborazioni del pensiero femminista. In particolare, uno degli aspetti su cui si concentra l’analisi sulle discriminazioni di genere realizzata da Judith Butler procede dalla dimensione performativa del linguaggio, così come è stata rilevata da John Austin (J. BUTLER, *La vita psichica del potere*, cit.).

<sup>62</sup> John Searle definisce il rifiuto come un atto di secondo turno e afferma in tal senso: «Strictly speaking, one can only accept or refuse a speech act that allows for the option of acceptance or refusal» (J. R. SEARLE - D. VANDERVEKEN, *Foundations of illocutionary logic*, New York, Cambridge University Press, 1985, 195).

particolare in ambito sessuale, sostanzia una richiesta di permesso<sup>63</sup>. Entro questo quadro, il rifiuto costituisce un atto linguistico autoritativo e quindi la sua validità dipende sia dalla corretta ricezione da parte del richiedente sia dall'autorità del soggetto che risponde; ed è precisamente lungo questi due profili che può essere spiegato il suo fallimento entro le dinamiche sessuali.

Come rileva Langton, infatti: «sometimes “no”, when spoken by woman, does not count as the act of refusal. The hearer fails to recognize the utterance as a refusal; uptake is not secured [...]. Since illocutionary force depends, in part, on uptake being secured, the woman fails to refuse»<sup>64</sup>.

La mancata ricezione del rifiuto trova, infatti, la sua spiegazione entro le diffuse rappresentazioni della donna come «a secondary being»<sup>65</sup>, che la collocano entro una gerarchia, supposta naturale<sup>66</sup>, che la individua, secondo un'espressione di uso comune assai indicativa, come il sesso debole<sup>67</sup>. E di fronte a tale debolezza, allora, diviene ragionevole per l'uomo esercitare una maggiore pressione, assumere una posizione direttiva rispetto alla relazione in corso e quindi escludere che quel “no” sia da intendere in senso proprio, come un rifiuto<sup>68</sup>.

Nell'interazione sessuale quel “no” viene così iscritto entro la rappresentazione di un gioco seduttivo, in cui ciascuno dei partners occupa un ruolo predefinito, che coincide per la donna nel non dichiarare i propri reali desideri, e assumere un atteggiamento dimesso, ritroso rispetto alle *avances*, in altri termini sottomesso al potere dell'uomo<sup>69</sup>. In questo contesto, il rifiuto non significa non volere, quanto piuttosto, accettazione del proprio ruolo. E certamente, il rifiuto in tale rappresentazione non significherà impossibilità del rapporto, quanto piuttosto svolgimento dello stesso secondo una dinamica che si ritiene naturale, propria dei ruoli riconosciuti a

<sup>63</sup> In tal senso, si veda: M.K. MCGOWAN, *On silencing and sexual refusal*, cit., 489. In realtà, questa interpretazione non è univocamente assunta: in senso critico, a partire da una prospettiva analitica, tra altri, si veda: D. WALTON, *How to make and defend a proposal in a deliberation dialogue*, in *Artificial intelligence and law*, 2006, 177-239. Similmente, sebbene da prospettive differenti, anche M. GARCIA, *Di cosa parliamo quando parliamo di consenso*, cit.; Q.R. KUKLA, *A nonideal theory of sexual consent*, cit. Sulla necessità di riconsiderare il concetto di consenso senza ricondurlo allo statuto del “permesso” si ritornerà nella parte di conclusiva di questo scritto, a cui si rinvia.

<sup>64</sup> R. LANGTON, *Speech acts and unspeakable acts*, cit., 321.

<sup>65</sup> R. LAKOFF, *Language and women's place*, in *Language and Society*, n. 1/1973, 62.

<sup>66</sup> Si rimanda su questo aspetto a: E. CANTARELLA, *Tacita muta. La donna nella città antica*, Roma, Editori Riuniti, 1987.

<sup>67</sup> Si tratta di una concezione che ha radici profondissime. Emblematicamente, ARISTOTELE afferma (*Politica*, I, 5, 1254b): «Il maschio è per natura migliore, la femmina peggiore, l'uno atto al comando, l'altra all'obbedienza»; sebbene oggi l'inferiorità biologica non sia pressoché mai evocata, sembra tuttavia che questa idea, non sia stata affatto completamente abbandonata.

<sup>68</sup> Sul punto, C. PATEMAN, *Women and consent*, cit., 161: «at present, it is widely believed that a woman's “no” does not constitute a refusal, that is “reasonable” for men to put a lesser or greater degree of pressure on unwilling women in sexual matters, and that it is “reasonable” for consent to be inferred from enforced submission. [...] the most tragic aspect of even a brief consideration of the problem of women, rape, and consent is that rape is revealed as the extreme expression, or an extension of, the accepted and “natural” relation between men and women. The problem of “objective standards and “reasonable mistakes” in rape highlights the extent to which “consent” and “nonconsent” have been emptied of meaning».

<sup>69</sup> La concezione della donna come persona rispettabile, inerme, passiva, che controlla i suoi impulsi secondo il criterio della morigeratezza, le impone di non poter dichiarare i suoi desideri sessuali, le sue fantasie (I.M. YOUNG, *Le politiche della differenza* [tr. it.], Milano, Feltrinelli, 1996, 171 ss.) e, pertanto, sarà l'uomo a dover gestire il rapporto, conducendolo – e dunque anche forzando – la ritrosia naturale della donna. Peraltro, è stato a lungo assai diffuso (e forse non ancora del tutto superato) il principio ‘vis grata puellis’, in base al quale la forza esercitata dall'uomo doveva essere intesa entro il quadro del gioco seduttivo e pertanto non solo non poteva rilevare penalmente, ma rappresentava una modalità di interazione ascrivibile alla naturalità dei ruoli (sul punto si rimanda a un passaggio di F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. I, 9 ed., Milano, Giuffrè, 1986, 437). Sul ruolo passivo attribuito alla donna, e sulla conseguente necessità di assumere un atteggiamento di ritrosia, di pudicizia, si sofferma anche C. HABIB, *Le consentment amoureux*, cit.

ciascuno dei soggetti coinvolti<sup>70</sup>. Un gioco delle parti, entro il quale ciascuno partecipa, svolgendo il suo ruolo, quello stabilito e reiterato dal retaggio di paradigmi patriarcali, che in particolare hanno trovato concrezione nella forma dei cosiddetti *rape myths* che includono, tra altri, il mito delle donne che mentono riguardo ai loro veri desideri sessuali, il mito delle donne che desiderano segretamente di essere stuprate, il mito dell'incontenibilità del desiderio maschile, il mito che non riconosce la possibilità della violenza sessuale all'interno di una coppia<sup>71</sup>; tutte ipotesi che, dunque, escludono la possibilità di riconoscere nel "no" il significato di diniego alle *avances* sessuali; e, nello specifico, ciò conduce a rintracciare nell'agito e nel detto della vittima una necessaria partecipazione, a prescindere dal fatto che ella si sia espressa in tal senso, o che si sia propriamente rifiutata.

Tali rappresentazioni stereotipiche si ripercuotono ovviamente sul grado di autorità riconosciuto all'atto di dire "no". Come rileva McGowan: «A woman says "No" in response to sexual advances intending to refuse; the man recognizes her intention to refuse, but he falsely believes that she does not have the authority to do so. When this happens, she is silenced»<sup>72</sup>. Alla donna non viene riconosciuta autorità nel dire di no, in quanto non le viene riconosciuta l'autorità sul suo corpo, che è invece inteso come a disposizione dell'uomo. La sua volontà non è presa in alcun modo in considerazione, la sua voce tacitata, rimane totalmente inascoltata.

Sul piano epistemologico, questo ribaltamento di significato sostanzia ciò che Miranda Fricker ha individuato come «ingiustizia epistemica». Essa consiste nel non riconoscere validità a quanto proferito da un certo soggetto in quanto appartiene a un certo gruppo che si ritiene non abbia alcuna autorità (in questo caso, le donne)<sup>73</sup>. Consiste cioè nel negare ogni legittimità di quel parlante, e in particolare, nel negare l'autorità nel prendere una posizione che non sia allineata a quella identificata dallo stereotipo. Per cui: «il soggetto appartenente a un gruppo discriminato si ritrova a non aver compiuto, con le sue parole, alcun atto linguistico – il suo atto fallisce, è nullo, è un colpo a vuoto»<sup>74</sup>.

<sup>70</sup> Cfr. P. DI NICOLA, *La mia parola contro la sua. Quando il pregiudizio è più importante del giudizio*, Milano, HarperCollins, 2018, 119. Più in generale, sul ruolo attribuito alla donna si veda: P. CAPLAN, *The myth of women's masochism*, New York, Dutton, 1985.

<sup>71</sup> Per un'analisi sui *rape myths* e sulla loro capacità autoassolutoria, cfr. A. BANDURA, *Moral disengagement. How people do harm and live with themselves*, New York, Macmillan, 2016, 48-97; M.R. BURT, *Cultural myths and supports for rape*, in *Journal of Personality and Social Psychology*, n. 38/1980, 217-230; K. LONSWAY - L. FITZGERALD, *Rape myths. In Review*, in *Psychology of women quarterly*, n. 18/1994, 133-164; sulla presunta incontenibilità del desiderio maschile si veda: F. VÖRÖS, *Désirer comme un homme. Enquête sur les fantasmes et les masculinités*, Parigi, La Découverte, 2020; D.L.L. POLASCHEK - T. A. GANNON, *The implicit theories of rapists: what convicted offenders tell us*, in *Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment*, n. 4/2004. Più in generale, questi miti traducono l'idea che il corpo delle donne sia a disposizione, in qualche modo, dell'uomo; sul punto si rinvia a: K. MANNE, *Entitled: How male privilege hurt women*, New York, Penguin, 2020; A. SRINIVASAN, *Does anyone have a right to sex?* in *London Review of Books*, n. 6/2018.

<sup>72</sup> M.K. MCGOWAN, *On silencing and sexual refusal*, cit., 492.

<sup>73</sup> M. FRICKER, *Epistemic injustice*, cit. Si segnala come nella riflessione filosofica sul linguaggio di matrice analitica si evochi, secondo una struttura analoga all'ingiustizia epistemica, il fenomeno comunicativo dell'*ingiustizia discorsiva*, per cui: «l'appartenenza a un gruppo sociale oppresso sembra distorcere e a volte annullare la possibilità di agire efficacemente nel mondo sociale, di costruirlo e trasformarlo – di fare cose con le proprie parole» (C. BIANCHI, *Hate speech. Il lato oscuro del linguaggio*, Roma-Bari, Laterza, 2021, 11).

<sup>74</sup> C. BIANCHI, *Hate speech*, cit., 30.

Tale disabilitazione illocutoria si propaga poi ulteriormente, secondo una forma di ingiustizia epistemica definita come «ingiustizia contributiva» o «testimoniale»<sup>75</sup>: essa si realizza attraverso interpretazioni distorsive poste in essere da soggetti che disporrebbero per contro degli strumenti cognitivi per superare i pregiudizi propri della cultura dominante e che, per una sorta di negligenza, invece vi aderiscono acriticamente. La mancata sorveglianza sulla propria inclinazione alla riduzione stereotipata e la rinuncia a valutare criticamente le distorsioni percettive realizzano così quell'«ignoranza attiva»<sup>76</sup> che impedisce la formulazione di un giudizio ponderato e imparziale e rivela tutta la sua gravità allorquando si manifesti in sede processuale. L'irrelevanza del “no” proferito dalla donna si manifesta infatti, purtroppo ancora frequentemente come è stato già evidenziato, entro il contesto processuale: in forza degli stessi meccanismi stereotipati, infatti, accade sovente che gli organi giudicanti procedano svuotando totalmente di senso il “no”, che nuovamente fallisce nel suo intento. La vittima testimonia di aver detto “no”, di essersi opposta, di aver manifestato il suo rifiuto al coinvolgimento nel rapporto, ma ciononostante, non viene ascoltata: parla senza dire, e ciò che dice viene considerato come non rilevante, a prescindere dalla verifica della corrispondenza o meno ai fatti; così l'imputato non viene considerato perseguibile per la sua condotta: perché ha frainteso i segnali, perché non aveva intenzione di nuocere, perché, in breve, non è responsabile di quanto accaduto; e per questa via, la responsabilità viene invece attribuita alla donna, secondo la odiosa e ormai nota formula dell'*asked for it idiom*, per il quale appunto è la donna a provocare la reazione, comprensibilmente violenta, dell'uomo<sup>77</sup>. Si realizza, per questa via, quell'inversione delle posizioni processuali definita come «vittimizzazione secondaria da processo penale»<sup>78</sup>. Si tratta cioè di procedere secondo la colpevolizzazione della vittima - *victim blaming*<sup>79</sup> - e si provvede a redistribuire la responsabilità secondo una retorica giustificatoria riservata all'uomo<sup>80</sup>,

<sup>75</sup> La prima formulazione si trova in: K. DOTSON, *A cautionary tale: On limiting epistemic oppression*, in *Frontiers*, n. XXXIII/2012, 31-32; di ingiustizia testimoniale parla invece M. FRICKER, *Epistemic injustice*, cit., 89.

<sup>76</sup> Su tale forma di negligenza epistemica si veda: J. MEDINA, *The epistemology of resistance*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 34.

<sup>77</sup> In tal senso, S. ESTRICH, *Real rape*, cit., 68 ss. Si veda anche: K. HARDING, *Asking for it. The alarming rise of rape culture – and what we can do about it*, Da Capo Press, Kindle edition, 2015

<sup>78</sup> Si tratta di un fenomeno tanto odioso quanto grave, per il quale la Corte Europea dei diritti dell'uomo, censurando molteplici sentenze, ha già più volte raccomandato all'Italia di smettere di infliggere alle vittime dei reati di violenza sessuale. Purtroppo però sono ancora moltissime le sentenze (sia in campo civile – in particolare, con riferimento alla materia del diritto di famiglia – che penale, in tema di violenza) che, muovendosi in campi semantici sessisti, riproducono forme stereotipate della figura femminile, che viene sminuita, svaloriata, quando non propriamente ridotta a oggetto a disposizione dell'uomo. Anche il GREVIO, nell'ultimo report, ha evidenziato la persistenza di stereotipi nelle sentenze relative a casi di violenza contro le donne siano; cfr. GREVIO, *Rapporto di valutazione di base sulle misure legislative e di altra natura da adottare per dare efficacia alle disposizioni della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica*, 15 novembre 2019, pubblicato il 13 gennaio 2020. Occorre inoltre sottolineare come la gravità di questo fenomeno si limita alle parti coinvolte, ma si dispiega sulla società nella sua interezza dal momento che costituisce la prima causa del mancato accesso alla giustizia; in tal senso: P. DI NICOLA, *Il divieto di vittimizzazione secondaria*, in C. PECORELLA (a cura di), *Donne e violenza*, cit., 37-53.

<sup>79</sup> Tale formulazione è stata introdotta da: W. RYAN, *Blaming the victim*, New York, Random House, 1976. La letteratura in tema è ampia, tra molti si rinvia a: S. LAMB, *The trouble with blame: victims, perpetrators and responsibility*, Cambridge (Mass.) - Londra, Harvard University Press, 1996; T. GOVIER, *Victims and victimhood*, Peterborough, Broadview Press, 2015; F. D'AGOSTINI, *Misleading and victim-blaming. La valutazione della responsabilità nei casi di manipolazione epistemica*, in *Rivista di Filosofia*, n. CVII/2016, 193-217; S. WALKLATE (a cura di), *Handbook of victims and victimology*, New York, Routledge, 2017.

<sup>80</sup> In tal senso, Kate Manne ha formulato il concetto di “himpathy”, un neologismo che propone una intraducibile combinazione tra il pronome maschile “him” e il sostantivo “sympathy”. La *himpathy* segnala l'eccessiva modalità empatica assunta verso gli uomini che commettono violenza, che determina consequenzialmente una forte riluttanza a credere alla

cui corrisponde il biasimo – o la condanna – riservato alla donna, per essersi allontanata dal modello - implicito e indiscutibile - socialmente accettato<sup>81</sup>.

Così, non solo aver detto “no” non è bastato per interrompere un atto gravemente lesivo (fisicamente e psichicamente) per la propria persona, ma non basta nemmeno per vedere riconosciuta la responsabilità di chi lo ha commesso. Il “no” si dissolve entro le dinamiche di potere: ed è entro la questione dell’assoggettamento che va analizzata anche la problematicità della prestazione del consenso in termini positivi.

#### 4. *Ambiguità del consenso, tra scelta e accettazione*

L’incidenza della rappresentazione dei rapporti tra i generi, propria del paradigma del patriarcato, non si limita alle ipotesi in cui sia stato manifestato il rifiuto a intrattenersi in un rapporto sessuale, ma investe altresì le situazioni in cui il consenso sia stato, per contro, prestato, complessificandone la comprensione e la valutazione<sup>82</sup>. Ciò dipende, essenzialmente, dalla polisemia del consenso, che determina la difficoltà di rintracciare un reale accordo tra quanto enunciato, o altrimenti manifestato<sup>83</sup>, e la volontà autentica che dovrebbe presiedere quella enunciazione. La questione della volontà non può infatti essere ridotta a una manifestazione verbale: essa rileva nella misura in cui corrisponde a una valutazione sui mezzi e sui fini del proprio agire<sup>84</sup>; e, in particolare, per rintracciare nel consenso prestato una reale decisione a partecipare al rapporto sessuale, occorre che tale valutazione sia mutualmente esperita, secondo il principio di una pari libertà<sup>85</sup>.

---

parola delle donne che testimoniano contro di loro; per cui, tutto ciò che la vittima afferma, risulta discutibile, opinabile, insincero e, per contro, tutto ciò che dice l’uomo risulta accettabile, giustificabile, o più efficacemente, comprensibile (K. MANNE, *Down girl*, cit., 196- 205).

<sup>81</sup> Si delinea così il modello di “vittima ideale”, che è la persona rispettabile, inerme, passiva, che controlla i suoi impulsi secondo il criterio della morigeratezza e che, pertanto, subisce l’atto di violenza solo quando e in quanto non ha i mezzi per opporvisi (S. ESTRICH, *Real rape*, cit.; K. MANNE, *Down girl*, cit.; P. DI NICOLA, *La mia parola contro la sua*, cit.; N. CHRISTIE, *The ideal victim*, in E.A. FATAH (a cura di), *From crime policy to victim policy*, Basingstoke, Macmillan, 1986, 17-30.)

<sup>82</sup> K. MANNE, *Down girl*, cit., 41 ss.

<sup>83</sup> Schulhofer sottolinea come la valutazione del consenso secondo il principio “sì vuol dire sì” debba tenere in considerazione, oltre alla verbalizzazione, anche i cosiddetti comportamenti concludenti, per cui il consenso corrisponde a: «actual words or conduct indicating affirmative, freely given permission to the act of sexual penetration», S. SCHULHOFER, *Unwanted sex*, cit., 283).

<sup>84</sup> Il tratto distintivo della autonomia della volontà, quale carattere indefettibile dell’umanità della persona, consiste infatti, secondo la lezione kantiana, nella capacità di tradurre e proteggere la dignità dell’umano, che deve essere inteso come fine, non come mezzo. «Ora, io dico: l’uomo e, in generale, ogni essere ragionevole, esiste come fine in sé stesso, non semplicemente come mezzo per essere usato da questa o quella volontà; ma in tutte le sue azioni, sia quelle che lo concernono in proprio sia quelle che concernono gli altri esseri ragionevoli, deve sempre essere considerato nello stesso tempo come fine» (I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, Roma-Bari, Laterza, 1980, 59). Sul punto, M. NUSSBAUM, *Sex and social justice*, cit. La concezione kantiana viene altresì ripresa da M. NUSSBAUM, *Objectification*, in *Philosophy and Public Affairs*, n. 4/1995, 249-291; si rimanda inoltre a O. O’NEILL, *Between consenting adults*, in *Philosophy and Public Affairs*, n. 3/1995, 252-277.

<sup>85</sup> In tal senso, Manon Garcia rileva: «il consenso è centrale per concepire i rapporti interindividuali: rispettare la libertà dell’altro non è soltanto non nuocergli ma rispettare la sua libertà intesa come autodeterminazione. Perciò è necessario, quando compio un’azione che implica un altro, che l’altro abbia espresso la sua libertà quanto io la mia», M. GARCIA, *Di cosa parliamo quando parliamo di consenso*, cit., 59.



In tale prospettiva, si può allora rilevare che: «Consent is central to liberal democracy, because it is essential to maintain individual freedom and equality; but it is a problem for liberal democracy, because individual freedom and equality is also a precondition for the practice of consent»<sup>86</sup>. Sono dunque propriamente queste condizioni di libertà e uguaglianza a rivelarsi problematiche; in altri termini, l'ambiguità del consenso nei rapporti sessuali si insedia nella tensione tra espressione libera della volontà e uguaglianza delle parti coinvolte<sup>87</sup>.

Come già evidenziato, infatti, il consenso presuppone la volontaria manifestazione di una volontà libera della persona (secondo i termini dell'art. 36 della Convenzione di Istanbul), e pertanto «implica un soggetto razionale, volontario e non vulnerabile, consapevole a ogni istante della propria volontà e di ciò che la fonda»<sup>88</sup>. Tuttavia, come peraltro è stato posto in luce dall'elaborazioni psicoanalitiche, è proprio la validità della rappresentazione della persona come agente libero, razionale e volontario, a poter esser messa in questione<sup>89</sup>; ed è precisamente sul piano della volontà, e in particolare sulle condizioni che la determinano, che il consenso manifesta la sua problematicità<sup>90</sup>.

Le considerazioni che si proporranno ora procedono dunque dal rilievo che, anche laddove vi sia un assenso (inteso come accettazione), questo tuttavia non possa essere compreso immediatamente e direttamente come un consenso (inteso come scelta); difetta, infatti, nell'accettazione, la manifestazione di una volontà individuale autonoma; per esprimere un consenso non è dunque sufficiente aver accettato (o non aver rifiutato) un rapporto sessuale, occorre che esso corrisponda a un desiderio liberamente espresso<sup>91</sup>.

Questa possibilità risulta tuttavia particolarmente compressa: l'agentività dipende infatti dal contesto, dalle circostanze entro le quali si dispone e, come è già stato rilevato, tale contesto è fatto di prassi, *bias* culturali e stereotipi che indubbiamente incidono riducendone, anche drasticamente, l'operatività<sup>92</sup>. Tali fattori culturali e sociali permeano profondamente la

<sup>86</sup> C. PATEMAN, *Women and consent*, cit., 162. Si veda altresì C. PATEMAN - M. L. SHANLEY (a cura di), *Feminist interpretations and political theory*, Cambridge, Polity Press, 1991. In tal senso, già: S. MOLLER OKIN, *Women and Western political thought*, Princeton, Princeton University Press, 1979.

<sup>87</sup> E. FERRARESE, *The political grammar of consent*, cit., 464.

<sup>88</sup> M. GARCIA, *Di cosa parliamo quando parliamo di consenso*, cit., 97.

<sup>89</sup> La dimensione conflittuale tra pulsioni vitali e pulsioni di morte costituisce forse una delle acquisizioni maggiori della teoria freudiana (S. FREUD, *Al di là del principio del piacere*, Milano, Mondadori, 1995); essa verrà poi ripresa da Melanie Klein (M. KLEIN, *Scritti: 1921-1958*, Torino, Bollati Boringhieri, 1978). Senza addentrarsi nella discussione di queste tesi, importa ivi rilevare come sia essenziale, per un'analisi sul consenso, tenere in considerazione gli aspetti complessi, e anche conflittuali, che compongono i processi elaborativi dell'autodeterminazione. Occorre cioè tenere in considerazione che il consenso (inteso come scelta) non è entità monodimensionale, rintracciabile e riferibile al momento della sua enunciazione, ma è piuttosto un percorso, invero assai complesso e non di rado accidentato, a causa delle condizioni (interne ed esterne) entro le quali viene in essere.

<sup>90</sup> Si tratta cioè di mettere in discussione la rappresentazione di matrice liberale del consenso, che identifica in esso un atto libero, o addirittura "un assoluto di volontà e libertà", cfr. B. GUILLARME, *Deux critiques du consentement*, in *Raisons politiques*, n. 46/2012, 67-78; G. FRAISSE, *Du consentement*, cit., 60. Per una lettura dell'autonomia da una prospettiva femminista si rimanda a: N. STOLJAR, *Feminist perspective on autonomy*, in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, in E.N. ZALTA (a cura di), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2018 (online). Il pensiero che indirizza l'agire, e che si concreta dunque in una determinazione - sia essa positiva o negativa - si articola infatti entro il rapporto, assai complesso, tra detto e non detto (M. SBISÀ, *Detto e non detto*, Roma-Bari, Laterza, 2007).

<sup>91</sup> In tal senso, A. CAHILL, *Recognition, desire and unjust sex*, in *Hypatia*, n. 2/2014, 303-319.

<sup>92</sup> Quill Kukla afferma in questo senso: «Consent requires agency, and agency is partial, vulnerable, and context dependent [...] agency can be scaffolded or undermined not just by other individuals and how they treat one another but by material, institutional and social context», Q.R. KUKLA, *A nonideal theory of sexual consent*, cit., 273.

dimensione esistenziale di ciascuno e sono introiettati al punto da non poter essere mai completamente neutralizzati<sup>93</sup>, insidiando così la volontà che dovrebbe presiedere la scelta, fino a renderla in alcuni casi impossibile.

Il consenso si dispone infatti entro una relazione duale, organizzata secondo dinamiche di potere che non si limitano a influire blandamente nell'ambito della negoziazione sessuale, ma ne rintracciano l'essenza stessa. E così, la possibilità di agire, di essere, di scegliere (chi essere, come essere), per le donne è inscritta entro lo spazio angusto, asfittico dell'assoggettamento che, come afferma Butler: «consiste esattamente in questa dipendenza fondamentale da un discorso che non scegliamo mai, ma che paradossalmente, dà inizio e sostegno alla nostra possibilità di azione»<sup>94</sup>.

Che vi sia un limite alla libertà di agire è, del resto, innegabile. La possibilità di rescindere dall'accordo, di sottrarsi, o di cambiare idea, seppur configurata in astratto, trova sovente difficoltà ad essere esperita in concreto<sup>95</sup>. Tali scelte non vengono infatti esercitate entro un campo neutro e, in taluni casi, le opzioni sono drasticamente ridotte, a causa del “costo supererogatorio” che alcune di esse implicano<sup>96</sup>. Intervengono, in tali occasioni, quei meccanismi razionali che permettono di adattarsi alle circostanze; in particolare, come ha ben evidenziato Amartya Sen, l'adattamento razionale, in condizioni di oppressione, implica una tendenza a operare le proprie scelte non in base ai propri gusti, e dunque alla propria volontà, ma consistentemente con la propria condizione di soggezione, aderendo quindi a essa<sup>97</sup>.

In ambito sessuale, la condizione psicologica in cui la donna si trova, la sua vulnerabilità<sup>98</sup>, la reticenza a contravvenire a quelle norme sociali supposte essere vincolanti, il timore e l'incertezza provocate dalla rappresentazione delle possibili conseguenze di un rifiuto, determinano così le cosiddette «preferenze adattive»<sup>99</sup>: esse sostanziano quindi una scelta, esercitata attivamente dal soggetto implicato nella relazione, ma questa scelta non può essere intesa come manifestazione di una libera volontà; piuttosto, essa corrisponde a una resa di fronte all'impossibilità, reale o solamente percepita, di opporsi e superare la condizione di

<sup>93</sup> R. WEST, *Sex, Law and Consent*, cit., 238.

<sup>94</sup> J. BUTLER, *La vita psichica del potere*, cit., 7-8.

<sup>95</sup> M. MINOW, *Choices and constraints: for justice Thurgood Marshall*, in *Georgetown Law Journal*, n. 80/1992, 2093-2108.

<sup>96</sup> Nell'ambito di una analisi più generale rispetto alle scelte operate dalle donne nel contesto di vita familiare, Susanna Pozzolo si chiede: «Se le alternative non sono seriamente percorribili, o il loro costo (non tanto economico ma magari psicologico) è esorbitante, si può ancora parlare di autenticità e di validità della scelta?». Così S. POZZOLO, *Lo sguardo neutrale (del diritto) e le inspiegabili scelte delle donne. Riflessioni intorno a una sentenza della Cassazione*, in *Ragion pratica*, n. 2/2017, 579. È dunque evidente che considerare esclusivamente il momento in cui la scelta viene espressa costituisce una modalità schematica estremamente riduttiva e, alla fine, facilmente fuorviante.

<sup>97</sup> L'adattamento razionale opera sulla base del principio prudenziale, per cui, quando si ha consapevolezza dell'impossibilità di cambiare le condizioni in cui ci si trova, o comunque si ritiene di non essere in grado di gestire eventuali variazioni dell'ordine costituito, si tende a selezionare le opzioni che garantiscano la stabilità, e che quindi confermano nella propria condizione di soggezione. «In situazioni di persistente privazione, le vittime non stanno continuamente a lamentarsi e a compiangersi, e molto spesso si sforzano enormemente (...) di ridurre i desideri personali a proporzioni modeste, realistiche». Così A. SEN, *La disuguaglianza. Un esame critico* [tr. it.], Bologna, Il Mulino, 1994, 83.

<sup>98</sup> Per un'accurata riflessione in tema di vulnerabilità si rimanda a: TH. CASADEI, *Soggetti in contesto. Vulnerabilità e diritti umani*, in ID. (a cura di), *Diritti umani e soggetti vulnerabili*, Torino, Giappichelli, 2012, in partic. 90-116.

<sup>99</sup> S. KHADER, *Adaptive preferences and women's empowerment*, New York, Oxford University Press, 2011, 5.

soggezione, e in questi termini, procede confermando e perpetuando quello stato di deprivazione<sup>100</sup>.

Si pone in questi termini il «dilemma dell'agentività»<sup>101</sup> che sottolinea la difficoltà di riconoscere e considerare adeguatamente la vulnerabilità delle persone oppresse in relazione alle scelte operate, nella misura in cui esse sono al tempo stesso soggetti agenti - che dunque operano delle scelte degne di rispetto - e soggetti oppressi - dunque privati effettivamente della loro libertà di scegliere<sup>102</sup>. Entro questo quadro, infatti, «il consenso appare come lo strumento centrale di una rivendicazione di autonomia e di agentività sessuali che storicamente il patriarcato ha negato alle donne»<sup>103</sup>. L'estrinsecazione della propria autonomia necessita infatti di condizioni favorevoli che, in ambito sessuale, sono negate e, con esse, anche l'autonomia della scelta risulta conseguentemente impedita.

Considerando l'incidenza delle condizionalità esterne, sembrerebbe allora plausibile dover concludere, in accordo con McKinnon, che, nelle relazioni eterosessuali, accettare il rapporto sessuale implichi necessariamente cauzionare le dinamiche sperequative e oggettificanti proprie del patriarcato, per cui: «ogni donna, nel modo che le è proprio, e talvolta scegliendolo, riproduce nelle sue relazioni più private una struttura di dominio e di sottomissione che caratterizza l'intero ordine sociale»<sup>104</sup>; le nostre finite e imperfette capacità, l'interiorizzazione di norme sociali limitano e distorcono le nostre scelte e, innegabilmente, talvolta tali condizioni e tali vincoli le rendono impossibili, le annientano. Tuttavia, altrettanto innegabilmente, sembra possibile riconoscere la validità delle scelte operate entro le relazioni sessuali, seppure in un quadro che è complessificato dall'incidenza di condizionamenti e ruoli arbitrariamente assegnati. Pur riconoscendo gli effetti altamente distorsivi che la concezione patriarcale determina sull'ordine delle scelte in materia sessuale, sembra comunque possibile riconoscere alle donne la capacità di determinarsi positivamente rispetto al rapporto sessuale.

<sup>100</sup> In tal senso, Carol Hay, in base all'analisi proposta da Sen, nota come: «the problem of adaptive preferences shows that people can and do internalize beliefs that rationalize and normalize their oppression, leading them to accept conditions that are manifestly not in their best interest». Così C. HAY, *Justice and objectivity for pragmatists: cosmopolitanism in the work of Martha Nussbaum*, in *The pluralist*, n. 3/2012, 92.

<sup>101</sup> S. KHADER, *Adaptive preferences and women's empowerment*, cit., 30.

<sup>102</sup> Iris Young indica, in particolare, le cinque dimensioni dell'oppressione: sfruttamento, marginalizzazione, mancanza di potere, imperialismo culturale, violenza. Si tratta invero di processi sociali, sovente poco visibili, ma estremamente pervasivi, capaci di contaminare profondamente la dimensione relazionale, producendo un impatto sistemico e persistente (cfr. I.M. YOUNG, *Le politiche della differenza*, cit.). Devono dunque essere considerati, in particolare, laddove la loro operatività si dispone entro la trama complessa della relazionalità sessuale. In tal senso, si potrà allora realizzare che «lo stupro sia un caso estremo di un continuum di relazioni sessuali non volute, che verosimilmente rappresentano una percentuale notevole dei rapporti sessuali» (M. GARCIA, *Di cosa parliamo quando parliamo di consenso*, cit., 216).

<sup>103</sup> M. GARCIA, *Di cosa parliamo quando parliamo di consenso*, cit., 145. È stato rilevato, infatti, come le donne siano rimaste in un certo senso escluse dalla rivoluzione sessuale, sottolineando di quest'ultima l'impronta fortemente sessista, essendo concepita in un'ottica esclusivamente maschile, si veda, ad es. R.M. LAGRAVE, *Se ressaisir: enquête autobiographique d'une transfuge de classe féministe*, Parigi, La Découverte, 2021.

<sup>104</sup> Cfr. C. MCKINNON, *Toward a feminist theory of the state*, cit., 94. Similmente, anche A. DWORKIN, (*Intercourse*, cit.), partendo dall'impossibilità di esercitare una piena autonomia decisionale entro il contesto socio-politico del patriarcato, conclude che il consenso a un rapporto eterosessuale sia impossibile e che pertanto il sesso eterosessuale sia uno stupro. Si tratta di posizioni radicali, che tuttavia richiamano una nozione di autonomia assoluta, in generale difficilmente esperibile. Ed è precisamente su questo aspetto che vertono le critiche maggiori: in particolare, S. BROWNMILLER, *Against our will: men, women and rape*, Ballantine Books, New York, 1993, rivendica la possibilità di distinguere il sesso dalla violenza sessuale; in queste pagine sarà considerata, in particolare, la proposta di Quill Kukla che, a partire dalla complessità che l'esercizio dell'autonomia manifesta, ne evidenzia il carattere relazionale.

Come emerge nell'analisi proposta da Quill Kukla, infatti, sebbene la piena autonomia, un'autonomia assoluta e totalmente libera, sia un'ipotesi non realizzabile in questo campo - posto che siamo sempre condizionati, più o meno fortemente, da vincoli che dipendono sia dalle capacità di elaborazione intrinseche di ogni individuo sia da condizionamenti esterni veicolati dal patriarcato - ciò non conduce a doverne ammettere l'impossibilità assoluta<sup>105</sup>. Si profila, per contro, la possibilità di riscontrare, in ciascuna situazione particolare, un certo grado di autonomia: in altri termini, la determinazione al rapporto sessuale può essere intesa come il risultato di scelte inscritte entro una autonomia parziale, «under nonideal, messy conditions under which most sexual encounters actually happen»<sup>106</sup>. La sua proposta teorica consiste nell'elaborazione di una "nonideal theory" che difende un livello minimo di competenza, capace di rendere il consenso espresso come un consenso eticamente valido, inquadrandolo entro una teoria relazionale dell'agentività<sup>107</sup>. Al centro della sua analisi vi è il criterio della reciprocità ed ella afferma in tal senso: «Ethical sex partners cannot control these entire contexts, but they can be sensitive to the limits of and possibilities for agency and consent in a given context and adjust accordingly»<sup>108</sup>.

È dunque evidente come la questione del consenso debba disporsi entro un piano relazionale paritario, in cui entrambi i soggetti coinvolti si riconoscano e si legittimino reciprocamente come soggetti di desiderio, implicati in uno scambio dialogico che consenta a ciascuno di esprimere, e di essere riconosciuto nella propria competenza a intraprendere l'attività sessuale. Una condizione essenziale perché il consenso possa validamente essere espresso ed esprimere la sua capacità legittimante; una condizione che tuttavia non sembra ad oggi ancora compiutamente realizzata.

Pertanto, quandanche il consenso venga prestato, occorre tenere a mente che esso si dispone entro una relazionalità ancora, purtroppo, non paritaria; uomini e donne non acconsentono a rapporti sessuali nello stesso identico modo: e sembra allora opportuno sottolineare che, finché la donna continua a essere oggettificata e tacitata nell'espressione del suo desiderio e della sua volontà, la dimensione normativa (sociale e giuridica) del consenso non potrà che esserne dimidiata. E pertanto, «Da una parte, il consenso funziona come uno strumento imprescindibile di liberazione delle sessualità oppresse e appare allora come un mezzo di espressione dell'autonomia sessuale. [...] Dall'altra, la realtà è che il dominio maschile la modella

<sup>105</sup> Q.R. KUKLA, *A nonideal theory of sexual consent*, cit., 271.

<sup>106</sup> *Ibid.*, 274. Kukla precisa infatti che: «We can express agency even under conditions of unequal power and oppression, or when our capacities for reflective, higher-order reason and choice are somewhat (though not completely) impaired – that is, under conditions that compromise our autonomy» (*ibid.*, 273). Rispetto alla possibilità di "difendere" l'agentività delle donne nell'ambito della sessualità, anche Carol Hay, a partire dal riconoscimento della capacità delle condizioni oppressive di limitare la deliberazione razionale, afferma che la resistenza (interna ed esterna) all'oppressione debba essere concepita come un dovere morale, ascritto al campo degli obblighi imperfetti. Hay intende, in altri termini, da una parte sottolineare come le modalità dell'oppressione producano danni, non sempre visibili, e purtuttavia assai rilevanti rispetto alla natura razionale dell'umano; dall'altra, rimarcare come l'esigenza di proteggersi, di proteggere la nostra dimensione identitaria e la nostra esistenza, si disponga in un ampio e differenziato campo di azione, estendendosi dunque anche entro gli spazi, pure interstiziali, in cui dominano le dinamiche di potere. Cfr. C. HAY, *The obligation to resist oppression*, cit. anche la filosofa Linda Alcoff propone di riconoscere entro l'esercizio della propria autonomia e agentività una differenza di grado, che traduce attraverso due espressioni differenti, vale a dire le "violazioni sessuali" distinguibili e distinte dalle "violenze sessuali"; cfr. L. ALCOFF, *Rape and resistance: understanding the complexities of sexual violation*, Cambridge, Polity Press, 2018.

<sup>107</sup> Q.R. KUKLA, *A nonideal theory of sexual consent*, cit., 282.

<sup>108</sup> *Ibid.*, 273.

profondamente, al punto che il consenso delle donne può apparire come un guscio vuoto, utile solo a legittimare un ordine sociale e sessuale ingiusto»<sup>109</sup>.

## 5. *Riflessioni conclusive*

Il contesto entro il quale si collocano le relazioni sessuali è ancora fortemente condizionato da stereotipi e pregiudizi che determinano e caucionano profonde asimmetrie di potere<sup>110</sup>: esse relegano la donna in una posizione di subordinazione, producendo uno stato di vulnerabilità che depotenzia, fino ad annullare, la sua agentività<sup>111</sup>. In tale quadro, assumere il consenso come dispositivo giuridico, capace di qualificare la sessualità come legittima, impone di riformulare la sua definizione, superando la concezione che lo intende come atto autorizzativo.

Considerare la richiesta di consenso come una richiesta di permesso, infatti, implica di attribuire ruoli diversi e impari ai soggetti implicati nella relazione sessuale<sup>112</sup>: come è stato infatti evidenziato, il consenso è un atto secondario, di risposta, che esprime dunque il suo senso entro i termini identificati dal soggetto che pone la domanda; la richiesta di permesso, quindi, presuppone una asimmetria e, nell'ambito dei rapporti sessuali, rischia di perpetuare, anziché disarticolare, i meccanismi della dominazione maschile<sup>113</sup>. Per questa ragione, ricondurre il discrimine tra sesso e stupro al principio del consenso, laddove questo sia inteso come una modalità autorizzativa, non sembra un percorso adeguato. Tale rappresentazione del consenso infatti presuppone una modalità di accondiscendenza/sottomissione della donna nei confronti della volontà dell'uomo<sup>114</sup> ma, come si è cercato di evidenziare in queste pagine, cedere non è mai acconsentire<sup>115</sup>.

Per uscire dalla rappresentazione oppositiva suggerita dall'idea di permesso<sup>116</sup>, che confina la donna entro un ruolo di accettazione passiva dell'agentività dell'uomo, sembra allora utile

<sup>109</sup> M. GARCIA, *Di cosa parliamo quando parliamo di consenso*, cit., 180. Occorre quindi, in primo luogo, operare affinché si realizzino le condizioni di una reale parità – e complementarietà – tra i generi, che si realizzi cioè la condizione di uguaglianza secondo il principio di antisubordinazione, così come proposto da Owen Fiss, cfr. O. FISS, *What is Feminism ?*, in *Arizona State Law Journal*, n. 2/1994, 417.

<sup>110</sup> In tal senso, si veda: TH. CASADEI, *Diritto e (dis)parità. Dalla discriminazione di genere alla democrazia paritaria*, Roma, Aracne, 2017, 20.

<sup>111</sup> Sul punto, si veda la riflessione critica di N. MATHIEU, *L'anatomie politique. Catégorisations et idéologies du sexe*, Parigi, Coté-femmes, 1991.

<sup>112</sup> Criticando questa rappresentazione del consenso, Quill Kukla afferma: «I find it forced and odd to think of people as walking around with duties not to “do sex” to one another, from which they can be released», Q.R. KUKLA, *A nonideal theory of sexual consent*, cit., 272.

<sup>113</sup> Nell'analisi offerta da Pierre Bourdieu, la violenza così esercitata è definita come 'simbolica', viene cioè perpetrata attraverso una serie di *habitus*, mentali e comportamentali, «che, in quanto universalmente condivisi, si impongono a ogni agente come trascendenti». Cfr. P. BOURDIEU, *Il dominio maschile*, [1998] [tr. it.], Milano, Feltrinelli, 2017, 44.

<sup>114</sup> M. ANDERSON, *Negotiating sex*, cit., 1408-1410.

<sup>115</sup> Le circostanze sono dunque cruciali per poter validamente riferirsi al consenso come discrimine tra sesso e stupro, poiché, come rileva Susan Estrich, «the problem has never been so much the terms of the statutes as our understanding of them», S. ESTRICH, *Real rape*, cit., 90.

<sup>116</sup> In tal senso, Carol Pateman rileva: «The conventional use of consent helps reinforce the beliefs about “natural” characters of the sexes [...] The “naturally” superior, active and sexually aggressive male makes an initiative, or offers a contract, to which “naturally” subordinate, passive woman “consents”. An egalitarian sexual relationship cannot rest on this basis», C. PATEMAN, *Women and consent*, cit., 164.

intendere il consenso piuttosto come una ‘proposta’: tale concezione traduce infatti l’idea di coinvolgimento reciproco, entro un’attività condivisa<sup>117</sup>.

Nella prospettiva di indirizzare le pratiche sessuali verso una modalità che esprima e certifichi una simmetria di coscienza e si disponga secondo condizioni effettive di eguaglianza, occorre infatti che la scelta di partecipare all’attività sessuale sia risultato di uno scambio comunicativo in cui sia possibile per i soggetti coinvolti esplicitare i propri desideri, condividere le proprie intenzioni e stabilire i confini entro i quali sperimentarli<sup>118</sup>. Perché, in altri termini, il consenso possa efficacemente validare le relazioni sessuali, occorre una comunicazione collaborativa, che, seppure si realizzi entro un contesto di ‘autonomia parziale’, possa comunque basarsi su un livello minimo di competenza che garantisca a ciascuno la propria agentività<sup>119</sup>. Si tratta, pertanto, come chiarisce Anderson, di concepire il consenso come un accordo dinamico, entro il quale i partners assumono una reciproca responsabilità verso i desideri dell’altro, garantendo mutualmente una eguale autorità nel dirigere l’interazione sessuale<sup>120</sup>.

Come è evidente, tuttavia, questa modalità di intendere il consenso implica una variazione di vasta portata, che è primariamente di ordine culturale e sociale; essa richiede, in particolare, una sorta di ‘educazione al consenso’ rispetto alla quale, tuttavia, anche il diritto può - e deve - offrire un contributo rilevante<sup>121</sup>.

Seppure gli strumenti di cui il diritto si avvale siano spesso limitati, e non di rado limitanti, rispetto alla identificazione di risposte che possano sanare il divario, ancora purtroppo assai marcato, esistente nei rapporti tra i generi<sup>122</sup>, esso svolge innegabilmente un ruolo essenziale nel tutelare e garantire le differenti posizioni che i soggetti possono sperimentare entro la relazionalità interumana e, in tal senso, si dispone la sua capacità riformatrice rispetto alle prassi e alle dinamiche che strutturano anche i rapporti tra i generi nella dimensione sessuale. Pertanto, «si può essere pessimisti circa l’efficacia del diritto nel riformare la realtà sociale, ma non si può semplicemente ignorare il diritto, perché il diritto è una prassi sociale che, insieme ad altre, costruisce la nostra identità, la percezione di noi stessi e degli altri, le nostre categorie normative»<sup>123</sup>. In altri termini, risulta da una parte necessario, e dall’altra doveroso, per il diritto

<sup>117</sup> L. CAPONETTO, *Filosofia del linguaggio femminista*, cit., 156.

<sup>118</sup> M. ANDERSON, *Negotiating sex*, cit., 1423.

<sup>119</sup> Q.R. KUKLA, *A nonideal theory of sexual consent*, cit., 290.

<sup>120</sup> M. ANDERSON, *Negotiating sex*, cit., 1424.

<sup>121</sup> Nelle elaborazioni delle teorie femministe, il diritto è stato spesso obiettivo di critiche, anche radicali, volte a esplicitare la connivenza delle strutture giuridiche e delle categorie normative con il sistema oppressivo del patriarcato, si veda, in tal senso: C. MCKINNON, *Toward a Feminist Theory of the State*, cit.; M. NUSSBAUM, *Sex and Social Justice*, cit.; C. PATEMAN, *Il contratto sessuale*, cit. Tuttavia, come è stato autorevolmente rilevato (P. GROSSI, *Pensiero giuridico. Appunti per una “voce” enciclopedica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 17/1988, 263-269), il diritto non si limita a rispecchiare la condizione sociale, piuttosto sovente favorisce e formula una rappresentazione di essa in modo autonomo e, aggiungiamo, non di rado, la indirizza. Si rileva quindi una relazione di stretta interdipendenza tra la dimensione culturale e le disposizioni di legge, per la quale, in particolare relativamente agli abusi sessuali, come rileva Schulhofer: «Social attitudes sometimes control legal outcomes, but those attitudes are shaped in turn by legal rules», S. SCHULHOFER, *Unwanted sex*, cit., 39.

<sup>122</sup> T. PITCH, *La libertà femminile può passare per i diritti*, in A. BUTTARELLI - F. GIARDINI (a cura di), *Il pensiero dell’esperienza*, Milano, Baldini e Castoldi Dalai, 2008, 275-296.

<sup>123</sup> Cfr. I. FANLO CORTÉS - F. POGGI, *Con o senza diritto. Il diritto e le disuguaglianze di genere*, Editoriale, in *About Gender. International journal of gender studies*, n. 15/2019, XXIII.

formulare risposte adeguate all'evoluzione culturale rispetto al modo, o meglio ai modi, di concepire l'autodeterminazione in materia di rapporti sessuali<sup>124</sup>.

Il diritto è pertanto solo una delle risposte possibili rispetto all'esigenza di cambiamento del modo di intendere la relazionalità sessuale, ma certamente non è residuale<sup>125</sup>. In questo senso, è interessante l'introduzione nella legislazione svedese (dal luglio 2018), della figura di reato dell'abuso sessuale negligente: esso si realizza quando l'imputato, per comportamento negligente, non si è assicurato che il/la partner volesse davvero quel rapporto sessuale o, in altri termini, quando abbia continuato nell'attività sessuale, pur considerando il rischio che l'altra persona coinvolta non stesse partecipando volontariamente<sup>126</sup>. Questa configurazione, che certamente non può essere considerata come pienamente risolutiva, appare però garantire meglio la possibilità di una relazionalità più equa, proprio in quanto si incentra sulla possibilità di verificare la presenza di una reale intesa tra i partner, responsabilizzando il soggetto che, ancora oggi, occupa una posizione di vantaggio rispetto alla partecipazione a un incontro sessuale. Questa riforma, in altri termini, se da una parte promuove un mutamento dei costumi sociali improntato a una più incisiva responsabilizzazione dei soggetti coinvolti entro la dinamica degli incontri sessuali; dall'altra pone in luce un aspetto che appare fondamentale per una legislazione in materia sessuale e vale a dire l'esigenza di considerare la molteplicità di possibilità implicata in tale ambito della relazionalità, tipizzando le fattispecie in modo plurale e graduale. In un tale quadro sembra allora possibile rispondere all'esigenza, indicata da Anderson, a che le riforme legislative «encourage sexual partners to treat each other with humanity»<sup>127</sup>.

La questione del consenso, entro il piano giuridico, non può infatti essere scissa da una appropriata e attenta considerazione della multi-sfaccettata, complessa e intricata dimensione dell'umanità dell'umano. E pertanto, con le parole di Quill Kukla, «the goal is to understand how good, properly supported, consensual sex can be enabled and sustained in the nonideal, imperfect world in which we live as vulnerable and finite beings enmeshed in power relations»<sup>128</sup>.

<sup>124</sup> Si rinvia sul punto a: M. BERTOLINO, *Libertà sessuale e tutela penale*, Milano, Giuffrè, 1993, 126 ss.

<sup>125</sup> «The law should recognize the centrality of negotiation, in which individuals would be required to consult with their partners before sexual penetration occurs. Negotiation would not require a verbal contract for penetration. Instead, it would require only what conscientious and humane partners already have: a communicative exchange, before penetration occurs, about whether they want to engage in sexual intercourse», M. ANDERSON, *Negotiating sex*, cit., 1407.

<sup>126</sup> Tale formulazione implica la possibilità di identificare una responsabilità che differisce per grado e che dunque implica una pena proporzionalmente ridotta. Sul punto, L. WEGERSTAD, *Sense and caution: a comparative perspective on Sweden's negligent rape law*, in E. HOVEN - T. WEIGEND (a cura di) *Consent and sexual offenses. Comparative perspective*, Baden-Baden, Nomos, 2022.

<sup>127</sup> M. ANDERSON, *Negotiating sex*, cit., 1437. Anderson sollecita infatti l'assunzione di un approccio che coinvolga entrambi i partners, un approccio che pertanto pone al centro dell'incontro sessuale uno scambio e una verifica sulla corrispondenza dei desideri. Traspare, da questa concezione del consenso, una declinazione in termini affermativi, che Anderson riporta alla formula *stop and ask* (1420), che tuttavia non va rigidamente intesa (i detrattori dello *Yes Model* sottolineano spesso come questa modalità sia difficilmente applicabile alla generalità degli incontri, in quanto li priverebbe della spontaneità e del trasporto che per contro dovrebbero essere pienamente esperite in tali situazioni, in tal senso, tra altri. M.L. MATTHEUDAKIS, *Un'indagine comparatistica sulla configurazione dei reati sessuali per colpa (grave) sui profili di consenso della vittima*, in *disCrimen*, 2 dicembre 2020).

<sup>128</sup> Q.R. KUKLA, *A nonideal theory of sexual consent*, cit., 274.

## **ABSTRACT**

La dimensione normativa del consenso nell'ambito delle relazioni sessuali ha recentemente riscontrato una rinnovata e crescente attenzione dovuta, in parte, al movimento #metoo, che ha portato la questione al centro del dibattito pubblico. Come risultato, numerosi Paesi in tutto il mondo stanno variando la legislazione, identificando nel consenso esplicito il discrimine tra sesso e stupro. Tuttavia, il concetto di consenso manifesta molteplici profili problematici, relativi sia alle ipotesi in cui sia negato sia a quelle in cui sia, per contro, prestato. Questo saggio mira a esporre alcuni di questi problemi, evidenziando la necessità di una ridefinizione del consenso che rifletta un autentico accordo tra i partners dell'incontro sessuale.

Currently, there is a growing focus on the normative aspect of consent in sexual relationships. This heightened attention can be attributed, in part, to the #metoo movement, which has propelled the issue to the forefront of public debate. As a result, numerous countries across the globe are re-evaluating their legislation to require explicit consent, with the aim of preventing convictions for sexual violence. Despite the importance of consent, there are several problems associated with both granting and denying it. This essay aims to outline some of these issues, highlighting the need for a redefinition of the consent concept that truly reflects the agreement between the parties involved in a sexual encounter.

## **PAROLE CHIAVE**

Violenza sessuale, consenso, normatività, agentività.

## **KEYWORDS**

Sexual violence, consent, normativity, agency.