

MORTE IN CONSEGUENZA DI UN GIOCO EROTICO PERICOLOSO: TRA PRETERINTENZIONE, DOLO E CONSENSO DELL'AVENTE DIRITTO

Nota a Tribunale di Roma, Sezione Gup, 15 gennaio 2013, Giud. Ebner

di Natalia Jurisch

SOMMARIO: 0. Premessa. – 1. Il fatto: un tragico caso di gioco erotico pericoloso. – 2. Il diritto: tra dolo eventuale e colpa cosciente. – 3. Osservazioni critiche: il fine erotico esclude *ex se* il dolo di percuotere? – 4. (*Segue*) Un'altra prospettiva: l'efficacia scriminante del consenso dell'avente diritto.

0. Premessa

La sentenza in commento tratta di un tragico fatto di cronaca avvenuto circa due anni fa a Roma, nel quale, in occasione di un gioco erotico pericoloso finito male, una giovane ragazza di poco più di vent'anni, C.P., moriva per asfissia meccanica violenta e un'altra ragazza, F.F., riportava gravi lesioni da impiccamento – con conseguente ricovero in prognosi riservata.

Il Gup ha ritenuto che nel caso in questione, in relazione alla morte di C.P., non potesse configurarsi un'ipotesi di omicidio volontario *ex art.* 575 c.p., e che nemmeno potesse ravvisarsi in capo all'imputato una responsabilità a titolo di omicidio preterintenzionale ai sensi dell'art. 584 c.p. – come invece da imputazione del Pubblico Ministero – reputando insussistente il dolo della condotta-base di percosse. Pertanto, riqualificato il fatto, ha condannato M.S. alla pena di anni quattro e mesi otto di reclusione per i delitti di omicidio colposo *ex art.* 589 c.p. (per la morte di C.P.) e di lesioni personali colpose (per l'offesa arrecata alla ragazza sopravvissuta), unificati *quod poenam* ai sensi dell'art. 589 ultimo comma c.p. (che prevede una speciale ipotesi di concorso formale di reati), e aggravati *ex art.* 61 n. 3 c.p. per aver agito con previsione dell'evento – poi ritenuta equivalente alle attenuanti generiche.

Ciò che davvero interessa della sentenza in commento è il procedimento decisionale in essa contenuto: il Giudice, infatti, non si sofferma affatto sul dato che le vittime coinvolte fossero pienamente e pacificamente consenzienti all'esercizio della pericolosa pratica del *bondage* (e dunque ai rischi ad essa connessi) ma motiva il dispositivo concentrandosi unicamente sulla differenza tra dolo eventuale e colpa cosciente e sulla asserita insussistenza del primo.

1. Il fatto: un tragico caso di gioco erotico pericoloso

Più in particolare, in base alla pacifica ricostruzione dell'accaduto come fornita dall'imputato, M.S., e dalla sopravvissuta, i tre soggetti coinvolti, i quali si conoscevano da qualche mese e avevano già avuto rapporti sessuali anche di tipo sadomaso, si accordavano una sera, dopo aver assunto alcol e sostanze stupefacenti, per mettere in atto una pratica di parafilia c.d. *breath play* o *breath control* nota come *bondage*.

Si tratta di un insieme di tecniche finalizzate ad aumentare il piacere erotico attraverso la costrizione fisica e la limitazione coatta dei sensi, cosa che veniva nel caso di specie realizzata immobilizzando le mani delle ragazze e collegando il collo di entrambe con una corda che passava sopra un tubo posto a due metri di altezza fissato con un nodo bloccato al fine di impedire che la corda stessa potesse stringersi intorno al collo. Il gioco consisteva nel creare così una sorta di bilancia i cui pesi erano costituiti dai corpi delle due ragazze che, alternativamente, poggiavano i piedi a terra.

Nel caso sottoposto al Tribunale di Roma, tuttavia, quasi subito C.P. (la quale peraltro pesava più di 100 kg) aveva accusato un malore e, persi i sensi, si era accasciata al suolo, mettendo in tensione la corda posta intorno al proprio collo e a quello dell'altra ragazza, il cui corpo veniva pertanto alzato da terra causandole difficoltà respiratorie.

L'imputato aveva tentato di soccorrerle, dapprima cercando un coltello per tagliare le corde e poi attuando manovre di rianimazione con le quali solamente F.F. riprendeva a respirare. Aveva allertato dunque i Carabinieri che inoltravano la chiamata al servizio ambulanze.

2. Il diritto: tra dolo eventuale e colpa cosciente

Come accennato, una volta ricostruiti i fatti e rilevato come «nessun dubbio sussist[a] in ordine al perfezionamento dell'elemento oggettivo del reato di omicidio», il Giudice si concentra sull'elemento soggettivo, al fine comprendere se la morte della ragazza vada attribuita all'imputato a titolo di omicidio volontario, preterintenzionale oppure colposo.

Il Gup passa dunque, prima di tutto, in rassegna le definizioni di dolo eventuale che si sono susseguite via via nel tempo in dottrina e in giurisprudenza, a partire dalla teoria c.d. intellettualistica¹, passando per quella volontaristica² e quella c.d. del rischio schermato³, per poi giungere alla più nota teoria dell'accettazione del rischio,

¹ Secondo tale teoria, come esposta in sentenza, non sarebbe necessaria alcuna verifica del coefficiente volontaristico, configurandosi la colpa cosciente quando il soggetto si rappresenti l'evento come una possibilità meramente astratta e il dolo eventuale quando la rappresentazione colga la realizzazione dell'evento quale possibilità concreta.

² Il Giudice riassume come per i sostenitori della teoria volontaristica – che, come dice il nome stesso, pone in maggior rilievo il profilo volitivo dell'agente – si avrebbe dolo eventuale ogni qualvolta possa affermarsi con ragionevole certezza che il soggetto avrebbe agito in ogni caso, anche qualora si fosse pienamente rappresentato la realizzazione dell'evento non voluto.

³ Secondo detta impostazione, che si pone all'interno delle c.d. teorie oggettivistiche, sarebbe già la natura del rischio realizzato dall'agente ad individuare la distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente, a

ampiamente dominante tanto in dottrina quanto in giurisprudenza⁴, la quale infatti viene adottata anche nella presente pronuncia.

Come noto, tale ultima teoria – che è una sorta di via mediana tra quelle precedentemente enunciate – si basa sul presupposto che il soggetto si sia rappresentato il fatto illecito non voluto come seriamente possibile, e distingue tra dolo eventuale e colpa cosciente a seconda che l'agente agisca comunque, accettando il rischio della verifica dell'illecito, pur di non rinunciare alla azione ed ai vantaggi che se ne ripromette (dolo eventuale), o che questi agisca nella convinzione che l'evento illecito non si realizzi, confidando in fattori esterni o nelle proprie abilità di scongiurarlo (colpa cosciente).

Sulla scorta di tali premesse in ordine alla distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente viene dunque negato di potersi ravvisare alcun tipo di dolo – anche eventuale – in relazione all'ipotesi di omicidio volontario *ex art.* 575 c.p. (come del resto evidenziato anche dallo stesso P.M.). In particolare, l'esclusione del dolo eventuale, a parere del giudicante, emerge con chiarezza dall'analisi di quattro elementi: *in primis*, M.S. agiva col consenso delle vittime; in seconda battuta, egli aveva provveduto a bloccare con un nodo la corda intorno al collo delle due ragazze, appositamente per evitare che la stessa potesse stringersi e soffocarle; inoltre, si adoperava immediatamente per soccorrerle e cercare di salvarle; infine, egli confessava subito il delitto descrivendo compiutamente i fatti, negando però l'intenzione di uccidere.

Così, negata la configurabilità dell'omicidio volontario, il Giudice si sofferma sulla possibilità di attribuire all'imputato la morte della ragazza a titolo di omicidio preterintenzionale.

Orbene, secondo il Giudice «analoghe considerazioni [rispetto a quelle svolte in ordine alla sussistenza del dolo di omicidio] avrebbero dovuto indurre il P.M. ad escludere il reato di omicidio preterintenzionale». Com'è noto, infatti, presupposto necessario per la qualificazione di un fatto come omicidio preterintenzionale è la sussistenza del dolo di percosse (o lesioni personali) – che, per giurisprudenza costante, può essere anche soltanto eventuale⁵. Sennonché, nel caso di specie, emergeva come l'imputato, «nel momento in cui sospendeva i due corpi sì da creare una sorta di bilancia, non voleva fare male alle ragazze», ma aveva come unico scopo quello di «creare piacere a sé e a loro»⁶. Conseguentemente – e senza oltre indagare circa la prevedibilità colposa dell'evento morte susseguito per una delle due vittime – viene negata la configurabilità dell'omicidio preterintenzionale.

prescindere dal dato soggettivo: nel caso di rischio schermato (ossia controllabile oggettivamente in virtù di determinati fattori) vi sarebbe colpa cosciente, mentre nel caso di rischio non schermato (in cui l'agente non è in grado di controllare il decorso causale da lui avviato) vi sarebbe dolo eventuale.

⁴ Per uno studio analitico delle teorie diffuse nella prassi giurisprudenziale che distinguono dolo eventuale da colpa cosciente e relative osservazioni critiche, si veda A. AIMI, *Dolo eventuale e colpa cosciente al banco di prova della casistica*, in [questa Rivista](#), 17 giugno 2013.

⁵ Si vedano in tal senso, *ex plurimis*: la pronuncia citata in sentenza, Cass. pen., sez. V, 21 aprile 2010, n. 35075; Cass. pen., sez. V, 9 gennaio 2009, n. 17985; Cass. pen., sez. III, 28 maggio 1996, n. 8907.

⁶ Così si legge nella sentenza in commento a p. 19.

Esclusa anche la configurabilità del delitto di cui all'art. 584 c.p. in ragione dell'insussistenza del dolo di lesioni o percosse, il Giudice rinviene nel comportamento complessivo dell'imputato una colpa definita in sentenza «*di grado altissimo*», e provvede pertanto a riqualificare la causazione della morte della giovane addebitandola al reo a titolo di omicidio colposo, aggravato nondimeno dalla colpa con previsione ai sensi dell'art. 61 n. 3 c.p.

Ritiene, infatti, il giudicante che il soggetto abbia «agito commettendo una gravissima imprudenza, e con tale negligenza ed imperizia che *non poteva non rappresentarsi, pur escludendola, la morte delle due ragazze*».

A tale conclusione giunge attraverso una serie di circostanze di fatto.

In prima istanza, si sottolinea in sentenza come la tecnica del *bondage* sia di per sé «attività ad elevatissimo rischio, anche di vita, cosicché può essere praticata esclusivamente da persone particolarmente esperte», cosa che l'imputato per sua stessa ammissione non era.

In secondo luogo, dal momento che la tecnica utilizzata di c.d. *breath control* prevede l'uso di corde attorno al collo e l'interruzione e ripresa alternate della respirazione, è estremamente pericolosa e può pertanto essere praticata unicamente da persone in ottime condizioni fisiche, il che non poteva dirsi dei tre soggetti coinvolti, sia perché avevano fatto uso di sostanze stupefacenti e alcol, sia perché il tutto avveniva a tarda notte, quando lo stato fisico è di per sé indebolito.

Inoltre, il tipo di pratica posta in essere, prevede che per il suo esercizio vengano adottati tutta una serie di accorgimenti che consentano di limitare al minimo i rischi, quali per esempio avere a portata di mano delle forbici per recidere le corde, cosa che invece l'imputato non aveva predisposto.

Infine, a riprova del fatto che il reo aveva sicuramente coscienza della pericolosità della condotta posta in essere e che si era rappresentato un eventuale esito letale del gioco erotico, si indica il dato che le corde impiegate erano poste intorno al collo (uno dei punti più esposti al rischio di morte repentina).

Nel fatto che le corde fossero state bloccate con dei nodi a distanza di sicurezza dalla nuca, il Giudice rinviene infine la esclusione mentale dell'evento da parte dell'imputato per aver confidato nella propria abilità di scongiurarlo o in fattori esterni, atteggiamento tipico della colpa cosciente.

3. Osservazioni critiche: il fine erotico esclude *ex se* il dolo di percuotere?

Come detto, la riqualificazione dei fatti operata dal Giudice lo conduce ad escludere di poter configurare un'ipotesi di omicidio volontario *ex art. 575 c.p.* e, sulla base della convinzione che nell'*agere* dell'imputato non potesse ravvisarsi alcun tipo di dolo relativamente alle percosse (o lesioni) inferte alle vittime, viene negata anche una responsabilità a titolo di omicidio preterintenzionale *ex art. 584 c.p.*

Tale soluzione adottata, sulla base degli eventi considerati, appare assolutamente condivisibile.

E tuttavia, in relazione all'esclusione dell'omicidio preterintenzionale, quel che non convince è l'*iter* logico attraverso cui si giunge a tali conclusioni.

Si parta dall'assunto per cui rientra nella nozione di percosse ogni condotta di violenta manomissione della altrui persona fisica idonea a produrre *sensazioni fisiche dolorose*, qualora non si verifichi una malattia o un altro postumo morboso.

La Cassazione ha peraltro ritenuto potesse parlarsi di percosse anche in caso di occlusione delle vie respiratorie e immobilizzazione, laddove ciò costituisca un atto di violenza fisica intesa in qualsiasi forma⁷.

Ora, sebbene l'orientamento giurisprudenziale maggioritario – evidentemente adottato anche dalla pronuncia in commento – ritenga il dolo del delitto di percosse coincidente con quello del delitto di lesioni personali e consistente nella coscienza e volontà di colpire taluno con violenza⁸, attenta dottrina⁹ ha rilevato come un tale approccio conduca alla differenziazione dei due reati in parola non sotto il profilo soggettivo ma unicamente per il risultato concreto prodotto dalla condotta: una semplice sensazione di dolore nel reato di percosse, una malattia nelle lesioni personali.

La tesi maggioritaria, infatti, comporta, tra le varie implicazioni, la inaccettabile conseguenza di attribuire la responsabilità a titolo di percosse (anziché di tentativo di lesioni) a carico di chi voleva produrre una malattia o un effetto morboso ma è riuscito solo a produrre un dolore fisico.

Secondo l'orientamento sostenuto in dottrina, invece, il dolo delle percosse non consisterebbe in una generica intenzione di colpire la vittima, bensì nella volontà consapevole di tenere una condotta violenta tale da cagionare *solo* una sensazione dolorosa¹⁰.

Se si accede a tale ultima tesi – come appare preferibile – si perviene alla conclusione che nel caso di specie il dolo di percosse è integrato.

Infatti, per quanto chiaro e pacifico che l'imputato, attraverso il gioco erotico, non intendesse in alcun modo cagionare una malattia, né altra conseguenza morbosa ai sensi dell'art. 582 c.p., è altrettanto innegabile che egli agiva precipuamente con l'obiettivo di arrecare alle due ragazze una sensazione di dolore: è infatti proprio mediante la sofferenza fisica che, nelle tecniche di *bondage*, il piacere sessuale viene ricercato.

Pertanto, che tale sensazione di dolore fosse solo *un mezzo* per accrescere il piacere erotico e non lo scopo ultimo dell'agente, diversamente da quanto ritenuto dal

⁷ Cass. pen., sez. V, 19 dicembre 2003, n. 4640 (a proposito di un caso di rapina).

⁸ Si veda, per tutte: Cass. pen., sez. V, 3 febbraio 1984, Dal Pozzo, in *Cass. pen.*, 1985, 883.

⁹ Così: P. BAIMA BOLLONE - V. ZAGREBELSKY, *Percosse e lesioni personali*, Milano, 1975, 119; T. GALIANI, *Lesioni personali e percosse*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, 1974, 141; F. BASILE, *Commento all'art. 581c.p. - Percosse*, in E. DOLCINI - G. MARINUCCI (cur.), *Codice penale commentato*, Milano, 2011.

¹⁰ In tal senso: T. GALIANI, *op. ult. cit.*, pag. 141; M.G. GALLISAI PILO, *Lesioni e percosse*, in *Dir. pen.*, VII, 1993, 402; O. VANNINI, *Delitti contro la vita e la incolumità individuale*, Milano, 1958, 94; M. BARGIS, *Il dolo nei reati di percosse e di lesioni personali*, in *Giur. It.*, II, 1975, 103; A. SANTORO, *Rapporto tra percosse e lesioni personali*, in *Scuola pos.*, 1965, 656.

Gup romano, esula dall'indagine sulla sussistenza dell'elemento soggettivo richiesto ai fini dell'integrazione del reato di percosse, che non è affatto per ciò solo esclusa *tout court*¹¹.

Sembra quindi potersi dire che in realtà nel caso in esame il reato di cui all'art. 581 c.p., alla base dell'omicidio preterintenzionale, potesse ritenersi pienamente consumato, peraltro potendosi ravvisare da parte dell'imputato una volizione e una rappresentazione della condotta di massimo grado, ben oltre il dolo eventuale.

A voler qui ricondurre le considerazioni svolte dal Gup in merito alla prevedibilità dell'evento morte – non voluto – secondo i parametri della colpa ai sensi dell'art. 43 c.p. (v. *supra*, par. 2.1.)¹², in conclusione, pare di poter affermare che nel caso in esame il delitto di cui all'art. 584 c.p. era da considerarsi pienamente integrato anche sul piano soggettivo.

4. (Segue) Un'altra prospettiva: l'efficacia scriminante del consenso dell'avente diritto

Attraverso quale percorso, allora, il giudice avrebbe potuto giungere all'esclusione della responsabilità a titolo di omicidio preterintenzionale?

A parere di chi scrive, la causa dell'esclusione della responsabilità per omicidio preterintenzionale va forse individuata in un altro dato, la cui importanza il giudicante sembra peraltro aver sottovalutato: il consenso prestato dalle parti offese a prendere parte al gioco erotico pericoloso, optando in particolare per la tecnica del *bondage* che comporta la privazione della propria libertà di movimento nonché la sofferenza fisica.

In relazione alla condotta-base dell'art. 584 c.p., costituita dalle percosse dolose, entra in gioco, dunque, la scriminante di cui all'art. 50 c.p.

Come noto, tale causa di giustificazione opera validamente nei limiti in cui il diritto leso o messo in pericolo sia disponibile, qualità, questa, che, secondo l'opinione

¹¹ Nel senso che il dolo generico delle percosse, in un rapporto sadomaso, non è escluso dal fine erotico, si veda: Cass. pen., sez. I, (ud. 16 giugno 1998) 12 agosto 1998, n. 9326, in *Leggi d'Italia*, Cass. pen.

¹² Si fa presente che dalla lettura della sentenza sembra potersi desumere che il Giudice prediliga, tra le teorie sulla responsabilità per l'evento non voluto di cui all'art. 584 c.p., l'orientamento che non richiede l'accertamento della prevedibilità di quest'ultimo ma si accontenta della sua mera connessione eziologica materiale con il reato doloso di percosse (o lesioni). Applicando tale interpretazione, date le premesse, la morte di C.P. sarebbe sicuramente da attribuirsi all'imputato. Tuttavia, chi scrive, anche alla luce delle più recenti sentenze sull'art. 586 c.p. (per tutte: Cass. pen., SS.UU., 29 maggio 2009, n. 22676), ritiene di dover porre il caso in esame al vaglio anche della più garantista teoria che afferma l'imputabilità della morte solo in caso di colpa concreta dell'agente. Ciò, non solo per convinzione personale circa la preferibilità delle stesse, ma altresì per più completa disamina del caso *de quo*, che metta le osservazioni critiche di chi scrive a confronto anche con le tesi più restrittive. Anche così, comunque, della morte può a rispondere l'imputato, essendo stata in sentenza ampiamente dimostrata la prevedibilità della stessa, tale da attribuire colpa cosciente all'agente.

dominante, va individuata attraverso un'opera di astrazione alla luce delle indicazioni fornite nell'intero ordinamento giuridico (penale e non) e nella consuetudine¹³.

Pertanto, mentre pacificamente rientrano nell'ambito operativo della norma *de quo* i diritti patrimoniali e ne sono esclusi il bene della vita e tutti gli interessi che fanno capo allo Stato, la questione un poco si complica ove si tratti di diritto all'integrità fisica.

In quest'ultimo caso, infatti, si reputa che il consenso acquisti efficacia scriminante nei limiti posti dall'art. 5 c.c., a norma del quale «Gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume»¹⁴.

Occorre pertanto chiedersi se il consenso prestato dalle vittime nel caso di specie potesse o meno validamente scriminare la condotta di percosse integrata dall'imputato nel porre in essere atti di *bondage* ai danni delle sue due amanti.

Rispetto al primo limite a cui l'art. 5 c.c. subordina l'efficacia scriminante del consenso della vittima – cioè la mancata diminuzione permanente dell'integrità fisica – si ritiene che, essendone la *ratio* la tutela del complessivo benessere psicofisico della persona, esso escluda qualsiasi l'applicabilità dell'art. 50 c.p. in tutte le ipotesi in cui il consenso venga prestato per atti di disposizione del proprio corpo che vadano globalmente a svantaggio della salute del disponente¹⁵, quali, ad esempio, l'esportazione di organi o parti del corpo non riproducibili¹⁶. Pertanto, il caso in esame esula dall'operatività di detto limite, nella misura in cui è pacifico che le due ragazze avessero acconsentito unicamente a subire delle lievi sofferenze e dei dolori fisici che però non sfociassero in alcun modo in malattie del corpo e lesioni di vario genere.

Altrettanto vale per i limiti della non contrarietà alla legge e all'ordine pubblico. Circa il primo, in quanto non vi è alcuna norma che vieti di farsi legare o di cercare piacere sessuale attraverso tecniche di *breath play*; in merito al secondo, accolta la accezione di ordine pubblico come «quell'insieme di principi, desumibili dalla Carta costituzionale o, comunque, pur non trovando in essa collocazione, fondanti l'intero assetto ordinamentale» tali «da formare il cardine della struttura etica, sociale ed

¹³ Contrariamente a tale orientamento maggioritario, una parte della dottrina ritiene invece che il discrimine tra diritti suscettibili e insuscettibili di consenso scriminante risieda non nella astratta distinzione tra diritti disponibili e indisponibili, ma in una valutazione da effettuarsi in concreto bilanciando caso per caso il valore del bene leso e la meritevolezza del fine perseguito dal soggetto consenziente. In tal senso: F. ALBEGGIANI, *Profili problematici del consenso dell'avente diritto*, Milano, 1995, 51 ss.

¹⁴ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2009, 268; C. PEDRAZZI, *Consenso dell'avente diritto*, in *Enc. Dir.*, IX, Milano, 1961, 143; R. RIZ, *Il consenso dell'avente diritto*, Padova, 1979, 105.

¹⁵ G. FIANDACA – E. MUSCO, *op. ult. cit.*, 269; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2012, 244.

¹⁶ Sono salve le deroghe espresse dal legislatore, quali quelle previste dalla l. 458/1967 che rende lecito donare un rene o dalla l. 483/1999 che facoltizza l'espanto di parti del fegato, a fini di trapianto. Per un sintetico ma dettagliato resoconto si rimanda a F. VIGANÒ, *Commento all'art. 50 c.p. – Consenso dell'avente diritto*, in E. DOLCINI – G. MARINUCCI (cur.), *Codice penale commentato*, Milano, 2011, par. 13 ss.

economica della comunità nazionale conferendole una ben individuata ed inconfondibile fisionomia»¹⁷, è parimenti da escludere una violazione dello stesso nella condotta qui esaminata.

Più problematico, invece, sembrerebbe essere il limite rappresentato dalla non contrarietà dell'atto di disposizione del corpo al buon costume, il quale, è opportuno premetterlo, è canone ripreso dall'art. 21 ultimo comma Cost. Infatti è evidente che tale clausola, in quanto formula elastica, comporta l'impiego di parametri non solo mutevoli nel tempo e nello spazio, ma del tutto soggettivi e legati alla coscienza del cittadino e – soprattutto – del giudice¹⁸, recando con sé il pericolo di interpretazioni troppo cangianti e soluzioni eccessivamente discrezionali¹⁹. Pertanto, si è cercato tanto in dottrina quanto in giurisprudenza di individuare una definizione quanto più univoca possibile.

Così, secondo l'orientamento accolto dai civilisti, bisognerebbe fare riferimento al complesso di principi morali dominanti nella collettività in una determinata epoca storica, a una sorta cioè di "morale media"²⁰. Come è stato puntualmente sottolineato, tuttavia, una tale nozione non solo limiterebbe la libertà di pensiero e di azione garantita costituzionalmente alle minoranze non conformiste²¹, ma è altresì «incompatibile con l'idea – imposta dalla Costituzione – di un diritto penale laico e ispirato al pluralismo etico, che non può tollerare l'imposizione di limiti all'autodeterminazione dell'individuo sul proprio corpo in funzione della tutela della morale dominante»²².

In altre parole, il carattere pluralistico del nostro ordinamento non può in nessun modo tollerare che tramite la sanzione penale vengano imposte concezioni etiche correnti, le quali, in una società come quella moderna caratterizzata da orientamenti ideali disomogenei, in realtà non esistono più²³.

¹⁷ Cass. civ., sez. I, 28 dicembre 2006, n. 27592. Va pertanto respinto, nell'ambito dell'art. 5 c.c., il concetto di ordine pubblico attinente il mantenimento della sicurezza pubblica, che svuoterebbe di senso la clausola *de quo*: non è verosimile che un atto di disposizione del proprio corpo possa mettere in pericolo la sicurezza dei cittadini.

¹⁸ Per tutti: P. SILVESTRI, *Dei delitti contro la moralità pubblica e il buon costume*, in G. LATTANZI – E. LUPO (cur.), *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Vol. X - Libro II, Milano, 2010, 937 ss.

¹⁹ Non è un caso che più volte siano state prospettate questioni di illegittimità costituzionale per difetto di determinatezza (soprattutto con riferimento ai reati contro la moralità pubblica e il buon costume di cui al titolo IX del codice penale), peraltro sempre respinte dalla Corte Costituzionale, per la quale "il rinvio alla morale, al buon costume e più in particolare al comune sentimento è da considerarsi legittimo, trattandosi di concetti diffusi e generalmente compresi", pur se insuscettibili di una "categorica definizione" (C. Cost., 16 dicembre 1970, n. 191). Più di recente, in materia di pubblicazione di stampati che turbino il comune sentimento della morale (art. 528 c.p.), la Corte Costituzionale ha rigettato la questione di legittimità costituzionale offrendo una lettura ampia del concetto di buon costume come valore costituzionale, da intendersi in senso lato come coscienza etica (C. Cost., 17 febbraio 2000, n. 293).

²⁰ Per una puntuale analisi degli orientamenti interpretativi sulla nozione di buon costume, si veda G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume*, Padova, 1984.

²¹ G. FIANDACA, *op. ult. cit.*, 69.

²² F. VIGANÒ, *Commento all'art. 50 c.p., cit.*, par. 20.

²³ G. FIANDACA, *op. ult. cit.*, 73.

Si consideri, fra l'altro, che il parametro del buon costume è stato inserito per porre un limite ad una libertà dell'individuo. Pertanto, come segnalato da autorevolissimo Autore, questo è il punto, e probabilmente l'argomento decisivo: «tutte le volte che si tratta di identificare un limite all'esercizio di un diritto di libertà, si impone la necessità logica di fare uso di un canone ermeneutico restrittivo»²⁴.

Va dunque accolta la concezione diffusa tanto nella dottrina penalistica e costituzionalistica, quanto nella giurisprudenza costituzionale²⁵, che identifica il buon costume tutelato all'art. 21 ultimo comma Cost.²⁶ con la sola morale sessuale e il pudore sessuale²⁷.

Si tenga presente, peraltro, che la giurisprudenza penale più recente tende ad escludere rilevanza penale di condotte che, soprattutto per quanto riguarda le pratiche sessuali, si svolgono in privato e tra soggetti consenzienti²⁸. Più in particolare, in una recente pronuncia, la Cassazione, dopo aver precisato che la nozione di buon costume «non è statica e va determinata in considerazione dei valori coinvolti e del generale stato di accettazione» ha affermato che, considerando l'odierno sentimento medio della umanità, «ciascuno – nell'estrinsecazione privata della propria libertà sessuale – ha diritto di discendere, con volontà consapevole, anche a pratiche erotiche "particolari" comportanti una sottomissione umiliante e dolorosa»²⁹.

Pertanto, laddove si consideri il comportamento complessivo delle persone coinvolte nella vicenda qui in esame in un'ottica scevra di moralismi e orientata verso una visione pluralista ed aperta alle diverse forme attraverso cui si estrinseca la libertà sessuale oggi, dovrà concludersi che nel caso *de quo* non debba applicarsi all'operatività della scriminante del consenso dell'avente diritto il limite del buon costume di cui

²⁴ G. FIANDACA, *op. ult. cit.*, 73. In tal senso anche A. DELITALA, *I limiti giuridici della libertà di stampa*, in *Iustitia*, 1959, 391; G. MARINUCCI, *Intervento*, in *Problemi giuridici della prevenzione e della repressione in materia di spettacolo. Convegni di studio Enrico De Nicola. Problemi attuali di diritto e procedura penale*, Milano, 1963, 259.

²⁵ Si veda Corte Cost. 16 marzo 1971, n. 49, in *Giust. Pen.*, 1971, 201 ss, ove, affermando l'incostituzionalità dell'art. 553 c.p., che puniva l'incitamento a pratiche contro la procreazione, per contrasto con l'art. 21 Cost., si dichiarava esplicitamente che «le esigenze del buon costume sono tutelate da altre disposizioni del codice penale», e cioè gli artt. 527 e ss. c.p.: riconoscimento esplicito della coincidenza tra buon costume ex art. 21 Cost. e la tutela penale del pudore.

²⁶ È dunque anche riferibile all'art. 5 c.c.

²⁷ Così: G. COCCO - E. M. AMBROSETTI (cur.), *I reati contro le persone: vita, incolumità personale e pubblica, libertà, onore, moralità pubblica e buon costume, famiglia, sentimento religioso, per i defunti e per gli animali: manuale di diritto penale, parte speciale*, Padova, 2007, 490.

²⁸ Si veda Cass. pen., sez. III, 24 febbraio 2004, n. 25727. Come è agevole immaginare, in passato la giurisprudenza tendeva al contrario ad accogliere una nozione di buon costume che non teneva conto del pluralismo sociale e sanzionava ogni condotta che si discostasse dalla morale comune ampiamente intesa, fortemente condizionata, peraltro, dalle influenze cattoliche: fra tutte, si segnala in questo senso una pronuncia della Suprema Corte del 24 aprile 1968, nella quale si ritiene contrario al buon costume la pratica sadomasochista consistente nel provare piacere attraverso la causazione di bruciature sul corpo con braccia di sigaretta.

²⁹ Cass. pen., sez. III, 24 febbraio 2004, n. 25727.

all'art. 5 c.c.³⁰. Entrambe le ragazze, infatti, scientemente avevano preso parte al gioco erotico e, pienamente consenzienti, volevano farsi cagionare dolore fisico al fine di accrescere il loro piacere sessuale.

Considerando in ultimo che il consenso delle due vittime è da ritenersi a tutti gli effetti dotato di piena efficacia scriminante, pare dunque che l'omicidio preterintenzionale avrebbe dovuto essere escluso non tanto in ragione dell'assenza del dolo di percosse, bensì per l'operare della causa di giustificazione di cui all'art. 50 c.p. in relazione proprio alle percosse medesime.

Seguendo l'*iter* argomentativo qui proposto si giunge, insomma, al medesimo risultato cui si perviene in sentenza, attribuendosi in conclusione all'imputato la morte di C.P., a titolo di omicidio colposo e le lesioni causate a F.F. anch'esse a titolo di colpa, dal momento che, in relazione a quest'ultima, il consenso non riguardava anche eventuali malattie del corpo, ma – lo si ripete – solo ed esclusivamente le percosse.

Forse questa strada, tra l'altro, da percorrere sarebbe stata anche più facile per il Giudice.

³⁰ Propone la medesima soluzione G.L. GATTA, nella sua nota alla medesima sentenza qui in commento, in *Corriere del merito*, n. 7, 2013.