



HAL
open science

Per una dottrina pura della sessualità

Daniel Borrillo

► **To cite this version:**

Daniel Borrillo. Per una dottrina pura della sessualità. Luigi Pannarale; Ivan Pupolizio. Primavera dei diritti Lezioni sui diritti, Pensa Multimedia, 2011, 978-882328542. hal-01236268

HAL Id: hal-01236268

<https://hal.science/hal-01236268>

Submitted on 1 Dec 2015

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



TUTTI I CITTADINI HANNO PARI DIGNITÀ SOCIALE E SONO
EGUALI DAVANTI ALLA LEGGE, SENZA DISTINZIONE DI SESSO,
DI RAZZA, DI LINGUA, DI RELIGIONE, DI OPINIONI POLITICHE,
DI CONDIZIONI PERSONALI E SOCIALI. (Costituzione Italiana - Art. 3)

LEZIONI SUI DIRITTI

a cura di
Luigi Pannarale
Ivan Pupolizio


Pensa
MULTIMEDIA

Daniel Borrillo

Per una dottrina pura della sessualità

1. Introduzione

La liberazione sessuale e l'espansione pandemica dell'Aids durante la seconda metà del ventesimo secolo hanno posto la sessualità al centro del dibattito politico e sociale.

Relegata fino ad allora alla sfera dell'intimità e della vita privata, la sessualità fa irruzione nello spazio pubblico, dapprincipio grazie all'azione politica del femminismo e successivamente attraverso le rivendicazioni del movimento LGBT (lesbico, gay, bisessuale e transessuale). Tuttavia, la sessualità rimane l'attività umana più difficile da affrancare dalla morale tradizionale e dall'ambito medico, il che ha sovente messo in ombra l'analisi giuridica.

Ora, una dottrina del diritto della sessualità potrebbe trovare i suoi fondamenti all'interno di una filosofia laica, costruita a partire dall'idea della volontà di un soggetto autonomo e responsabile che espliciti la sua libertà a partire da scelte razionali.

L'attività sessuale, come tutte le altre attività umane, è molteplice e varia decisamente, da chi concepisce il sesso esclusivamente secondo una dimensione riproduttiva in seno al matrimonio, a chi fa del libertinaggio un modo di vivere. Alcuni preferiscono le persone del proprio stesso sesso, altri trovano il loro piacere solamente nel sesso opposto. Per alcuni, sesso e amore sono indissociabili, mentre altri fanno della sessualità un'attività lucrativa.

Una giusta regolamentazione dell'attività sessuale deve mettere tra parentesi i significati diversi che ciascun individuo dà alla propria vita erotica. Il diritto deve quindi ridurre il suo intervento sulla base di due grandi principi: il consenso degli individui e l'assenza di danno a terzi.

A partire da una lettura dissacrante della sessualità (vale a dire emancipata dalle tradizioni, dalle dottrine o dalle ideologie date e non problematizzate) e da una concezione umile del diritto, il mio lavoro è il risultato di uno stupore e si regge su due pilastri:

- 1) il primato della filosofia consensualista che implica l'autonomia del soggetto erotico;
- 2) l'affermazione del principio della neutralità etica dello stato.

La mia analisi si completa con la critica del dispositivo giuridico francese denominato "demagogia sessuale".

2. Costatazione di uno stupore

A partire da una constatazione universale, vale a dire la proibizione dell'incesto, la sessualità apparirebbe come la principale attività umana che ha portato alla nascita del mondo normativo e della regola giuridica. Come rileva Godelier, "la proibizione dell'incesto consiste nel far del sociale con il sessuale" (Godelier, 2007).

La sessualità diviene quindi l'elemento fondamentale dell'attività umana, ciò che ci permette di comprendere la dinamica profonda della vita sociale.

La regola sulla proibizione dell'incesto apparirebbe dunque come la matrice delle norme e il criterio principale, sebbene implicito, al quale si riferisce tutto il sistema giuridico. La regolamentazione della sessualità diviene dunque l'attività normativa originaria, attorno alla quale si articolano le altre forme di regolamentazione, anche se l'incesto come tale non è più penalizzato a partire dalla Rivoluzione francese.

Il posto della sessualità all'interno dell'universo normativo, come le scienze umane ci dimostrano, non si traduce pertanto in uno statuto specifico all'interno dell'ordine del diritto. Quindi, con la fine dell'egemonia del discorso religioso, l'incesto perde la sua esistenza giuridica. Relegando l'attività erotica all'intimità della vita privata, il liberalismo morale del diciottesimo secolo attua un processo politico di banalizzazione della sessualità che trova compimento con la laicizzazione del diritto. Tuttavia, dopo l'adozione in Francia della legge sul monitoraggio socio-giudiziario per i crimini sessuali, il liberalismo morale non cessa di essere dibattuto. Si tratta per me di ritornare ai fondamenti del nostro sistema giuridico al fine di ricostruire una teoria giuridica della sessualità conforme allo Stato di diritto.

3. I due pilastri della mia teoria giuridica della sessualità

3.1. *La filosofia consensualista*

All'inizio del diciannovesimo secolo, grazie all'impulso della filosofia dei Lumi, il consenso diviene l'elemento che determina il momento in cui

l'attività sessuale diventa lecita. Questo nuovo paradigma si fonda sull'idea secondo la quale la legittimità di un atto si basa esclusivamente sulla volontà delle parti: tutti i doveri devono essere fondati sulla libertà. Un dovere non è legittimo se non trova il suo fondamento in una volontà individuale autonoma.

Questo principio ha una portata molto vasta, in quanto concerne non soltanto la sessualità ma tutte le attività della vita sociale.

Lo Stato si astiene dunque dall'interferire nella vita privata degli individui e la sodomia, l'adulterio o l'incesto, quando vedono impegnati adulti consenzienti, cessano di essere passibili di incriminazione.

A differenza della morale cristiana che imponeva un senso univoco alla sessualità, lo Stato laico ha rinunciato a una tale pretesa: ogni individuo è libero di dare alla propria sessualità il significato che si augura. La modernità implica dunque l'abbandono di un erotismo uniformato a beneficio di una concezione pluralista della sessualità che accordi il medesimo valore alle differenti scelte individuali. D'ora innanzi, lo Stato deve unicamente fare in modo che nessuna concezione della sessualità possa divenire monopolistica.

3.1.1. L'autonomia della volontà del soggetto erotico

La filosofia consensualista parte dall'idea secondo la quale una relazione sessuale non è altro che un contratto tra due o più individui liberi e consenzienti. Sebbene non esista nel diritto francese una definizione di consenso, il Codice civile precisa tuttavia un certo numero di fatti la cui natura comporterebbe una sua altcrazione. Oltre alla maggiore età legale, stabilita dalla legge a 15 anni di età, in ambito sessuale, il consenso deve essere privo di errore, di dolo e di violenza.

L'errore esiste laddove un contraente si è ingannato su di un elemento determinante del suo consenso. Il dolo può essere definito come qualunque inganno o frode, macchinazione o manovra impiegata per indurre in errore una persona al fine di indurla a consentire. Infine, la violenza è una costrizione fisica esercitata su di un individuo per indurlo a intrattenere un rapporto sessuale. La violenza morale, detta anche intimidazione, è caratterizzata da minacce o da ricatti alla persona stessa o ai suoi parenti. Si distingue dagli altri due vizi del consenso, in quanto impedisce al consenso di essere libero, così come gli altri e due impediscono al consenso di essere perfettamente chiaro.

Esiste inoltre una violenza economica denominata "lesione". È caratterizzata da un difetto di equivalenza, da un disequilibrio finanziario tra le prestazioni di ciascuna delle parti al momento della conclusione del contratto. È il caso lampante delle prostitute di origine straniera (che rappresentano il sessanta per cento del contingente della prostituzione a

Parigi) che lavorano per degli sfruttatori che si attribuiscono enormi profitti, e non riservano loro che una parte veramente esigua del guadagno del loro lavoro. Ciò nonostante, quello che sembra condannabile in questo esempio non è la prostituzione in se stessa, ma lo sfruttamento connesso a questo tipo di attività. Le femministe ricordano in maniera appropriata che il consenso ha avuto per lungo tempo un valore diverso per gli uomini rispetto alle donne, queste ultime non potevano che consentire a una forma o a un'altra di dipendenza. Tuttavia, questa critica del consenso non può arrivare alla deroga del consensualismo come principale criterio che permetta di determinare la legittimità dei comportamenti sessuali. La lotta delle femministe ha giustamente permesso alle donne di poter divenire attrici autonome, capaci di scegliere in tutta libertà il loro destino sia sul piano privato sia sul piano politico. Ecco perché, da questo punto di vista, quando una donna decide di prostituirsi non bisogna giudicarla ma aiutarla a realizzare le migliori condizioni di lavoro. Condivido l'emozione di Butler, quando scrive: "è incomprendibile che delle femministe si disinteressino a queste questioni (le condizioni economiche, le condizioni di sicurezza, le condizioni di salute – penso in particolare all'Aids), troppo occupate senza dubbio alla condanna morale per occuparsi delle vite concrete di queste donne" (Butler, 2003).

Benché dopo il diciottesimo secolo l'ideale individualista e volontarista permei le nostre categorie politiche e giuridiche, per quanto concerne la regolamentazione della sessualità troviamo ancora molti ostacoli ad adottare i valori della modernità. Le principali teorie (comprese quelle di Beccaria, di Condorcet, di Bentham e di Stuart Mill) che alimentano l'ordine giuridico moderno e secondo le quali la libertà sarebbe il principio e i vincoli l'eccezione, sono tuttavia ai giorni nostri rimesse in discussione a causa del ritorno progressivo di una concezione conservatrice della sessualità. Di fronte a quello che è stato designato come il "panico morale" e il suo corollario il "panico sessuale", sembra necessario ricordare il grande principio democratico alla base dei rapporti che intercorrono tra la morale e il diritto: la neutralità etica dello Stato.

3.2. *La neutralità etica dello Stato in materia sessuale*

Per le società democratiche, l'imparzialità morale dello Stato costituisce la garanzia della libertà degli individui. Questo principio si fonda sull'idea secondo la quale lo Stato (e il diritto) è neutro nei riguardi dei concetti sostanziali del bene e si limita a enunciare il giusto e a garantire, in particolare con l'intervento giudiziario, l'equilibrio delle prestazioni contrattuali.

Il ruolo del potere pubblico non è né di rendere i cittadini virtuosi

né di promuovere fini particolari, ma soltanto di garantire le libertà fondamentali. Contrariamente allo Stato paternalista, lo Stato democratico non si sostituisce alle scelte degli individui e spetta solamente a questi determinare i loro modi di vivere e di decidere cosa è bene per la realizzazione dei loro obiettivi vitali. Il sistema politico è quindi tenuto a evitare di prendere posizione nel conflitto delle concezioni del mondo che devono rimanere confinati alla sfera privata. Ciò che fa sì che una società sia giusta, "non è il *telos*, lo scopo o il fine da perseguire, ma precisamente il suo rifiuto di scegliere in anticipo tra scopi e fini concorrenti" (Rawls, 1995).

Se lo Stato non interferisce in alcuni momenti (libertà negativa), s'impegna nondimeno a intervenire in altri momenti (libertà positiva). Esso non decide al posto dell'individuo, e lascia questo ultimo libero di condurre la sua vita come meglio crede, garantendo comunque l'esercizio dei diritti individuali in modo *egualitario*. Tutte le azioni liberamente compiute, quando siano prive di conseguenze negative per altri, devono rimanere al di fuori della sanzione giuridica. D'altronde, lo Stato non può accontentarsi di enunciare questo principio, ma deve egualmente assicurarsi che la libertà sia materialmente effettiva all'interno delle relazioni che l'individuo intrattiene sia con se stesso (autonomia della volontà) sia con gli altri (equilibrio contrattuale).

Il diritto non deve promuovere una morale sessuale specifica con il rischio di divenire lui stesso immorale. La neutralità etica garantisce il pluralismo dal momento in cui si astiene dall'incoraggiare una forma di sessualità a danno di un'altra. La persona adulta è la sola in grado di determinare cosa sia più conveniente per lui sessualmente. La libertà diviene tirannia nel momento in cui lo Stato pretenda di conoscere meglio dell'individuo ciò che è meglio per l'individuo stesso. Soltanto l'assenza di consenso e il danno causato a terzi giustificano la sanzione del diritto.

Assicurare a tutti i cittadini il libero esercizio della loro sessualità è una cosa, considerare che certe scelte non possono in nessun caso essere frutto di un'autentica scelta e di conseguenza proibirle, è un'altra. Con quale diritto lo Stato potrebbe vietare a una persona di avere rapporti sessuali soggetti a retribuzione e di farne la sua professione abituale? Per quale ragione lo Stato dovrebbe impedire a una o più persone d'intrattenere rapporti sadomasochisti o di dedicarsi alla pornografia finché queste attività riguardino adulti consenzienti?

L'argomento della dignità umana, inteso come attributo dell'umanità, è spesso utilizzato per opporsi al principio della neutralità etica. I poteri dello Stato (legislativo, giudiziario, esecutivo) possono determinare ciò che costituisce la dignità della persona e possono quindi proteggerla contro se stessa, se necessario, al fine di salvaguardarne la dignità. Questa concezione della dignità umana, quando ha carattere riflessivo, veicola una

metafisica della persona più vicina alla teologia che al diritto. Attualizza la vecchia teoria tomista secondo la quale Dio è il proprietario di tutta la vita e gli uomini non sono altro che dei semplici usufruttuari. Il suo carattere sacro rende, da un certo punto di vista, la nostra persona indisponibile a noi stessi e, se oggi lo Stato ha rimpiazzato il Creatore, la logica soggiacente rimane la stessa: un'istanza superiore conosce meglio di noi stessi ciò che è degno o indegno per noi. È sufficiente che un'autorità invochi la dignità umana perché automaticamente il consenso dell'individuo sia invalidato. Come nota Cayla, "il concetto di dignità umana è apparso, a questa attuale potenza giusnaturalista antimoderna, come il mezzo idoneo [...] per arrivare a regolamentare dapprima e soprattutto il rapporto che ognuno intratteneva con se stesso al fine di impedirgli, in nome di un imperativo etico superiore, di disporre del suo proprio corpo, relegando quest'ultimo allo status di cosa, in modo che questo, in maniera assurda, attenti alla sua dignità personale" (Cayla, Thomas, 2002, p. 50).

4. Critica della demagogia sessuale

La più grande democratizzazione della sessualità, grazie alla lotta delle femministe prima, e al movimento LGBT in seguito, implica ormai che l'individuo possa compiere una scelta erotica libera da tutti i vincoli legati alla religione, alla tradizione, alla comunità e anche al contratto, dal momento che il matrimonio può essere interrotto in ogni momento grazie al divorzio. L'uguaglianza dei sessi ha permesso l'emergere e lo svilupparsi dell'eguaglianza delle sessualità. In effetti, la battaglia per l'eguaglianza dei generi (uomo - donna) ha preceduto quella degli omosessuali per l'eguaglianza delle sessualità (omo - etero). Come nota il sociologo Fassin, "il dibattito sui Pacs l'aveva già mostrato, la battaglia verte sull'estensione del dominio democratico. Senza dubbio siamo tutti d'accordo nel ritenere che le scelte economiche o politiche spettino alla negoziazione politica. Ma bisogna pensare che le questioni sessuali, si tratti di genere o di sessualità, di matrimonio o di famiglia, di filiazione o di riproduzione, si possano sottrarre alla scelta democratica? È possibile sostenere l'idea che tutto è politica, salvo l'ordine sessuale, che trascenderebbe la politica? Si comprende di conseguenza come mai le questioni sessuali siano oggi strategiche: esse rappresentano l'ultima frontiera di una definizione di norme che rimarrebbero naturali e non politiche, vale a dire a-temporali, e a-storiche". L'ordine sessuale al quale fa riferimento Fassin è quello dell'eguaglianza dei generi e delle sessualità. Alla luce di questa prospettiva, la democrazia sessuale sembra essere assolutamente *in fieri*. Le discriminazioni sessiste e omofobe sono sanzionate dalla legge, l'unione tra persone dello stesso sesso è riconosciuta e il miglioramento

del ruolo delle donne nella vita politica (parità) costituisce un oggetto comune a tutte l'insieme delle forze politiche francesi. In merito agli omosessuali, anche la destra, un tempo molto ostile alle unioni omosessuali, ha non soltanto accettato i Pacs, ma non ha smesso di migliorarli assimilandoli al matrimonio. Per giunta ha rinforzato i dispositivi antidiscriminatori in materia di orientamento sessuale. Da questo punto di vista, non si può che essere d'accordo con Fassin: in materia di uguaglianza, la democratizzazione sessuale sembra evidente. Tuttavia, se noi consideriamo la democrazia sessuale non attraverso il prisma dell'uguaglianza ma attraverso quello della libertà, il bilancio non è assolutamente lo stesso. L'evoluzione verso l'uguaglianza delle sessualità non è accompagnata da un progresso simile in materia di libertà sessuale. Certamente, possiamo dire che l'eguaglianza mina sempre un po' la libertà, ciò nonostante la limitazione della libertà necessita come premessa la definizione chiara e netta dello status dei soggetti suscettibili di riprodurre una situazione di asimmetria. Se il gruppo discriminato è costituito principalmente da donne eterosessuali, ciò che bisognerebbe limitare non è tanto la libertà sessuale dell'insieme della popolazione ma piuttosto quella degli uomini eterosessuali. Ora, la nostra "democrazia sessuale" non fa questo tipo di distinzione; in ambito pornografico, per esempio si utilizza l'argomentazione dell'uguaglianza delle donne per giustificare, oltre oceano, la censura dei film pornografici, compresi i film gay. Inoltre, per quanto riguarda la prostituzione, l'argomento della dominazione maschile è stato avanzato senza tenere conto dell'esistenza di una prostituzione omosessuale in seno alla quale la dominazione di genere è evidentemente assente.

Al fine di misurare effettivamente la democrazia dell'ordine sessuale contemporaneo, mettiamo in conto anche la variabile "libertà". In altre parole, oltre al genere e all'orientamento sessuale, bisogna analizzare la democrazia sessuale in funzione delle pratiche sessuali. È questo sia nella sua dimensione positiva (libertà sessuale propriamente detta) sia nella sua dimensione negativa (sanzioni restrittive di questa libertà).

Per mezzo di questo cambiamento di prospettiva arriviamo a una constatazione diversa da quella di Fassin. In effetti, affianco alla democrazia sessuale (quella dell'eguaglianza di genere e degli orientamenti sessuali) si sviluppa una forma di demagogia sessuale (quella della disuguaglianza delle pratiche sessuali poco convenzionali). Così, parallelamente al dibattito sulla parità e sui Pacs, un'altra battaglia politica (assai meno visibile e molto più consensuale) s'è avviata in Francia. Battaglia che è sfociata nell'assetto di un sistema di repressione di un certo numero di pratiche sessuali, anche tra adulti consenzienti, compresi quelli dello stesso sesso. In effetti, dalla pornografia alla prostituzione passando per le pratiche sadomasochiste, qualche legge e un certo nu-

mero di decisioni giudiziarie limitano fortemente le pratiche sessuali considerate come pericolose per l'individuo, anche se accettate di buon grado.

La criminalizzazione dell'adescamento passivo, l'irrigidimento della censura in materia di pornografia, la penalizzazione dei clienti delle prostitute, così come le sanzioni delle pratiche sadomasochiste fra adulti consenzienti, costituiscono degli esempi concreti della limitazione crescente della libertà sessuale.

D'altronde, se lo si situa all'interno del quadro rigoroso delle garanzie penali, è giocoforza constatare il carattere esagerato dell'intervento repressivo dello Stato relativamente alle infrazioni sessuali. Non si tratta evidentemente di incoraggiare l'impunità dei crimini sessuali, si tratta soltanto di avere un sguardo critico verso lo status specifico della sessualità nel nostro sistema penale.

È ben noto che il populismo penale ha sempre servito la causa dei demagoghi, e in materia sessuale esso è caratterizzato dalla concomitanza di tre elementi: la smisurata repressione delle aggressioni sessuali, la sovravittimizzazione, e la psicologizzazione dei crimini sessuali.

4.1. *Sovrapenalizzazione*

La criminalità sessuale è oggi quella più fortemente penalizzata. Le statistiche del Consiglio d'Europa evidenziano che i condannati per aggressione sessuale detenuti rappresentano il 23% dei condannati definitivi in Francia, mentre la media europea è all'incirca del 5%. "La Francia è anche il primo paese d'Europa per la durata delle pene comminate: per il reato di stupro, l'85% dei condannati ha una condanna a di più di dieci anni, contro il 12% in Germania, il 5% in Italia, il 4% nei Paesi Bassi [...]. Lo stupro e le aggressioni sessuali sono la prima causa d'incarcerazione dei condannati" (Syndicat de la Magistrature, 2006, p. 18). Il sistema francese è divenuto così uno dei più repressivi: lo stupro è sanzionato con una pena di quindici anni (contro i dieci anni del vecchio Codice penale), mentre in Danimarca lo stesso crimine è passibile di otto anni e in Belgio da cinque a dieci anni.

Sono applicate alle infrazioni sessuali delle nuove pene accessorie come la confisca dei beni che sono serviti o che sono stati destinati a commettere l'infrazione o che ne sono il frutto, nonché l'interdizione ad esercitare, sia a titolo definitivo, sia per una durata di dieci anni al massimo, un'attività professionale o volontaria che implichi un contatto abituale con dei minori. Inoltre, dal 1998, i delitti d'aggressione sessuale e di lesione sessuale sono considerati come una medesima infrazione riguardo alla recidiva.

4.2. Sovravittimizzazione

La possibilità per le associazioni delle vittime d'intervenire nel processo ha permesso di accrescere la carica affettiva in seno al sistema penale. Gros ci ricorda che attualmente "punire è permettere alla vittima di portare il suo lutto" (Syndicat de la Magistrature, 2006, p. 29), come se il processo penale non avesse come scopo quello di rendere giustizia e ripristinare un equilibrio spezzato ma piuttosto quello di mettere in scena una dramma compassionevole. Benché la legge n. 2000-516 del 15 giugno avesse rafforzato la protezione della presunzione d'innocenza e i diritti delle vittime, e avesse già dato loro un ruolo centrale in seno alla procedura penale, in materia sessuale questo ruolo è stato particolarmente rafforzato.

Il populismo penale sostituisce così la vendetta alla giustizia e il sentimento della vittima diviene l'asse attorno alla quale si deve articolare il processo. Prima ancora del giudizio, la vittima esige di essere riconosciuta come tale; lo spazio giuridico diventa anche uno spazio terapeutico predisposto ad alleviare il dolore. Non si tratta assolutamente di minimizzare la sofferenza delle vittime ma semplicemente di ricordare che il sistema giudiziario non ha la funzione di organizzare il lutto delle vittime (quest'ultimo dovrebbe aver luogo in altra sede). Il ruolo della giustizia è di determinare la responsabilità, sanzionare l'infrazione e ristabilire l'ordine dopo il disequilibrio provocato dall'infrazione, pretendere dalla giustizia altre funzioni sembra non solamente privarla di pertinenza ma significa soprattutto un ritorno al passato, scatenando un processo vendicatorio dal quale il sistema penale moderno ha giustamente tentato di allontanarsi.

Nel dominio della sessualità, questa vittimizzazione ha luogo spesso anche prima dell'inizio del processo. Alcuni "esperti vittimologi" vogliono, per esempio, considerare la prostituzione come forma di sfruttamento senza però tener conto della parola delle stesse persone che si prostituiscono le quali, nelle società sviluppate, dichiarano spesso di aver scelto liberamente questa attività. La vittimizzazione relega gli individui a uno stato passivo e impedisce loro di uscire da questo stato psicologico di vittime.

Infine sottolineiamo che non tutte le vittime hanno la stessa importanza. Bisogna constatare che alcune misure non sono adottate per le vittime di violenza sessuale in carcere. In effetti, l'imposizione della dominazione gerarchica si realizza spesso, nell'ambiente carcerario, attraverso gli stupri. I "pointeurs/puntatori" (termine utilizzato dai detenuti per designare i criminali sessuali) costituiscono una popolazione particolarmente esposta; ne consegue che il tasso di suicidi è tra i più alti a causa delle violenze che subiscono, sotto l'occhio indifferente delle autorità penitenziarie.

4.3. Psicologizzazione

In una raccomandazione del 20 dicembre 1996, il Comitato consultivo d'etica (CNCE) indicava che "sarebbe assurdo descrivere un delinquente sessuale tipo. Tutte le tipologie di personalità possono confluire negli autori di reati sessuali". In materia sessuale, alcuni giudici si comportavano come terapeuti. Questa "de-giuridificazione" del processo (a vantaggio della clinica) è particolarmente sorprendente nel caso delle infrazioni sessuali contemporanee, per l'introduzione di un trattamento psicologico accanto alla pena e per la moltiplicazione degli interventi pluridisciplinari (psichiatri, assistenti sociali, sessuologi) che circondano il giudice nel momento di prendere la sua decisione. Malgrado l'impossibilità di una categorizzazione e omogeneizzazione clinica dei crimini sessuali, l'esposizione dei motivi della legge del 17 giugno 1998 afferma che "gli autori di queste infrazioni, anche se giudicati penalmente responsabili delle loro azioni, soffrono nella maggioranza dei casi di disturbi psichici che sussistono dopo l'esecuzione della loro pena". Per questo un monitoraggio socio-giudiziario obbliga gli autori di aggressioni sessuali a sottomettersi a un trattamento psichiatrico che può protrarsi per molti anni. Queste misure cliniche sono state in un primo periodo applicate solo alle infrazioni sessuali ma si sono successivamente estese ad altre infrazioni gravi come le torture, gli atti di barbarie, l'omicidio, la piromania.

La riabilitazione legale non si produce con l'espiazione della pena ma alla fine del trattamento medico. Come sottolinea Coujard, "non è raro che queste rivendicazioni premature (vittima) portino a rinfacciare a un imputato i suoi dinieghi – che altro non sono se non l'esercizio di un diritto – come se costituissero una vera e propria recidiva, un piccolo stupro o una piccola morte supplementare. La vittima esige il rimorso, essere in lutto, figure retoriche ormai incontrollabili che suggeriscono che la decisione di colpevolezza e la gravità della condanna facciano parte del trattamento. È così che nasce il sogno inaudito dei giudici in camice bianco" (Syndicat de la Magistrature, 2006, p. 32). In questo contesto, il caso celebre di Outreau appare meno di un semplice errore giudiziario ma rivelatore di un sistema penale che cerca di soddisfare la sete di vendetta popolare più che di fare giustizia.

5. La sessualità sotto un regime d'eccezione

Le pratiche sessuali non convenzionali sono sempre sospette in quanto costituirebbero il preludio della criminalità sessuale che, nelle nostre società securitarie, è divenuto il paradigma del male assoluto. La pericolo-

sità del crimine sessuale va a giustificare così una qualificazione giuridica particolare. La deroga del diritto comune, la banalizzazione del trattamento eccezionale della sessualità evidenziano una visione che è insieme sacralizzante della sessualità tradizionale e stigmatizzante delle sessualità meno convenzionali. Così, sotto la pressione dell'opinione pubblica, della stampa scandalistica o più semplicemente per convinzione morale, le autorità francesi (tanto di destra quanto di sinistra) hanno messo in atto durante gli ultimi quindici anni un dispositivo repressivo specifico per gli aggressori sessuali. Dal momento che un'infrazione è considerata di natura sessuale, si affranca dal diritto comune per sottomettersi a un regime specifico. Questa eccezionalità è ancor più perniciosa dal momento che opera nel campo della legge penale. Oltretutto, il diritto penale ha considerevolmente esteso l'ambito del suo intervento, arrivando persino a reprimere dei comportamenti che apparirebbero come potenzialmente pericolosi, quali la detenzione d'immagini o di rappresentazioni di natura pedofila. In questo contesto, si può ancora considerare democratico un sistema giuridico che si insinua nell'intimità della soggettività umana pretendendo di penalizzare alcuni fantasmi sessuali? Ci si deve chiedere se un dispositivo penale che, in materia sessuale, si sottragga a tutte le garanzie procedurali proprie del diritto e metta il crimine sessuale alla stregua del terrorismo o del traffico di stupefacenti sia veramente conforme allo Stato di diritto.

In effetti, per questi crimini, un vero regime d'eccezione è stato messo in atto dalle autorità francesi. Il regime d'eccezione in materia sessuale si caratterizza per i seguenti elementi: 1) la gravità della pena; 2) la sua applicazione extraterritoriale; 3) il regime di prescrizione; 4) l'accompagnamento delle misure cliniche affianco alla sanzione giuridica; 5) l'estensione dei modi attraverso i quali l'infrazione può essere commessa; 6) la creazione di schedari specifici; e infine 7) la deroga del segreto professionale e l'obbligo di informare le autorità francesi.

1) La Francia è il paese che reprime più severamente le infrazioni sessuali sia per quanto concerne le pene nelle quali si può incorrere sia al riguardo di quelle effettivamente comminate. Lo stupro è punito a partire dai quindici anni di reclusione, le altre aggressioni sessuali senza penetrazioni sono suscettibili di 5 anni di reclusione e sessantacinque mila euro di ammenda, esattamente come per un omicidio involontario frutto di una imprudenza manifesta. L'esibizione sessuale e la molestia sessuale sono passibili di un anno di reclusione e quindicimila euro d'ammenda. Le pene vengono accresciute da numerose circostanze aggravanti. Lo stupro è condannato con trenta anni di reclusione quando questo causi la morte della vittima anche se l'autore non avesse avuto l'intenzione di uccidere. Spesso il giudice applica una sanzione proporzionalmente più

grave nei confronti degli stupratori che degli omicidi. Per giunta, per i crimini sessuali, la legge autorizza il giudice a rifiutare tutte le attenuanti della pena (alloggio esterno, permesso di uscita, semilibertà, frazionamento), autorizzazione che gli è proibita per altre infrazioni rilevanti del diritto penale generale. Infine, il tasso di libertà condizionale delle condanne per stupro è del 4,4%, mentre quello delle condanne per omicidio volontario è dell'8,5%.

2) Ai crimini sessuali non si applicano agli articoli 113-6 e 113-8 del codice penale che dispongono rispettivamente che la legge francese è applicabile unicamente se i fatti sono puniti nel paese dove sono stati commessi e che la vittima deve sporgere denuncia affinché la legge francese sia applicabile. In altre parole, anche se l'atto non è punibile fuori dal territorio della Repubblica e indipendentemente dal fatto che la vittima abbia sporto denuncia, è sempre la legge francese che si applica in maniera extraterritoriale. In effetti, l'articolo 222-22 del Codice penale francese dispone: "[...] Quando le aggressioni sessuali vengono commesse all'estero contro un minore da un francese o da una persona residente abitualmente sul territorio francese, la legge francese è applicabile in deroga al dodicesimo capoverso dell'articolo 113-6 e le disposizioni della seconda frase dell'articolo 113-8 non sono applicabili". Inoltre, contrariamente al diritto comune sulla rappresentazione di una vittima da parte di un'associazione (che deve poter dimostrare di aver ricevuto con il consenso della vittima), la persona morale può agire in nome di una vittima straniera da cui non ha ricevuto il consenso.

3) Secondo il diritto comune i termini per la prescrizione sono di dieci anni per un crimine e tre anni per un delitto a partire dalla data in cui è stato perpetrato. Al fine di ampliare le possibilità di perseguire gli autori delle infrazioni sessuali, il termine della proroga non inizia a decorrere se non dal compimento della maggiore età della vittima. Prima, questo punto di partenza non si considerava a meno che l'autore dell'infrazione non esercitasse la tutela sul minore, ma dopo la legge del 17 giugno 1998 queste disposizioni sono state previste per gli autori di crimini sessuali altri dagli ascendenti legittimi, naturali o adottivi, o tutori delle vittime minorenni. La legge del 9 marzo 2004 (cosiddetta Perben II) ha allungato il termine di prescrizione portandolo a 20 anni per i crimini sessuali (stupro, per esempio) sui minori e a 15 anni per i delitti sessuali (ricorso alla prostituzione, per esempio) su un minore, in assenza delle circostanze aggravanti previste dall'articolo 222-30 (specialmente quando sia stato commesso in ragione dell'orientamento sessuale della vittima) e 227-26 (quando il minore sia stato contattato via internet, per esempio): in questo caso la prescrizione è egualmente di 20 anni.

Così, se un giovane di 18 anni ha una relazione sessuale consenziente¹ con una ragazza di 14 anni che ha conosciuto tramite internet o con un suo compagno di 14 anni, questo giovane può essere perseguito fino all'età di 42 anni.

4) Destinato ai soli autori di infrazioni sessuali, il procedimento socio-giudiziario, introdotto dalla legge 17 giugno 1998 e completato con la legge n. 2007-1198 del 10 agosto 2007, introduce altre misure di sorveglianza e obbliga gli aggressori a seguire un trattamento psichiatrico che può durare, secondo la natura dell'infrazione, fino a 30 anni. Inoltre, la riabilitazione legale non si realizza con l'espiazione della pena ma alla fine del trattamento medico. L'esecuzione del precetto non è obbligatoria ma se il condannato non dà il suo consenso vedrà aggravarsi considerevolmente la sua pena.

5) La stessa legge del 1998, all'articolo 13, incorpora una nuova modalità di infrazione sessuale, vale a dire, quando "la vittima è messa in contatto con l'autore dei fatti grazie all'utilizzo, per la diffusione di messaggi destinati a un pubblico indeterminato, di una rete di telecomunicazione". Questa circostanza aggrava la sanzione. Così, per una aggressione sessuale senza penetrazione, la pena passa da 5 anni di reclusione a sette anni, se la vittima è stata, per esempio, contattata attraverso internet.

6) Dal 1998 esiste uno schedario nazionale automatizzato (FIJAIS)² destinato all'accorpamento e archiviazione delle tracce e delle impronte genetiche di persone condannate per crimini e delitti sessuali al fine di facilitare l'identificazione e la ricerca degli autori d'infrazioni sessuali. Il rifiuto di sottomettersi alle operazioni di prelevamento ordinate dalle autorità viene punito con l'incarcerazione e 15 mila euro di ammenda. Nel casellario giudiziario figura già l'identità di tutti i condannati per crimini o delitti sessuali anche se abbiano goduto del beneficio dell'amnistia, della grazia o della riabilitazione. Le informazioni vengono conservate per trenta anni in caso di crimine o di delitto punito con dieci anni di reclusione e venti anni negli altri casi (art. 706-53-4). Tuttavia, l'art. 706-54 precisa che il Procuratore della Repubblica sia d'ufficio, sia

- 1 Il consenso di un minore non cancella il delitto. Quando non c'è il consenso, si tratta di un crimine.
- 2 Lo schedario giudiziario nazionale automatizzato degli autori di infrazioni sessuali è costituito da un database di informazioni nominative conservate nel casellario giudiziario sotto l'autorità del Ministro della Giustizia e il controllo di un magistrato.

su richiesta dell'interessato, può far procedere alla cancellatura delle impronte "quando la loro conservazione non risulti più necessaria tenuto conto della finalità dello schedario". Delle leggi successive hanno esteso fortemente il suo campo di applicazione³. Inoltre, con l'entrata in vigore della legge n. 2004-204 del 9 marzo 2004, la Francia ha creato un nuovo schedario giudiziario nazionale automatizzato degli autori di infrazioni sessuali.

La cancellazione dal casellario giudiziario non corrisponde a una cancellazione dallo schedario. Per giunta, questa stessa legge stabilisce che "l'ufficiale della polizia giudiziaria può far procedere, contro tutte le persone contro le quali esistano degli indizi gravi e ammettano d'aver commesso uno stupro, un'aggressione sessuale o una lesione sessuale, ad una visita medica e ad un prelievo del sangue al fine di determinare se questa persona non abbia contratto una malattia sessualmente trasmissibile". Una persona anche assolta rimane schedata.

La legge del 12 dicembre 2005 estende sostanzialmente la popolazione suscettibile di schedatura. Il FIJAIS integra ormai, oltre alle infrazioni sessuali, l'insieme delle procedure concernenti i crimini di assassinio od omicidio commessi con torture o atti di barbarie, i crimini di tortura o atti di barbarie e gli omicidi e gli assassini commessi in stato di recidiva. Da qui la nuova denominazione: "schedario giudiziario nazionale automatizzato degli autori d'infrazioni sessuali o violente". Anche l'accesso a questo schedario si è esteso. Gli ufficiali della polizia giudiziaria possono accedere ai dati nell'ambito di tutte le inchieste in flagranza anche se non concernano la repressione d'infrazioni sessuali o atti di violenza. I prefetti e alcuni amministratori dello Stato possono utilizzare lo schedario per controllare l'esercizio delle attività o professioni che implicino un contatto con minori. Non è precisato se questo controllo concerna unicamente le attività sottoposte al consenso o se l'estensione comprenda l'esercizio dell'insieme delle professioni implicanti un contatto con minori.

Con l'intento di prevenire il ripetersi delle infrazioni sui minori e facilitare l'identificazione dei loro autori, questo schedario riceve, conserva e comunica alle persone abilitate le informazioni relative all'identità e all'indirizzo del domicilio dell'interessato.

La registrazione dell'identità nello schedario costringe le persone in-

3 La legge del 15 dicembre 2001 sulla sicurezza quotidiana (art. 56); legge del 18 marzo 2003 sulla sicurezza interna (art. 29); legge del 9 marzo 2004 (cosiddetta Perben, art. 47); legge del 12 dicembre 2005 (art. 18); legge sulle violenze coniugali del 4 aprile 2006 (art. 17); legge sulla prevenzione della delinquenza del 5 marzo 2007 (art. 42).

teressate a degli obblighi particolarmente vincolanti (giustificazione del proprio indirizzo una volta all'anno, dichiarazione dei cambiamenti d'indirizzo, presentazione ogni sei mesi in gendarmeria). Il mancato rispetto di questi obblighi viene punito con due anni di reclusione e 30.000 euro di ammenda (art. 706-53-5).

7) La rivelazione di un'informazione a carattere segreto ad opera di una persona che ne sia depositaria per lo stato, per la professione o in ragione di una funzione o di una missione temporanea (punita in principio con la reclusione e 15.000 euro di ammenda), non è applicabile nel caso in cui la legge imponga o autorizzi la rivelazione del segreto. L'articolo 226-14 prevede quest'eventualità, vale a dire:

- 1) per colui che informa le autorità giudiziarie, mediche o amministrative di privazioni o sevizie, ivi compreso quando si procurino lesioni o mutilazioni sessuali, di cui era a conoscenza e che sono state inflitte a un minore o a una persona che non era in grado di difendersi in ragione della sua età o della sua incapacità fisica o psichica;
- 2) per il medico che, d'accordo con la vittima, porti a conoscenza del Procuratore della Repubblica le sevizie o le privazioni che ha constatato sul piano fisico o psichico, nell'esercizio della sua professione e che gli permettano di presumere che violenze fisiche, sessuali o psichiche di qualsiasi natura siano state commesse. Quando la vittima è un minore, il suo consenso non è necessario. La segnalazione alle autorità competenti effettuata nelle condizioni previste nel presente articolo non può essere oggetto di alcuna sanzione disciplinare.

Similmente, l'articolo 434-3 dispone: "il fatto, per chiunque sia venuto a conoscenza di privazioni, di maltrattamenti o di lesioni sessuali inflitte a un minore di 15 anni [...], di non informare le autorità giudiziarie o amministrative è punito con tre anni di reclusione e 45.000 euro d'ammenda". In base a questo testo, un ecclesiastico che non abbia denunciato degli atti di pedofilia commessi da un sacerdote nella sua diocesi potrebbe essere condannato, così come un direttore di un collegio che abbia omesso di denunciare ciò di cui era a conoscenza, ossia degli oltraggi al pudore commessi su di un alunno di 14 anni (dal momento che la legge n. 89-487 del 10 luglio 1989 obbliga tutti i servizi e tutte le istituzioni pubbliche e private a segnalare i casi di maltrattamento sui minori di cui siano a conoscenza).

Lo sviluppo del dispositivo repressivo spiega perché dal 1999 lo stupro e le aggressioni sessuali costituiscano la prima causa d'incarcerazione in Francia. L'evoluzione delle condanne ha un aumento evidente: i condannati detenuti per un'aggressione sessuale rappresentavano il 4,2% nel 1976, l'8% nel 1986 e il 14% nel 1996. La cancellazione della con-

danna dell'autore di una infrazione sessuale è divenuta pressoché impossibile con l'istituzione di regole derogatorie in materia di riabilitazione e di rilevamento, così come con l'introduzione di nuove modifiche del casellario giudiziario. Secondo il diritto comune, la riabilitazione si acquisisce per tutte le persone fisiche che, in un periodo di tre, cinque o dieci anni secondo il tipo di sentenza pronunciata, non abbiano subito alcuna nuova condanna. Quanto alla riabilitazione, essa permette di restituire a un condannato, per l'avvenire, tutti i diritti dei quali era stato privato a causa della sua condanna. La legge del 17 giugno 1998 ha introdotto delle regole derogatorie in materia per le infrazioni sessuali. In effetti la riabilitazione non può essere acquisita (e di conseguenza le schede del casellario giudiziario rimosse) che alla fine delle misure pronunciate (monitoraggio socio-giudiziario, interdizione dall'esercizio di un'attività professionale o di volontariato che implichi un contatto abituale con un minore).

Tutto ciò dimostra come sottolinea Badinter che "siamo entrati in un'era in cui il delinquente sessuale, qualunque cosa egli abbia fatto, viene considerato come asociale, portatore di pericolosità per eccellenza. Abbiamo già la legislazione più repressiva d'Europa nel nostro ambito. Ecco che ritorna dunque, per loro, il tempo della stigmatizzazione, come in un passato che si credeva superato" (Badinter, 2007).

Riferimenti bibliografici

- Badinter R. (2007). La prison après la peine. *Le Monde*, 27 novembre 2007.
- Butler J. (2003). Une éthique de la sexualité. *Revue Vacarme*, 22, <http://www.vacarme.org/article392.html>
- Cayla O., Thomas Y. (2002). *Du droit de ne pas naître. A propos de l'affaire Peruche*. Paris: Gallimard.
- Godelier M. (2007). *Au fondement des sociétés humaines. Ce que nous apprend l'anthropologie*. Paris: Albin Michel.
- Rawls J. (1995). *Libéralisme politique* (Trad. C. Audard). Paris: PUF.
- Syndicat de la Magistrature (2006). *Le sexe et ses juges*. Paris: Syllepse.



BARI 18/28 FEBBRAIO 2010

www.primaveradeidiritti.it



In collaborazione con



con il patrocinio di

