

Diritto e BDSM

Una riflessione sul rapporto fra
la legge e la sessualità alternativa

A S.,
che nella sua lucida follia ci ha sempre
messo di fronte ai nostri mostri ponendoci
domande mai scontate e mai banali.
Ci mancherai e non ti dimenticheremo.



A P.,
perché quello che ti è successo non venga
mai dimenticato, ma non oscuri nemmeno
la radiosità del tuo sorriso ancora
impresso, e ci ricordi sempre che
l'attenzione e le precauzioni non sono mai
abbastanza.

Sommario

1) Disclaimer e note legali	3
2) Introduzione	3
3) La sessualità: un diritto fondamentale inviolabile ma disponibile	4
3.1) <i>Il diritto alla salute e alla sessualità nella Costituzione</i>	4
3.2) <i>La dichiarazione dei diritti sessuali del 1997 e le sue ripercussioni</i>	5
3.3) <i>La tutela del diritto alla sessualità nel nostro ordinamento</i>	6
4) Pratiche BDSM e sessualità: sana inclinazione o patologia?	8
5) Brevi cenni di diritto penale	10
5.1) <i>Quando un fatto è qualificabile come reato</i>	10
5.2) <i>Le cause di giustificazione (scriminanti)</i>	11
6.1) <i>BDSM e diritto alla salute ed all'integrità psicofisica</i>	13
6.2) <i>BDSM e diritti della personalità</i>	15
6.3) <i>L'assoluta importanza del consenso</i>	17
6.3.1) Validità.....	17
6.3.2) Libertà.....	17
6.3.3) Informazione e specificità.....	18
6.3.4) Forma	19
6.4) <i>Conclusioni sul consenso</i>	21
7) Quando si superano i limiti	23
7.1) <i>Superamento volontario</i>	23
7.2) <i>Superamento involontario (altri casi di colpa, dolo, eventi accidentali)</i>	24
7.2.1) <i>Danni derivanti da comportamento colposo</i>	25
7.2.2) <i>Danni derivanti da altre ipotesi di dolo</i>	25
7.2.3) <i>Patologie preesistenti</i>	26
7.2.4) <i>Danni accidentali</i>	28
8) Conclusioni	29
9) Ringraziamenti	31
Appendice	32
<i>F.A.Q. (Frequently Asked Questions)</i>	32

1) Disclaimer e note legali

Il presente articolo

- è esclusivamente frutto dello studio, della ricerca e dell'impegno dell'autore mentre eventuali citazioni di altri autori sono state segnalate citando gli stessi e saranno rimosse a semplice richiesta degli eventuale diritto;
- rappresenta il punto di vista e la libera opinione dell'autore, ove non diversamente specificato, il quale non potrà essere ritenuto responsabile a qualsiasi titolo di eventuali danni derivanti dall'uso delle idee espresse.

E' espressamente vietata ogni riproduzione del testo per scopo di lucro senza la preventiva autorizzazione dell'autore il quale si riserva, in caso di violazione, di adire le più opportune vie legali per tutelare tutti i propri diritti

E' consentita senza espressa autorizzazione dell'autore la riproduzione totale o parziale del testo purché senza scopo di lucro e purché vengano citati la fonte e/o l'autore stesso nonché il modo per contattarlo.

L'uso delle fotografie che accompagnano il testo è stato gentilmente concesso dall'autrice Febea Photos la quale ne detiene ogni e qualsiasi diritto di proprietà, distribuzione e copia. La stessa ne autorizza la riproduzione solo ed unicamente in quanto parte del testo escludendo quindi qualsiasi altro diritto di copia o diffusione senza il suo preventivo consenso scritto.

2) Introduzione

Parlare del rapporto fra il nostro sistema giuridico e il BDSM non è un qualcosa di semplice, sia perché da un lato è necessario trattare l'argomento partendo da basi giuridiche, sia perché già in molti si sono cimentati in questo compito con risultati più che apprezzabili.

Pertanto, quello che si cercherà di fare è di affrontare il discorso in maniera un po' diversa sia per il punto di vista, che è quello di una persona che questo mondo lo vive e non quello di un asettico giurista, sia per la finalità, che è quella di dare alcuni punti chiave e di rispondere ai quesiti più comuni che sorgono quando dalla teoria si passa alla pratica.

La speranza è che gli sforzi compiuti siano utili, piuttosto che apprezzati, a far comprendere l'importanza di alcuni punti chiave ed a solleticare un po' di sana curiosità che porti a discutere ed approfondire un argomento sicuramente importante.

3) La sessualità: un diritto fondamentale inviolabile ma disponibile

3.1) *Il diritto alla salute e alla sessualità nella Costituzione*



Come prima cosa è necessario stabilire dove trovi fondamento nel nostro sistema giuridico il diritto alla sessualità. Bene, è inutile cercare negli articoli della Costituzione Italiana in quanto non c'è o, per lo meno, non è citato espressamente.

Il diritto alla sessualità, infatti, **ricade fra i diritti soggettivi ed inviolabili dell'essere umano**¹ ai quali fa espresso riferimento **l'Art. 2 della Costituzione**² poiché è innegabile che anche attraverso di essa l'uomo esprime la propria personalità. E' altresì innegabile che la sessualità non è da intendersi unicamente come qualcosa legato o diretto unicamente alla procreazione ma debba essere considerata in senso molto più ampio come mezzo o strumento di realizzazione della persona nel suo complesso giacché è evidente la strettissima correlazione fra personalità e sessualità.

Ancora, **l'Art. 32**³ **della Costituzione definisce chiaramente la salute quale fondamentale diritto**

dell'individuo nonché interesse della collettività. Sebbene inizialmente tale diritto fosse inteso in senso molto ristretto, ovvero salute come stato di assenza di malattie o patologie, col tempo l'orientamento è mutato radicalmente, tanto che oggi **si intende la salute come generale stato di benessere fisico, mentale e sociale della persona**.

Non serve fare un volo pindarico per collegare il diritto alla salute così intesa al diritto a vivere liberamente e pienamente la propria sessualità. Infatti, quando ciò non può avvenire, qualunque sia la causa, è innegabile che l'essere umano patisca una profonda sofferenza psicologica ed emotiva, il che costituirebbe una lesione del diritto alla salute inteso nell'accezione più ampia oggi riconosciutagli.

Infine, è qui utile richiamare brevemente il cosiddetto "**danno all'integrità della vita di relazione**". Tale danno è stato prima teorizzato dalla dottrina e poi recepito dalla giurisprudenza come

¹ Cass. Civ., Sez. III, 11/06/2009 n. 13547: E' risarcibile il danno non patrimoniale da lesione del diritto alla sessualità, perché questa è un modo di espressione della vita umana, consistendo in un diritto soggettivo assoluto. Tale lesione deve essere apprezzata e globalmente valutata

² Costituzione della Repubblica Italiana, Art. 2:

La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

³ Costituzione della Repubblica Italiana, Art. 32

La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti.

Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana

autonomo elemento che va a costituire il più generale danno biologico. Tale danno si qualifica quando un fatto lesivo dell'integrità psicofisica della persona va a ledere anche la sua possibilità di relazionarsi in modo normale con gli altri fino a risarcire coloro che, in seguito ad un evento infausto, abbiano subito danni alla propria possibilità di avere una normale relazione affettiva consistente anche nella possibilità di normali ed appaganti rapporti sessuali. Quello che risulta però particolarmente interessante è che **il diritto al risarcimento del danno all'integrità della vita di relazione non spetta solamente al diretto danneggiato ma anche al suo coniuge o al suo compagno/a poiché ne risulta parimenti leso il suo diritto ad una normale vita sessuale**⁴.

Questi brevi cenni ed esempi sono più che sufficienti per qualificare il diritto alla sessualità come assolutamente inscindibile dall'essere umano poiché è anche attraverso la sessualità che si realizza la propria personalità e si arriva a quello stato di benessere psicofisico garantito dal più generale diritto alla salute.

3.2) La dichiarazione dei diritti sessuali del 1997 e le sue ripercussioni

A questa conclusione è arrivata anche la World Association for Sexual Health (WAS), fondata a Roma nel 1978, la quale, nel congresso di Valencia nel 1997, ha proposto la propria "Dichiarazione dei diritti sessuali"⁵. La WAS, partendo dal presupposto che la salute è un diritto umano fondamentale e, quindi, la salute sessuale intesa come stato psico-fisico è altrettanto fondamentale, ha definito la sessualità stessa "parte integrante della personalità di ogni essere umano. Il suo pieno sviluppo dipende dalle soddisfazioni dei bisogni umani basilari come il desiderio di contatto, intimità, espressione emozionale, piacere, tenerezza e amore."

Sempre nella soprarichiamata dichiarazione, la WAS si è spinta fino a scomporre il generale diritto alla sessualità in undici diritti specifici che vanno dal diritto alla libertà sessuale fino al diritto alla cura della salute sessuale. È interessante ai nostri fini richiamare alcuni diritti specifici per la rilevanza che avranno in seguito:

- **Il diritto alla libertà sessuale**, inteso come possibilità di piena espressione del proprio potenziale sessuale senza coercizione, sfruttamento o abuso;
- **Il diritto all'autonomia, all'integrità ed alla sicurezza sessuali del corpo**, ovvero la possibilità di prendere decisioni autonome circa la propria vita sessuale oltre alla facoltà di controllo e di piacere senza ingerenze esterne;
- **Il diritto alla privacy sessuale**, che si estrinseca nel poter decidere quali comportamenti sessuali tenere nella propria intimità senza che nessuno possa intromettersi minimamente e con la sola condizione di rispettare i diritti sessuali di eventuali terzi;
- **Il diritto al piacere sessuale**, in ogni forma lecita e rispettosa degli altri in quanto fonte di benessere fisico, psicologico, intellettuale e spirituale.

⁴ Cass. Civ. Sez. III, 07/06/2011, n. 12278 che riconosce il risarcimento del danno non patrimoniale patito per la perdita del convivente in pendenza di comunione more uxorio

⁵ World Association for Sexual Health, Declaration of Sexual Rights, Valencia 1997 – Hong Kong 1999

Benché questa dichiarazione dei diritti sessuali non abbia alcun valore legale in Italia, la stessa ha pesantemente influenzato i cosiddetti “**Principi di Yogyakarta**”⁶, redatti da un nutrito gruppo di giuristi internazionali e tesi alla protezione dei diritti umani di gay, lesbiche, bisessuali e transgender. Questi principi, a loro volta, benché non siano stati riconosciuti ufficialmente a livello internazionale, sono stati **spesso utilizzati e citati tanto da organismi dell’ONU quanto da Tribunali e Governi nazionali che li hanno utilizzati come linee guida per le loro politiche.**

Assolutamente importante dal nostro punto di vista è che tali principi hanno ispirato e sono stati direttamente richiamati in diversi interventi della Comunità Europea fra cui un documento del Commissario per i Diritti Umani denominato “**Diritti umani e identità di genere**”⁷ in cui, alla pagina 3, viene riportato per intero il terzo dei Principi di Yogyakarta:

“Davanti alla legge, ognuno ha il diritto di essere riconosciuto ovunque come una persona. Persone con orientamento sessuale diverso, o diversa identità sessuale, devono piena capacità legale in tutti gli aspetti della loro vita. L’orientamento sessuale o l’identità di genere che ogni persona stabilisce per sé è parte integrante della propria personalità e costituisce uno degli aspetti basilari dell’autodeterminazione, della dignità e della libertà. Nessuno deve essere costretto a sottoporsi a trattamenti medici, inclusi interventi chirurgici di cambiamento del sesso, sterilizzazione o terapie ormonali, come condizione per il riconoscimento legale della propria identità di genere. Nessuna condizione, come il matrimonio, la paternità o la maternità, può essere strumentalizzata per impedire il riconoscimento legale della loro identità. Nessuno dovrebbe subire pressioni per nascondere, sopprimere o negare il proprio orientamento o la propria identità sessuale.”

Insomma, seppure questo sia solo il parere di un Commissario della UE, non si può negare l’autorevolezza che riconosce **il diritto alla sessualità, in ogni suo aspetto, come assolutamente meritevole di tutela sotto ogni punto di vista.** Non solo si invoca la non discriminazione ma addirittura si invitano gli stati a prendere seri provvedimenti **affinché ognuno, nel rispetto dei diritti altrui, possa vivere la propria sessualità in modo libero, consapevole, piacevole ed aperto**, poiché è innegabile la strettissima relazione fra persona, sessualità e benessere psico-fisico.

3.3) La tutela del diritto alla sessualità nel nostro ordinamento

Tornando al nostro ordinamento, **il sesso ed il diritto alla sessualità**, così intesi, **sono stati tutelati a più riprese sia dai tribunali che dal legislatore.** Infatti, soprattutto nell’ambito dei rapporti giuridici di natura familiare, i giudici hanno ritenuto che tale diritto derivi direttamente dall’obbligo di “assistenza morale e materiale” che ogni coniuge ha verso l’altro secondo il dettato dell’Art. 143 C.C.⁸ e, sempre i giudici, hanno ritenuto la lesione “*intenzionale della sessualità del*

⁶ “Principi di Yogyakarta per l’applicazione delle leggi internazionali sui diritti umani in relazione all’orientamento sessuale e all’identità di genere” - Yogyakarta, 6-9 Novembre 2006. [Sito ufficiale](#) – [Wikipedia](#)

⁷ Thomas Hammarberg, Commissario del Consiglio d’Europa per i Diritti Umani, [Human Rights and Gender Identity](#), Strasbourg 29/07/2009 ([versione tradotta](#)).

⁸ Art. 143 C.C.

Con il matrimonio il marito e la moglie acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri.

Dal matrimonio deriva l’obbligo reciproco alla fedeltà, all’assistenza morale e materiale, alla collaborazione nell’interesse della famiglia e alla coabitazione.

*partner come gravissima offesa alla dignità e alla personalità del partner e situazione che oggettivamente provoca senso di frustrazione e disagio, spesso causa, per come è notorio, di irreversibili danni sul piano dell'equilibrio psicofisico"*⁹. Per i giudici, pertanto, la sessualità ha un enorme valore sia nella sfera personale dell'individuo, sia in quella delle proprie relazioni affettive. Dal canto suo il legislatore, seppure con un po' di ritardo, ha posto in essere un cambiamento che si potrebbe definire epocale. Il **15 Febbraio 1996** è stata infatti emanata la **Legge 66** (Norme contro la violenza sessuale) con la quale **il reato di violenza sessuale è stato trasformato da delitto contro la morale pubblica a delitto contro la persona** poiché, per l'appunto, la violenza sessuale lede il diritto alla sessualità dell'individuo.

Come ha sintetizzato egregiamente il Dott. Giuseppe Buffone, *"la libertà sessuale è libertà di autodeterminazione e di espressione, inviolabile, incomprimibile ed afferente alla sfera esistenziale della persona. Essa è, soprattutto, strettamente personale aperta alle più disparate interpretazioni: nelle diverse culture e tradizioni, essa è un dono, un oggetto di scambio, un valore (o) un mero piacere"*¹⁰.

Una caratteristica particolare del **diritto alla sessualità** è il fatto che, per quanto inviolabile ed incomprimibile, lo stesso sia anche un **diritto disponibile seppure non negoziabile**. Detto in termini più semplici, poiché dobbiamo necessariamente relazionarci con un'altra persona in un mutuo rapporto di scambio al fine di avere una vita sessuale appagante, allora il diritto alla sessualità è per forza di cose un diritto disponibile. Allo stesso tempo non è un diritto negoziabile poiché l'ordinamento giuridico non riconosce come valido un accordo in cui una delle prestazioni è un atto sessuale.

Arrivati a questo punto nasce quindi spontanea la domanda: come si concilia il diritto alla sessualità, così importante e tutelato tanto nel nostro ordinamento quanto da organi internazionali, con il sadomasochismo che, per sua stessa natura, potrebbe ledere altri diritti parimenti importanti della persona come la salute e la libertà?

Entrambi i coniugi sono tenuti, ciascuno in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo, a contribuire ai bisogni della famiglia.

⁹ Cass. Civ., Sez. I, sentenza 9801/2005

¹⁰ Sadomasochismo ed atti dispositivi del proprio corpo nell'ambito della sessualità, Altalex, 29/12/2005

4) Pratiche BDSM e sessualità: sana inclinazione o patologia?



Senza voler fare un trattato di psichiatria è comunque necessario chiarire se le pratiche che ricadono sotto la sigla BDSM siano da considerarsi normali (per quanto non diffusissime) pratiche sessuali o se, invece, si tratti di disturbi di natura psichiatrica.

Questo aspetto ha un'importanza fondamentale poiché, come vedremo, l'esercizio del proprio diritto alla sessualità incontra molti limiti nel nostro ordinamento, limiti che sono superabili se e solo se la nostra sessualità è diversa ma comunque meritevole di tutela.

Come è ormai risaputo, fino a diversi anni addietro questo tipo di sessualità alternativa era considerata una parafilia e ricompresa fra le patologie che afferiscono la sfera sessuale. Poco importava se e come ogni singola persona vivesse queste pulsioni in quanto, per la psichiatria, la semplice presenza di pulsioni feticistiche, masochistiche, sadistiche o di altri tipi era sufficiente a ritenere il soggetto affetto da un disturbo mentale.

Per nostra fortuna la psichiatria si è evoluta forse più velocemente della nostra società. Così, quando nel 2001 stata pubblicata la quarta versione revisionata del noto "Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali", in breve **DSM-IV-TR (Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders)**, sono stati variati i criteri per la diagnosi delle patologie inerenti la sfera sessuale.

Innanzitutto anni addietro i comportamenti sessuali devianti dalla norma erano definiti "perversioni", successivamente sono stati definiti "deviazioni sessuali" e, infine, "parafilie". **Parafilia**, però, non significa "disturbo psichiatrico", in quanto **identifica unicamente la manifestazione di una sessualità diversa poiché attratta o incentrata su oggetti o comportamenti**.

Il manuale sopra richiamato identifica e definisce chiaramente solo otto **parafilie** e, più precisamente: **esibizionismo, feticismo, frotteurismo, pedofilia, masochismo sessuale, sadismo sessuale, feticismo da travestimento e voyeurismo**.

Senza dilungarsi nella spiegazione di ognuna, il manuale chiarisce che vi è una netta differenza fra una parafilia e una patologia poiché è possibile, ma non è certo né scontato, che una parafilia si trasformi o si evolva in una patologia.

I criteri attraverso cui è possibile diagnosticare una patologia in luogo di una normale parafilia e sono:

- A. **Per tutte**: la presenza, per un periodo di almeno sei mesi, di fantasie sessualmente eccitanti ricorrenti ed intense sulla base dei quali il soggetto abbia agito o che gli abbiano causato considerevole disagio
- B. **Limitatamente a pedofilia, voyeurismo, esibizionismo, frotteurismo e sadismo sessuale**: sulla base degli stimoli, il soggetto abbia interagito con persone non consenzienti, ovvero gli stimoli sessuali o le fantasie abbia causato angoscia o difficoltà interpersonali.

Partendo da questi punti, **molti psichiatri e psicoterapeuti¹¹ concordano nell'affermare che ogni persona normale ha delle fantasie e può mettere in atto delle pratiche sessuali apparentemente "perverse". Però, se questo avviene nel quadro di una persona dal comportamento normale e non compulsivo (ovvero che non causa disagio psicologico e non compromette la qualità della vita) e, soprattutto, nell'ambito di un rapporto di reciproco rispetto e realmente consensuale con il partner, allora non si può parlare di perversione patologica bensì di inclinazione sessuale.** Questo perché una relazione sessuale matura ben può prevedere la realizzazione di un immaginario erotico che si discosta dai canoni usuali pur rimanendo all'interno della consapevolezza, della liceità e della consensualità fra i partecipanti.

In conclusione, secondo il parere maggioritario e prevalente della scienza psichiatrica, possiamo ritenere che le pratiche che rientrano nel BDSM sono da considerarsi estrinsecazione di inclinazioni sessuali diverse, sicuramente molto complesse, ma generalmente non patologiche. Pertanto, una sessualità che richieda per la sua piena realizzazione tali pratiche è da considerarsi del tutto lecita se non addirittura indispensabile per il benessere psico-fisico della persona.

¹¹ In Italia non esistono linee guida vincolanti e stringenti dettate dal Ministero della Salute che consentano di prendere tali principi come punto di partenza. Questa, pertanto, è solo l'opinione prevalente ma non può dirsi unanimemente riconosciuta.

5) Brevi cenni di diritto penale

Le premesse fatte erano necessarie sia per stabilire che il diritto alla sessualità è un diritto complesso della persona che l'ordinamento tutela in modo significativo, sia per far capire perché una sessualità legata al BDSM non è da considerarsi una patologia ma solo un'inclinazione.

Però, poiché questa riflessione non è indirizzata a studiosi del diritto che avrebbero già dimestichezza con certi argomenti, è necessario introdurre e



spiegare brevemente alcuni concetti del diritto penale, ovvero quando un fatto è qualificabile come reato e cosa sono le scriminanti.

Questa ulteriore premessa è necessaria per comprendere meglio la parte successiva in cui entreranno in gioco contemporaneamente sia il diritto alla sessualità spiegato nella prima parte sia i concetti di diritto penale che seguono.

5.1) Quando un fatto è qualificabile come reato

Innanzitutto, a differenza dei normali rapporti sessuali, le pratiche che rientrano nel BDSM richiedono un uso diverso e molto più articolato del corpo, oltre a creare situazioni spesso particolari. Si pensi, ad esempio, a pratiche come lo spanking o all'uso di strumenti in genere atti a causare dolore o, ancora, pratiche, tecniche o strumenti di limitazione della libertà. Questi comportamenti potrebbero (il condizionale è d'obbligo per le ragioni che si vedranno più avanti) configurare diverse ipotesi di reato, dalle semplici percosse (Art. 581 C.P.) alle lesioni (Art. 582 C.P.), dal sequestro di persona (Art. 605 C.P.) alla violenza privata (Art. 610 C.P.) e così via.

Diventa a questo punto rilevante capire come o cosa qualifica un fatto come reato.

Innanzitutto è bene chiarire che **non ogni fatto illecito per il diritto civile costituisce necessariamente un reato**. Di solito, si qualifica come illecito civile la violazione di una norma posta a tutela di un interesse personale non necessariamente di natura patrimoniale; perché, invece, si qualifichi un illecito penale è necessario che la norma violata tuteli un interesse pubblico (si badi bene che si parla di interesse e non di diritto).

Nella dottrina, ovvero nello studio del diritto, esistono tre principali teorie che studiano il reato, quella bipartita, quella tripartita e quella quadripartita. Non essendo questo un trattato di diritto penale ma solamente una riflessione un po' approfondita del rapporto fra il BDSM e il diritto, ci si limita a citare le diverse teorie senza entrare nello specifico di tutte ma solo della teoria tripartita che è la prevalente in dottrina.

Secondo tale teoria la struttura del reato è suddivisibile in tre parti distinte:

- **Tipicità**, ovvero perché un fatto possa essere considerato un reato lo stesso deve essere specificatamente previsto come tale da una norma dell'ordinamento giuridico (nel nostro

caso dal Codice Penale) poiché, in un sistema di diritto positivo, ogni comportamento è da considerarsi lecito se non è espressamente vietato dalla legge;

- **Antigiuridicità**, perché non è sufficiente che il fatto rientri fra una delle fattispecie, ma deve anche comportare una lesione di un diritto tutelato dall'ordinamento in assenza di cause di giustificazione (ovvero delle cosiddette scriminanti).
- **Colpevolezza**, trattasi dell'elemento soggettivo del reato che presuppone che chi abbia commesso il fatto sia responsabile dello stesso per colpa (dovuta a negligenza, imprudenza, imperizia, etc.) o per dolo (volontarietà).

Se la tipicità non pone grandi problemi, l'antigiuridicità e la colpevolezza possono, invece, essere un po' difficili da capire senza un esempio concreto.

Il concetto di antigiuridicità è facilmente comprensibile pensando alla più nota delle scriminanti, l'esercizio della legittima difesa (Art. 52 C.P.)¹²: se una terza persona venisse ingiustamente aggredita, avremmo il diritto di intervenire e ridurre l'aggressore in uno stato in cui non può più nuocere. In questo senso il fatto è tipico, poiché il nostro comportamento si qualifica come offesa nei confronti dell'aggressore, ma non sarebbe antigiuridico poiché l'ordinamento ci autorizza a tale comportamento al fine di tutelare un diritto nostro o altrui.

Il concetto di colpevolezza, invece, è quello che presenta più problematiche in quanto è connesso con le intenzioni del soggetto. Facendo un altro esempio ripreso dalla giurisprudenza, ipotizziamo di uscire dall'autostrada utilizzando la corsia Telepass su un veicolo non dotato del necessario apparato. In questa ipotesi si configura un illecito civile poiché abbiamo utilizzato una strada a pagamento ma, per errore dovuto a distrazione, ad abitudine o altro, non abbiamo versato il relativo pedaggio; quindi, saremo civilmente tenuti al pagamento del pedaggio dovuto e di eventuali sanzioni. Invece, qualora tale comportamento fosse stato posto in essere in modo cosciente, ovvero ripetutamente e con la chiara intenzione di evitare il pagamento del pedaggio dovuto, allora si configurerebbe il reato di insolvenza fraudolenta di cui all'Art. 641 C.P.^{13 14}.

Quindi, ai fini di quanto ci interessa, **perché un fatto sia considerabile un reato, lo stesso deve essere espressamente previsto dall'ordinamento come tale (tipicità), deve aver avuto luogo in assenza di cause di giustificazione di qualsiasi tipo (antigiuridicità) e chi l'ha commesso deve essere imputabile per colpa o dolo (colpevolezza).**

5.2) Le cause di giustificazione (scriminanti)

Come si è accennato parlando dell'antigiuridicità del fatto in quanto condizione affinché lo stesso si possa qualificare come reato, il nostro ordinamento ha previsto delle cause di giustificazione in forza delle quali un fatto non può configurare un reato anche se ricorrono i presupposti della tipicità e della colpevolezza intesa come volontarietà.

¹² Art. 52 C.P.:

Non è punibile chi ha commesso il fatto, per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio od altrui contro il pericolo attuale di una offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa. [Omissis]

¹³ Art. 641 C.P.

Chiunque, dissimulando il proprio stato d'insolvenza (2221 – 2540 c.c.), contrae un'obbligazione col proposito di non adempirla è punito, a querela della persona offesa (120; 336 c.p.p.), qualora l'obbligazione non sia adempiuta, con la reclusione sino a due anni o con la multa sino a € 516. L'adempimento della obbligazione avvenuto prima della condanna estingue il reato.

¹⁴ Corte di Cassazione, Sezione Penale, sentenza n. 10948 del 22/03/2010

Le cause di giustificazione sono tutte tipicizzate, ovvero descritte analiticamente, tranne una. Fra le prime si annoverano l'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere (Art. 51 C.P.), la difesa legittima (Art. 52 C.P.), l'uso legittimo delle armi (Art. 53 C.P.) e lo stato di necessità (Art. 54 C.P.), mentre l'unica non tipicizzata completamente è il consenso dell'avente diritto (Art. 50 C.P.):

“Non è punibile chi lede o pone in pericolo un diritto, col consenso della persona che può validamente disporre.”

Proprio quest'ultima scriminante è di assoluta importanza poiché, se si dimostra che può operare all'interno del BDSM, allora molte pratiche sadomasochistiche non costituirebbero un reato in quanto mancherebbe il presupposto dell'antigiuridicità.

Procedendo comunque con ordine, secondo unanime e consolidata giurisprudenza, perché il consenso dell'avente diritto abbia efficacia scriminante è indispensabile che:

- sia **valido**, ovvero provenga dal legittimo titolare (o da un suo rappresentante legale) il quale deve essere una persona capace di intendere e volere e di agire;
- sia **libero**, quindi non sia stato estorto e chi l'ha dato possa ritirarlo in qualsiasi momento;
- sia **attuale** nel senso che deve essere presente per tutta la durata della violazione del diritto;
- sia **informato e specifico**, cioè chi lo dà deve essere a conoscenza dei possibili danni o rischi di danni così da poter valutare l'opportunità di concederlo;
- sia **lecito** quindi non deve essere contrario a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume;
- abbia ad oggetto **diritti disponibili** che tipicamente sono i diritti patrimoniali mentre di norma sono esclusi i diritti personali quali quello alla salute, al nome, all'onore, etc.

Come si può notare, nei punti sopra elencati manca del tutto qualsiasi requisito formale ciò in quanto, proprio per via della particolarità, tale atto giuridico (atto e non contratto) non ha una forma convenzionale.

Dei requisiti sopra esposti il più complesso da spiegare è quello relativo ai diritti disponibili. Per il momento basti dire che per diritto disponibile si intende un diritto di cui il titolare può disporre liberamente, pur entro certi limiti posti dall'ordinamento. Tipicamente disponibili sono i diritti patrimoniali come il diritto di proprietà o i diritti di credito, mentre tipicamente indisponibili sono i diritti personali, ma come vedremo esistono diverse eccezioni sia per gli uni che per gli altri.

6) **BDSM e diritto: l'incontro di due mondi**

Fatte tutte queste premesse è quindi possibile affrontare l'argomento circa la liceità delle pratiche BDSM e gli eventuali limiti delle stesse.

Innanzitutto, stabilito che il diritto alla sessualità integra anche il diritto a scegliere la propria sessualità e che le pratiche rientranti nel BDSM non sono da considerarsi necessariamente delle patologie, vi è da capire se c'è una norma del nostro ordinamento che ci dia innanzitutto la facoltà di disporre del nostro corpo e, se c'è, entro quali limiti.

6.1) *BDSM e diritto alla salute ed all'integrità psicofisica*

In effetti è presente una norma che ci dà la facoltà di disporre del nostro corpo e si tratta dell'Art. 5 C.C. il quale afferma:

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

Tale norma ha un contenuto negativo poiché vieta atti di disposizione del proprio corpo in taluni casi, ma ha anche un contenuto positivo poiché riconosce il diritto all'integrità fisica ed a disporre del proprio corpo nei limiti previsti dall'ordinamento.

Iniziamo dal primo limite, ovvero la **diminuzione permanente dell'integrità fisica**. La norma non elenca una casistica delle diminuzioni permanenti dell'integrità fisica e neppure fissa dei criteri precisi attraverso cui valutarla. Pertanto, vanno intesi come tali tutti quegli atti che, in linea di principio e secondo la scienza medica, portano a quel determinato risultato.

Lasciando discutere la dottrina sulla prevalenza dei metodi qualitativi piuttosto che di quelli quantitativi, la giurisprudenza ha ritenuto in modo unanime che, per valutare tali ipotesi, sia necessario fare riferimento alla più recente ed accreditata scienza medico-legale secondo cui si qualifica come diminuzione permanente dell'integrità fisica quel fatto lesivo che alteri l'organismo in modo tale che non sia più possibile ripristinare lo status quo ante l'evento, ovvero la situazione iniziale.

Però, come detto riguardo al diritto alla salute previsto dall'Art. 32 della Costituzione, la stessa non è da intendersi in senso solo di mancanza di malattie o patologie fisiche, bensì come generale stato di benessere psicofisico. Pertanto, **l'integrità fisica a cui fa riferimento l'Art. 5 C.C. va anch'esso letta in questo senso dovendosi così escludere anche l'insorgenza di patologie invalidanti di entrambi i tipi.**

Quindi, se una pratica per quanto intensa, dolorosa o cruenta non provoca all'organismo danni psicofisici che comportino una patologia invalidante, allora la stessa, non producendo una diminuzione permanente dell'integrità psicofisica, non sarà soggetta al primo limite stabilito dall'Art. 5 C.C.

Il secondo limite, invece, è ravvisabile in quegli **atti di disposizione del proprio corpo che presuppongano comunque una violazione della legge**. In questo senso, quando si pongono in essere tutte le pratiche che prevedono percosse o che possono causare lesioni (ad esempio i vari tipi di fustigazione), senza dubbio si integrano il requisito della tipicità e della colpevolezza riguardo ai reati di percosse (Art. 581 C.P.) e/o lesioni (Art. 582 C.P.).

Come si diceva prima riguardo alla composizione tripartita del reato, è però necessario anche un altro elemento, ovvero l'antigiuridicità del fatto, affinché lo stesso possa costituire un illecito penale e così sarebbe se non entrasse in gioco proprio la scriminante del consenso dell'avente diritto di cui si è parlato prima.

L'obiezione che spesso viene mossa è che la scriminante prevista dall'Art. 50 C.P., in questo specifico caso, non dovrebbe operare per una serie di motivi fra cui l'indisponibilità del diritto alla salute ed all'integrità fisica. Ci viene però in aiuto la Suprema Corte di Cassazione che in una sentenza del 1998¹⁵ ha stabilito che per escludere l'antigiuridicità del fatto non è sufficiente il consenso del partner espresso solo prima della condotta perché lo stesso deve essere presente per tutto il perdurare della stessa.

Altrimenti detto, **secondo la Suprema Corte, nell'ambito delle relazioni sadomasochistiche il valido¹⁶ consenso dell'avente diritto previsto dall'Art. 50 C.P., purché perduri dall'inizio alla fine del fatto lesivo e purché non si verifichino lesioni permanenti della sua integrità**



psicofisica, è condizione necessaria e sufficiente per escludere l'antigiuridicità del fatto e, pertanto, la sua configurabilità come reato.

Tale orientamento, peraltro, non fa altro che riprendere il principio enunciato in una vecchia sentenza della Corte di Cassazione secondo cui *“la ragione dell'insussistenza del reato sta nel fatto che lo stesso ordinamento giuridico permette*

*eccezionalmente certe attività pericolose riconoscendone il positivo valore sociale”*¹⁷.

Questo non significa che il Pubblico Ministero, venuto a conoscenza del fatto lesivo per querela di parte o per segnalazione da parte di un soggetto obbligato (ad esempio un medico del pronto soccorso), non possa comunque richiedere il rinvio a giudizio, ma implica che difficilmente procederebbe se, reso edotto delle circostanze, non potesse provare la mancanza del consenso; ovvero, qualora si arrivasse al successivo giudizio, il Giudice dovrebbe (e in questi casi il condizionale è sempre d'obbligo) assolvere chi ha provocato le lesioni qualora sia possibile provare il consenso della parte lesa o non si riesca a provarne la mancanza.

¹⁵ Corte di Cassazione, I Sezione Penale, sentenza 9236 del 16/06/1998

¹⁶ Si veda *infra* per quanto riguarda la validità del consenso ed i relativi limiti

¹⁷ Corte di cassazione, sentenza del 26/02/1981

Vale qui la pena fare un passo avanti e spazzare via un'altra obiezione che spesso viene mossa. Sovente si legge o si sente dire che solo le lesioni guaribili entro 20 giorni non costituiscono un reato quando manca la querela della persona offesa che lo qualificerebbe come tale. In realtà questo è falso poiché la guaribilità delle lesioni entro 20 giorni non ha nulla a che vedere con l'esistenza del reato ma solo con la perseguibilità dello stesso. Il reato, pertanto, esiste anche in assenza della querela della persona offesa poiché si verificano tutti gli elementi costitutivi richiamati ma non è perseguibile in quanto il legislatore ha deciso, per una serie di ragioni che qui è inutile spiegare, di rimettere alla persona offesa la scelta di chiederne la persecuzione o meno.

Infine, per quanto riguarda **la non contrarietà all'ordine pubblico o al buon costume**, si tratta della solita clausola generale che lascia al giudice la possibilità di interpretare al norma in base alle mutate condizioni sociali e culturali della società. In questo senso, nella società attuale e tenendo ben presente la portata del richiamato diritto alla sessualità, le pratiche che rientrano nel BDSM attengono alla sfera più personale ed intima della persona rispetto alla quale nessun giudice di nessun grado ha facoltà di giudizio, neppure morale. Il limite è quindi da ravvisarsi nel non porre in essere tali pratiche in modo da dare scandalo o da offendere coloro che vi dovessero assistere inconsapevolmente. Pertanto, nessuna pratica può considerarsi contraria né all'ordine pubblico né al buon costume a meno che non si svolga fuori dalle proprie mura domestiche o da contesti che ne permettano la fruizione solo a persone partecipanti o informate.

In conclusione, sia la dottrina maggioritaria sia la giurisprudenza sono assolutamente concordi nel dire che **il diritto alla sessualità non trova nell'Art. 5 C.C. un limite alle pratiche sadomasochistiche ma, anzi, trova in esso e nel combinato disposto con l'Art. 50 C.P. il fondamento del diritto di disporre liberamente del proprio corpo purché vi sia un valido consenso e allo stesso non vengano arrecati danni psicofisici tali da pregiudicarne l'integrità.**

Cercando di essere un po' più chiari e specifici, si potrebbe dire che le attività normalmente previste nell'ambito del BDSM sono generalmente ammesse incluse, ad esempio, quelle che possono causare un dolore intenso o prevedono l'uso di aghi, stimolatori elettrici, etc. Non sono invece ammissibili pratiche che consistano in amputazioni o in lesioni permanenti della funzionalità di qualche organo e lo stesso discorso vale, come si vedrà nel prossimo paragrafo, per limitazioni eccessive degli altri diritti come quello alla libertà.

6.2) BDSM e diritti della personalità

Quanto detto con riguardo al diritto all'integrità fisica ed alla salute si può dire anche con riguardo ai diritti della personalità fra cui rientrano tanto il diritto all'onore quanto quello alla libertà personale.

Il diritto all'onore ha rilevanza in quanto è il diritto che mira a proteggere il reato di ingiuria previsto dall'Art. 594 C.P.¹⁸. Poiché nelle pratiche BDSM è abbastanza usuale che un dominante si rivolga

¹⁸ Art. 594 C.P.

Chiunque offende l'onore o il decoro di una persona presente è punito con la reclusione fino a sei mesi o con la multa fino ad euro 516.

ad un sottomesso con parole ingiuriose o espressioni umilianti, tale pratica ben potrebbe integrare gli estremi del reato di ingiuria se, anche questa volta, non venisse a mancare l'antigiuridicità del fatto grazie al consenso dell'avente diritto.

Negli anni **la giurisprudenza ha ribadito più volte che il diritto alla libertà non è un diritto totalmente indisponibile** come si è soliti credere **ma, anzi, è un diritto parzialmente disponibile**. Infatti, secondo i giudici, è possibile prestare il proprio consenso in quanto avente diritto a norma dell'Art. 50 C.P. a restrizioni temporanee della propria libertà, quale si configura il caso scolastico dell'accettazione della regola che non si può uscire da una sala a spettacolo iniziato. Non è invece accettabile, sempre secondo i giudici, che tale limitazione si protragga per un tempo così lungo da ledere la dignità della persona o il proprio generale diritto alla libertà individuale.

A tal riguardo si può richiamare **il famoso caso Muccioli relativo all'internamento di un tossicodipendente all'interno di una comunità di recupero**. In dottrina e in giurisprudenza vi fu un contrasto piuttosto acceso poiché il consenso era stato prestato dall'avente diritto prima del ricovero nella struttura salvo poi essere revocato. Da qui nacque un'accesa diatriba fra coloro che sostenevano che in casi di trattamenti sanitari di questo tipo era necessario che il consenso perdurasse per tutta la durata del trattamento (tesi accolta dal giudice di primo grado) e coloro che, invece, sostenevano che proprio per la tipologia di trattamento il consenso dell'avente diritto fosse necessario solo nella fase iniziale (tesi accolta, invece, dei giudici d'appello) fermo restando che tale limitazione potesse durare solo il tempo strettamente necessario e non fossero lesi gli altri diritti della persona.

In ogni caso, né in dottrina né in giurisprudenza è stato mai messo in dubbio che la libertà personale, per quanto sia un diritto inviolabile così come sancito dalla Costituzione¹⁹, sia anche un diritto parzialmente disponibile purché, ovviamente, la limitazione avvenga con il consenso dell'avente diritto.

Pertanto, fermo restando quanto premesso relativamente alla lesione del diritto all'integrità fisica, è possibile affermare che, **poiché il diritto alla libertà personale è un diritto parzialmente disponibile, sono da considerarsi lecite le pratiche rientranti nel BDSM che implicano una limitazione della libertà personale purché la stessa avvenga con il consenso dell'avente diritto, sia temporanea e non implichi la lesione di diritti indisponibili.**

Alla stessa pena soggiace chi commette il fatto mediante comunicazione telegrafica o telefonica, o con scritti o disegni, diretti alla persona offesa.

La pena è della reclusione fino ad un anno o della multa fino ad euro 1.032, se l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato.

Le pene sono aumentate qualora l'offesa sia commessa in presenza di più persone.

¹⁹ Costituzione della Repubblica Italiana, Art. 13:

La libertà personale è inviolabile.

Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'Autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge.

In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge, l'autorità di Pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'Autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto.

È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà.

6.3) L'assoluta importanza del consenso

Come si è visto, **ciò che permette di considerare lecite delle condotte che altrimenti integrerebbero gli estremi di uno o più reati è il consenso dell'avente diritto** di cui all'Art. 50 C.P. Diventa quindi di primaria importanza capire come, all'interno dei rapporti che viviamo, si



possa prestare un consenso che abbia tutti i requisiti per potersi considerare valido e, pertanto, agire da scriminante.

Come si diceva qualche paragrafo fa, il consenso dell'avente diritto deve essere **valido, libero, informato, specifico e lecito oltre a riguardare diritti disponibili**. Ma come si applicano tali requisiti alle nostre pratiche? Come si può riuscire a fare un percorso di crescita all'interno delle stesse senza fare

necessariamente un lista della spesa da spuntare di volta in volta?

Avendo già chiarito che i diritti per i quali è richiesto il consenso al fine delle pratiche ricomprese nel BDSM sono diritti disponibili entro i limiti già citati, è utile allora soffermarsi sugli altri aspetti del consenso.

6.3.1) Validità

Innanzitutto, **il consenso deve essere valido, ovvero deve provenire direttamente dalla persona interessata** e non da un terzo.

Inoltre, questa **persona** deve essere **capace non solo di intendere e di volere ma anche di agire**. Questa differenza è fondamentale in quanto, mentre un minorenne può legalmente prestare il consenso per un rapporto sessuale, secondo la legge lo stesso minorenne non ha la capacità di agire per prestare il consenso necessario allo svolgimento di pratiche legate al BDSM. Pertanto, **è da escludersi a priori la possibilità di qualsiasi pratica sadomasochistica con un persona di minore età**, cosa che dovrebbe risultare abbastanza scontata già di per sé visti i possibili risvolti psicologici.

Lo stesso può e deve dirsi anche con riguardo ad una persona che, per qualsiasi ragione, in un dato momento non sia pienamente in grado di intendere e di volere o di agire. Questo è il caso, ad esempio, del consenso prestato da una persona che abbia assunto **alcool o sostanze stupefacenti**. L'assunzione di tali sostanze **può portare una persona a prestare il proprio consenso anche in presenza di condizioni psicofisiche non idonee a prestare un valido consenso o a sopportare le pratiche che abitualmente si affrontano**. Questo comporta che il consenso prestato potrebbe essere viziato da un errore di chi l'ha dato e, pertanto, potrebbe considerarsi non valido e non agire da scriminante.

6.3.2) Libertà

Per **consenso libero** non si intende solamente un consenso che non sia stato estorto ma anche, o forse soprattutto, che lo stesso sia sempre revocabile in ogni momento. Così come per qualsiasi

rapporto sessuale normale, il consenso **deve perdurare per tutto il tempo necessario allo svolgimento dell'azione e non deve mai venire meno** poiché, in tale ipotesi, verrebbe meno la scriminante che rende lecite le nostre pratiche, così come sottolineato dalla sentenza della Suprema Corte di Cassazione richiamata sopra²⁰.

Proprio perché alcune nostre pratiche possono limitare la possibilità di comunicare del soggetto sottomesso (ovvero dell'avente diritto), assumono un reale significato la *safeword* e il *safesignal* ovvero, rispettivamente, la parola o il gesto che comportano l'immediata sospensione di ogni azione da parte del dominante.

Il valore di *safeword* e *safesignal* risiede nel fatto che sono modi veloci, chiari ed univoci attraverso cui l'avente diritto è in grado in qualsiasi momento di revocare il proprio consenso.

Sono tre i motivi principali per cui un simile espediente può risultare molto utile.

In primo luogo, nelle nostre pratiche non è inusuale che la persona sottomessa implori il dominante di smettere o di cessare una certa azione ma le parole usate potrebbero non avere il significato di revocare il consenso e, anzi, potrebbero essere semplicemente parte di quel gioco di ruolo che le due persone hanno messo in atto. Pertanto, *safeword* e *safesignal* sarebbero strumenti inequivocabili per indicare che la persona sottomessa sta effettivamente revocando il consenso e non semplicemente "recitando il proprio ruolo".

Il secondo motivo riguarda il fatto che, benché all'interno di una relazione duratura il soggetto dominante impara (o dovrebbe imparare) a capire lo stato del sottomesso tanto da non aver bisogno di comunicazioni volontarie per capire che qualcosa non va, è altrettanto vero che non è possibile prevedere ogni eventualità e, in questi casi, un po' più di sicurezza non può che essere benvenuta. Questo vale ancora di più in caso di incontri occasionali per i quali si dovrebbero sempre stabilire una *safeword* e un *safesignal* in quanto la limitata conoscenza dell'altra persona è un limite sia al riconoscimento di segnali non verbali, sia alla corretta interpretazione di un'esternazione in quanto facente parte del gioco di ruolo o meno.

La terza ragione ha valore di precauzione in favore del dominante. Infatti, nell'ipotesi in cui qualcuno, per una qualsiasi ragione, dovesse accusare il dominante di uno dei reati che abbiamo incontrato in questo *excursus* (percosse, lesioni, ingiuria, etc.), l'unica difesa per il dominante stesso sarebbe dimostrare che il consenso dell'avente diritto sia perdurato per tutto il rapporto. In tal senso la presenza di *safeword* e di *safesignal* costituisce la prova che il sottomesso aveva effettivamente la possibilità di revocare il consenso in modo chiaro, preciso, puntuale ed immediato quindi, se non l'ha fatto, il dominante non può essere ritenuto colpevole dei reati eventualmente contestatigli in quanto poteva presumere che il consenso fosse sempre stato presente.

6.3.3) Informazione e specificità

L'orientamento unanime di giurisprudenza e dottrina sostiene che **chi dà il consenso deve necessariamente essere informato di come i suoi diritti verranno lesi poiché deve essere in grado di stabilire tutte le possibili conseguenze di detta lesione.** Questo implica che il consenso deve essere specifico per quella modalità di lesione perché solo in questo caso potrà considerarsi validamente prestato e, pertanto, avrà efficacia scriminante.

²⁰ Corte di Cassazione, I Sezione Penale, sentenza 9236 del 16/06/1998

Fra le varie caratteristiche del consenso questa è quella che presenta più problemi ad essere calata nel nostro “piccolo mondo perverso”. Si pensi, ad esempio, a quanto sarebbe ridicola l'immagine di un dominante che, durante un momento di “gioco”, chiedesse continuamente alla persona sottomessa se può sottoporla a questa o quella pratica o insieme di pratiche, con certe modalità piuttosto di altre. Questo toglierebbe di fatto al dominante il piacere di creare situazioni inaspettate e al dominato il piacere dell'affrontare qualcosa di sconosciuto.

Ancora, un ulteriore problema si presenta nel caso in cui il soggetto dominante sottoponesse il dominato a pratiche che a questo sono sconosciute in quanto mai sperimentate. Certo, ormai è piuttosto semplice documentarsi grazie ad internet, i forum e le comunità, ma se certe cose non le si sperimenta in prima persona è molto difficile comprenderne appieno la forza, la portata o le conseguenze.

Un esempio su tutti è quello che riguarda lividi e segni. Poniamo che un sottomesso abbia dato il proprio valido consenso a certe pratiche ponendo come condizione che non gli si lascino lividi o segni temporanei. Qualunque dominante con un minimo di esperienza sa che, a parità di mezzi impiegati e di forza utilizzata, la formazione di lividi e segni sul corpo del sottomesso dipende per buona parte dalla predisposizione dello stesso, predisposizione che può variare anche da un giorno all'altro. Quindi, è praticamente impossibile sapere a priori e con assoluta certezza che una certa pratica non avrà come risultato ematomi o segni di altro tipo in quanto le esperienze precedenti con altre persone hanno ben poco valore.

La questione non è di facile soluzione perché **è necessario tenere presente anche i possibili effetti dell'interazione fra alcune pratiche, le eventuali condizioni psicofisiche e/o le patologie preesistenti del sottomesso**. Ecco perché è indispensabile che le persone dialoghino e si confrontino apertamente circa le proprie preferenze, i propri desideri e le proprie condizioni di salute prima di passare ai fatti.

Questo confronto aperto è necessario perché entrambi possano valutare i rischi annessi o connessi a quello che faranno o potrebbero fare. Se è pur vero che il sottomesso deve prestare il proprio consenso per la lesione dei propri diritti, è altrettanto vero che il dominante ha il diritto di sapere se esiste qualche motivo o ragione per cui i rischi potrebbero aumentare considerevolmente.

6.3.4) Forma

Come è stato già detto, **la forma del consenso non è fra le caratteristiche essenziali per la validità dello stesso** in quanto, proprio per la molteplicità di situazioni che si possono creare nella vita, il legislatore ha ritenuto poco opportuno prevedere una forma specifica.

Quello che a noi interessa è però capire quali siano le forme attraverso cui il consenso può essere validamente dato così che, passando dalla teoria alla pratica, ognuno possa essere conscio del reale significato delle proprie azioni.

Il consenso può quindi essere manifestato:

- oralmente;
- per iscritto;
- tacitamente;
- per mezzo di un fatto concludente.

Quando il consenso è prestato **oralmente o per iscritto** il problema non si pone in quanto, a meno di un difetto di comunicazione, per il soggetto dominante è chiaro che il soggetto dominato ha prestato il proprio consenso.

Il **consenso tacito** è molto simile a quello prestato **per mezzo di un fatto concludente**. In entrambi i casi non è necessario che l'avente diritto (il soggetto sottomesso) esprima chiaramente il proprio consenso ma è sufficiente che lo stesso non si opponga apertamente ad una pratica oppure che collabori alla stessa. In questo senso, ad esempio, il mancato utilizzo della *safeword* o del *safesignal* da parte del sottomesso possono essere giustamente interpretati come un consenso tacito; allo stesso modo, il sottomesso che collabora alla propria legatura sta prestando alla stessa il proprio consenso per mezzo di un fatto concludente (la collaborazione).

Una precisazione importantissima va fatta ed è il nodo assolutamente centrale: **qualunque sia la forma attraverso cui il consenso è stato prestato, ivi compresa quella scritta, lo stesso deve essere ribadito e confermato per ogni singolo istante in cui il diritto viene leso.**

Altrettanto ovvio è che il consenso può essere prestato inizialmente in una forma e, successivamente, per mezzo di altre. Così, ad esempio, prima di una certa pratica il sottomesso potrebbe aver dichiarato per iscritto il proprio consenso, poi aver collaborato in fase preparatoria (comportamento concludente) e, infine, non aver espresso in alcun modo la propria contrarietà attraverso l'utilizzo della *safeword* o del *safesignal* (consenso tacito).

Altro punto fondamentale è capire che c'è differenza fra l'aver il consenso e poterlo dimostrare successivamente. In questo senso, la presenza di un preventivo "contratto di schiavitù" (argomento che sarà trattato più avanti) o di una lista di pratiche accettate dal sottomesso prima dell'inizio della lesione del diritto non costituiscono, alla luce di quanto detto sopra, un valido consenso all'effettiva realizzazione di tali pratiche poiché il consenso deve essere attuale e perdurare per tutto il lasso di tempo in cui il diritto viene leso.

Qual è allora l'utilità di tali accordi scritti? Come si spiegherà più avanti, questi accordi non hanno alcun valore legale nel senso che non obbligano legalmente nessuna delle parti, ma possono avere un certo valore probatorio in caso di giudizio.

Così, ad esempio, se un dominante obbligasse il sottomesso ad una pratica che era stata esclusa in base all'accordo scritto, chi si trovasse a giudicare la questione si ritroverebbe nella condizione di dover presumere l'inesistenza sin dall'inizio del consenso a tale pratica. In altre parole, sarebbe il dominante a dover provare la presenza del consenso e non il sottoposto a doverne provare la mancanza.

Lo stesso ragionamento vale se fatto anche in senso opposto. Quindi, se una pratica fosse stata inserita fra quelle consentite, allora il giudice dovrebbe tener conto di questo e spetterebbe più al sottomesso dimostrare che il consenso non c'era o era venuto meno che non al dominante dimostrarne la presenza.

6.4) Conclusioni sul consenso

Il consenso è stato trattato in questo articolo a più riprese. La prima volta è stato citato in riferimento alla necessità del consenso all'interno di una relazione sessuale con elementi di perversione spiegando che, quando esso non c'è, una semplice (e sana) perversione si trasforma in patologia e in reato.

Successivamente il consenso è stato citato per quanto riguarda la previsione dell'Art. 50 C.P. in ordine, appunto, al consenso dell'avente diritto quale scriminante che fa venire meno l'antigiuridicità di un fatto che potrebbe altrimenti configurarsi come reato.

Infine il consenso è stato analizzato all'interno di un rapporto improntato su pratiche BDSM, spiegando perché, quando abbia certe caratteristiche, rende lecite alcune pratiche di natura erotica o sessuale che sarebbero altrimenti vietate dall'ordinamento.

Risulta quindi indubbio che **il consenso è il perno attorno a cui ruota tutto quanto riguarda le pratiche sadomasochistiche** in generale e, del resto, non poteva essere diversamente. E' interessante notare che la comunità BDSM internazionale aveva già da anni focalizzato la propria attenzione proprio sul consenso quale fattore centrale di una sana relazione di questo tipo. Non a caso gli acronimi utilizzati nell'ambiente per indicare che una pratica è lecita, consentita o condivisa sono SSC (Sano, Sicuro e Consensuale) e RACK (Risk-Aware Consensual Kink – Attività sessuali alternative consensuali basate sulle consapevolezza dei rischi) e hanno una sola lettera il comune: la "C" di consensualità.

La differenza fra le due sigle, come è noto nell'ambiente, sta nel fatto che chi propugna un BDSM più aderente ai principi del SSC pone un accento più marcato sui concetti di sano e di sicuro, ma tali concetti sono estremamente vaghi. Infatti, quali pratiche dell'universo BDSM possono realmente dirsi "sane" e "sicure"? Qualunque tipo di percossa può portare ad una lesione più o meno grave, le pratiche clinical, come l'utilizzo di aghi o lame, richiedono esperienza, perizia e precauzioni ma non sono comunque sicure in senso assoluto, e così via.

Al contrario chi sostiene i principi del RACK non parla di pratiche sane e sicure ma pone l'accento sulla consensualità delle persone coinvolte che, pur a conoscenza dei rischi annessi o connessi alle varie pratiche, decidono liberamente e consapevolmente di accettare.

Se si prende per buona la differenziazione così data, risulta piuttosto evidente che i principi alla base del RACK sono più aderenti ai requisiti ed ai limiti che ci concede il nostro ordinamento perché, come detto a più riprese, l'Art. 5 C.C. ci dà la facoltà di disporre entro certi limiti del nostro corpo e, quindi, di assumere certi rischi per la nostra salute purché ne siamo consapevoli ed informati.

Il motivo per cui lo fa è riconducibile al fatto che il legislatore sa benissimo che, perché si possa esercitare un diritto, spesso è necessario comprimerne un altro. Così, ad esempio, praticare uno sport può esporre a potenziali rischi per la salute o la vita, ma il legislatore ha ritenuto che lo svolgimento di un'attività sportiva fosse un diritto che giustificasse la compressione di un altro, quello alla protezione dell'integrità fisica (peraltro sempre attraverso la previsione dell'Art. 50 C.P., che in giurisprudenza è più conosciuta come "scriminante sportiva").

Se il legislatore si è dimostrato così attento verso il diritto allo svolgimento di un'attività sportiva, è possibile ritenere legittimamente che lo spirito della legge lasci ancora più libertà alla persona quando in gioco c'è il diritto alla sua sessualità? Questa è una domanda a cui non è possibile dare

una risposta certa ma la mia personale opinione è che, in funzione dell'importanza acclarata ed assoluta che riveste la sessualità nel complesso della personalità dell'individuo, lo spirito della legge sia volto a dare ancora maggiore tutela alla libertà di scelta della persona su come realizzare pienamente la propria personalità.

Infatti, se il diritto alla salute sancito dalla Costituzione è un diritto al benessere psicofisico che per me si realizza attraverso pratiche più o meno estreme o potenzialmente pericolose dalle quali, però, mi perviene un intenso benessere fisico e psicologico, come si integra tutto ciò con il limite al diritto di disporre liberamente del mio corpo? Qual è il limite del rischio di subire o di provocare un danno che posso legalmente accettare?

Probabilmente una risposta a queste domande è auspicabile che sia data da noi stessi prima ancora della legge poiché **solo nelle nostre dinamiche di coppia "sui generis", solo nel nostro continuo confrontarci e relazionarci, possiamo trovare quella reale consensualità necessaria per affrontare gli inevitabili rischi connessi alla ricerca di quel sottile benessere e piacere fisico e psicologico che intendiamo donarci a vicenda.**

7) Quando si superano i limiti

Quest'ultima parte vuole prendere velocemente in considerazione cosa succede quando si superano i limiti, siano essi quelli del consenso prestato dall'avente diritto o quelli previsti dall'ordinamento.

Sembrerà ovvio dirlo ma quando ciò avviene non succede nulla di buono. Sia in un caso che nell'altro il soggetto dominante può andare incontro a problemi di varia natura ed entità, il primo dei quali, è inutile dirlo, riguarda la possibile rottura del rapporto di fiducia che è *condicio sine qua non* in uno stabile rapporto fra dominante e sottomesso.

7.1) **Superamento volontario**

Si può parlare di superamento volontario dei limiti in due distinti casi:

1. quando il dominante abbia posto in essere una pratica senza il consenso del sottomesso ovvero abbia continuato nonostante il permesso fosse stato revocato;
2. quando il dominante abbia superato i limiti stabiliti dall'ordinamento
 - o con il consenso dell'avente diritto
 - o senza il consenso dell'avente diritto

Quando si verificano le ipotesi ricomprese nel primo caso, che sono abbastanza semplici da immaginare, quanto compiuto dal dominante integrerà tutti i presupposti del reato poiché alla tipicità ed alla colpevolezza si aggiungerà anche l'antigiuridicità che fino a quel momento era esclusa dal consenso dell'avente diritto: venuto meno il consenso, viene meno la scriminante prevista dall'Art. 50 C.P. e quindi costituiranno singoli reati i fatti che fino a un momento prima erano leciti (violenza sessuale, lesioni, percosse, rapimento, ingiuria, etc.).



Qui è necessario fare una piccola digressione al fine di cercare di contrastare una pessima tendenza che sta dilagando nelle comunità online. Accade spesso, infatti, che dominanti (tipicamente di sesso maschile) scrivano a sconosciute sottomesse (quindi tipicamente di sesso femminile) usando frasi o termini ingiuriosi. In questi casi è utile sottolineare che **la semplice iscrizione ad una comunità BDSM con il ruolo di sottomessa non può essere considerato un valido consenso dell'avente diritto alla lesione del proprio onore per mezzo di parole, epiteti o frasi ingiuriose o lesive della sua dignità.**

Pertanto, rivolgersi a tali persone in quei modi è un fatto che integra a tutti gli effetti il reato di ingiuria previsto e punito dall'Art. 594 C.P.²¹ che potrebbe comportare la condanna fino a sei mesi di reclusione o ad una multa fino a € 516,00.

²¹ Art. 594 C.P.

Chiunque offende l'onore o il decoro di una persona presente è punito con la reclusione fino a sei mesi o con la multa fino ad euro 516.

Le ipotesi ricomprese nel **secondo caso** sono le più disparate e vanno **da una lesione permanente ed invalidate causata volontariamente fino alle ipotesi di violazione del rispetto del buon costume e della morale.**

In generale e senza voler indagare tutte le possibili ipotesi, si può generalmente dire che *il dominante sarà sempre e comunque penalmente responsabile della condotta che abbia causato il fatto illecito anche quando questo sia avvenuto con il consenso del sottomesso.* In questo caso, infatti, il consenso dell'avente diritto non costituisce più una scriminante poiché o non aveva la disponibilità di quel diritto oppure l'azione compiuta era contraria ad altre norme dell'ordinamento. Un esempio facilmente comprensibile potrebbe essere quello di un dominante che esibisca un sottomesso in un luogo pubblico col fine di umiliarlo ma generando così scandalo o offendendo la sensibilità altrui. Tale condotta qualificherebbe il fatto come lesivo di un diritto della personalità del sottomesso ma anche come atto osceno in luogo pubblico, previsto e punito dall'Art. 527 C.P.²². Pertanto, il dominante sarebbe in ogni caso imputato del reato previsto dall'articolo sopra citato, mentre non sarebbe imputato di alcun reato per la lesione dell'onore o dell'immaigne dell'avente diritto qualora questo vi abbia prestato il proprio consenso. Però, prestando il proprio consenso, il sottomesso sarebbe a sua volta imputabile dello stesso reato di atti osceni in luogo pubblico.

Quindi, in tutte queste ipotesi, il dominante che abbia agito oltre i limiti del consenso o dell'ordinamento sarà a chiamato a rispondere penalmente per tali illeciti mentre il soggetto sottomesso sarà generalmente considerato una parte lesa seppure, come visto nell'esempio precedente, potrebbero ricorrere ipotesi in cui sia possibile considerarlo coimputabile.

7.2) Superamento involontario (altri casi di colpa, dolo, eventi accidentali)

Esistono ipotesi in cui, pur senza voler superare i limiti del consenso o dell'ordinamento, si possono causare delle lesioni al sottomesso. Ci si riferisce ai casi in cui i comportamenti posti in essere, tipicamente ma non solo dal soggetto dominante, possono comportare lesioni gravi o gravissime se non addirittura la morte.

Il consenso dell'avente diritto comporta l'accettazione dei rischi normalmente connessi a certe pratiche purché svolte con la cura, la perizia, la diligenza e la prudenza necessarie a garantire un elevato margine di sicurezza, ovvero a garantire una bassa probabilità che non si verificano lesioni o danni diversi da quelli direttamente annessi o connessi alle pratiche stesse.

Quindi, il dominante ben può sottoporre il sottomesso a pratiche che comportano certi rischi ma deve sapere che spetta a lui far sì che il tutto si svolga con il massimo grado di sicurezza possibile.

Alla stessa pena soggiace chi commette il fatto mediante comunicazione telegrafica o telefonica, o con scritti o disegni, diretti alla persona offesa.

La pena è della reclusione fino ad un anno o della multa fino ad euro 1.032, se l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato.

Le pene sono aumentate qualora l'offesa sia commessa in presenza di più persone.

²² Art. 527 C.P. Atti osceni

Chiunque, in luogo pubblico o aperto o esposto al pubblico, compie atti osceni è punito con la reclusione da tre mesi a tre anni.

La pena è aumentata da un terzo alla metà se il fatto è commesso all'interno o nelle immediate vicinanze di luoghi abitualmente frequentati da minori e se da ciò deriva il pericolo che essi vi assistano.

Se il fatto avviene per colpa, si applica la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 51 a euro 309.

Questo obbligo, però, spetta in parte anche al **sottomesso** il quale **ha non solo il diritto ma anche il dovere di interrompere il gioco nel momento in cui si rendesse conto che il dominante si sta cimentando in una pratica potenzialmente pericolosa senza alcun aiuto né esperienza oppure non vi siano le condizioni minime di sicurezza imposte anche dal solo buon senso.**

Pertanto, **la ricerca del massimo grado di sicurezza possibile è un obbligo che incombe su tutti i partecipanti e non è scusabile l'atteggiamento o il comportamento di un sottomesso che omette di fornire informazioni importanti** (ad esempio eventuali patologie preesistenti) **o che non revoca il consenso in caso di condizioni di sicurezza inaccettabili.**

7.2.1) Danni derivanti da comportamento colposo

Come è stato già puntualizzato, il consenso dell'avente diritto non libera il dominante dall'obbligo di usare perizia, coscienziosità, cautele e precauzioni commisurate direttamente alla pericolosità della pratica cosicché dalla stessa non possano derivare danni o lesioni diverse da quelle per le quali il sottomesso ha espresso validamente il proprio consenso.

Al dominante potrebbe essere imputato un reato colposo ogni volta in cui l'evento lesivo si sia verificato senza la sua volontà.

Assenza di volontà dell'evento lesivo non significa che lo stesso non potesse essere previsto, ma che in tale ipotesi il dominante abbia ritenuto che le precauzioni prese, la propria prudenza o le proprie capacità fossero sufficienti per scongiurare che si potesse verificare.

In questo senso, il dominante risponderà a titolo di **negligenza colposa** di tutti i danni causati dal non aver preso tutte le precauzioni necessarie, mentre risponderà di **colpa dovuta a imprudenza** in tutte le ipotesi in cui il danno sia stato causato dall'esecuzione di una pratica senza osservare le regole della sua buona esecuzione. Infine, nelle ipotesi di **colpa per imperizia** ricadono tutti i casi di negligenza o imprudenza relativamente allo svolgimento di pratiche che, per loro stessa natura, richiedono abilità o conoscenze molto particolari.

E' importante, infine, osservare che **nell'ipotesi di responsabilità per colpa rientra anche quella in cui il dominante abbia posto in essere una pratica nella errata convinzione di avere un valido consenso dell'avente diritto.**

7.2.2) Danni derivanti da altre ipotesi di dolo

Oltre a quanto chiarito nel paragrafo 6.1 con riferimento alle ipotesi in cui il dominante abbia ecceduto rispetto al consenso dell'avente diritto o ai limiti concessi dall'ordinamento, è possibile che lo stesso sia chiamato a rispondere a titolo di dolo anche in relazione ad altre ipotesi.

Infatti, ricadono nel **dolo eventuale tutti i casi in cui il dominante, nel mettere in atto una pratica, era a conoscenza del pericolo insito nella stessa e dell'impossibilità di ridurre i rischi o di portarli entro limiti consentiti ma, ciò nonostante, abbia comunque deciso di porla in atto.**

Vi è una netta differenza fra questa ipotesi e quella prevista nel sottoparagrafo precedente: la colpa si verifica quando il dominante è convinto che quanto ha fatto o farà sarà sufficiente ad eliminare o rendere molto remoto il rischio che l'evento lesivo si realizzi; invece, nel caso del dolo eventuale, sa che non potrà ridurre il rischio e, pertanto, lo accetta.

7.2.3) Patologie preesistenti

La necessità di tenere in debita considerazione eventuali patologie preesistenti è stata già richiamata quando si è parlato dell'informazione e della specificità del consenso. E' importante che ognuno conosca la salute psicofisica dell'altro il che comprende anche preesistenti malattie di tutti i generi, dai disturbi cardiocircolatori ad eventuali fobie.

Quando a causa di una malattia preesistente si verifichi una lesione dell'integrità fisica o della salute dell'altra persona, possono ricorrere più ipotesi, spesso molto simili ma i cui effetti giuridici differiscono notevolmente in base a cosa sapeva il dominante ed a come si è comportato di conseguenza.

7.2.2.1) Patologia sconosciuta

Tale ipotesi si verifica quando il soggetto dominante non è stato informato dell'esistenza di una patologia, sia nel caso in cui la stessa era sconosciuta anche al dominato, sia nel caso in cui sia stata appositamente taciuta.

In questa ipotesi, **qualora si verifichi un danno al sottomesso, il dominante non potrà generalmente esserne ritenuto responsabile**. La non responsabilità può fondarsi su due distinte ipotesi ovvero, da un lato, la mancanza di un nesso di causalità fra le pratiche e il danno e, dall'altro, la rilevanza del caso fortuito.

Secondo l'Art. 41 C.P.²³ secondo comma, si può escludere ogni responsabilità del soggetto dominante quando le cause sopravvenute sono state sufficienti da sole a determinare l'evento.

Altrimenti detto, il dominante non sarà responsabile, per mancanza del nesso di causalità, quando le pratiche a cui ha sottoposto il dominato non abbiano nessuna relazione con l'insorgenza della malattia che, da sola, giustifica il danno. In questo caso non ricorre neppure l'ipotesi prevista dalla seconda parte del secondo comma di detto articolo poiché l'azione o omissione precedente, come abbiamo già detto, rientra pienamente fra i fatti leciti per via del consenso dell'avente diritto.

Un esempio concreto può aiutare a comprendere questa ipotesi. Immaginando che un sottomesso, durante un incontro di gioco di qualche ora, sia stato usato come mobilio umano, sgattero, donna delle pulizie e quant'altro, ma non sia stato percosso né affaticato oltremodo, allora un'eventuale arresto cardiocircolatorio sarebbe da considerarsi una causa totalmente indipendente e sufficiente da sola a giustificare il danno successivo, fosse anche la morte. Ovviamente, in tale ipotesi il dominante dovrà comunque prestarsi a dare tutto il soccorso necessario onde non ricadere nell'ipotesi di commissione del reato di omissione di soccorso.

²³ Art. 41 C.P. Concorso di cause

Il concorso di cause preesistenti o simultanee o sopravvenute, anche se indipendenti dall'azione od omissione del colpevole, non esclude il rapporto di causalità fra l'azione od omissione e l'evento.

Le cause sopravvenute escludono il rapporto di causalità quando sono state da sole sufficienti a determinare l'evento. In tal caso, se l'azione od omissione precedentemente commessa costituisce per sé un reato, si applica la pena per questo stabilita.

Le disposizioni precedenti si applicano anche quando la causa preesistente o simultanea o sopravvenuta consiste nel fatto illecito altrui.

Nella seconda ipotesi l'azione o l'omissione del soggetto dominante ha invece concorso, unitamente all'insorgere della patologia, a causare l'evento lesivo. Questo è il caso, ad esempio, di un sottomesso che venga mummificato e, durante tale pratica, abbia una crisi cardiocircolatoria senza che il dominante possa prestare i soccorsi in tempo per quanto abbia fatto tutto il possibile per liberarlo dalle eventuali costrizioni.,

E' ovvio che in questa ipotesi la pratica lecita consistente nella mummificazione è stata una concausa dell'evento dannoso, comportando così una corresponsabilità del dominante.

In tal caso opera però la previsione dell'Art. 45 C.P.²⁴, ovvero il caso fortuito. Infatti, benché l'evento dannoso sia stato causato anche dal comportamento del dominante, lo stesso, non essendo a conoscenza del possibile insorgere della patologia, non può essere ritenuto responsabile del danno causato.

In entrambi i casi in esame il soggetto agente, ovvero il dominante, non potrebbe essere ritenuto responsabile, in un caso per il concorso di cause e nell'altro per il caso fortuito, perché l'evento era imprevedibile e lui ha comunque fatto ogni cosa in suo potere per provare a scongiurare dei danni. Però, è bene sottolinearlo, **affinché non sia imputabile di altri reati è necessario che il dominante non si sia reso colpevole di altre negligenze o imperizie senza le quali ben sarebbe stato possibile provare ad evitare o a mitigare gli effetti dell'evento dannoso.**

7.2.2.2) Patologia conosciuta o conoscibile

La seconda ipotesi è quella in cui il sottomesso abbia informato il dominante di essere afflitto da una certa patologia oppure la stessa sia stata già conosciuta o avrebbe dovuto essere riconosciuta facilmente dal dominante.

Questa ipotesi differisce sensibilmente dalla precedente poiché **il dominante è a conoscenza del potenziale rischio che si verifichi un episodio patologico durante una pratica e pur tuttavia decide di proseguire.**

Nella malaugurata ipotesi in cui ciò si verifichi, il dominante sarà chiamato a rispondere penalmente delle lesioni, del danno o della morte del sottomesso secondo quanto previsto dal Codice Penale. E' però assolutamente importante stabilire la sua condizione mentale al fine di stabilire se l'evento gli sia imputabile a titolo di dolo o di colpa.

Si parlerà pertanto di una responsabilità per colpa incosciente se non ha riconosciuto la patologia pur potendolo fare o, pur avendola riconosciuta, abbia ritenuto che un eventuale episodio non sarebbe stato in grado di causare un danno mentre sottoponeva l'altro ad una certa pratica.

Gli sarà invece imputata una colpa cosciente se, pur sapendo dell'esistenza della patologia, ha ritenuto che grazie alle sue capacità, alla sua esperienza ed alle precauzioni prese, non ci sarebbe stato alcun danno all'altra persona.

Risponderà, infine, di dolo eventuale qualora sia stato conscio dell'elevata probabilità di un episodio patologico e delle sue possibili conseguenze ma abbia comunque scelto di accettare tale rischio.

²⁴ Art. 45 C.P. Caso fortuito o forza maggiore.

Non è punibile chi ha commesso il fatto per caso fortuito o per forza maggiore.

Pertanto, in tutte queste ipotesi, **il soggetto dominante sarà comunque ritenuto penalmente responsabile dei danni arrecati al sottomesso, mentre rimarrà da stabilire se tali danni sono da imputarsi a titolo di colpa o di dolo, come ovvi riflessi circa l'eventuale pena.**

Anche per questa ragione è assolutamente indispensabile che i soggetti coinvolti stabiliscano una linea di dialogo e si confrontino **prima** di iniziare qualunque pratica. Inoltre, è un preciso dovere morale nonché un interesse del sottomesso informare il dominante di qualsiasi malattia pregressa che possa ripresentarsi durante certe pratiche così che il dominante possa decidere se accettare o no il rischio ed eventualmente essere preparato ad intervenire qualora necessario.

7.2.4) Danni accidentali

Un'ultima e residuale ipotesi riguarda i **danni accidentali**, ovvero quelli **derivanti da un evento totalmente imprevedibile o comunque non imputabili né per colpa né per dolo al dominante.**

In queste ipotesi, nessuna responsabilità è attribuibile al dominante poiché l'imprevedibilità dell'evento o la responsabilità altrui escludono la sua. A parte i casi realmente molto rari, come il verificarsi di un evento naturale più o meno catastrofico, altri esempi potrebbero essere materiali o attrezzature che presentino difetti o difformità non immediatamente riscontrabili che per tale ragione procurino un danno piuttosto che l'interferenza di una terza persona.

E' bene qui sottolineare che il cosciente utilizzo di materiali che si sanno essere difettosi non esonera il dominante dalla proprie responsabilità in quanto egli avrebbe dovuto ben immaginarsi che il difetto riscontrato avrebbe potuto portare ad un evento nefasto.

In questo caso il dominante sarebbe imputabile del reato a titolo di colpa cosciente o incosciente o di dolo eventuale, esattamente come spiegato nel paragrafo precedente parlando dell'ipotesi di una malattia conosciuta o conoscibile.

Lo stesso discorso può farsi anche relativamente all'intromissione di un terzo. Soprattutto se il sottomesso è impossibilitato a reagire, è responsabilità del dominante evitare che una persona si intrometta. Qualora ciò avvenga, egli deve dimostrare di non aver accettato l'intromissione e, anzi, di aver cercato di dissuadere il terzo dal porre in essere eventuali azioni. In tal caso il dominante non potrà essere ritenuto responsabile di eventuali illeciti compiuti dal terzo.

Ovviamente, qualora l'evento lesivo fosse riconducibile alla responsabilità di un terzo, quest'ultimo potrebbe essere chiamato a risponderne nelle opportune sedi giudiziarie (civili o penali) in base al tipo di responsabilità attribuibile.

8) Conclusioni

Questo articolo è nato dall'idea di condensare in poche pagine i concetti principali del rapporto fra l'ordinamento giuridico e il BDSM con la finalità non tanto di rendere tutti coscienti delle implicazioni di ciò che facciamo, quanto di risvegliare in tutti noi la dovuta attenzione e la curiosità di approfondire questo tema importante e delicato.

Giunti al termine non possiamo che constatare che le poche pagine sono diventate molte perché, man mano che ci si documentava, è risultato evidente che un lavoro simile sarebbe molto diverso da quello elaborato da tanti altri sulla scorta di alcuni fatti di cronaca che hanno toccato profondamente alcuni di noi.

Ecco allora che si è sentita l'esigenza di fare qualcosa di diverso, diverso nella finalità e quindi anche nella forma. Il fine è quindi diventato quello di dare un quadro abbastanza completo e comprensibile – senza pretesa di verità assoluta - delle possibili implicazioni legali di quello che facciamo a chiunque pratici già o si stia avvicinando ora al BDSM. E' subito risultato chiaro che questo avrebbe anche comportato affrontare argomenti realmente ostici come la disponibilità di un diritto o le caratteristiche di un reato, quindi si è cercato di usare ove possibile un linguaggio facile ed immediato nonché di arricchire il testo con esempi pratici che ne facilitassero la comprensione.

Se si è riusciti nell'intento lo dirà solo il tempo e il *feedback* dei lettori con cui ci si scusa sin da ora per eventuali errori o omissioni, assicurandoli che sono stati fatti in assoluta buona fede.

Ribadendo che quanto scritto in questo articolo non ha pretesa di essere o valere come verità assoluta e che sicuramente si possono muovere centinaia di obiezioni alle idee espresse, si può comunque affermare che alcuni punti chiave non sono in discussione.

Nel nostro ordinamento giuridico il diritto alla sessualità gode di assoluta protezione sia da parte del legislatore, sia da parte dei giudici. Entrambi, infatti, in modi e tempi diversi hanno affermato che questo **è un diritto inviolabile dell'individuo** in quanto è innegabile che tanto la salute psicofisica quanto la realizzazione della persona richiedano la possibilità di vivere consapevolmente e liberamente la propria sessualità.

Per tali ragioni l'ordinamento giuridico nel suo complesso riconosce al diritto alla sessualità un ruolo tanto fondamentale da consentire e proteggere anche una sessualità alternativa o generalmente non condivisa quale è la nostra.

Nel fare ciò l'ordinamento stabilisce però dei limiti, primo fra tutti il consenso fra le parti. Si è visto che proprio **il consenso è il punto focale** del discorso **poiché**, come affermato dalla Suprema Corte di Cassazione nella più volte citata sentenza del 1998²⁵, **quando il consenso viene validamente ed efficacemente prestato, ci è concesso compiere molti atti che altrimenti sarebbero qualificati come reati** e sarebbero puniti anche piuttosto severamente.

Questo non significa che si è autorizzati a prestare meno attenzione a quello che si fa perché si è scoperto che è lecito. Al contrario, **proprio perché quanto facciamo è lecito solamente se si**

²⁵ Corte di Cassazione, I Sezione Penale, sentenza 9236 del 16/06/1998

realizzano una serie di condizioni, è necessario prestare particolare attenzione alla presenza di tutte tali condizioni.

Seppure si sia parlato quasi esclusivamente di responsabilità del dominante, ciò non toglie che per fare certe cose bisogna essere almeno in due, quindi anche l'altra o le altre parti coinvolte hanno dei doveri in tal senso. **I sottomessi hanno il dovere di scegliere accuratamente le persone a cui accordare il proprio consenso ed a quali condizioni, perché sono essi stessi i primi responsabili della propria salute.** Non si può pretendere di essere scusati, capiti o compresi quando ci si è messi volontariamente nelle mani di un dominante idiota, incapace o superficiale né si può pretendere di essere compresi o compatiti quando da ciò ne sia scaturita una brutta esperienza.

Tutti, di qualunque sesso o ruolo, dovrebbero ricordarsi che **essere o definirsi dominante non implica alcun tipo di infallibilità** esattamente come anni o decenni di (spesso millantata) esperienza non sono una garanzia sufficiente per affidare la propria salute e, spesso, la propria vita nelle mani di una persona per lo più sconosciuta.

Ancora, **qualunque persona di qualunque ruolo ha il dovere verso di sé e verso gli altri di informarsi, di chiedere spiegazioni, di imparare da chi ne sa di più e, in definitiva, di confrontarsi.** Allo stesso tempo, **la diffusione delle conoscenze acquisite è un dovere morale perché la condivisione ed il confronto sono gli strumenti attraverso i quali qualsiasi comunità può evolversi.** Come è stato detto ampiamente, una delle condizioni necessarie per un consenso valido è che la persona che lo dà sia correttamente informata degli eventuali rischi. Orbene, tale obbligo è sicuramente importante per i soggetti dominanti ma è ancora più importante per coloro che quel consenso lo devono prestare poiché devono sapere a cosa potrebbero andare incontro.

Si usa spesso dire che la legge non perdona l'ignoranza. Per chi vive questo tipo di sessualità alternativa, anormale, strana, bizzarra o come vogliamo definirla, tale regola vale doppiamente in quanto **non è concesso né ignorare i limiti posti dalla legge né i rischi a cui possiamo esporre noi stessi e gli altri.**

Come si è detto, questo articolo non pretende di condensare in una trentina di pagine "la Verità" e, sicuramente, qualche errore sarà stato commesso, qualche obiezione avrà fondamento. Quello che è importante è far passare il messaggio che viviamo in una zona piena di ombre e sta a noi, grazie alla nostra intelligenza, alla nostra voglia di confrontarci, riuscire a fare luce almeno sui punti fondamentali.

9) Ringraziamenti

Ringrazio F. sia per avermi concesso di usare alcune sue bellissime immagini che hanno reso molto più gradevole la lettura di queste pagine, sia perché molte riflessioni qui contenute sono state frutto di un confronto continuo con lei. Infine, grazie per aver fatto anche da correttrice di bozze. Sei una persona speciale sotto tutti i punti di vista e lo rimarrai per sempre.

D. è stata la prima persona che mi ha chiesto di scrivere un articolo in cui prendere in considerazione il rapporto fra il BDSM e il diritto. Probabilmente si aspettava le mie solite due o tre paginette, quindi spero non ne abbia a male se me ne è uscita qualcuna di più. Sei un'Amica preziosa e ti voglio bene.

Non possono non ringraziare R. che, a seguito di un mio intervento nella sua community, mi ha chiesto se era possibile estrarne un articolo e poi si è anche prodigata nel trovarmi le ultime informazioni sul DSM-IV-TR e sul DSM-V. Purtroppo l'articolo è venuto un po' lunghetto ma spero lo pubblicherà comunque. Grazie per l'opportunità e sappi che i tuoi disegni mi sono sempre piaciuti.

Grazie, a T. e P. che hanno avuto il tempo e la pazienza di leggere con attento occhio tecnico questo articolo e farmi notare errori che mi erano sfuggiti, concetti spiegati non sufficientemente bene ed approssimazioni troppo spinte. Ad entrambi i miei ringraziamenti per il prezioso contributo e la mia stima.

Ultimo ma non meno importante, grazie anche a S. Da un lato, uno scambio di battute con lui mi ha dato diversi spunti e, dall'altro ha avuto la santa pazienza di leggere l'articolo e segnalarmi tutti i termini e le espressioni difficilmente comprensibili. Sono in debito, pago da bere!

Un grazie speciale, e in rigoroso ordine alfabetico, alle community ed ai siti che ospiteranno la pubblicazione di questo scritto:

Alcova	http://www.alcova.biz
Bacarosadico.com	http://www.bacarosadico.com
Legami.org	http://www.legami.org

Appendice

F.A.Q. (Frequently Asked Questions)

D.: Cos'è un contratto di schiavitù? Ha qualche valore?

R.: Un contratto di schiavitù è un accordo in base al quale una persona decide di sottomettersi al volere di un'altra ponendo eventuali condizioni, ad esempio quali pratiche sono ammesse e quali no.

Secondo il diritto è un **contratto nullo** in quanto dispone di diritti, quello alla libertà, alla sessualità, etc., non negoziabili (cioè che non possono essere oggetto di un contratto) e solo parzialmente disponibili. Inoltre **non ha un reale valore nemmeno ai sensi dell'Art. 50 C.P.** (consenso dell'avente diritto) al fine di sottoporre una persona a determinate pratiche poiché, come si è spiegato, il consenso deve perdurare per tutto l'evento lesivo del diritto e non basta che ci sia stato solo prima.

Potrebbe invece avere un limitato valore probatorio in sede di giudizio poiché potrebbe dimostrare che fra le persone coinvolte esisteva effettivamente un determinato tipo di rapporto in un certo momento e, quindi, certi fatti andrebbero inquadrati in quel contesto (fermo restando che per i singoli atti successivi deve sempre esserci un consenso preciso).

Allo stesso modo, se in tale accordo fossero state stabilite una *safeword* o un *safesignal*, questo potrebbe essere utile per dimostrare che il sottomesso aveva un modo chiaro, preciso ed univoco per revocare il consenso in ogni momento.

D.: Poniamo di aver conosciuto online una persona con cui si siano fatti certi discorsi, magari espliciti o inerenti fantasie dell'uno o dell'altro. Quando la si incontrasse sarebbe lecito presupporre il suo consenso?

R.: Assolutamente no. **Il consenso non può essere presupposto** in quanto va sempre effettivamente prestato, indipendentemente dalla forma. In questo senso, anche la frase "Sì, voglio farmi frustare da te" scritta due ore prima non ha valore di consenso ai sensi dell'Art. 50 C.P. poiché il consenso deve sempre essere attuale, cioè presente nel momento della lesione del diritto.

Allo stesso tempo **non è necessario che il consenso sia espresso né oralmente né per iscritto**, poiché può essere validamente concesso anche tacitamente o per mezzo di un fatto concludente. Nel primo caso basterà che la persona non dichiari apertamente di opporsi alla lesione del suo diritto mentre nel secondo è richiesto che la stessa cooperi alla lesione. Quindi, ipoteticamente parlando, se dicessimo ad una persona "ora ti legherò/frusterò/etc." potremmo presumere il suo consenso se lei fosse nelle condizioni di poterlo negare (quindi di poter parlare o comunicare per mezzo di gesti dal significato univoco) ma non lo facesse. Lo stesso dicasi nel caso in cui la stessa persona cooperasse al fine di essere sottoposta ad una certa pratica, come nel caso del sottomesso che segue le indicazioni del rigger (bondager) mentre questo lo lega.

D.: Ho avuto un incontro o una relazione con una persona. Abbiamo giocato una o più volte ed è andato tutto bene perché ci siamo divertiti entrambi e non ha superato i limiti concordati. Successivamente quella persona mi ha fatto un torto così grande che mi sono pentito di aver prestato il consenso. Posso denunciarlo per percosse, lesioni, sequestro di persona, etc.?

R.: La denuncia, o meglio, la querela è l'atto con cui una parte, che ritiene siano stati lesi i suoi diritti, chiede all'autorità giudiziaria di procedere nei confronti del soggetto che li ha lesi. In questo senso è sempre possibile proporre una querela purché si sia consci dei rischi annessi.

In questo caso, poiché chi propone la querela aveva prestato il proprio consenso ex Art. 50 C.P. a pratiche consistenti in percosse, lesioni, limitazioni della libertà o rapporti sessuali di varia natura, tali fatti non costituiscono un reato.

Quindi, se nella querela si dichiarasse che non vi era consenso solo perché successivamente ci si è pentiti, si configurerebbe il reato di calunnia previsto dall'Art. 368 C.P. e punito con la reclusione da 2 a 6 anni.

D.: Durante alcuni incontri di gioco sono stato oggetto di fotografie e riprese video. La persona che le ha fatte può diffonderle senza il mio permesso? Nel caso in cui mi minacciasse di diffonderle se non acconsentissi a qualcosa come posso difendermi?

R.: La diffusione di tale materiale senza il preventivo ed esplicito consenso delle persone ritratte costituisce una violazione, fra gli altri, del diritto alla privacy con abbastanza ovvie implicazioni anche penali.

Questa situazione si aggrava ulteriormente nel caso in cui si minacci la diffusione di tale materiale al fine di ottenere qualcosa, non necessariamente denaro. In questo caso si integrano tutti i presupposti del reato di estorsione previsto dall'Art. 629 C.P. e punito con la reclusione da 5 a 10 anni.

Il reato di estorsione è procedibile d'ufficio, quindi senza querela di parte, ma è oggettivamente difficile che gli organi competenti possano procedere senza aver notizia del reato, quindi la querela di parte è comunque necessaria.

D.: Esistono pratiche del BDSM espressamente vietate dalla legge?

R.: In linea di principio le pratiche espressamente vietate sono veramente poche. Anche la segregazione di una persona, che integrerebbe il reato di sequestro di persona, può considerarsi lecita se avviene con il consenso della persona stessa, solo per il periodo necessario e senza che ne derivino una limitazione permanente dei propri diritti e/o danni psicofisici permanenti o invalidanti, etc.

Un insieme di pratiche che si può ritenere generalmente vietato dalla legge sono, invece, le mutilazioni (ma non necessariamente tutte le pratiche di *body modification*).