

GRUPPO DI LAVORO SUI REATI IN MATERIA SESSUALE

Il gruppo di lavoro, coordinato dal prof. Sergio Seminara, è costituito dai prof. Giuliano Balbi, Marta Bertolino, Alberto Cadoppi. Al lavoro del gruppo hanno peraltro partecipato anche le dott.sse Malaica Bianchi, Università di Parma, Sofia Braschi, Università di Pavia, Lara Ferla, Università Cattolica del S. Cuore di Milano.

La presente relazione, per quanto riguarda la Parte I, è il risultato di un'opera di coordinamento e di integrazione delle relazioni parziali dei componenti del gruppo, prof. Balbi, Bertolino, Cadoppi, realizzata da Marta Bertolino.

Alla dott.ssa Lara Ferla si deve il lavoro relativo ai reati di prostituzione minorile e al trattamento sanzionatorio; alla dott.ssa Malaica Bianchi lo studio delle fattispecie di pornografia minorile con particolare riferimento al fenomeno del sexting (Parte II).

La parte relativa alla tutela del pudore con riferimento agli artt. 527, 528 e 529 c.p. (Parte II) è opera della dott.ssa Sofia Braschi.

VERSO LA RIFORMA DEI REATI SESSUALI

PARTE I: I REATI *STRICTO SENSU* SESSUALI

Sommario: Sezione I: 1. Premessa. - 2. La collocazione sistematica. - 3. Sulla fattispecie unificata di violenza sessuale (art. 609 *bis*). - 4. Modalità di realizzazione della condotta tipica. - 4.1 Altre modalità costrittive: abuso e induzione. - 4.2 Questioni di aggravanti. - 5. La violenza sessuale di gruppo. Sezione II: - 1. Inquadramento sistematico delle aggressioni sessuali verso minori. - 2. Atti sessuali con minorenne. - 3. Corruzione di minorenne. - 4. Ignoranza dell'età della persona offesa. - 5. Comunicazione al tribunale per i minorenni. - 6. Adescamento di minorenni.

PARTE II: I REATI *LATO SENSU* SESSUALI

Sommario: Sezione I. I reati sessuali e a sfondo sessuale nei confronti dei minori: 1. Prostituzione minorile (art. 600 *bis* c.p.). - 2. Iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile (art. 600 *quinquies* c.p.). - 3. Confisca (art. 600 *septies* c.p.). - 4. Circo- stanza attenuante (art. 600 *septies.1* c.p.). - 5. Pene accessorie (art. 602 *septies.2*). - 6. Le cir- costanze aggravanti (art. 602 *ter* c.p.). - 7. Fatto commesso all'estero (art. 604 c.p.). Sezione II: I principali aspetti critici dei delitti di pornografia minorile e prime riflessioni sulla disci- plina del *sexting*: 1. I delitti di pornografia minorile (artt. 600-*ter*, 600-*quater*, 600-*quater.1* c.p.): questioni problematiche. - 1.1. Il delitto di “produzione di pornografia minorile” e il re- quisito “non scritto” del pericolo concreto di diffusione del materiale (art. 600-*ter*, comma 1, c.p.). - 1.2. Il rinvio al “materiale di cui al primo comma” contenuto nelle fattispecie discipli- nate all'art. 600-*ter*, commi 2, 3 e 4, c.p. - 1.3. Detenzione di pornografia minorile (art. 600- *quater* c.p.). - 1.4. L'incriminazione della pornografia minorile virtuale (art. 600-*quater.1* c.p.). - 2. Disciplina del *sexting* e cenni comparatistici.

PARTE III: LA TUTELA PENALE DEL PUDORE

Sommario: 1. Introduzione. - 2. Profili problematici delle attuali fattispecie a tutela del pudore. - 3. Analisi comparata. - 3.1. Il sistema tedesco. - 3.2. Il sistema francese. - 3.3. Il si- stema spagnolo. - 3.4. Il sistema portoghese. - 4. Prospettive di riforma. - 4.1. La fattispecie di atti osceni. - 4.2. La fattispecie di pubblicazioni e spettacoli osceni.

PARTE I I REATI *STRICTO SENSU* SESSUALI

Sezione I

SOMMARIO: - 1. Premessa. - 2. La collocazione sistematica. - 3. Sulla fattispecie unificata di violenza sessuale (art. 609 *bis*). - 4. Modalità di realizzazione della condotta tipica. - 4.1 Altre modalità costrittive: abuso e induzione. - 4.2 Questioni di aggravanti. - 5. La violenza sessuale di gruppo.

1. Premessa.

La materia dei reati sessuali o a sfondo sessuale storicamente trova una matrice comune. Si tratta di reati che affondano le loro radici nella tutela della moralità pubblica o il buon costume.

Il buon costume e la moralità pubblica, d'altronde, come è noto, si risolvono nello stesso buon costume sessuale e morale pubblica sessuale.

Se è così, si nota uno stretto collegamento storico fra la tutela della moralità pubblica (e dei reati sessuali in essa inquadrabili) e il moralismo giuridico. Infatti, i reati in questione, storicamente, si reggono quasi esclusivamente sulla immoralità (sul piano sessuale) delle condotte che li costituiscono. Un moralismo che, sempre sotto un profilo storico, è di stampo paternalistico. Invero, in materia il legislatore imponeva o vietava ai singoli determinati comportamenti spesso a prescindere o senza dare adeguato peso al consenso individuale.

Il Titolo IX del codice Rocco ha rappresentato il “canto del cigno” di questa visione del mondo e del diritto penale. Nel suddetto titolo convivevano reati che oggi vediamo sotto luci diverse. Dai “reati sessuali” *tout court* (artt. 519-526), che si collocavano in un Capo dal titolo “dei delitti contro la libertà sessuale”, ossimorico rispetto al nome del Titolo IX (come poteva coesistere una tutela della libertà sessuale con una tutela della moralità pubblica?); ai reati di atti e pubblicazioni oscene (artt. 527, 528 e 529), ai reati di prostituzione (artt. 531-536). Ai minori era dedicato sostanzialmente il solo art. 530 (corruzione di minorenni), anch'esso dalla impostazione moralistica.

Dei suddetti reati non è rimasto quasi più nulla, o comunque non nella sede originaria.

I reati sessuali sono trasmigrati già nel 1996 nel titolo dei reati contro la persona; i reati di prostituzione sono usciti dal codice penale, per entrare nella nebulosa abolizionista della legge Merlin del 1958 (e non vi sono neppure rientrati col recentissimo decreto legislativo attuativo della “riserva di codice”). I reati di osceno sono stati quasi del tutto depenalizzati.

La scomparsa del Titolo IX non è stata casuale. Il bene giuridico “moralità pubblica e buon costume” ha perduto via via legittimazione, col progressivo svincolarsi del diritto penale dalla tutela moralistica di beni pubblicistici. Si tratta di un processo che si era avviato, sotto il profilo teorico-filosofico, già con Beccaria (1764), se non prima; ma per trovare adeguata applicazione legislativa aveva impiegato oltre 200 anni. Né si può dire che questo processo sia giunto a compimento. Ancor oggi le contaminazioni tra diritto penale e protezione della morale (o di simili concetti o valori) sono numerose, e alcune di esse da stanare all'interno di settori e fattispecie apparentemente indenni da siffatti inappropriati intrecci, e a più riprese riaffioranti nella più recente legislazione (anche di stampo europeo) e nella giurisprudenza.

Come dovrebbe essere ampiamente condiviso, oggetto della tutela penale non dovrebbero essere la morale o il buon costume come tali, ma, anche in materia sessuale, le persone nella loro libertà di autodeterminazione.

In tale prospettiva di tutela, andrebbero riviste le singole categorie di illeciti al fine di formulare ipotesi *de lege ferenda* in particolare alla luce del principio di *extrema ratio*.

2. La collocazione sistematica.

Relativamente ai reati sessuali *stricto sensu* intesi, se lo spostamento dell'asse della tutela verso la persona e la libertà di autodeterminazione della stessa è avvenuto già nel 1996 con il loro inquadramento nell'ambito dei *Delitti contro la persona*, problematica, per non dire impropria, risulta invece la collocazione di tali delitti all'interno dei *Delitti contro la libertà personale*. È quest'ultimo infatti un ambito sistematico posto a tutela della libertà di movimento, della facoltà di scegliere liberamente il luogo in cui trovarsi, e non della libertà di autodeterminazione, nel cui segno si era invece mossa la riforma del 1996.

Se la libertà di autodeterminazione è già oggetto della successiva sezione codicistica intitolata alla *libertà morale*, occorre domandarsi, però, se le fattispecie di violenza sessuale debbano trovare la loro collocazione all'interno di tale sezione agli artt. 610-*bis* ss.¹, o, diversamente, all'interno di una sezione, se non addirittura di un capo autonomo, come nella maggioranza dei codici penali europei. Primo fra tutti la Germania, il cui StGB ha la sezione XIII dedicata ai delitti contro l'autodeterminazione sessuale. A quest'ultimo bene e alla libertà sessuale si intitola il capitolo V del codice penale portoghese, che disciplina i reati sessuali, a sua volta diviso in due sezioni, la seconda delle quali relativa alle vittime minori. Anche il codice penale spagnolo sistematizza i reati oggetto della presente indagine all'interno di un titolo autonomo, l'VIII, dedicato ai *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*. Il titolo è poi diviso in sei capitoli, di cui il secondo *bis* relativo agli abusi e alle aggressioni sessuali sui minori di anni sedici. Un'apposita sezione (la terza) intitolata alle aggressioni sessuali è prevista anche dal codice penale francese, all'interno del capitolo II, che disciplina gli attentati all'integrità fisica o psichica della persona, del titolo II relativo agli attentati alla persona del libro II, Dei crimini e delitti contro le persone. La sezione terza è poi divisa in paragrafi, fra i quali quello degli attentati alla famiglia e ai minori e quello della messa in pericolo dei minori. Infine la Svizzera, che al titolo 5 del codice penale colloca le infrazioni contro l'integrità sessuale, e il Belgio, che pur prevedendo una collocazione autonoma dei reati sessuali in senso lato nel titolo VII, lo intitola a beni di categoria tradizionali, come l'ordine familiare e la moralità pubblica, con una frammentazione in nove capitoli, di cui il V è dedicato ai reati di *voyeurisme*, di attentati al pudore e di violenza (sessuale)².

La comparazione conferma dunque l'opportunità di una collocazione autonoma delle fattispecie sessuali. Tuttavia, aperta rimane la questione del bene a cui intitolare il raggruppamento, in ragione anche della scelta se organizzare secondo un'autonoma collocazione, pur sempre nell'ambito della stessa sistematizzazione, i reati con vittima minore di età, come è avvenuto in altri codici.

1) Se si opta per la sistematizzazione unitaria, e cioè per un unico bene di categoria, si potrebbe pensare ad una nuova Sezione, prima o dopo quella intitolata alla *libertà morale*, (o, nella prospettiva di una riforma radicale, ad un titolo autonomo dedicato ai delitti contro la sfera sessuale della persona, abrogando del tutto l'attuale Titolo IX, ormai superato e residuale), con le seguenti possibili, alternative, intitolazioni:

- Delitti contro la *libertà sessuale*;
- Delitti contro l'*autodeterminazione sessuale*³;
- Delitti contro l'*integrità/incolumità/inviolabilità sessuale*;
- Delitti contro la *personalità sessuale*.

Anche alla luce del principio della riserva di codice, come è noto di recente codificato, in questa sezione andrebbe collocata anche la disciplina relativa al c. d. diritto penale sessuale in senso

¹ In tal senso all'interno del Gruppo di lavoro si esprime BALBI, che ritiene tale soluzione quella più plausibile.

² Similmente il codice del Lussemburgo.

³ Fra i componenti del Gruppo di lavoro, in questa direzione è la proposta di B. Romano.

lato, e cioè quella relativa alla prostituzione, comprese la prostituzione e la pornografia minorili, come già avviene in alcuni codici penali europei (v. StGB tedesco, Codice penale portoghese), ma non in altri (v. Francia).

2) Se si opta invece per la soluzione differenziata, si dovrebbe organizzare la materia in un nuovo Capo, diviso in tre Sezioni. In questo caso il Capo andrebbe comunque collocato dopo la sezione dedicata alla *libertà morale*, per non rompere la coerenza interna per capi e sezioni della attuale disciplina codicistica.

Il Capo, intitolato o all'*integrità/incolumità/inviolabilità sessuale* oppure alla *personalità sessuale*, andrebbe diviso in tre Sezioni:

I Sezione: Delitti contro la *libertà sessuale* (o delitti di *aggressione sessuale*)

II Sezione: Delitti di attentato alla *integrità sessuale dei minori*⁴

III Sezione: Delitti di *prostituzione e di pornografia e sfruttamento sessuale di minori*.

Si potrebbe prevedere anche una:

IV Sezione: Disposizioni comuni.

3. Sulla fattispecie unificata di violenza sessuale (art. 609 bis).

L'indagine comparata conferma la necessità di rivedere comunque la scelta operata dal legislatore del 1996 di unificazione della violenza carnale e degli atti di libidine violenti in un'unica fattispecie di violenza sessuale, attraverso l'identificazione del comportamento sessuale in quello omnicomprensivo di atti sessuali. Come è noto, infatti, le norme attualmente esistenti sono costruite sulla fattispecie centrale della violenza sessuale. Essa fa perno sulla nozione di atti sessuali, peraltro mai definita dalla legge. Esiste il reato di violenza sessuale di gruppo, ma il fatto tipico è sempre caratterizzato dai medesimi elementi di cui all'art. 609 bis. La giurisprudenza fra l'altro ha esteso il concetto di atti sessuali fino a ricomprendervi il bacio, anche sulla guancia, ed altri comportamenti che pare abbiano poco a che fare con la sfera sessuale, o che comunque non sono paragonabili alla penetrazione sessuale o ad altri atti sessuali *stricto sensu* intesi. Sotto quest'ultimo profilo occorre rilevare che si pone un problema anche in relazione alla violazione del principio di proporzione (con le sue consuete connessioni in tema di ragionevolezza e uguaglianza), dato che, come si è visto, nell'ambito di tipicità della norma *omnibus* convergono fatti muniti di indici di offesa profondamente differenti, taluni gravissimi, tal'altri sgradevoli: dallo stupro violento ai *toccamenti fugaci e repentini*. Se così stanno le cose, quanto mai opportuna già appare la eventuale estensione dell'ambito della punibilità dei fatti minori nei termini di una fattispecie autonoma di molestie sessuali, in accordo però col principio di *extrema ratio*, e con le esigenze di rispetto delle libertà di relazione fra gli individui, e con l'inquadramento del bene giuridico sopra evidenziato.

Insomma, la scelta di abbandonare la dicotomia *violenza carnale/atti di libidine violenti* – peraltro retta da motivazioni sostanzialmente incongrue - e di costruire una fattispecie *omnibus* di violenza sessuale, probabilmente il tratto maggiormente identitario della nostra disciplina, pone diversi problemi. Non tanto, o non soltanto, in termini di opportunità, quanto di legittimità essendo il concetto di *atti sessuali* decisamente indeterminato. Non c'è dubbio, evidentemente, che tra un modello soggettivo – l'atto è sessuale se strumentale a soddisfare la libido del suo autore – e uno oggettivo – è tale se consistente in un contatto *corpore corpori* con una zona erogena -, quest'ultimo sia quello più compatibile con un diritto penale del fatto. Nondimeno, il concetto di zona erogena non è scientificamente delineato in modo rigoroso, e la nostra prassi, soprattutto in tema di tentativo, fa non di rado ricorso al modello soggettivo. Contro tali derive, peraltro, soccorre un altro mo-

⁴ A questo proposito si richiama la soluzione francese, il cui codice accede ad una sistematizzazione differenziata per la fattispecie di atti sessuali consensuali con minorenni. Essa viene collocata nel capo intitolato alle Offese ai minori e alla famiglia, privilegiando così il criterio dell'età anziché quello della natura sessuale dell'atto, cfr. F. MA-CRI', *Verso un nuovo diritto penale sessuale. Diritto vivente, diritto comparato e prospettive di riforma della disciplina dei reati sessuali in Italia*, Firenze, 2010, p. 49.

dello interpretativo, alternativo e ulteriore di atti sessuali, quello che combina il requisito oggettivo del contatto corporeo tra soggetto attivo e soggetto passivo ovvero del coinvolgimento della sfera fisica di quest'ultimo con quello del bene. Con quello cioè della compromissione, anche solo nella forma del pericolo, della libera determinazione della persona offesa nella sfera sessuale. La nozione di atti sessuali finisce così con l'essere individuata secondo un'interpretazione estensiva del concetto, alla luce di una valutazione di ciò che è sessualmente rilevante ai fini penali, che tiene conto di «un approccio interpretativo di tipo sintetico, volto cioè a desumere il significato della violenza sessuale da una valutazione complessiva di tutta la vicenda sottoposta a giudizio»⁵. È, questa, un'impostazione che richiama il modello esplicativo del termine atti sessuali, che si è andato delineando nel dibattito dottrinale, che potremmo definire di tipo relazionale, per il quale la valutazione della natura degli atti va fatta alla luce del contesto interrelazionale fra autore e vittima e non soltanto del tipo di atto sessuale, inteso quale dato naturalistico⁶ o comunque alla luce del «tipo di rapporto» instaurato dall'agente con la vittima, senza abbandonare peraltro un punto di vista strettamente oggettivo da cui considerare la tipicità⁷. Pur con questi correttivi, le incertezze però permangono e sono forse difficilmente superabili se si rimane fedeli all'espressione così ampia e indeterminata di atti sessuali.

La formulazione della condotta tipica nei termini di atti sessuali è d'altra parte una peculiarità del codice penale italiano, che trova solo parzialmente riscontro in altri ordinamenti, la cui disciplina dei reati sessuali è stata più o meno recentemente riformata. È forse nel solo codice penale tedesco che troviamo un tale riscontro, nel senso che anche dopo l'ultima riforma del 2016 ai par. 177 ss. si continua a fare riferimento alla nozione di atti sessuali (*sexuelle Handlungen*). Tuttavia, con la riforma del 2016 si soddisfa l'esigenza di una maggiore determinazione della nozione, introducendo di tali atti una definizione nel nuovo par. 184h (*Begriffsbestimmungen*): sono atti sessuali solo quelli che, nell'ottica del bene protetto, si possono qualificare di una qualche rilevanza (*von einiger Erheblichkeit*). A una maggiore precisazione del concetto concorre anche il fatto che il legislatore tedesco dell'ultima riforma non rinuncia alla distinzione fra atti sessuali penetrativi e atti sessuali che penetrativi non sono. Tale distinzione continua infatti a rilevare anche se al fine di un aggravamento della pena base, rientrando simile ipotesi nei casi di maggior gravità di cui al par. 177, co. 6, n. 1 (stupro). Ma è sempre il legislatore del 2016 a introdurre il nuovo delitto di molestie sessuali, par. 184i, la cui presenza dovrebbe aiutare a meglio delineare quelli che atti sessuali non possono essere, in quanto riconducibili a questa residuale fattispecie di minor gravità.

Diversamente nella maggioranza degli altri codici penali europei, che mantengono già a livello di singola e autonoma fattispecie incriminatrice la distinzione, prevedendo fattispecie di aggressione sessuale con penetrazione (per lo più denominata violenza o stupro) e aggressioni sessuali senza alcun genere di penetrazione. A tale proposito si richiama la disciplina francese, che agli artt. 222-23/26 disciplina la figura criminosa della *Viol* (aggressione con penetrazione, stupro); agli artt. 222-27/31 quella della *autres agressions sexuelles* e agli artt. 222-33 e 33-1 le molestie per scopo sessuale; quella spagnola, che nel capitolo intitolato alle aggressioni sessuali violente e minacciose all'art. 179 contempla l'autonoma e più grave fattispecie di aggressione sessuale con penetrazione⁸, dopo quella generale di attentato alla libertà sessuale dell'art. 178. Ma anche il Belgio, come il Portogallo, accoglie la soluzione differenziata e così l'Inghilterra con il *Sexual Offences Act* del 2003,

⁵ C 2-7-2004, in *Riv. pen.*, 2004, p. 704.

⁶ Seguendo siffatta impostazione, il giudizio circa la condotta tipica dovrebbe svolgersi secondo un'ampia prospettiva, attenta anche all'influenza esercitata dai fattori psicologici e culturali sulla vicenda sessuale da giudicare (cfr. FIANDACA, *La rilevanza penale del «bacio» tra anatomia e cultura*, *F. it.* 98, 508 ss., nota a C 27-4-1998 e C 9-10-1997, il quale precisa trattarsi di «un approccio interpretativo di tipo sintetico, cioè volto a desumere il significato della violenza sessuale...da una «complessiva valutazione di tutta la vicenda» sottoposta a giudizio»;

⁷ I tipi di rapporto» offensivi, infatti, costituirebbero comunque un dato prettamente oggettivo ed esterno all'animo dell'agente (così PICOTTI, *Profili generali di diritto penale sostanziale* in AA.VV., *La violenza sessuale a cinque anni dall'entrata in vigore della legge n. 66/96. Profili giuridici e criminologici*, a cura di CADOPPI, 27 ss.

⁸ Parallelamente, nel capitolo II dedicato agli abusi sessuali, e cioè alle condotte imposte senza violenza o minaccia (v. *postea* nel testo), l'art. 182 prevede l'ipotesi più grave di abuso con penetrazione.

che arriva a distinguere la penetrazione vera e propria da quella realizzata con altre parti del corpo dell'autore o con oggetti. In tutte queste discipline è sempre prevista la fattispecie minore di condotte connotate sessualmente, come toccamenti, molestie, disturbo.

In prospettiva, anche attraverso la comparazione, vi è dunque da considerare se sia più opportuno diversificare la tutela, predisponendo varie tipologie di reati sessuali, di varia forma e gravità, sia con riferimento ai mezzi posti in opera (es. abuso, sorpresa vs. violenza o minaccia, ecc.), sia con riferimento al grado dell'offesa sessuale (es. molestie vs. atti sessuali, penetrativi o meno, ecc). In tale ultima ottica, si può pensare alla previsione di una fattispecie più grave di stupro e una figura meno grave di abuso sessuale, nella quale fare eventualmente confluire condotte attualmente prive di unitaria considerazione e talune molestie sessuali.

Qualora, infine, si volesse mantenere la soluzione indifferenziata di atti sessuali, andrebbe comunque introdotta una norma definitoria, peraltro più precisa di quella del par. 184h StGB, in cui specificare cosa si debba intendere per natura sessuale dell'atto, come già avviene nel *Sexual Offences Act* inglese. In esso non solo si distinguono gli atti penetrativi (sec. 1) da quelli che non lo sono (sec. 3) e alla sec. 77 si dà una definizione di essi, ma alla sec. 79 si offre un criterio in base al quale riconoscere la natura sessuale dell'atto. Come è successo per la definizione di pedopornografia, è ora che anche in questa materia il legislatore italiano si assuma i compiti che il principio di legalità gli impone, anziché delegarli alla giurisprudenza.

4. Modalità di realizzazione della condotta tipica.

Anche per quanto concerne i mezzi con cui l'azione tipica viene condotta, dalla indagine comparata emerge una realtà legislativa diversificata, in particolare quanto a organizzazione sistematica delle possibili molteplici modalità.

Un dato appare però certo: l'orientamento internazionale è sempre più a favore di un'illiceità imperniata sulla mancanza di consenso⁹ e non più tanto sulla natura violenta o minacciosa della condotta. Emblematica in proposito la recente riforma tedesca, che ha introdotto la fattispecie di atti sessuali realizzata <<contro la volontà riconoscibile>> (*gegen den erkennbaren Willen*, par. 177/1). La denominazione di "Atti sessuali dissensuali" introdotta dalla dottrina italiana¹⁰ per questa fattispecie esprime emblematicamente la portata simbolica e innovatrice della nuova previsione, e dovrebbe costituire un modello prezioso per il futuro legislatore italiano. Nella realtà ordinamentale tedesca la nuova figura apre un paragrafo riccamente articolato in una molteplicità di fattispecie in cui si contempla anche l'ipotesi della costrizione ambientale e della costrizione per sorpresa (par. 177, 2, 3). Mentre l'ipotesi della costrizione mediante violenza o minaccia di un pericolo attuale per la vita o l'integrità fisica con la riforma del 2016 slitta all'Abs. 5 del par. 177, come ipotesi aggravata, come aggravate sono anche le condotte di approfittamento di una incapacità della vittima di esprimere la propria volontà per malattia o handicap di cui all'Abs. 4 del par. 177. Mentre di c.d. *Ausnutzungsvariante*¹¹ si occupa anche l'Abs. 2, prevedendo una pena meno grave, là dove l'incapacità non derivi da malattia, ma da condizioni fisiche o psichiche o da condizioni transeunti

Anche in altri ordinamenti si incontra la fattispecie di aggressione sessuale realizzata senza violenza o minaccia, nei termini però per lo più di fattispecie caratterizzata dalla repentinità e/o dalla sorpresa¹², e non tanto di figura criminosa "dissensuale". A questa figura sembrerebbero *prima facie* riconducibili i delitti di abuso sessuale del codice penale spagnolo, che distingue fra costrizione sessuale violenta o minacciosa (v. art. 178 che incrimina gli attentati alla libertà sessuale con vio-

⁹ Su tale requisito si rinvia, per tutti, a M. BERTOLINO, *Libertà sessuale e tutela penale*, Milano, 1993.

¹⁰ F. MACRÌ, *La riforma dei reati sessuali in Germania. Centralità del dissenso e "tolleranza zero" verso le molestie sessuali tra diritto penale simbolico e potenziamento effettivo della tutela della sfera sessuale*, in *Dir. pen. cont.* 24 novembre 2016.

¹¹ V. F. MACRÌ, *La riforma dei reati sessuali in Germania*, cit.; *ID*, *Verso un nuovo diritto penale sessuale*, cit., p. 97

¹² V., ad es., artt. 222-22, 222-23 del codice penale francese.

lenza o minaccia) e quella senza violenza o minaccia e <<senza consenso>>. Quest'ultima integra appunto il delitto di abuso sessuale di cui all'art.181, che punisce gli <<atti di attentato alla libertà sessuale di un'altra persona realizzati senza violenza o minaccia e senza consenso>>. Peraltro, dalla lettura del co. 2 dell'art. 181 emerge che sono da considerare non consensuali gli abusi compiuti su una persona priva di coscienza o inferma di mente o su persona la cui volontà risulta annullata ovvero quando il consenso è ottenuto approfittando della posizione di superiorità dell'autore¹³.

La scelta della riforma tedesca del 2016 rappresenta dunque una significativa e prima svolta ideologica nel panorama europeo di *civil law*, ma non in quello di *common law*. Il riferimento esplicito alla contraria volontà della vittima nella descrizione del fatto illecito è infatti presente nella realtà statutaria di quei paesi di *common law*, che, come l'Inghilterra, già da tempo riconoscono la portata di disvalore della condotta nell'effetto di costrizione, senza pretendere l'eziologia violenta o minacciosa di quest'ultima¹⁴. In questi termini si esprimono le Sec. 1, 2 e 3 del *Sexual Offences Act* del 2003, allorché sanciscono che sussiste il fatto rispettivamente di *rape*, di *assault by penetration*, di *sexual assault*, quando la vittima (B) <<does not consent ...>> e l'autore <<does not reasonably believe that B consents>>. Alla sec. 74 si definisce poi il consenso nei seguenti termini: <<A person consents if he agrees by choice, and has the freedom and capacity to make that choice>>.

Tornando ai Paesi di *civil law*, quello tedesco rimane dunque un modello di disciplina da tenere presente e che già ha fatto da apripista ad altri Paesi europei, come la Svezia, che nel maggio 2018 ha introdotto la nuova fattispecie imperniata sulla mancanza di consenso della vittima di un'offesa di natura sessuale¹⁵. Va tuttavia rilevato come in questi ordinamenti che hanno operato questa scelta si stiano verificando seri problemi di ordine probatorio.

Ma nonostante ciò, occorre concordare con la dottrina maggioritaria italiana che è estremamente critica nei confronti della attuale soluzione ancora a favore della descrizione della condotta tipica in forma vincolata, che pone a carico della vittima un pericoloso, e incongruo, onere di resistenza. È la stessa dottrina che già da tempo chiede che la fattispecie vada modulata sul mero dissenso della vittima, come peraltro accade in ambiti ben meno pregnanti sul piano dell'offesa, come emblematicamente nella violazione di domicilio¹⁶.

Peraltro, se si ritiene corretta la soluzione di inserire in fattispecie precisi indici di costrizione, gli stessi andrebbero comunque integrati. Si pensi all'*inganno* – presente nel sistema francese –, che sul piano prammatico accompagna costantemente alcune tipologie di fattispecie concrete, su tutte quella del ginecologo che faccia credere alla paziente che taluni atti siano strumentali alla visita. O alle modalità insidiose che connotano toccamenti, palpeggiamenti, etc. (ipotesi che, tuttavia, andrebbero più correttamente ricondotte a una specifica fattispecie di molestie).

Questa descrizione più dettagliata delle modalità costrittive, presente d'altra parte in quasi tutti i codici penali, e non solo europei, anche là dove si prevede la fattispecie “dissensuale”, comporta però il rischio di un eccesso di casistica e di parcellizzazione delle fattispecie, come è stato già condivisibilmente osservato a proposito della disciplina codicistica tedesca¹⁷.

Un'implementazione delle opzioni modali avrebbe peraltro il pregio di ricondurre a legalità l'operato della prassi, “indotta” a investire di rilevanza penale ipotesi, a rigore, non tipiche, tramite il ricorso ai – pressoché indifendibili, già sul piano semantico – concetti di violenza impropria o di violenza potenziale.

¹³ Negli stessi termini sembra esprimersi l'art. 375 del codice penale belga, che prevede il crimine *de Viol*, di violenza sessuale realizzata su una persona che non vi consente, e dove si chiarisce al co. 2 dello stesso articolo che non vi è consenso quando l'atto è imposto con violenza, costrizione, minaccia, inganno o è reso possibile per uno stato di infermità o di deficienza fisica o mentale della vittima.

¹⁴ Così anche in Irlanda, dove l'orientamento consensualistico è stato di recente ribadito dal *Criminal Law (Sexual Offences) Act* del 2017, che interviene sulla sec. 9 del *Criminal Law (Rape) (Amendment) Act* del 1990, relativa appunto al consenso, per meglio chiarire, tra l'altro, che: <<A person consents to a sexual act if he or she freely and voluntarily agrees to engage in that act>>. Analogamente il *Criminal Code* del Canada, parte V, sec 153 (2).

¹⁵ Si prevede anche l'ipotesi colposa, nel caso di errore colpevole sul consenso.

¹⁶ V., per tutti, M. BERTOLINO, *Libertà sessuale e tutela penale* cit.

¹⁷ Cfr. F. MACRÌ, *Verso un nuovo diritto penale sessuale*, cit.

4.1 Altre modalità costrittive: abuso e induzione.

Quanto alla modalità dell'*abuso di autorità* (terza alternativa della condotta tipica di cui all'attuale co.1 dell'art. 609 *bis*), si ricorda che esso viene non di rado ricostruito dalla giurisprudenza in termini pubblicistici, il che, per quanto astrattamente coerente con il consueto approccio ermeneutico al concetto di *autorità*, conduce a non riconoscere la tipicità di dinamiche intranee ai rapporti di lavoro di natura privatistica, soluzione che rischia di produrre una grave rarefazione della tutela apprestata alla libertà di autodeterminazione in materia sessuale. Un intervento chiarificatore ad opera del futuro legislatore sarebbe perciò auspicabile, anche se dall'indagine comparata emerge che, là dove è presente la fattispecie di abuso di autorità, quest'ultima è richiamata senza alcuna specificazione circa la sua natura, come ad es. nell'art. 222-24, 5° del Code pénal francese e di quello canadese (v. Parte V, sez. 153.1 (2), relativa alla definizione del non consenso). Mentre lo StGB tedesco prevede una serie articolata e casistica di relazioni di cui si abusa (*Mißbrauch*), fra le quali anche quella derivante da posizione autoritativa e anche di natura privata (v. par. 174, 174a, 174b e 174c).

A riguardo poi delle ipotesi di **violenza sessuale per induzione** di cui al comma 2 dell'art. 609-*bis* c.p., entrambe sono problematiche.

La prima (n. 1) - superando la previgente disciplina che, in nome di una tutela a oltranza dell'infermo ne sanciva la sostanziale intangibilità, finendo in tal modo per negargli totalmente il diritto a vivere la propria sessualità - modula l'illecito sul binomio *abuso delle condizioni di inferiorità/induzione alla commissione di atti sessuali*. L'intenzione del legislatore è apprezzabile, l'esito decisamente meno. Il problema appare attenersi alla necessaria presenza dell'*induzione*, ovvero di una pressione psicologica operata dall'agente sull'infermo. A rigore, non risultano infatti tipiche ipotesi munite di indiscutibile disvalore. Si pensi, ad esempio, a quelle in cui l'iniziativa sia stata presa dall'infermo, a quelle di narcotizzazione insidiosa, ma anche a quella relativa alla commissione di atti sessuali con persona in coma (e qui c'è sia un film di Almodovar, sia specifica giurisprudenza). Peraltro, anche la soluzione di creare ulteriori differenziazioni, come nella disciplina tedesca, dove, in particolare si distingueva fra violenza sessuale su persona che si trova senza protezione, inerme (*das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist*, par. 177, I, 3, ora 177. 5, 1) e quella di abuso su persona incapace di resistere (*widerstandsunfähiger Personen*, par. 179, I, 1) a causa di una malattia, di un disturbo psichico, di un grave disturbo della coscienza o per stato di dipendenza da alcol o sostanze stupefacenti, lasciava insoddisfatti. Risultava infatti problematico in sede di concreta applicazione distinguere le ipotesi in cui la vittima si trovasse in uno stato in cui non era in grado di manifestare una volontà contraria, e dunque abuso (par. 179), da quelle in cui tale volontà era presente e doveva essere vinta dal soggetto attivo, e dunque costrizione (par. 177). Con la riforma del 2016, il par. 179 è stato abrogato e le figure criminose di commissione di atti sessuali su persone in condizioni di inferiorità fisica o psichica o di malattia, come si è visto, sono state ricollocate nell'attuale par. 177 StGB.

La seconda (n. 2) - connotata dall'errore della vittima, ingannata dal colpevole essendosi questi *sostituito ad altra persona* - sconta il suo sapore vagamente romanzesco con l'assoluta implausibilità dell'ipotesi. Cattiva letteratura, pessima scelta incriminatrice. Essa andrebbe perciò abrogata, in quanto anche le ipotesi ben poco frequenti di sostituzione rientrerebbero comunque nell'ipotesi di costrizione mediante inganno, che in una futura riforma andrebbe prevista, come già avviene in altri Paesi, come la Francia. In tale ipotesi vi rientrerebbe comunque anche quella che attualmente la prassi, a fatica, riconduce al co. 2, n. 2 e cioè il caso in cui un soggetto si sia attribuito qualità, qualifiche, ruoli professionali, etc., che non possiede - affermando di essere, ad esempio, un famoso fotografo di moda -, inducendo in tal modo il/la partner ad accogliere le sue *avances*. Come spesso accade, una cattiva norma conduce a una cattiva giurisprudenza. Non c'è dubbio, infatti, che questa soluzione vede fattispecie astratta e fattispecie concreta molto lontane tra loro (qui non c'è, evidentemente, nessuna *sostituzione di persona*).

4.2 Questioni di aggravanti: art. 609 *ter*.

Recenti vicende processuali conclusesi con una condanna degli imputati¹⁸, che è sembrata essere comunque troppo mite, richiamano la nostra attenzione sull'art. 609 *ter* e in particolare sull'aggravante di cui al **n. 2**, l'aver commesso il fatto con l'uso di sostanze alcoliche o stupefacenti. Tali vicende sono state amplificate dalla stampa e dalle esternazioni ideologicamente connotate, ampiamente riportate dai mass media, di personaggi politici, soprattutto donne, di critica della decisione, di cui peraltro non si conoscevano ancora le motivazioni,

Che tale aggravante si applichi nel solo caso in cui sia stato l'agente a porre in stato di incapacità la vittima, come ribadito dalla Cassazione nella decisione richiamata, non si può dubitare, non solo alla luce del dato testuale, ma anche per una fondamentale ragione di coordinamento interno con la fattispecie base di cui all'art. 609 *bis*, co. 2, n. 1. In tale numero si prevede appunto la punizione di colui che approfitti delle condizioni di inferiorità psichica o fisica della vittime, condizioni da lui non create. Non sembra, dunque, che su tale disciplina sia necessario intervenire.

Ciò che si vuole invece proporre alla riflessione è la questione dibattuta se l'aggravante in esame sia applicabile quando, al fine preordinato di abusare sessualmente della vittima, l'agente faccia in modo, attraverso forme subdole di convincimento, che sia la vittima stessa ad assumere, all'apparenza spontaneamente, sostanze alcoliche o stupefacenti che la pongono in uno stato di incapacità. Nessun dubbio che queste forme viziano la volontà di chi le subisce, escludendo la sussistenza di un valido consenso e che, in quanto tali, sono da considerare condotte illecite equiparabili a quella di cui all'aggravante dell'aver commesso il fatto <<con l'uso ... di sostanze alcoliche, ... o stupefacenti>>. Peraltro, un intervento chiarificatore da parte del legislatore della riforma sarebbe forse auspicabile, nel senso di prevedere che <<l'aggravante si applica anche quando il reo induce la vittima ad assumere tali sostanze allo scopo di commettere i reati di cui agli artt. 609 *bis* e 609 *octies*>>.

Alcune considerazioni anche a proposito dell'aggravante di cui al **n. 5**, relativa agli abusi sessuali su minori infradiciottenni ad opera di una cerchia ristretta di soggetti. I destinatari di questa aggravante sono infatti soltanto <<l'ascendente, il genitore anche adottivo, il tutore>>. In una futura riforma tale cerchia andrebbe ampliata a tutti i soggetti indicati nell'art. 609 *quater*, co. 1, n. 2. Ciò non solo per ragioni di coerenza sistematica fra fattispecie che condividono la stessa *ratio* di tutela, e si distinguono invece sul solo fronte della gravità dell'offesa: nel primo caso più grave per la presenza della costrizione, nel secondo meno grave per la sussistenza di un consenso seppure indotto. Ma anche perché appare irragionevole che una fattispecie più grave preveda un minor numero di soggetti attivi rispetto ad una fattispecie meno grave fondata sulla stessa *ratio* di tutela.

Infine, occorre ricordare a proposito dell'aggravante di cui al **n. 5-sexies**, l'aver commesso il fatto con violenze gravi o dal quale deriva al minore, a causa della reiterazione delle condotte, un pregiudizio grave, che la dottrina ritiene che la prima tipologia di condotta riguardi tutte le vittime anche quelle adulte. In una futura riforma forse sarebbe opportuno un testo più preciso sul punto, come sarebbe anche da decidere se mantenere il termine violenze al plurale, con ciò intendendo una condotta tipica reiterata o, invece utilizzare tale espressione al singolare, ritenendo sufficiente ai fini della configurabilità dell'aggravante anche una sola violenza, purché grave in sintonia con la descrizione della condotta tipica dell'art. 609 *bis*. Sembrerebbe peraltro preferibile mantenere ai fini dell'aggravante la previsione della reiterazione, poiché la singola violenza quando grave può già di per sé configurare un reato comune di lesioni o di violenza privata in concorso con quello di violenza sessuale.

¹⁸ V. Cass. 19-1-2018, n. 32462. Le critiche si sono appuntate sul mancato riconoscimento della aggravante dell'uso di sostanze alcoliche nel caso in cui sia la vittima ad assumere tali sostanze volontariamente. In quest'ultima ipotesi, infatti, l'uso volontario, chiarisce giustamente la Corte, <<incide sì sulla valutazione del valido consenso, ma non anche sulla sussistenza dell'aggravante>>.

5. La violenza sessuale di gruppo.

L'ipotesi, introdotta come reato autonomo all'art. 609-*octies* c.p. dal legislatore della riforma del 1996, era tuttavia suscettibile di trattamento severo già in precedenza: alla fattispecie base di violenza carnale, infatti, risultava quasi inevitabile l'applicazione della circostanza aggravante comune della *minorata difesa*; se poi gli agenti – come frequentemente accade – avessero abusato “a turno” della vittima, ciascuno di essi avrebbe dovuto rispondere di violenza carnale continuata, con una pena che a questo punto poteva già arrivare a trenta anni di reclusione; per non parlare di possibili, ulteriori aggravamenti ai sensi dell'art. 112, nn. 1, 2, 3 e 4, c.p.

In effetti, la ragion d'essere dell'introduzione dell'illecito sembrerebbe dunque risiedere non in un vuoto di tutela, ma nelle peculiarità criminologiche che lo connotano: riferibili al fenomeno del “branco”, che amplifica le capacità criminali dei singoli agenti, che non sono qui di regola mossi da pulsioni sessuali; la vittima è un bersaglio occasionale, spersonalizzata fino alla totale reificazione, munita di ben poche possibilità di difesa, esposta a un elevatissimo grado di umiliazione.

L'intrinseca gravità dell'ipotesi spiega la previsione in termini di fattispecie autonoma, a cui il legislatore del 1996 riconosce una portata anche simbolica; il motivo dell'assenza della circostanza attenuante relativa ai *casi di minore gravità*, presente invece sia nell'art. 609-*bis* sia nell'art. 609-*quater*, e anche, infine, la predisposizione di una più elevata cornice sanzionatoria.

Aperto rimane l'interrogativo se queste peculiarità socio-criminologiche della violenza sessuale di gruppo siano di per sé adeguate a giustificare l'autonomia dell'incriminazione. Certo, se la prassi si allontana dal paradigma di riferimento, le cose diventano estremamente problematiche. Si pensi al fatto che sono stati ritenuti responsabili di violenza sessuale di gruppo due bagnanti: il primo aveva bloccato una ragazza, il secondo l'aveva baciata. A questo punto, sulla opportunità dell'incriminazione e sull'assenza dell'attenuante bisogna seriamente interrogarsi, anche con l'aiuto dell'indagine comparata. Da essa emerge che l'orientamento prevalente è a favore di una fattispecie aggravata e non autonoma, come è dato rinvenire nel codice penale francese, artt. 222.24, 6° e 222.28, 4°, ma anche nel codice penale finlandese alla Sezione 2 del Capitolo 20 o ancora in quello spagnolo, art. 180, 2° e nello StGB tedesco al par. 177, 6, 2. Peraltro, in quest'ultimo, la riforma del 2016 introduce al par. 184j la nuova e controversa incriminazione di “atti sessuali per appartenenza a un gruppo”, che comporta la pena della reclusione fino a due anni o la pena pecuniaria, per il solo fatto di far parte del gruppo, quando viene commesso uno dei reati di cui al par. 177 o 184i da un soggetto del gruppo. Dunque una sorta di responsabilità da partecipazione, non alla realizzazione del fatto di reato, ma al gruppo all'interno del quale qualcuno è spinto a commettere il delitto sessuale¹⁹.

Qualora si optasse per il mantenimento della fattispecie a plurisoggettività necessaria, si potrebbe prevedere una fattispecie più grave di stupro di gruppo, e una figura meno grave di abuso sessuale di gruppo, nella quale ultima fare eventualmente confluire condotte attualmente prive di unitaria considerazione e talune molestie sessuali. In ogni caso, sarebbe opportuno già a livello normativo la previsione del numero minimo di correi affinché vi sia un “gruppo”, e la riformulazione dell'attuale circostanza attenuante dell'opera del partecipe di <<minima importanza nella preparazione o esecuzione del reato>> nei termini più precisi di un contributo minimo riferito alla sola fase della realizzazione o esecuzione del fatto, essendo questa la condotta tipica per la configurazione della violenza sessuale di gruppo.

¹⁹ La responsabilità risulta dunque a carico di chiunque <<contribuisca alla commissione di un reato [sessuale] partecipando ad un gruppo di persone il quale induca[letteralmente: spinga/pressioni] un'altra persona alla commissione di un reato [sessuale]>>, a patto che tali condotte non integrino già di per sé un diverso reato più gravemente punito>>, F. MACRÌ, *La riforma dei reati sessuali in Germania*, cit., che parla di <<“partecipazione indiretta” ai reati sessuali>>.

Sezione II

SOMMARIO: 1. Inquadramento sistematico delle aggressioni sessuali verso minori. - 2. Atti sessuali con minorenne. - 3. Corruzione di minorenne. - 4. Ignoranza dell'età della persona offesa. - 5. Comunicazione al tribunale per i minorenni. - 6. Adescamento di minorenni.

1. Inquadramento sistematico delle aggressioni sessuali verso minori.

Come già anticipato, all'interno del titolo o del capo autonomo dedicato ai reati sessuali in senso lato le figure criminose specificamente a tutela del minore potrebbero trovare una sistematizzazione in un capo o in una sezione intitolato espressamente alla tutela della sfera sessuale della persona, come già si è visto avvenire in diversi codici europei²⁰.

Dall'indagine comparata emergono anche utili indicazioni per decidere sulla esatta denominazione del bene di categoria del sottoraggruppamento (in capo o sezione) delle fattispecie a salvaguardia della sfera sessuale del minore. In tale prospettiva andrebbe anche preso in considerazione il reato di incesto, dalla punibilità del quale, se si mantenesse la fattispecie, andrebbero comunque esclusi i soggetti minori di età.

2. Atti sessuali con minorenne.

Quanto al bene oggetto di tutela della fattispecie di cui all'art. 609 *quater*, partendo dal dato incontestabile che la tutela è incentrata ormai chiaramente sulla persona, e in particolare sul corretto sviluppo del minore con riferimento alla sua sessualità, seguendo una soluzione di differenziazione: quando si tratta di un minore di anni quattordici il bene andrebbe ricondotto alla integrità psico-fisica della persona nella sua dimensione sessuale, integrità che un'esperienza precoce potrebbe minare irrimediabilmente. Diversamente nel caso di minore ultraquattordicenne, al quale andrebbe sì riconosciuto il diritto di libertà sessuale, ma il suo esercizio non sarebbe incondizionato, trovando un limite invalicabile nell'esistenza di un rapporto particolarmente qualificato che lega la vittima al soggetto attivo del reato. In questo caso, al minorenne non si riconosce la capacità di consentire, di disporre cioè di quel diritto, rispetto al quale potremmo dire che non gli si riconosce la capacità d'agire. Ma ad un'ulteriore riflessione si potrebbe anche sostenere una concezione indifferenziata, unitaria del bene giuridico, che porterebbe ad identificarlo nell'integrità psico-fisica del soggetto, in quanto minore degli anni diciotto, visto nella sua dimensione sessuale. Anche i rapporti sessuali con persone adulte con cui il minore ha un particolare legame metterebbero infatti a rischio la personalità in via di formazione di un soggetto esposto. Da qui la preferenza ad intitolare il capo o la sezione dedicata a queste fattispecie al bene della integrità sessuale.

Accedere all'una o all'altra impostazione peraltro non sposta le questioni aperte a proposito della fattispecie dell'art. 609 *quater*. Non quella comunque relativa all'indeterminatezza e all'ampiezza della nozione di atti sessuali, la cui soluzione dipende da una riflessione generale e comune, peraltro già svolta a proposito dell'art. 609 *bis*²¹.

Occorre anche verificare se sia opportuno diversificare le varie fattispecie oggi ridotte al solo art. 609 *quater*, anche in base alla qualità dei diversi possibili atti sessuali. Quanto a quest'ultimo profilo si rinvia alle soluzioni già prospettate con riferimento alle vittime adulte. A proposito invece della diversificazione, vale la pena ricordare la disciplina dello StGB tedesco, che si articola in molteplici fattispecie di atti sessuali con minori consenzienti. Tali fattispecie sono classificate come forme di abuso o di induzione, ma si diversificano fra loro in ragione della differente soglia della minore età della vittima. Così, se i par. 176, 176a, 176b, prevedono l'abuso su minore di anni quattordici, come ipotesi più grave equiparabile alla violenza, il par. 182 disciplina la condotta di indu-

²⁰ V. *supra* nel testo, par. 2

²¹ V. *retro*.

zione di infrasedicenne e infradiciottenne. Negli stessi termini sono le disposizioni del codice penale portoghese, che all'art. 171° si occupa di vittime minori di quattordici anni, mentre gli artt. 172° e 173° puniscono gli abusi su minori ultraquattordicenni. Più vicino al nostro modello è la disciplina francese, che nell'ambito della sezione autonoma intitolata alla messa in pericolo dei minori prevede fattispecie di attentato sessuale su minore, distinguendo fra infra e ultraquindicenne (v. art. 227-25 e ss.). Infine il Sexual Offences Act del 2003 estende la tutela contro atti sessuali su minore consenziente fino agli infrasedicenni (v. secs. 9-15).

Quanto alla specifica condotta descritta dall'art. 609 *quater* nei termini di atti sessuali con persona minore e non, come invece nell'art. 609 *bis*, in quelli di costringere o indurre taluno a compiere o subire atti sessuali, essa andrebbe intesa, e in una futura riforma descritta, in modo tale da ricomprendere qualsiasi atto sessuale, anche quello che il minore compie su sé stesso o su un terzo. Così emblematicamente il codice penale tedesco, dove il par. 176 espressamente prevede tali situazioni.

Controversa rimane anche la fattispecie di cui al co. 2. Essa è stata introdotta nel 2006 allo scopo di estendere la tutela contro forme di abuso sessuale familiare o parafamiliare anche ai minori fra i sedici e i diciotto. Tali soggetti fino ad allora non solo erano privi di una tutela siffatta, ma rischiavano anche una incriminazione per il reato di incesto. Tuttavia, incerto risulta l'elemento di fattispecie dell'«abuso dei poteri connessi alla ... posizione» del soggetto attivo, che deve caratterizzare la condotta tipica di compimento di atti sessuali. Considerato che si tratta di una condotta di induzione di difficile accertamento, data anche la sua residualità rispetto a quella di violenza sessuale di cui all'art. 609 *bis* e vista la necessità di distinguerla comunque da quella contemplata in quest'ultimo articolo dell'abuso di autorità, qualora si intenda per autorità anche quella privata; considerato che l'ordinamento assicura una protezione avanzata, fino ai diciotto anni, al minore contro condotte di sfruttamento sessuale a scopo prostitutivo e di pedopornografia; considerato che, se non si accerta l'abuso, il minore consenziente risponde del reato di incesto per gli «atti sessuali familiari»; considerato che esperienze sessuali precoci nell'ambito di relazioni qualificate possono sempre risultare pregiudizievoli per lo sviluppo futuro del minore, considerato tutto ciò si potrebbe pensare ad un ampliamento della tutela nell'ambito familiare e parafamiliare di cui all'attuale n. 2 del co. 1 comunque fino ai diciotto anni; all'eliminazione della fattispecie di cui al co. 2 dell'art. 609 *quater*; alla previsione di eventuali spazi di non punibilità in ragione dell'età tra i sedici e i diciotto anni della vittima, la valutazione della capacità di consentire della quale è lasciata alla discrezionalità giudiziale. D'altra parte, il Sexual Offences Act del 2003 estende la tutela contro atti sessuali su minore consenziente commessi con abuso di fiducia fino alla soglia dei diciotto anni (v. secs.16-17) e così lo StGB tedesco (v. par. 174).

Quanto alla causa di non punibilità di cui al co. 3 (*non è punibile il minore che, al di fuori delle ipotesi previste nell'articolo 609-bis, compie atti sessuali con un minore che abbia compiuto gli anni tredici, se la differenza di età tra i soggetti non è superiore a tre anni*), impregiudicata la questione della natura della causa, essa andrebbe prevista anche per il reato di corruzione di minore di cui all'art. 609 *quinquies*, al fine di risolvere un'irragionevole disparità di trattamento. Una espressa previsione di tale clausola di non punibilità nello stesso art. 609 *quinquies* risolverebbe inoltre i dubbi di applicazione analogica della disposizione dell'art. 609 *quater*, co. 3 sollevati con riferimento alla disciplina attuale.

Peraltro, occorre anche rilevare che questa causa di non punibilità non sembra funzionare al meglio. L'esito di questa norma, frutto di un evidente compromesso politico in termini di bilanciamento tra istanze di libertà e istanze di tutela, non è infatti ben compensato. Se appare condivisibile l'idea che l'assenza di un forte divario di età tra i soggetti non determini uno squilibrio psicologico nella crescita del minore – vivere insieme, tra ragazzi, le prime esperienze in materia sessuale è sostanzialmente sano -, nel contempo ai sensi della complessiva disciplina un bacio appassionato, e pienamente consensuale, tra un/a diciassettenne e un/a tredicenne dovrebbe, a rigore, condurre il primo a una condanna tra i cinque e i dieci anni di reclusione (e comunque a non meno di un anno e mezzo). Qualcosa va ripensato.

3. Corruzione di minorenni.

A proposito della fattispecie di cui all'art. 609 *quinqüies*, trattandosi ancora di bene giuridico attinente al corretto e libero sviluppo della personalità e non solo sessuale, si potrebbe pensare di innalzare l'età minore dai quattordici ai sedici anni, come d'altra parte era originariamente previsto nell'art. 530 del nostro codice penale. Peraltro da un'indagine comparata emerge la prevalenza un'opzione di tutela fino al tetto dei diciotto anni.

Andrebbe introdotta, come già anticipato, anche per questa fattispecie la clausola di non punibilità dell'art. 609 *quater*.

La prassi della nuova fattispecie ha fatto emergere un'importante lacuna di tutela, nel caso in cui sia mostrato al minore materiale pornografico senza il dolo specifico rappresentato dal fine di indurlo a compiere o subire atti sessuali, art. 609 *quinqüies*, co. 2. Si tratta di una condotta che non rientra nella fattispecie di corruzione, ma nemmeno in quella di atti osceni di cui all'art. 527, co. 2, pur essendo caratterizzata da un disvalore tale da giustificarne l'incriminazione. Ma l'aver costruito la fattispecie di esibizione di materiale pornografico non tanto sull'obiettivo portata offensiva della condotta, ma principalmente sul significato soggettivo della condotta dell'agente, il cui fine di indurre la vittima a compiere o a subire atti sessuali è sintomo della pericolosità di quest'ultimo, impedisce di ricondurre tale condotta nell'alveo dell'art. 609 *quinqüies*, co. 2., o di altra disposizione incriminatrice, quando la finalità tipica non è di fatto presente. Alla luce di queste osservazioni, sembrerebbe opportuno sanzionare le condotte di esibizione di materiale pornografico a minori degli anni sedici (attualmente quattordici) anche in assenza del dolo specifico di indurlo a compiere o subire atti sessuali. Ciò potrebbe essere realizzato o introducendo una fattispecie attenuata di corruzione di minorenni o preferibilmente, e più semplicemente, eliminando l'elemento finalistico dalla fattispecie. Così operando, il significato di disvalore starebbe, come dovrebbe già essere, nella oggettiva portata offensiva della condotta tipica e non tanto nella pericolosità dell'agente.

Sotto il profilo sanzionatorio, lascia insoddisfatti la scelta del legislatore del 2012 di una perequazione di trattamento delle diverse ipotesi di cui ai co. 1 e 2. È sembrata questa una scelta poco ragionevole, in quanto, l'equiparazione *quoad poenam* della fattispecie del co. 2 a quella del co. 1 disconosce della prima la maggior gravità. Ma anche all'interno dello stesso co. 2 non soddisfa l'equiparazione sanzionatoria, dato che quella di far assistere il minore al compimento di atti sessuali risulta maggiormente offensiva rispetto a quella di esibizione di materiale pornografico.

4. Ignoranza dell'età della persona offesa.

Anche la disciplina dell'art. 609 *sexies* presta il fianco alle critiche, nonostante la riforma del 2012, dando rilevanza scusante all'errore incolpevole sull'età della persona offesa, abbia eliminato un grave residuo di responsabilità oggettiva. Infatti, se per un verso la nuova disciplina rappresenta un importante e ineludibile adeguamento della responsabilità penale al principio di colpevolezza di cui all'art. 27, co. 3 Cost., poiché si riconosce l'errore inevitabile sull'età minore della vittima quale causa di esclusione della colpevolezza, per altro verso tale adeguamento non è stato completato. Quest'ultimo sarebbe stato ancor più necessario se si considera che il legislatore del 2012 modifica anche il tetto della minore età, innalzandolo da quattordici a diciotto anni. L'art. 609 *sexies* rappresenta ancora un *vulnus* del principio di colpevolezza, nella parte in cui non attribuisce alcuna rilevanza, nemmeno sotto il profilo di una attenuazione della pena, all'*error aetatis* evitabile e dunque colposo. Con la conseguenza di continuare a prevedere una responsabilità dolosa per un fatto il cui disvalore ruota intorno ad un elemento costitutivo, quello della età, su cui l'autore erra colposamente. Dovrebbe bastare questo errore per caratterizzare sotto il profilo soggettivo la condotta tipica come colposa e non dolosa, secondo quanto già previsto dall'art. 47 per l'errore di fatto, e non invece, risibilmente, dall'art. 5 dopo l'intervento della Corte costituzionale del 1988 per l'errore sul pre-

cetto penale. La modifica nel senso del principio di colpevolezza dovrebbe ovviamente riguardare anche l'art. 602 *quater*.

5. Comunicazione al tribunale per i minorenni.

L'art. 609 *decies*, assoluta novità della riforma del 1996, in via solidaristico-assistenziale mira ad assicurare al minore vittima dei reati elencati nello stesso articolo un sostegno qualificato fin dalle prime fasi del procedimento penale. Peraltro, si rileva la necessità in una futura riforma di prevedere una specifica sanzione di natura processuale per l'inosservanza degli obblighi previsti dall'art. 609 *decies* e in particolare di quello di assicurare assistenza alla vittima minore anche tramite la presenza di un soggetto esterno alla procedura. L'attuale formulazione della disposizione pecca anche di eccessiva genericità per l'assenza di qualsiasi indicazione circa i provvedimenti che il giudice minorile dovrebbe assumere in seguito alla comunicazione, lasciando così il giudice completamente libero di decidere. La discrezionalità giudiziale andrebbe invece guidata attraverso il richiamo già nel testo dell'articolo alla tipologia di provvedimento da assumere a seconda che il reato sessuale sia stato commesso dal genitore o da un terzo estraneo.

6. Adescamento di minorenni.

La fattispecie di cui all'art. 609 *undecies*, di recente introduzione, rappresenta un tipico esempio di reato c.d. preparatorio e di questo reato condivide a pieno la problematicità, in particolare sotto il profilo dell'offensività.

Ma già a proposito dell'interesse tutelato si discute, essendo ora individuato nella libertà di autodeterminazione sessuale dell'infrasedicenne, ora in quello dell'integrità psico-fisica, del sano e armonioso sviluppo della personalità del minore in ambito sessuale. A favore di quest'ultimo bene si dovrebbe optare in una futura riforma della fattispecie, nella quale più correttamente, e secondo quanto previsto dall'art. 23 della Convenzione di Lanzarote, che indica in quella del consenso sessuale la soglia della età minore della vittima, si prevedesse l'età di quattordici anni e non più quella attuale di sedici. Questa scelta risulterebbe più congrua con le diverse soglie di età dei reati scopo. Infatti, per un verso essa eviterebbe fraintendimenti sulla punibilità o meno di condotte di adescamento realizzate allo scopo di commettere atti sessuali che in ragione dell'età della vittima consenziente sono in realtà leciti e per altro verso razionalizzerebbe (in quanto fondata sul riconoscimento della capacità di consenso) la scelta di non punire condotte di adescamento finalizzate a commettere reati scopo in cui la tutela del minore si estende invece fino al tetto dei diciotto anni, come nel caso degli artt. 600 *bis* e seguenti. In alternativa, e forse più opportunamente, la soglia della minore età potrebbe variare a seconda di quella già prevista nel reato scopo, con la conseguenza di prevedere tre tipologie di vittima minore: l'infracquattordicenne, l'infrasedicenne e l'infradiciottenne.

Sotto il profilo della struttura, la fattispecie attuale rappresenta un drastico arretramento della soglia della punibilità, finalizzato a punire comportamenti che tutt'al più arrivano a costituire condotte preparatorie dei reati scopo e che fino alla riforma del 2012, introduttiva dell'art. 609 *undecies*, rimanevano fuori dalla soglia del penalmente rilevante. Questa opzione incriminatrice degli atti preparatori ha però sollevato critiche sotto il profilo del principio di offensività, poiché la formulazione attuale della fattispecie è tale da non assicurare la necessaria offensività della condotta di adescamento, dato che si presta ad interpretazioni di essa nei termini di pericolo astratto se non addirittura indiretto. Per evitare dunque la punizione di forme di adescamento prive di una reale portata offensiva, l'elemento del pericolo dovrebbe entrare a far parte della fattispecie, in quanto connotato dalla concretezza. Tale requisito potrebbe essere assicurato dalla previsione, così come suggerito dallo stesso art. 23 della Convenzione, dell'adescamento come una proposta intenzionale di un incontro che si estrinsechi materialmente in comportamenti indirizzati e oggettivamente idonei alla realizzazione dell'incontro. In altre parole, non basterebbe l'attuale coefficiente soggettivo rappresentato dallo scopo di commettere i reati di cui all'elenco a dare portata offensiva alla condotta tipi-

ca, che invece dovrebbe sostanziarsi oltre che nel contatto con un minore e nella formulazione di una proposta di incontro, in un comportamento esterno, effettivo, concreto tale cioè da mettere in pericolo il bene protetto: in breve, idoneo alla realizzazione dell'incontro.

Peraltro, il requisito dell'offesa potrebbe essere anche garantito dalla previsione che dai comportamenti di adescamento finalizzati alla realizzazione dei reati scopo derivi il pericolo della commissione di tali reati.

Quanto alla tipologia di contatto, si osserva che quella preferita nei vari ordinamenti è mediante le tecnologie dell'informazione e della comunicazione (TIC)²². La scelta del legislatore italiano è stata invece nel senso di dare rilevanza a qualsiasi modalità e dunque anche a quelle che avvengono nel mondo reale e cioè con un contatto fisico con il minore (di natura personale, diretto o anche solo verbale con telefono, postale, con regali). A tale proposito si osserva che, se questa soluzione assicura più ampia tutela al minore, essa lascia tuttavia dubbiosi sotto il profilo della difficoltà di individuare in sede probatoria la linea di discriminazione fra condotte ancora di adescamento e condotte già esecutive del reato più grave anche solo nella forma del tentativo.

Andrebbe comunque introdotta una clausola di riserva, onde risolvere eventuali questioni di concorso di reati a favore della fattispecie più grave, per la quale si potrebbe prevedere un'aggravante speciale quando essa venga commessa a seguito dell'adescamento.

Sul fronte del soggetto attivo esperienze di altri ordinamenti e opzioni dottrinali consigliano di limitarlo al solo adulto, o, altrimenti, di prevedere comunque una clausola di non punibilità analoga a quella dell'art. 609 *quater*.

²² Cfr. I. Salvadori, *L'adescamento di minori. Il contrasto al child-grooming tra incriminazione di atti preparatori ed esigenze di garanzia*, Torino, 2018, p. 43 ss.

PARTE II I REATI *LATO SENSU* SESSUALI

Sezione I I reati sessuali e a sfondo sessuale nei confronti dei minori

SOMMARIO: 1. Prostituzione minorile (art. 600 bis c.p.). – 2. Iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile (art. 600 quinquies c.p.). – 3. Confisca (art. 600 septies c.p.). – 4. Circostanza attenuante (art. 600 septies.1 c.p.). – 5. Pene accessorie (art. 602 septies.2). – 6. Le circostanze aggravanti (art. 602 ter c.p.). – 7. Fatto commesso all'estero (art. 604 c.p.).

1. Prostituzione minorile (art. 600 bis c.p.).

L'art. 600 *bis* c.p. (Prostituzione minorile) è stato introdotto nel nostro ordinamento con la legge 3 agosto 1998, n. 269. Il testo attuale costituisce l'esito di una prima riforma intervenuta con legge 6 febbraio 2006, n. 38 e di una successiva modifica, attuata con legge 1° ottobre 2012, n. 172 (di ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007). Il fenomeno della prostituzione che coinvolge minori era già giunto all'attenzione del legislatore nazionale, che nella legge Merlin (legge 20 febbraio 1958, n. 75), aveva previsto un inasprimento del trattamento sanzionatorio nel caso di persona offesa minorenni. All'epoca, peraltro, la maggiore età era raggiunta al compimento del ventunesimo anno, cosicché si imponeva un aggiornamento della disciplina, in relazione alla determinazione della soglia della minore età. Con l'introduzione della fattispecie autonoma di reato di cui all'art. 600 *bis* c.p. e la contestuale abrogazione dell'art. 4, n. 2, legge n. 75/1958, che prevedeva la citata circostanza aggravante, è stato realizzato il coordinamento delle due discipline sotto il profilo considerato.

COLLOCAZIONE SISTEMATICA ALL'INTERNO DEL CODICE PENALE DELLA DISCIPLINA DELLA
PROSTITUZIONE MINORILE

La collocazione all'interno del codice penale della disciplina della prostituzione minorile assume un significato importante, quale riconoscimento di esigenze di tutela che attengono alla persona. Il distacco dalla legislazione complementare ed in particolare dall'ambito applicativo della legge Merlin denota una corretta considerazione del fenomeno, che concentra l'attenzione sulle conseguenze offensive provocate alla persona, piuttosto che valorizzare considerazioni etico-moralistiche sul fenomeno della prostituzione *tout court*.

Se appare giustificato, dunque, l'inserimento della fattispecie di reato nella sezione I, dedicata ai delitti contro la personalità individuale, perplessità suscita la collocazione della norma subito dopo l'art. 600 c.p., in tema di riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù. Tale collocazione non si comprende, se non come volontà di ricondurre la fattispecie di prostituzione minorile alle più generali forme di mercificazione della persona: in questo senso, sussiste un'equiparazione di fondo della prostituzione minorile rispetto a situazioni nelle quali il soggetto passivo versa in stato di soccombenza fisica e psicologica rispetto all'autore del reato o alle condizioni sociali e ambientali nelle quali è inserito. Degno di riflessione, tuttavia, è il fatto che l'art. 600 c.p. prevede una disciplina dettata per soggetti adulti, rispetto alla quale la condizione di minore età del soggetto passivo assume rilevanza soltanto ai fini dell'aggravamento del trattamento sanzionatorio. L'eterogeneità che caratterizza il fenomeno della prostituzione minorile rispetto alle forme di riduzione in schiavitù di soggetti adulti potrebbe, dunque, sollecitare una rinnovata riflessione circa l'opportunità di conservare tale collocazione sistematica.

RUBRICA DELL'ART. 600 *BIS* C.P.

Numerose sono le condotte che rientrano nell'ambito di incriminazione delineato dall'art. 600 *bis*.

Una parte della dottrina ha rilevato che l'uso della definizione "prostituzione minorile" nella rubrica dell'art. 600 *bis* non costituisce una sintesi sufficientemente esaustiva rispetto a tutte le condotte che vi sono rappresentate, eterogenee e connotate da differente potenzialità offensiva. Si evidenzia, in questo senso, la differenza strutturale tra le (numerose) condotte disciplinate dal primo comma della norma e quella prevista dal secondo.

Un'altra parte della dottrina propone, in termini ancora più netti, la separazione delle condotte di cui al primo ed al secondo comma dell'art. 600 *bis* c.p. in due articoli distinti.

Se si può ritenere forse eccessiva la separazione delle differenti figure di reato, si potrebbe valutare l'opportunità di individuare una formulazione di sintesi più adeguata per la rubrica dell'art. 600 *bis*.

INTERESSE GIURIDICO OGGETTO DI TUTELA

Il bene giuridico tutelato dall'art. 600 *bis* è stato identificato nella salvaguardia dello sviluppo fisico, psicologico, spirituale e morale del minore, con particolare riferimento alla sua sfera sessuale. L'identificazione dell'interesse giuridico posto a fondamento della disciplina di cui all'art. 600 *bis* c.p. deve tenere conto che il minore di età inferiore ai diciotto anni non è un soggetto unitariamente identificabile, in considerazione dell'ampiezza del margine di età preso in considerazione e del processo di profonda trasformazione psico-fisica che coinvolge la persona in età adolescenziale. Sussistono differenti esigenze di tutela: della personalità individuale e della dignità del minore, da salvaguardare rispetto a condotte di mercificazione e di sfruttamento in ambito sessuale, ma anche dell'intangibilità sessuale del minore infraquattordicenne, e della libertà di autodeterminazione nella sfera sessuale riconosciuta al minore ultraquattordicenne, anche in considerazione di quanto previsto dall'art. 609 *quater* c.p. (Atti sessuali con minorenne).

ETÀ DEL MINORE

La norma di cui all'art. 600 *bis* attribuisce rilevanza a differenti fasce di età del soggetto minorenne.

Quanto alle condotte disciplinate dal 1° comma dell'art. 600 *bis* il soggetto passivo è una persona di età inferiore agli anni diciotto. La scelta legislativa di assicurare al minore tutela fino al compimento del diciottesimo anno di età è l'esito di un adeguamento della normativa interna alle fonti internazionali, che definiscono "minore" la persona che non ha ancora raggiunto i diciotto anni di età.

La fattispecie disciplinata dal 2° comma dell'art. 600 *bis* riguarda, invece, un minore di età compresa fra i quattordici e i diciotto anni. A questo proposito deve essere indagato il coordinamento della suddetta norma con la disciplina dettata dall'art. 609 *quater* c.p., in materia di atti sessuali con minorenne. La normativa in questione è posta a tutela dell'intangibilità sessuale del minore fino al compimento del quattordicesimo anno di età e riconosce al minore ultraquattordicenne la libertà di autodeterminazione nella sfera sessuale.

La disciplina dell'art. 600 *bis* c.p., con particolare riferimento al secondo comma, appare ragionevole nella previsione di una specifica tutela del minore tra i quattordici ed i diciotto anni, dal momento che il disvalore della figura di reato è concentrato nella mercificazione della persona minorenne a scopi sessuali per profitto economico. Di conseguenza, non è in gioco semplicemente la libertà di autodeterminazione del minore nella sfera sessuale nei termini del libero e spontaneo compimento di atti sessuali, ma la necessità di contrastare lo sfruttamento della corporeità sessuale del minore a fini di profitto economico.

DEFINIZIONE DI PROSTITUZIONE E RAPPORTI CON LA PROSTITUZIONE DI SOGGETTI ADULTI

L'art. 600 *bis* non contiene alcuna definizione di prostituzione. Il legislatore nazionale non ha finora sentito l'esigenza di precisare i contenuti del fenomeno in termini giuridici, e tale circostanza appare in parte spiegabile con la presenza di una pregressa disciplina – relativa alla prostituzione di soggetti adulti (cfr. l. 75/1958) – anch'essa priva di tale definizione.

Se per un verso l'assenza di una definizione di prostituzione è accettabile e coerente con il carattere di queste manifestazioni, che costituiscono espressione della personalità individuale nella sfera sessuale e della specifica concezione che di tale ambito ciascun soggetto è libero di accogliere, sottraendosi a forme di classificazione o a tassonomie precise, per altro verso una definizione sarebbe utile, nella prospettiva di una maggiore certezza ed uniformità di giudizio rispetto a tali fatti.

Attualmente, il concetto di prostituzione (minorile) è tratto dalla Convenzione di Lanzarote del 25 ottobre 2007, che all'art. 19, 2° comma, in termini esaurienti si riferisce al fatto di “utilizzare un bambino per attività sessuali dove il denaro o altre forme di remunerazione o corrispettivo siano dati o promessi come pagamento, a prescindere dal fatto che tale pagamento, promessa o corrispettivo sia corrisposto al bambino o a una terza persona”. La ratifica della Convenzione di Lanzarote, avvenuta con l. 172/2012, avrebbe potuto costituire l'occasione per introdurre nel nostro ordinamento almeno la definizione di prostituzione minorile nell'ambito dell'art. 600 *bis*, che è invece stata omessa.

In mancanza di una disciplina nazionale specifica, sorge il problema se si debba applicare la medesima definizione di prostituzione elaborata con riferimento ai soggetti adulti. Con riguardo ad essa, la prassi giurisprudenziale ha evidenziato progressivamente i seguenti tratti distintivi: abitualità della condotta, offerta generalizzata, indiscriminata e anonima di prestazioni sessuali, carattere sinallagmatico della prestazione e dimensione di non affettività nella quale il rapporto sessuale si svolge.

Benché alcuni di tali requisiti possano essere utilmente recuperati anche ai fini di una definizione della prostituzione minorile, per le specificità che quest'ultima presenta sarebbe tuttavia preferibile l'introduzione di una definizione apposita, che potrebbe prendere le mosse dalla definizione contenuta nella Convenzione di Lanzarote sopra citata.

PROSTITUZIONE (MINORILE) E NUOVE TECNOLOGIE

Il compimento di prestazioni sessuali dietro corrispettivo solleva questioni interpretative in relazione a quelle condotte che, avvalendosi delle possibilità offerte dagli strumenti informatici e dalle nuove tecnologie, avvengono attraverso la comunicazione visiva e l'interazione a distanza. È oggetto di discussione l'opportunità di attribuire rilevanza penale agli atti di natura sessuale compiuti dietro compenso senza il contatto fisico tra i soggetti coinvolti.

La giurisprudenza di legittimità, adottando una lettura dematerializzante della condotta, consonante con l'attuale quadro criminologico in materia, ha ritenuto integrata l'attività di prostituzione anche in queste ipotesi, prive di contatto fisico tra le parti, purché sussista un'interazione diretta tra soggetto che compie atti sessuali e soggetto che ne fruisce, versando un corrispettivo, cosicché è sufficiente che il destinatario della prestazione sessuale sia in condizioni di poter richiedere direttamente al soggetto il compimento di specifici atti per il soddisfacimento dei propri istinti sessuali.

Costituiscono questioni aperte, tuttavia, il rispetto tanto del principio di legalità e di divieto di analogia in materia penale, quanto del principio di offensività. Proprio alla luce di questi profili, parte della dottrina evidenzia che la condotta di prostituzione attuata mediante le nuove tecnologie determina un'estensione dell'ambito applicativo della norma ad attività sessuali di tipo essenzialmente rappresentativo, equiparabili ai concetti di pornografia e voyeurismo, avallando un inammissibile procedimento interpretativo di natura analogica e determinando un allontanamento dagli obiettivi di tutela della persona. In questo senso, il requisito di una necessaria “interazione” tra il soggetto che si prostituisce ed il beneficiario della prestazione sessuale appare utile al fine di escludere dall'ambito applicativo della fattispecie situazioni del tutto inoffensive, estranee e non equiparabili al concetto di “prostituzione”.

RILEVANZA DEL SINGOLO “ATTO” DI PROSTITUZIONE

Problema connesso a quello della definizione di prostituzione (minorile) è quello del carattere (necessariamente o eventualmente) abituale dell'esercizio di tale attività.

Una parte della dottrina sostiene che, ai fini dell'esercizio della prostituzione minorile, dovrebbe assumere valore qualificante anche un solo atto sessuale, quando compiuto nella prospettiva di un corrispettivo economico. Si rileva, in questo senso, l'opportunità di non attribuire specifica rilevanza alla circostanza che il soggetto sia “dedito” alla prostituzione, soprattutto quando si tratti di una persona di età minore, meritevole in quanto tale di una tutela più accentuata rispetto all'adulto. A questa soluzione si dovrebbe pervenire anche in ragione di quanto previsto dalla Convenzione di Lanzarote e degli obiettivi di tutela che tale fonte internazionale ha inteso perseguire.

Altra dottrina, invece, ritiene che simile interpretazione implicherebbe un'equiparazione tra comportamenti profondamente diversi: sarebbe preferibile, pertanto, una concezione di prostituzione “unitaria”, ossia omogenea a quella abitualmente accolta con riferimento ai soggetti adulti, che richiede il compimento di una pluralità di atti sessuali dietro corrispettivo e l'abitudine della condotta.

Di fronte a tale contrasto dottrinale, l'esigenza di assicurare una tutela il più possibile completa al minore nei confronti di condotte di mercificazione in ambito sessuale rende preferibile una considerazione autonoma degli atti sessuali, per cui la responsabilità penale per il soggetto agente dovrebbe sorgere anche in seguito al compimento di un singolo atto sessuale dietro corrispettivo economico.

LE SINGOLE CONDOTTE INCRIMINATE NELL'ART. 600 *BIS* C.P. PROFILI PROBLEMATICI SPECIFICI

A seguito della riforma intervenuta con l. 172/2012 la condotta penalmente rilevante disciplinata al 1° comma è stata articolata in differenti forme, che in parte ripercorrono la formulazione dettata dalla legge Merlin per la prostituzione di soggetti adulti, affiancando ad esse nuove condotte tipiche.

La dottrina ha proposto una classificazione delle suddette condotte, nel senso che al n. 1) sono disciplinate le attività prodromiche, di ricerca dei minori da far prostituire, mentre al n. 2) sono disciplinate azioni penalmente rilevanti che attengono alle modalità di svolgimento della prostituzione minorile. La logica sottesa alla formulazione legislativa appare quella della progressione criminosa, con evidenti nessi di funzionalità tra le differenti condotte, per quanto alcune di esse siano caratterizzate da alterità strutturale.

In dottrina si è rilevato che l'attuale tipizzazione prevista dal primo comma dell'art. 600 *bis* c.p. non era necessaria, in quanto i rispettivi elementi strutturali erano già compresi nelle condotte di induzione, favoreggiamento e sfruttamento introdotte dalla l. 269/1998. La specificazione delle condotte, inoltre, non era neppure imposta dal testo della Convenzione di Lanzarote del 2007, costituendo piuttosto il risultato di una precisa scelta del nostro legislatore, che ha ecceduto nella specificazione delle condotte incriminate.

Altra parte della dottrina, invece, ha valutato positivamente la precisazione delle condotte di cui all'art. 600 *bis* attuata in occasione della riforma del 2012, evidenziando che la modifica si presta ad estendere l'area della punibilità ad alcune azioni che, risultando nella prassi parcellizzate tra più soggetti operanti in concorso tra loro oppure partecipanti ad organizzazioni criminali, potevano in passato sfuggire alle maglie della repressione penale. La precisione del nuovo dettato normativo potrà consentire di attribuire rilevanza penale a ciascuna di queste condotte, anche se marginali o collaterali, senza ricorrere ad operazioni interpretative criticabili.

Quanto alle singole condotte oggetto di incriminazione, la definizione del rispettivo ambito applicativo può beneficiare del confronto tanto con la disciplina contenuta nella legge Merlin, quanto con l'ampia elaborazione giurisprudenziale che si è sviluppata sul tema, tenendo conto delle specificità della condizione del soggetto passivo, ossia una persona minore di età.

La condotta di **reclutamento** è stata tipizzata dal legislatore del 2012 nell'ambito dell'art. 600 *bis*, ma è solo apparentemente inedita, in quanto già penalmente rilevante ai sensi dell'art. 3, 1° comma, l. 75/1958 (legge Merlin). Tale condotta consiste nell'adoperarsi per fare in modo che persone minorenni siano collocate nella disponibilità del soggetto che intende trarre vantaggio dalla loro attività di prostituzione, in assenza di alcuna attività persuasiva nei confronti del minore rispetto all'esercizio della prostituzione. Rispetto al reclutamento, non sembrano suscettibili di estensione alla fattispecie in esame le condotte che presuppongono una contrattazione o l'accettazione di un accordo, come nell'ipotesi omologa prevista in relazione alla prostituzione di soggetti adulti, in considerazione dell'incapacità della vittima, minore di età, di essere parte di una contrattazione. L'effettivo profilo di novità della nuova previsione normativa contenuta nell'art. 600 *bis* attiene alla più severa cornice sanzionatoria ora applicabile alla relativa fattispecie, speciale rispetto a quella prevista dalla legge Merlin per la prostituzione di soggetti adulti.

L'**induzione** si differenzia dal reclutamento in quanto implica un'attività di persuasione, di determinazione o anche soltanto di rafforzamento psicologico di un preesistente proposito altrui. Con riferimento a questa condotta, divengono oggetto di repressione penale sia la determinazione, vale a dire l'attività di pressione psicologica che fa sorgere in altri il proposito di prostituirsi, sia l'attività di sostegno o di incoraggiamento volta a rimuovere o a far superare al minore eventuali ostacoli o resistenze alla decisione di tradurre in atto il proposito di prostituirsi.

Quanto alla condotta di **favoreggiamento**, già contemplata nella disciplina sulla prostituzione di soggetti adulti (l. 75/1958), una parte della dottrina ha evidenziato perplessità rispetto alla sua collocazione nell'ambito dell'art. 600 *bis*, n. 2). Trattandosi di condotta che può essere equiparata alle attività prodromiche – in quanto comprende qualsiasi comportamento che agevola l'esercizio dell'attività di prostituzione – si è sostenuto che sarebbe più coerente la sua collocazione nel n. 1) dell'art. 600 *bis* c.p., accanto a quelle di reclutamento e di induzione.

È qualificabile come **sfruttamento** ogni modalità di comportamento che ha per effetto il trarre profitto dall'altrui attività di prostituzione. Esigenze di tutela rafforzata dei minori suggeriscono di adottare una interpretazione ampia della condotta di sfruttamento, che prescinde dal carattere strettamente economico del vantaggio perseguito e da un rapporto di proporzione con eventuali servizi resi dallo sfruttatore nei confronti della persona che si prostituisce.

Le condotte di **gestione**, **organizzazione** e **controllo** della prostituzione minorile sono state introdotte nell'art. 600 *bis* dalla l. 172/2012, senza che la relativa previsione fosse peraltro imposta dalla Convenzione di Lanzarote del 2007. La riforma sembra rispondere all'obiettivo di evitare possibili lacune di tutela nei confronti dei minori. Ad avviso di una parte della dottrina, tale modifica non ha comportato un'estensione dei confini dell'incriminazione, quanto piuttosto una specificazione del suo effettivo contenuto. Di altro avviso un'altra parte della dottrina, che ritiene del tutto superflua la previsione di queste ulteriori condotte, dato il carattere già esaustivo della precedente formulazione. Sul punto, dunque, sarebbe opportuna una riflessione sul carattere necessario o superfluo di tale ulteriore tipizzazione delle condotte oggetto di incriminazione.

Con la riforma del 2012 è stata prevista l'incriminazione anche di chi dalla prostituzione minorile **trae altrimenti profitto**. Si tratta della condotta che suscita maggiori problemi interpretativi rispetto al suo ambito applicativo. Una parte della dottrina ha evidenziato che tale scelta normativa risponde all'esigenza di evitare lacune di tutela rispetto a forme di consapevole approfittamento, anche indiretto o mediato, che in precedenza risultavano prive di sanzione.

Altra dottrina ha precisato che, considerata l'ampiezza delle precedenti condotte incriminate (come il favoreggiamento o lo sfruttamento della prostituzione), la previsione in questione solleva un problema, di non agevole soluzione, circa l'identificazione del suo autonomo campo operativo. Per valorizzare la presenza della disposizione, si dovrebbe considerare la sua attitudine ad estendere la punibilità a quei casi che, nel vigore della precedente formulazione, sarebbero rimasti al di fuori dell'ambito applicativo della fattispecie incriminatrice.

Uno dei problemi applicativi e interpretativi posti dalla nuova norma riguarda i **rapporti tra le differenti condotte** descritte nel 1° comma al n. 1 (reclutamento, induzione) e al n. 2 (favoreg-

giamento, sfruttamento, gestione, organizzazione, controllo della prostituzione minorile ovvero il trarne altrimenti profitto). Si tratta, in particolare di stabilire se esse (o alcune di esse) possano sussistere contestualmente, determinando un concorso di reati. In dottrina si è evidenziato che la previsione di due distinte fattispecie secondo una numerazione separata sembrerebbe indicativa della volontà del legislatore di ammettere un concorso di reati in caso di pluralità di condotte. Altra dottrina ha invece evidenziato che la numerazione separata e progressiva dovrebbe comunque orientare ad escludere la possibilità di un concorso interno delle fattispecie appartenenti alla medesima numerazione.

Alla soluzione che esclude il concorso di reati si dovrebbe pervenire sulla base di una duplice considerazione: da un lato, il mero dato formale della suddivisione numerica delle condotte non appare da solo sufficiente a sorreggere la conclusione dell'ammissibilità del concorso di reati; dall'altro lato, l'eventuale realizzazione di più condotte rientranti nell'una e nell'altra disposizione non sembra determinare un disvalore penale aggiuntivo tale da giustificare la moltiplicazione delle incriminazioni e il conseguente, significativo aggravio del trattamento sanzionatorio. Ad escludere il concorso di reati potrebbe indurre anche l'applicazione dei principi di specialità e di consunzione, laddove i requisiti della condotta in considerazione lo ammettano.

La Corte di cassazione si è di recente pronunciata su tale contrasto interpretativo, ritenendo l'ammissibilità del concorso interno, attraverso un confronto con la normativa dettata dal legislatore in tema di prostituzione, in particolare attraverso il richiamo all'art. 3, l. 75/1958. Secondo la Suprema Corte, la diversità della tecnica legislativa non deve indurre a ravvisare un unico delitto commesso con modalità diversificate: la volontà del legislatore sarebbe nel senso della previsione di fattispecie di reato distinte e alternative, costituite da elementi materiali differenti in rapporto alla condotta ed all'evento (Corte di cassazione, sent. n. 19539/2015).

L'ART. 600 BIS, 2° COMMA, C.P.

La fattispecie di reato di cui al 2° comma dell'art. 600 *bis* ha carattere residuale, come indicato dalla stessa clausola "salvo che il fatto costituisca più grave reato".

La disposizione incrimina la condotta di chi compie atti sessuali con un minore di età compresa tra i quattordici e i diciotto anni in cambio di un corrispettivo.

L'incriminazione del soggetto che fruisce della prestazione sessuale del minore rappresenta una novità significativa rispetto alla disciplina in materia di prostituzione dettata per i soggetti adulti dalla legge Merlin (l. 75/1958). Tale scelta appare coerente con le specifiche esigenze di tutela del minore che la disciplina complessivamente persegue: dal momento che il "cliente" della persona che si prostituisce rientra nel meccanismo circolare domanda-offerta che governa la prostituzione, lo stesso non può vantare una completa "estraneità" rispetto allo sfruttamento sessuale del minore.

Con riferimento al requisito del compimento di atti sessuali "**con un minore**", permangono dubbi interpretativi rispetto alla rilevanza degli atti che il minore, richiesto, compia su se stesso. La formulazione letterale ha dato spazio ad interpretazioni differenti, che attribuiscono rilevanza al compimento di atti sessuali che "coinvolgono" un minore come soggetto attivo, come soggetto passivo e persino come spettatore di tali atti.

Le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno di recente ribadito che l'attività di prostituzione può consistere anche nell'esecuzione, da parte del minore, di atti sessuali su se stesso in presenza di chi ha chiesto la prestazione, pagando il compenso, al fine di soddisfare la propria libidine, senza che intervenga necessariamente un contatto fisico tra le parti (Corte di cassazione, Sezioni Unite, n. 16207/2014). Problemi interpretativi maggiori permangono in relazione ai casi nei quali il minore sia semplice "spettatore" di tali atti, in considerazione della definizione di prostituzione minorile adottata dalla Convenzione di Lanzarote.

Il 2° comma dell'art. 600 *bis* prevede il riferimento ad un corrispettivo in **denaro** o **altra utilità**, anche solo **promessi**. La scelta del legislatore implica la volontà di rinunciare ad una connotazione strettamente economica del corrispettivo, ampliando l'ambito operativo della fattispecie incriminatrice rispetto alla precedente disciplina.

Una parte della dottrina ha espresso critiche rispetto al venir meno della qualificazione in termini “economici” dell’utilità, evidenziando un disallineamento sul piano linguistico rispetto al testo originario della direttiva 2011/92/UE che ha ispirato la disciplina, e considerato altresì che elemento caratterizzante l’attività di prostituzione è la retribuzione, cioè il conseguimento di una utilità di natura economica. Sarebbe necessaria, pertanto, una valutazione circa l’opportunità di inserire la qualificazione in termini “economici” dell’utilità.

RAPPORTI TRA PRIMO E SECONDO COMMA DELL’ART. 600 *BIS* C.P.

Questioni interpretative sono sorte in relazione ai rapporti tra la fattispecie di induzione alla prostituzione minorile (art. 600 *bis*, 1° comma) e quella di atti sessuali con un minore in cambio di un corrispettivo in denaro o altra utilità (art. 600 *bis*, 2° comma). È emersa, in particolare, la questione interpretativa se si tratti di una relazione bilaterale (cliente-minore) oppure trilaterale (soggetto che induce alla prostituzione-cliente-minore).

a) Secondo un primo orientamento emerso in giurisprudenza, è integrata la fattispecie di cui al 1° comma dell’art. 600 *bis* anche nel caso in cui colui che induce il minore al compimento degli atti sessuali a pagamento sia il medesimo soggetto fruitore di tale prestazione. Tale rigorosa impostazione è stata ricollegata dalla giurisprudenza di legittimità alla speciale rilevanza da riconoscere all’interesse tutelato dalla norma, costituito dal libero sviluppo psicofisico del minore, che può essere messo a repentaglio da qualsiasi tipo di mercificazione del suo corpo. In altre occasioni si è sostenuto che la condotta di induzione alla prostituzione, di cui al 1° co. dell’art. 600 *bis*, è ravvisabile nei casi in cui l’agente partecipi al processo volitivo del minore, sollecitandolo o incoraggiandolo affinché compia atti sessuali in cambio di qualche utilità, risultando in questo senso indifferente il fatto che l’atto sia compiuto con lo stesso agente o con altri soggetti.

b) Una parte della dottrina ha evidenziato, peraltro, l’incongruenza di tale interpretazione, che si risolve in una violazione del dettato normativo di cui all’art. 600 *bis*, 2° comma, inequivocabilmente diretto ad incriminare la condotta del cliente, fruitore della prestazione sessuale del minore.

La questione è stata affrontata anche dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione, con la sentenza n. 16207 del 2014. La Suprema Corte ha osservato che la formulazione normativa dell’articolo 600 *bis* introduce una netta differenziazione (resa più marcata per effetto delle modifiche introdotte con l. 172/2012) fra la più grave ipotesi di cui al 1° comma, fattispecie destinata a punire coloro i quali avviano i minori all’attività di prostituzione, li trattengono in tale attività e ne traggono vantaggio, e quella di cui al 2° comma, funzionale all’incriminazione di coloro che “si limitano” a compiere atti sessuali a pagamento con soggetti minorenni, indipendentemente dal fatto che questi ultimi siano o meno già dediti ad attività di mercimonio sessuale del proprio corpo. In particolare, la condotta di induzione alla prostituzione minorile di cui al 1° comma dell’art. 600 *bis* deve essere disgiunta dall’occasione nella quale l’agente sia parte del rapporto sessuale, in quanto oggettivamente rivolta ad operare sulla prostituzione esercitata nei confronti di terzi.

L’induzione del minore alla prostituzione prescinde, dunque, dal compimento dell’atto sessuale con l’induttore e può riguardare soltanto chi determina, persuade o convince il soggetto passivo a concedere il proprio corpo per pratiche sessuali da tenere con terzi, che possono consistere anche in una sola persona, a condizione però che questa non si identifichi con l’induttore.

Al fine di salvaguardare l’autonomia e la differenza strutturale esistente tra le fattispecie del 1° e del 2° comma dell’art. 600 *bis* c.p., si deve allora considerare preferibile l’impostazione per cui la condotta di promessa o dazione di denaro o di altra utilità, attraverso cui si convinca una persona minore di età ad intrattenere rapporti sessuali esclusivamente con il soggetto agente, integra gli estremi della fattispecie di cui al 2° comma e non quelli di cui al 1° comma dell’art. 600 *bis*.

PRESTAZIONE SESSUALE, CORRISPETTIVO E CONSAPEVOLEZZA DEL MINORE

La prostituzione di soggetti minorenni suscita peculiari profili problematici in relazione alla consapevolezza da parte del soggetto che offre la propria prestazione sessuale circa la mercificazio-

ne della stessa a scopo di profitto economico. Tale stato psicologico non può, evidentemente, essere dato per scontato, se soltanto si considera l'estrema varietà di casi che la prassi offre e il dato per cui coinvolti in tali pratiche possono essere anche minori in tenera età.

Quando la prestazione sessuale del minore è oggetto di contrattazione nell'ambito di un rapporto trilaterale (minore, "cliente" e terzo che assuma il ruolo di induttore, sfruttatore, etc.), secondo una parte della dottrina è necessario, ai fini della sussistenza delle fattispecie di cui all'art. 600 *bis*, che il minore abbia consapevolezza che la propria prestazione sessuale nei confronti del cliente sia oggetto di corrispettivo a favore di terzi. Tale consapevolezza dovrebbe sussistere, in particolare, in relazione alle caratteristiche della prestazione sessuale che possono qualificarla come atto di prostituzione.

Di diverso avviso altra dottrina, secondo la quale anche in assenza di consapevolezza da parte del minore della pattuizione o della promessa del corrispettivo a favore di terzi, non verrebbe meno il fondamento dell'incriminazione ai sensi dell'art. 600 *bis* né l'offesa ai diritti del minore, che apparirebbe in queste ipotesi ancora più importante e profonda. Tale impostazione sembra confermata dalla Convenzione di Lanzarote del 2007, che all'art. 19 considera irrilevante il fatto che la promessa o il pagamento del corrispettivo siano effettuati nei confronti del minore o di una terza persona.

Nel caso delle ipotesi di cui al 1° comma dell'art. 600 *bis*, l'accordo può ben intervenire tra il cliente e l'adulto, con probabilità tanto più esigue della consapevolezza di tale accordo da parte del minore quanto più ridotta è l'età della vittima (che la norma individua nel minore degli anni diciotto). In tali casi, richiedere comunque la consapevolezza del carattere sinallagmatico della prestazione da parte del minore appare eccessivo, e rischia di frustrare l'operatività della norma proprio nei casi più gravi ed odiosi.

Differente sembra l'ipotesi in cui la contrattazione sia bilaterale, nell'ambito del rapporto minore-cliente. L'ipotesi del compimento di atti sessuali con un minore di età compresa tra i quattordici ed i diciotto anni dietro il corrispettivo di un prezzo non richiede necessariamente la consapevolezza del minore, in linea con la considerazione che spesso il minore è utilizzato come puro oggetto di scambio, e che la mercificazione del minore può intervenire persino a sua insaputa. In questo caso, il minore rientra in un'età nella quale è riconosciuta la libertà di autodeterminazione nella sfera sessuale, e se l'atto sessuale viene compiuto senza il condizionamento psicologico del corrispettivo economico, si fuoriesce dagli scopi di tutela previsti dall'incriminazione della prostituzione minorile.

2. Iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile (art. 600 *quinquies* c.p.).

L'art. 600 *quinquies* è stato introdotto dall'art. 5, l. 3 agosto 1998, n. 269 (Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù).

La norma, che non ha trovato finora significative applicazioni nella prassi giudiziaria, presenta nella sua attuale formulazione alcuni profili problematici sul piano interpretativo.

INTERESSE TUTELATO

Il bene giuridico tutelato dalla norma è da individuare nel corretto sviluppo del minore in tutte le principali sfere della sua personalità (fisica, psicologica, spirituale, morale e sociale) e nella sua libertà psico-fisica.

Rispetto al bene finale così individuato, tuttavia, le condotte previste dall'art. 600 *quinquies* risultano prive di incidenza lesiva diretta, cosicché l'incriminazione segna una soglia molto anticipata di intervento penale. Tale modello di incriminazione appare giustificabile con la preoccupazione politico-criminale di prevenire e reprimere tutte le forme di condotta prodromiche o collaterali allo sfruttamento sessuale dei minori.

LA RUBRICA DELL'ART. 600 *QUINQUIES* C.P.

In relazione alla rubrica dell'art. 600 *quinquies* c.p. una parte della dottrina ha evidenziato la necessità di una formulazione più aderente alle condotte specificamente oggetto di incriminazione, suggerendo che la stessa possa essere sostituita dalla seguente: "Organizzazione o pubblicità del turismo sessuale".

L'attuale rubrica della norma, infatti, intitolata alle "iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile" introduce un riferimento esplicito all'attività di "sfruttamento", che non trova riscontro nelle condotte incriminate e non risulta esplicativa rispetto alle condotte di organizzazione e di propaganda di viaggi finalizzati alla "fruizione di attività di prostituzione". Sarebbe opportuno, dunque, valutare la possibilità di una modifica della norma nel senso di un più preciso richiamo, anche nella rubrica, alle condotte specificamente ed effettivamente oggetto di incriminazione.

SOGGETTO ATTIVO

Non è necessario che l'autore del reato eserciti l'attività di *tour operator*, cioè organizzi viaggi in modo professionale, poiché è possibile che la condotta sia attuata anche da una persona operante *uti singulus*. Benché la norma non contenga limitazioni sul piano del soggetto attivo, l'ambito operativo della fattispecie dipende dall'esatta portata da attribuire alle condotte incriminate: è dato di comune esperienza che l'organizzazione di iniziative turistiche, in particolare se volte allo sfruttamento di prostituzione minorile, è un'attività complessa, che implica numerosi atti e l'intervento e il coordinamento di una pluralità di persone, cosicché il problema suscitato dalla fattispecie si concentra, piuttosto, sull'attribuzione delle singole responsabilità dei soggetti che, a qualsiasi titolo, abbiano partecipato al risultato finale.

Si discute se la previsione di cui all'art. 600 *quinquies* richieda un assetto organizzativo di tipo imprenditoriale. Una parte della dottrina esclude tale possibilità, e tale soluzione appare condivisibile, per garantire alla norma un'estensione applicativa maggiore.

Soggetto attivo del reato può essere chiunque pianifica anche una sola trasferta per un numero limitato di partecipanti, purché con la condotta di tipo organizzativo descritta dalla norma.

La disciplina non è finalizzata all'incriminazione del singolo turista sessuale ovvero di colui che, anche nell'ambito di una pluralità di persone, in un contesto di gruppo, si adopera per ottenere la disponibilità di prostituzione minorile: oggetto di repressione penale è, piuttosto, il fenomeno organizzativo nel quale risiede il nucleo di interessi economici legati all'esercizio della prostituzione minorile. Meriterebbe di essere valutata, sotto questo profilo, l'opportunità di introdurre nel dettato normativo un richiamo testuale alle fattispecie di reato che la condotta del singolo turista potrebbe integrare, inserendo nel dettato normativo, a titolo esemplificativo, un riferimento a quanto previsto dall'art. 600 *bis* e dagli articoli 609 *bis*, 609 *ter* e 609 *quater* c.p., al fine di richiamare l'attenzione sulle possibili responsabilità nelle quali può incorrere il singolo turista sessuale.

LE CONDOTTE INCRIMINATE

Sono oggetto di incriminazione da parte dell'art. 600 *quinquies* tanto la condotta dell'organizzare quanto quella del fare propaganda di viaggi finalizzati alla fruizione di attività di prostituzione a danno di minori o comunque comprendenti tali attività.

Si tratta di una fattispecie a condotte alternative, la cui contestuale realizzazione non integra una pluralità di reati ma un'unica violazione della norma incriminatrice. Tale soluzione appare ragionevole ed equilibrata, nel senso che il disvalore della propaganda di un viaggio finalizzato alla prostituzione minorile da parte dello stesso soggetto che lo organizza deve ritenersi assorbito nell'organizzazione, mentre la propaganda acquista autonoma rilevanza penale nei casi in cui è effettuata da soggetto diverso dall'organizzatore del viaggio.

Di difficile interpretazione è il requisito normativo che richiama l'organizzazione o la propaganda di viaggi "comunque comprendenti" l'attività di prostituzione: tale inciso è stato interpreta-

to nel senso che la finalità di fruizione della prostituzione minorile potrebbe affiancarsi anche ad altre finalità, del tutto lecite, legate al viaggio. In relazione a questa disposizione, una parte della dottrina ha proposto la modifica letterale della norma nei seguenti termini: “Chiunque organizza o propaganda viaggi finalizzati, *anche in parte*, alla fruizione di attività di prostituzione...”.

Per la sussistenza del reato non è necessaria l'effettiva fruizione dell'attività di prostituzione in danno di minori, essendo sufficiente che il viaggio sia ad essa diretto. Al riguardo, occorre fare riferimento non tanto alle intenzioni di chi prende parte al viaggio, quanto alle caratteristiche oggettive del viaggio stesso, alle possibilità materiali che lo stesso offre. Sul piano della condotta, occorre evidenziare la necessaria scissione tra le due figure del soggetto che organizza-propaganda il viaggio e il soggetto che fruisce del viaggio e della possibilità di accedere a soggetti minorenni a scopo di prostituzione.

A) L'ORGANIZZAZIONE DI VIAGGI FINALIZZATI ALLA FRUIZIONE DI ATTIVITÀ DI PROSTITUZIONE

Rispetto alla condotta di organizzazione, la dottrina ha affermato che si richiede un duplice requisito: l'organizzazione di uno o più viaggi, individuali o collettivi, nel territorio italiano o anche all'estero, a favore di terze persone; l'idoneità di tale organizzazione alla realizzazione dello scopo turistico-sessuale.

Per giustificare una sanzione penale così elevata, si è osservato che la condotta di organizzazione non dovrebbe limitarsi alla predisposizione delle normali attività preparatorie per un viaggio, ma è richiesta una condotta ben più incisiva, come quella di fornire al viaggiatore informazioni ed elementi indispensabili per entrare in contatto con determinati ambienti, nei quali la prostituzione minorile è concretamente offerta.

Secondo un'interpretazione, minoritaria in dottrina, si dovrebbe pretendere che l'attività organizzativa offra prospettive di vantaggio economico per l'agente diverse da quelle proprie dell'attività organizzativa di viaggi “leciti”, nel senso che quest'ultimo possa trarre dalla propria intermediazione un guadagno ulteriore, un lucro connesso appunto alla prospettiva di fruire materialmente di prostituzione minorile. In questo senso, del resto, depone anche la rubrica della norma, che riguarda iniziative volte allo “sfruttamento” della prostituzione minorile. Tale impostazione, tuttavia, non appare persuasiva e non trova conforto nel dettato normativo; la stessa sembra introdurre in via interpretativa un requisito di fattispecie ulteriore.

Ai fini della sussistenza del reato, ha rilevanza anche l'organizzazione di un solo viaggio.

B) LA PROPAGANDA DI VIAGGI FINALIZZATI ALLA FRUIZIONE DI ATTIVITÀ DI PROSTITUZIONE

Quanto alla condotta di propaganda, essa comprende la diffusione di tipo pubblicitario delle informazioni su viaggi organizzati finalizzati alla fruizione della prostituzione minorile, operata con tutti i mezzi disponibili, pubblici o privati.

Considerata la pena edittale prevista per il reato, e la necessità di evitare interpretazioni estensive, non ricorre la condotta di propaganda nel caso di un semplice inserto pubblicitario che prospetta viaggi in un determinato Paese dove, notoriamente, è diffusa la prostituzione minorile.

Il rispetto del principio di offensività in materia penale, inoltre, suggerirebbe di verificare che l'attività di propaganda sia stata tale da attribuire al destinatario della stessa la possibilità concreta di usufruire del servizio illecito in essa propagandato ed offerto.

ELEMENTO SOGGETTIVO

È oggetto di dibattito se il delitto di cui all'art. 600 *quinquies* sia punito a titolo di dolo generico oppure di dolo specifico. L'opinione maggioritaria in dottrina sostiene, in modo convincente, che sia richiesto il dolo generico, consistente nella consapevolezza e volontà di organizzare o propagandare viaggi finalizzati alla fruizione di prostituzione minorile. Secondo tale impostazione, la finalizzazione del viaggio alla fruizione di prostituzione minorile non opera sul piano dell'elemento soggettivo, quale finalità estranea ed ulteriore, ma rappresenta, piuttosto, una caratteristica intrinse-

ca della condotta e denota l' idoneità sul piano oggettivo del viaggio organizzato ad un determinato scopo.

Secondo altra dottrina, la direzione finalistica dell' azione sarebbe tale da integrare il dolo specifico. Tale impostazione appare criticabile, determinando un arretramento ulteriore della soglia di rilevanza penale di condotte già lontane dall' aggressione all' interesse giuridico tutelato.

Ai fini della consumazione del reato, dunque, è irrilevante che lo scopo cui il viaggio è finalizzato si realizzi effettivamente, trattandosi di un carattere che l' iniziativa turistica deve assumere *ex ante*, cioè al momento in cui la stessa è propagandata o organizzata.

3. Confisca (art. 600 septies c.p.).

L' articolo è stato introdotto dall' art. 7, l. 3 agosto 1998, n. 269 (Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù).

La disposizione è stata poi modificata dall' art. 15, 5° comma, della l. 11 agosto 2003, n. 228 (Misure contro la tratta di persone) e, successivamente, dall' art. 5, l. 6 febbraio 2006, n. 38 (Disposizioni in materia di lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia anche a mezzo Internet).

Da ultimo, l' articolo è stato sostituito dall' art. 4, l. 1° ottobre 2012, n. 172 (Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d' Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l' abuso sessuale, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007, nonché norme di adeguamento dell' ordinamento interno).

AMBITO APPLICATIVO

Per espressa disposizione legislativa, la confisca disciplinata dall' art. 600 *septies* trova applicazione per tutti i delitti previsti dalla Sezione I (delitti contro la personalità individuale) oltre che per altre fattispecie di reato indicate, inerenti alla tutela della libertà sessuale del minore. Si tratta, in particolare, delle fattispecie di reato di cui agli articoli 609 *bis*, quando il fatto è commesso in danno di un minore di anni diciotto o il reato è aggravato dalle circostanze di cui all' art. 609 *ter*, 1° comma nn. 1), 5) e 5 *bis*), 609 *quater*, 609 *quinquies*, 609 *octies*, quando il fatto è commesso in danno di un minore di anni diciotto o il reato è aggravato dalle circostanze di cui all' articolo 609 *ter*, 1° comma, nn. 1), 5) e 5 *bis*), e 609 *undecies*.

Con l' intervento di riforma attuato con l. 172/2012 il legislatore ha conservato la previsione normativa relativa all' estensione dell' obbligo di confisca anche alle ipotesi in cui sia applicata la pena su richiesta ai sensi dell' art. 444 c.p.p.

TIPOLOGIE DI CONFISCA

La natura giuridica della confisca disciplinata dall' art. 600 *septies*, alla luce dei vari interventi di riforma che ne hanno modificato i requisiti strutturali, rispecchia la polivalenza funzionale ormai riconosciuta all' istituto nelle sue differenti tipologie: di misura di sicurezza e di pena accessoria, con funzione specialpreventiva e generalpreventiva-punitiva.

L' art. 600 *septies* disciplina attualmente, in primo luogo, un' ipotesi di confisca obbligatoria, applicabile ai beni che costituiscono il prodotto, il profitto o il prezzo del reato, salvi i diritti della persona offesa alle restituzioni e al risarcimento dei danni.

Nel caso in cui la confisca obbligatoria non sia possibile, l' art. 600 *septies* ammette la confisca per equivalente dei beni di cui il reo abbia la disponibilità per un valore corrispondente al prezzo o al profitto dei reati indicati nel medesimo articolo. In dottrina si è evidenziato, a questo proposito, il carattere innovativo dell' art. 600 *septies*, che estende la confisca per equivalente anche ai beni di cui il condannato abbia la disponibilità solo indirettamente o per interposta persona.

In dottrina si è riconosciuta la possibilità di ricorrere anche alla confisca facoltativa prevista dall' art. 240 c.p. Tale possibilità è stata confermata, di recente, anche dalla Corte di cassazione che,

in una vicenda avente ad oggetto materiale pedopornografico ha riconosciuto che, anche a seguito della modifica dell'art. 600 *septies* da parte della l. 172/2012, deve ancora ritenersi ammessa la confisca facoltativa delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato sulla base dei principi generali contenuti nell'art. 240 c.p. (Corte di cassazione, sentenza n. 20429/2014).

A seguito della riforma attuata con l. 172/2012, inoltre, è stato ampliato il catalogo di reati per i quali è prevista la c.d. confisca allargata. A norma dell'art. 12 *sexies*, l. 7 agosto 1992, n. 356, in caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta a norma dell'art. 444 c.p.p., è sempre disposta la confisca del denaro, dei beni o delle altre utilità di cui il condannato non può giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica. Questa tipologia di confisca è applicabile quando si tratta dei reati disciplinati dall'art. 600, 600 *bis*, 1° comma, 600 *ter*, 1° e 2° comma, 600 *quater*.1 (relativamente alla condotta di produzione o di commercio di materiale pornografico), 600 *quinquies*, 601, 602 e 603 *bis*. A tale proposito si è precisato che il riferimento a tali ulteriori fattispecie di reato deve intendersi nei limiti del reato consumato, come già chiarito dalla giurisprudenza formatasi in relazione all'ambito applicativo dell'art. 12 *sexies* citato, cosicché si deve escludere l'applicazione della confisca nel caso di delitti soltanto tentati.

4. Circostanza attenuante (art. 600 *septies*.1 c.p.).

L'articolo è stato introdotto dall'art. 4, 1° comma, lett. m), l. 1° ottobre 2012, n. 172 (Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007, nonché norme di adeguamento dell'ordinamento interno).

In precedenza le circostanze attenuanti erano disciplinate dall'art. 600 *sexies*, 4° e 5° comma.

L'intervento legislativo attuato con l. 172/2012 ha provveduto ad una razionalizzazione del sistema delle circostanze previste per i delitti di cui agli artt. 600 e ss. del codice penale. Con specifico riferimento alle circostanze attenuanti, tale intervento non si è limitato ad attribuire alle disposizioni una nuova collocazione sistematica ma ne ha modificato il contenuto e l'ambito applicativo, che risultano ridimensionati.

La riforma attuata con l. 172/2012 ha esteso l'ambito applicativo della disposizione a tutti i delitti compresi nella Sezione I, rinunciando alla selezione delle singole fattispecie di reato in precedenza proposta.

La circostanza attenuante, di natura premiale, è fondata su comportamenti che concretizzano ipotesi di ravvedimento operoso, secondo modelli di disciplina già sperimentati nel nostro ordinamento (a titolo esemplificativo, rispetto ai delitti di sequestro di persona e di sequestro di persona a scopo di estorsione). La circostanza attenuante disciplinata dall'art. 600 *septies*.1 attribuisce rilevanza al fatto di adoperarsi per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori e di aiutare concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di prove decisive per l'individuazione o la cattura dei concorrenti.

È stata dunque soppressa, in primo luogo, la rilevanza attribuita secondo la precedente disciplina alla condotta dell'adoperarsi concretamente affinché la persona offesa riacquisti la propria autonomia e libertà (cfr. art. 600 *sexies*, 4° comma, ora abrogato). In dottrina si è evidenziata a questo proposito un'asimmetria con l'attuale disciplina delle circostanze premiali tuttora previste per i reati di sequestro di persona e di sequestro di persona a scopo di estorsione.

Una delimitazione ulteriore dell'ambito applicativo della circostanza attenuante è desumibile dal riferimento che il nuovo testo normativo presenta alla raccolta di prove decisive per l'individuazione o la cattura dei colpevoli: è stato sostituito il riferimento precedente agli "elementi di prova decisivi", valutati anche in relazione alla loro idoneità alla ricostruzione dei fatti. È da evidenziare, altresì, l'eliminazione del riferimento, presente nell'abrogato art. 600 *sexies*, al fatto che la

raccolta degli elementi di prova poteva essere utile anche alla “sottrazione di risorse alla consumazione dei delitti”.

Sul piano lessicale, si segnala la qualificazione del soggetto che può beneficiare della circostanza attenuante, definito concorrente, che si adopera per l’individuazione e la cattura degli altri concorrenti nel reato. La precedente formulazione conteneva, invece, il riferimento all’“imputato” e ad “uno o più autori dei reati”. La circostanza attenuante, di natura soggettiva, è stata dunque limitata nel suo ambito applicativo, non essendo più applicabile a “chiunque”, ma soltanto a soggetti che abbiano concorso nella realizzazione dei delitti contemplati tra quelli ai quali la circostanza attenuante risulta applicabile.

La legge di riforma 172/2012 ha confermato la disciplina previgente in tema di bilanciamento tra circostanze attenuanti e aggravanti in precedenza prevista dal 6° comma dell’art. 600 *sexies*, ora abrogato. Secondo quanto previsto dall’ultimo comma dell’art. 602 *ter*, introdotto con l. 172/2012, le circostanze attenuanti, diverse da quelle previste dagli articoli 98 e 114, concorrenti con le circostanze aggravanti di cui alla Sezione I, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a questa, e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità della stessa risultante dall’aumento conseguente alle predette aggravanti. La disciplina del bilanciamento così introdotta meriterebbe una rinnovata riflessione, al fine di valutarne la ragionevolezza.

SOGGETTO ATTIVO MINORE DI ETÀ

La riforma intervenuta nel 2012 non ha riproposto l’attenuazione della pena nel caso in cui l’autore del reato sia un soggetto minorenni, come accade invece in relazione all’art. 609 *quater* c.p.

Tale assetto normativo risulta condivisibile, in considerazione dell’accentuato disvalore che connota le condotte incriminate e la possibilità, comunque, che possa trovare applicazione la disciplina generale di cui all’art. 98 c.p. in caso di minore età.

5. Pene accessorie (art. 602 *septies.2*).

L’articolo è stato introdotto dall’art. 4, l. 1° ottobre 2012, n. 172 (Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d’Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l’abuso sessuale, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007, nonché norme di adeguamento dell’ordinamento interno).

LE SINGOLE PENE ACCESSORIE

Con la riforma legislativa attuata con l. 172/2012 il legislatore ha trasferito, con modifiche, le pene accessorie in precedenza disciplinate nel 1° e nel 2° co. dell’art. 600 *septies* e nell’art. 602 *bis* (ora abrogato) nell’attuale articolo 600 *septies.2*, ampliando il catalogo delle pene accessorie disponibili. La riforma attuata con l. 172/2012, nel disciplinare le pene accessorie in un articolo apposito, ne ha anche ampliato l’ambito applicativo. Di conseguenza, il principio di legalità della pena e quello di applicazione, in caso di successione di leggi penali, della norma penale più favorevole al reo di cui all’art. 2 c.p. operano anche con riguardo alle pene accessorie, cosicché, quando il caso riguarda fatti commessi anteriormente all’entrata in vigore della l. 172/2012, non possono trovare applicazione tutte le pene accessorie previste oggi dall’articolo 600 *septies.2* e introdotte successivamente alla commissione del fatto.

Il n. 1) dell’art. 600 *septies.2* prevede la pena accessoria della perdita della responsabilità genitoriale, quando la qualità di genitore è prevista quale circostanza aggravante del reato. La norma è stata modificata per effetto del d. legisl. 28 dicembre 2013, n. 154, che ha sostituito alle parole “potestà genitoriale” le parole “responsabilità genitoriale”. In relazione alle scelte lessicali del legislatore, occorre evidenziare un uso improprio del riferimento al contenuto della pena accessoria rispetto a quanto previsto, in via generale, dall’art. 34 c.p. Mentre la norma da ultimo richiamata disciplina i casi di “decadenza” e di “sospensione” della responsabilità genitoriale, il testo dell’art.

600 *septies*.2 si riferisce, in senso atecnico, alla “perdita” della suddetta responsabilità. Sarebbe necessario, pertanto, un intervento di riforma sul testo dell’articolo, volto a precisare se si debba intendere come decadenza o sospensione.

Merita di essere evidenziato, inoltre, il contenuto del 2° co. dell’art. 600 *septies*.2, che comporta l’interdizione perpetua da qualsiasi incarico nelle scuole di ogni ordine e grado, nonché da ogni ufficio o servizio in istituzioni o strutture pubbliche o private frequentate abitualmente da minori. Dal confronto tra quanto previsto da questo comma dell’art. 600 *septies*.2 e dalla precedente disciplina della medesima pena accessoria, contenuta nell’art. 600 *septies*, è possibile riscontrare la presenza di differenze significative. In particolare, mentre l’articolo 600 *septies* si riferiva, nel prevedere l’interdizione perpetua, ad uffici o servizi in istituzioni o strutture pubbliche o private frequentate “prevalentemente” da minori, l’articolo 600 *septies*.2 nell’attuale formulazione si riferisce alle medesime istituzioni e strutture frequentate “abitualmente” da minori. In relazione a tale differenza lessicale la Suprema Corte, in una decisione i cui contenuti meritano di essere condivisi, ha affermato che la nuova formulazione contiene una nozione maggiormente determinata, quella di abitudine, da intendersi nel senso di “reiterata frequentazione dei luoghi”. Alla luce di tale precisazione la Cassazione ha affermato che la nuova disposizione risulta sicuramente più favorevole al reo rispetto alla disciplina precedente, fondata sul concetto sfuggente ed indeterminato della “prevalenza” (Corte di cassazione, sentenza n. 13850/2014).

Il 3° comma dell’art. 600 *septies*.2 ripropone il contenuto dell’ultimo comma del previgente art. 600 *septies*, ossia la chiusura degli esercizi la cui attività risulta finalizzata ai delitti previsti dalla presente sezione nonché la revoca della licenza di esercizio o della concessione o dell’autorizzazione per le emittenti radiotelevisive. Tale disposizione comporta un’estensione dell’ambito applicativo della misura, dal momento che la norma precedente si riferiva a fattispecie di reato specificamente indicate nella disposizione, risultando ora applicabile a tutti i delitti previsti dalla Sezione I. Occorre altresì evidenziare che, mentre la revoca delle concessioni e delle autorizzazioni per le emittenti radio-televisive è stata introdotta dalla riforma del 2006, la chiusura degli esercizi era già stata sperimentata, con esiti positivi, nell’ambito della normativa relativa alla prostituzione di soggetti adulti (v. art. 3, l. 75/1958, c.d. legge Merlin). Perplessità sono state espresse in dottrina, in relazione alla mancata previsione di un limite temporale alla misura. Sarebbe quindi opportuna una riflessione circa l’opportunità di un intervento normativo che renda esplicito un limite massimo.

6. Le circostanze aggravanti (art. 602 ter c.p.).

L’art. 602 *ter* c.p., di disciplina delle circostanze aggravanti, è stato introdotto dall’art. 3, l. 2 luglio 2010, n. 108 (Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d’Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani, fatta a Varsavia il 16 maggio 2005, nonché norme di adeguamento dell’ordinamento interno).

L’articolo è stato successivamente modificato dall’art. 4, l. 1° ottobre 2012, n. 172 (Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d’Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l’abuso sessuale, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007, nonché norme di adeguamento dell’ordinamento interno). Con questa riforma legislativa sono stati inseriti gli attuali commi 3°, 4°, 5°, 6°, 7° e 10°.

Con l’ulteriore intervento di riforma attuato con l’art. 1, d. legisl. d.l. 4 marzo 2014, n. 39 sono stati introdotti gli attuali commi 8° e 9°.

LE SINGOLE CIRCOSTANZE

Nell’art. 602 *ter* sono disciplinate in modo organico circostanze relative ad elementi di fatto e a condizioni giuridiche che accentuano la gravità del reato commesso. Alcune delle circostanze comprese nell’art. 602 *ter* non sono inedite, in quanto già contemplate nella precedente disciplina, sebbene in una differente collocazione sistematica o riferite soltanto specifiche fattispecie di reato.

Le circostanze disciplinate dall'art. 602 *ter* sono circostanze aggravanti specifiche, ad effetto speciale, ad eccezione di quella prevista nel comma 8° dell'art. 602 *ter*, che prevede un aggravamento nella misura ordinaria.

Il 4° comma dell'art. 602 *ter* è stato introdotto dalla l. 172/2012. Esso prevede un aumento della pena da un terzo alla metà se, per i reati di prostituzione minorile (art. 600 *bis*), di pornografia minorile (limitatamente alle figure di reato disciplinate dal 1° comma dell'art. 600 *ter*) e di iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile (art. 600 *quinquies*), il fatto è commesso approfittando della situazione di necessità del minore. La *ratio* della circostanza aggravante è ravvisabile nel disvalore insito nello sfruttamento di posizioni di debolezza, in grado di coartare la volontà della vittima. Il riferimento alla situazione di "necessità" in cui può trovarsi la persona offesa costituisce un dato ricorrente tra i delitti contro la personalità individuale. Il legislatore non ha introdotto alcun riferimento testuale in grado di definire la situazione di necessità: l'interprete può avvalersi dell'elaborazione giurisprudenziale in materia, che richiama a tale proposito non tanto i presupposti costitutivi della causa di giustificazione di cui all'art. 54 quanto quelli dell'usura aggravata, ai sensi dell'art. 644 c.p. Si potrebbe valutare, a questo proposito, se il riferimento all'elaborazione giurisprudenziale del concetto di "situazione di necessità" in cui può trovarsi il minore possa essere utile ed esaustivo rispetto alla definizione dell'ambito applicativo della circostanza.

Il 5° co. dell'art. 602 *ter*, introdotto in occasione della riforma attuata con l. 172/2012, prevede un aumento della pena dalla metà ai due terzi se il fatto è commesso in danno di un minore degli anni sedici. L'aggravamento di pena è riferito alle figure di reato di prostituzione minorile (art. 600 *bis*), di pornografia minorile (art. 600 *ter*), di iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione (art. 600 *quinquies*), nonché di riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù (art. 600), di tratta di persone (art. 601) e di acquisto e alienazione di schiavi (art. 602). Nell'ottica di una tutela rafforzata del minore di età, la riforma attuata con l. 172/2012 ha innalzato l'età dai 14 anni (previsti dall'art. 600 *sexies* ora abrogato) ai 16 attualmente previsti dall'art. 602 *ter*. Ad una prima lettura la riforma sembra aver creato una sovrapposizione di disciplina con quanto previsto dal 1° comma dell'art. 602 *ter*, che prevede un aggravamento della pena da un terzo alla metà se la persona offesa è minore degli anni diciotto. In realtà, una lettura sistematica delle disposizioni induce a ritenere che le due previsioni possano coesistere in quanto complementari: l'aumento della pena sarà da un terzo alla metà nel caso di persona offesa di età compresa tra i sedici e i diciotto anni; dalla metà ai due terzi, in caso di minore di età inferiore ad anni 16.

Il comma 6° dell'art. 602 *ter* contempla i reati commessi nei confronti di minori degli anni diciotto. La disposizione, introdotta in occasione della l. 172/2012, prende in considerazione i casi in cui sussistano particolari rapporti di parentela o altri rapporti qualificati tra l'autore del reato ed il minore vittima dello stesso. È previsto un aumento della pena dalla metà a due terzi se il fatto è commesso da un ascendente, dal genitore adottivo, o dal loro coniuge o convivente, dal coniuge o da affini (del minore) entro il secondo grado, da parenti fino al quarto grado collaterale, dal tutore o dalla persona alla quale il minore è stato affidato per ragioni di cura, educazione, istruzione, vigilanza, custodia, lavoro. In caso di sussistenza di tali rapporti personali con la persona offesa, potranno trovare applicazione anche le pene accessorie previste dall'art. 600 *septies*.2. L'aumento della pena è applicabile altresì se il fatto è commesso in danno di un minore in stato di infermità o minorazione psichica, naturale o provocata. L'ambito applicativo della circostanza aggravante è limitato, per espressa previsione normativa, ai delitti di prostituzione minorile (art. 600 *bis*), di pornografia minorile (art. 600 *ter*), nonché ai delitti di cui agli articoli 600, 601 e 602 ove commessi nei confronti di un minore di anni diciotto. Si potrebbe valutare, a questo proposito, se sia utile estendere l'ambito applicativo della disciplina ad altre fattispecie di reato.

Il 7° comma dell'art. 602 *ter*, introdotto dalla l. 172/2012, prevede un aggravamento della pena dalla metà ai due terzi se il fatto è commesso mediante somministrazione di sostanze alcoliche, narcotiche, stupefacenti o comunque pregiudizievoli per la salute fisica o psichica del minore. Quanto all'ambito applicativo della circostanza aggravante in questione, si è rilevato che la stessa

potrebbe interferire con l'ambito applicativo della circostanza aggravante prevista dal precedente 6° comma, che prevede il caso che il fatto sia commesso in danno di un minore in stato di infermità o minorazione psichica, naturale o provocata. Al fine di delimitare con maggiore precisione il rispettivo ambito applicativo delle due circostanze, si potrebbe valutare – come suggerito in dottrina – di considerare in questo caso la somministrazione un antecedente non autonomamente punibile dell'approfittamento o, viceversa, quest'ultimo un postfatto non punibile del primo.

Le circostanze aggravanti disciplinate dal comma 8° dell'art. 602 *ter* sono state introdotte dal d. legisl. 4 marzo 2014, n. 39. Questa disposizione prevede un incremento della pena, nella misura ordinaria, se il reato è commesso da più persone riunite; se il reato è commesso da persona che fa parte di un'associazione per delinquere e al fine di agevolare l'attività; se il reato è commesso con violenze gravi o se dal fatto deriva al minore, a causa della reiterazione delle condotte, un pregiudizio grave. L'aumento della pena prevista dall'ottavo comma dell'art. 602 *ter* si applica soltanto ai delitti di prostituzione minorile (art. 600 *bis*), di pornografia minorile (art. 600 *ter*) e di detenzione di materiale pornografico (art. 600 *quater*) anche virtuale (art. 600 *quater*.1), e di iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile (art. 600 *quinquies*). In relazione al riferimento alla partecipazione dell'agente ad un'associazione a delinquere, in dottrina sono state espresse perplessità, per eventuali problemi di interferenza della circostanza aggravante in esame con la disciplina prevista dall'art. 416 c.p.

Anche il 9° comma dell'art. 602 *ter* è stato introdotto in occasione della riforma attuata con d. legisl. 4 marzo 2014, n. 39. Tale previsione specifica che le pene previste per i reati di cui al comma precedente sono aumentate in misura non eccedente i due terzi nei casi in cui gli stessi siano compiuti con utilizzo di mezzi atti ad impedire l'identificazione dei dati di accesso alle reti telematiche.

IL GIUDIZIO DI BILANCIAMENTO

L'ultimo comma dell'art. 602 *ter*, introdotto in occasione della riforma attuata con l. 172/2012, prevede che le circostanze attenuanti – con esclusione di quelle relative alla minore età (art. 98) ed alla partecipazione di minima importanza nell'ambito di un reato concorsuale (art. 114) – non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti qualora concorrano con le circostanze aggravanti disciplinate nell'art. 602 *ter*. Questa disciplina dovrebbe essere oggetto di valutazione.

Le diminuzioni di pena, inoltre, si applicano sulla quantità della stessa risultante dall'aumento conseguente alle predette circostanze aggravanti.

7. Fatto commesso all'estero (art. 604 c.p.).

DISCIPLINA

La norma è stata oggetto di un significativo intervento di riforma da parte dell'art. 10, l. 3 agosto 1998, n. 269 (Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù).

Con questa riforma si è perseguito l'obiettivo di ampliare il regime di procedibilità dei reati previsti dalla Sezione I del codice penale (Dei delitti contro la personalità individuale) oltre che dei reati di natura sessuale commessi all'estero.

Speciale rilevanza assume la previsione della punibilità del cittadino italiano che commetta all'estero i delitti richiamati: l'innovazione consiste nella eliminazione delle condizioni di procedibilità previste in via generale dall'art. 9 c.p. Secondo la disciplina vigente, la punibilità per i suddetti reati non è subordinata alla presenza del reo sul territorio nazionale né alla richiesta del Ministro della giustizia. La stessa disciplina si applica altresì al caso in cui i predetti reati siano stati commessi all'estero in danno di cittadino italiano. Per l'ipotesi in cui tali reati siano commessi dallo straniero in concorso con il cittadino italiano, la punibilità dello straniero è subordinata alla richiesta del Ministro della giustizia, sempre che si tratti di delitto per il quale è prevista la pena edittale non inferiore nel massimo ad anni cinque di reclusione.

Anche per queste ipotesi è stata eliminata, dunque, la condizione di procedibilità che richiede la presenza del reo sul territorio nazionale, prevista in via generale dall'art. 10.

Ulteriori interventi di riforma della disposizione in commento sono avvenuti ad opera della l. 9 gennaio 2006, n. 7, che si è limitata ad alcune precisazioni terminologiche, sostituendo il precedente riferimento al "cittadino straniero" con l'attuale allo "straniero".

Significativo il più recente intervento di riforma attuato con l. 1° ottobre 2012, n. 172 (Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007, nonché norme di adeguamento dell'ordinamento interno). L'art. 4, 1° co., lett. q) della suddetta legge ha ampliato le fattispecie di reato alle quali è applicabile il regime di procedibilità all'estero, includendovi anche la violenza sessuale di gruppo (art. 609 *octies*) e l'adescamento di minorenni (art. 609 *undecies*). Si potrebbe valutare la possibilità di estendere ulteriormente la disciplina della procedibilità del reato di cui all'art. 604 c.p. anche ad altre fattispecie che coinvolgono il minore come soggetto passivo.

Sezione II

I principali aspetti critici dei delitti di pornografia minorile e prime riflessioni sulla disciplina del *sexting*.

SOMMARIO: 1. I delitti di pornografia minorile (artt. 600-ter, 600-quater, 600-quater.1 c.p.): questioni problematiche. – 1.1. Il delitto di “produzione di pornografia minorile” e il requisito “non scritto” del pericolo concreto di diffusione del materiale (art. 600-ter, comma 1, c.p.). – 1.2. Il rinvio al “materiale di cui al primo comma” contenuto nelle fattispecie disciplinate all’art. 600-ter, commi 2, 3 e 4, c.p. – 1.3. Detenzione di pornografia minorile (art. 600-quater c.p.). – 1.4. L’incriminazione della pornografia minorile virtuale (art. 600-quater.1 c.p.). – 2. Disciplina del *sexting* e cenni comparatistici.

1. I delitti di pornografia minorile (artt. 600-ter, 600-quater, 600-quater.1 c.p.): questioni problematiche.

I delitti di pornografia minorile di cui agli artt. 600-ter e 600-quater c.p., introdotti nel codice penale nel 1998, successivamente emendati ad opera della legge n. 38/2006 e della legge n. 172/2012, presentano, *in nuce*, un “doppio volto” che fa sostanzialmente oscillare il bene giuridico tutelato dalla protezione dello sviluppo psico-fisico del singolo minore, strumentalizzato per la produzione del materiale pornografico, nocumento che verrebbe, successivamente, perpetuato da coloro diffondono e fruiscono di queste immagini, alla tutela “molto anticipata” dello sviluppo psico-fisico di “futuri minori”, i quali potrebbero essere sfruttati o strumentalizzati per la produzione di altro materiale pornografico oppure abusati sessualmente in considerazione dell’idea secondo cui la circolazione e la fruizione di questo materiale incentivi la commissione di reati sessuali nei confronti di minorenni. Sono, tuttavia, discordanti i risultati delle ricerche scientifiche, fino ad ora effettuate, relativamente alla valutazione dell’esistenza o meno di un nesso tra il consumo di materiale pedo-pornografico e la perpetrazione di aggressioni sessuali ai danni di minori.

La questione se il fulcro dell’offensività ruoti attorno alla strumentalizzazione del minore ritratto nell’immagine pornografica, ovvero sulla circolazione del materiale, influisce significativamente sull’interpretazione delle singole disposizioni incriminatrici.

1.1. Il delitto di “produzione di pornografia minorile” e il requisito “non scritto” del pericolo concreto di diffusione del materiale (art. 600-ter, comma 1, c.p.).

Per comprendere le principali problematiche interpretative e applicative di questo delitto occorre ripercorrerne brevemente l’origine.

Il primo comma dell’art. 600-ter c.p., nella sua prima formulazione (*ante* Legge n. 38/2006), contemplava due ipotesi criminose: quella di “chiunque sfrutta minori al fine di realizzare esibizioni pornografiche” e quella di “chiunque sfrutta minori al fine di produrre materiale pornografico”.

La nozione di “sfruttamento” fu oggetto di differenti interpretazioni in dottrina e si contrapposero due principali tesi.

Secondo la tesi cd. “economicista”, affinché potesse configurarsi lo “sfruttamento” necessario per l’integrazione del delitto, occorre che l’agente intendesse ottenere un vantaggio economico dall’attività di produzione di materiale pornografico o di realizzazione di esibizioni pornografiche. Si trattava di una lettura teleologica della norma fondata sulle indicazioni fornite dal legislatore nel cd. Preambolo della Legge n. 269/1998, laddove, nell’esplicitare il bene giuridico tutelato, manifestava dichiaratamente di aderire ai principi della Convenzione Onu sui diritti del fanciullo del 1989 e alla Dichiarazione mondiale di Stoccolma contro lo sfruttamento sessuale dei bambini a fini commerciali. Partendo dalla constatazione che lo “sfruttamento sessuale” a cui quest’ultimo documento in particolare faceva riferimento era quello realizzato a “fini commerciali”, secondo tale dottrina anche il legislatore italiano non avrebbe inteso il concetto di sfruttamento come un “qualsiasi”

sfruttamento sessuale ma come uno “sfruttamento sessuale a fini commerciali”, implicante, pertanto, un obiettivo lucrativo²³. Nell’ambito di questa opzione ermeneutica si inseriva una corrente ancora più “restrittiva”, secondo la quale l’attività di “sfruttamento” doveva avere anche una connotazione “imprenditoriale”, volta ad inserire le opere nel mercato della pedofilia²⁴.

A questi orientamenti “restrittivi” si opponeva altra dottrina che ravvisava lo “sfruttamento” nella condotta di chi semplicemente approfittava dell’immaturità dei minori per il loro coinvolgimento nella realizzazione di spettacoli e pubblicazioni a carattere pedo-pornografico. L’espressione sfruttamento, priva di qualsiasi connotazione economicista, avrebbe espresso, quindi, una forma di approfittamento del minore a fini *lato sensu* sessuali²⁵.

Ovviamente la diversa interpretazione del concetto di “sfruttamento” aveva delle ripercussioni anche sulla punibilità o meno della produzione cd. “artigianale o casalinga” di materiale pedo-pornografico. Ebbene, se alcuni Autori, che aderivano all’orientamento “economicista”, dichiaravano che, in assenza di tale finalità, andava esclusa l’incriminazione della produzione privata di pornografia minorile, sia sotto l’alveo dell’art. 600-ter che dell’art. 600-quater c.p.²⁶, una parte minoritaria della letteratura obiettava che anche la produzione “artigianale” di tali opere

sarebbe stata sufficiente ad integrare il delitto, sia che l’agente fosse un “imprenditore”, sia che fosse un “privato” che aveva agito “in seguito ad un’iniziativa isolata e occasionale”, poiché in entrambe le ipotesi l’agente avrebbe approfittato dell’inferiorità del minore per ricavarne un vantaggio²⁷.

Sull’acceso dibattito che si era sviluppato in dottrina si pronunciarono le Sezioni Unite della Corte di Cassazione che escludono sia l’esigenza del fine di lucro in capo all’autore sia la necessità

²³ A. CADOPPI, *Commento art. 3 (art. 600-ter, I e II comma)*, in A. Cadoppi (a cura di), *Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, Padova, 2002, 557 ss.; DEBERNARDI, *sub art. 600 ter c.p.*, in La Monica, Mazza, Marini (a cura di), *Commentario al Codice penale*, Torino, 2002, 2903; L. PISTORELLI, *sub art. 600-ter c.p.*, in E. Dolcini-G. Marinucci (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 1999, 3130; V. SANTORO, *Mano pesante sul turismo sessuale infantile*, in *Gdir*, 1998, 33, 46 ss.; P. PITTARO, *Le norme contro la pedofilia*, . A) *Le norme di diritto penale sostanziale*, in *Dir. Pen. e proc.*, 1998, 1226; C. RIVIEZZO, *Commento alla l. 3 agosto 1998, n. 269*, in *GG*, 1998, 33, 10; B. ROMANO, *Repressione della pedofilia e tutela del minore sessualmente sfruttato nella legge 269 del 1998*, in *DFP*, 1998, 1565.

²⁴ V. SANTORO, *Mano pesante*, cit., 46; C. RIVIEZZO, *Commento alla l. 3 agosto 1998, n. 269*, cit., 10; P. PITTARO, *Le norme contro la pedofilia*, cit., 1227; B. ROMANO, *Repressione della pedofilia e tutela del minore sessualmente sfruttato nella legge 269 del 1998*, cit., 1565; A. MARTINI, *sub art. 3, Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù*, in *LP*, 1999, 80.

²⁵ Cfr. O. DI GIOVINE, *sub art. 600 ter c.p.*, in G. LATTANZI-E. LUPO, *Codice Penale*, Milano, 2000, 528; O. DI GIOVINE, *sub art. 600 ter c.p.*, in T. Padovani (a cura di), *Codice penale*, II, Milano, 2000, 2591; L. MONACO, *sub art. 600-ter*, in Crespi, Stella, Zuccalà (a cura di), *Commentario breve al Codice penale*, 3ª ed., Padova, 1999, 1674.

²⁶ A. CADOPPI, *Commento art. 3 (art. 600-ter, I e II comma)*, cit., 559; 634 (L’A., con riferimento all’art. 600-ter c.p., dichiarava: “Non sarà punibile il film “fatto in casa” semplicemente per divertire gli amici; come non sarà punibile l’impiego di un minore per una esibizione davanti a più persone non paganti: ciò anche quando il minore sia retribuito per questo. Solo se allo sfruttatore deriva qualche vantaggio economico dall’impiego del minore si avrà “sfruttamento”, ai fini della integrazione del delitto”; in relazione all’art. 600-quater c.p. scriveva che: “l’espressione usata dal legislatore rende non punibile la detenzione di materiale pornografico “fatto in casa”, senza lo sfruttamento dei minori a fini commerciali”).

pornografico “fatto in casa”, senza lo sfruttamento dei minori a fini commerciali”); G. FLORA, *La legge contro lo sfruttamento sessuale dei minori. Profili di diritto sostanziale*, cit., 730; SANTORO, *Mano pesante*, cit., 49; RIVIEZZO, *Commento alla Legge 3.8.1998, n. 269*, cit., 6 ss; PITTARO, *Norme contro la pedofilia*, cit., 1227; B. ROMANO, *Repressione della pedofilia e tutela del minore sessualmente sfruttato nella legge 269 del 1998*, cit., 1567.

²⁷ E. VENAFARO, *Art. 4 – Detenzione di materiale pornografico*, cit., 90-91 (l’A. effettua diverse distinzioni nell’ambito dell’ipotesi di “detenzione di materiale pornografico riguardante minori prodotto dallo stesso soggetto per “uso personale”). Cfr., inoltre, O. DI GIOVINE, *sub art. 600-ter* in G. LATTANZI-E. LUPO, *Codice Penale, rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, cit., 530, 536; O. DI GIOVINE, *sub art. 600-quater* in G. LATTANZI-E. LUPO, *Codice Penale, rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, cit., 544-545 (L’A. ricollega tale condotta al più grave reato di cui al primo comma dell’art. 600-ter c.p., sulla base della considerazione che il delitto di detenzione rappresenta, come esplicitato dalla “clausola di riserva”, un *post factum* dello sfruttamento); su questa linea v. anche L. MONACO, *sub art. 600-ter*, cit., 1674.

di un'organizzazione di tipo imprenditoriale, e proposero un'interpretazione del termine "sfruttare" nel senso di "utilizzare a qualsiasi fine (non necessariamente di lucro), sicché sfruttare minori vuol dire impiegarli come mezzo, anziché rispettarli come fine o come valore in sé: significa, insomma, offendere la loro personalità, soprattutto nell'aspetto sessuale, che è tanto più fragile e bisognosa di tutela quanto più è ancora in formazione e non è ancora strutturata"²⁸. La Corte contestò il ricorso al solo criterio interpretativo semantico, specificando come esso richieda di essere affiancato da altri parametri ermeneutici, fra cui sicuramente il criterio teleologico. Precisò, quindi, come la finalità che ispirò l'intervento legislativo fu quella di "reprimere quelle condotte prodromiche che mettono a repentaglio il libero sviluppo personale del minore, mercificando il suo corpo e immettendolo nel circuito perverso della pedofilia"²⁹.

Da qui, la qualificazione della fattispecie di cui al primo comma dell'art. 600-ter c.p. come "reato di pericolo concreto di diffusione del materiale pornografico" prodotto attraverso lo sfruttamento del minore³⁰. Conclusione questa che, secondo la Corte, sarebbe stata corroborata anche da una lettura del significato semantico dei termini "esibizioni" e "produzione", poiché: "non appare possibile realizzare esibizioni pornografiche, cioè spettacoli pornografici, se non "offrendo" il minore alla visione perversa di una cerchia indeterminata di pedofili; così come, per attrazione di significato, produrre materiale pornografico sembra voler dire produrre materiale destinato ad essere immesso nel mercato della pedofilia". La Corte attribuiva così al giudice il compito di individuare, caso per caso, la sussistenza di "elementi sintomatici della condotta" che permettessero di accertare se vi fosse stato il concreto pericolo di diffusione del materiale pornografico prodotto³¹.

Per quanto concerne, in particolare, il materiale prodotto senza che si potesse riscontrare un pericolo concreto di diffusione del medesimo, e quindi anche nell'ipotesi di materiale realizzato per solo uso privato, la Corte sembrava fornire una soluzione in un, non trascurabile, *obiter dictum*, in cui si leggeva che: "ove non ricorra il reato di cui all'art. 600-ter, comma 1, anche per l'inesistenza del pericolo di diffusione del materiale, può sussistere altra figura di reato, compresa quella di detenzione di materiale pornografico di cui all'art. 600-quater c.p."³².

In sostanza, secondo l'interpretazione offerta dalla Corte, la produzione del materiale pornografico, punibile ai sensi dell'art. 600-ter c.p., poteva esulare da una finalità lucrativa o imprenditoriale, poteva quindi anche essere artigianale, ma doveva comunque mostrare, attraverso una serie di elementi sintomatici, una potenzialità diffusiva.

Ebbene, la Legge n. 38/2006 ha apportato sostanziali modifiche alla lettera dell'art. 600-ter c.p.. Per quanto concerne il primo comma della norma, è stato, in particolare, sostituito il termine "sfruttamento" con quello di "utilizzazione" ed eliminato il dolo specifico che caratterizzava la

²⁸ Cass. pen., Sez. Un., 31.5.2000, n. 13, par. 5.1.

²⁹ Cass. pen., Sez. Un., 31.5.2000, n. 13, par. 5.2.

³⁰ Cass. pen., Sez. Un., 31.5.2000, *Bove*, in *Foro it.*, 2000, II, 685, con nota di C. RUSSO. Fra i commenti, in dottrina, di questa sentenza cfr. G. MARRA, *La nozione di sfruttamento nel delitto di pornografia minorile e la terza via delle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.*, 2001, 428 ss.; MUSACCHIO, *Pornografia minorile: la Cassazione a Sezioni Unite fornisce l'interpretazione autentica dell'art. 600-ter c.p.*, in *Giur. merito*, 2001, I, 245; G. DOSI, *Sullo sfruttamento sessuale dei minorenni anche senza lucro, parola alle Sezioni Unite*, in *D&G*, III, 2000, 9; A. MONTAGNA, *Sfruttamento dei minori per esibizioni pornografiche: irrilevante il fine di lucro o l'impiego di una pluralità di soggetti*, in *Dir. pen. proc.*, II, 2000, 939-940.

³¹ Cass. pen., Sez. Un., 31.5.2000, par. 5.4: "Sarà il giudice ad accertare di volta in volta se ricorre il concreto pericolo di diffusione del materiale pornografico, facendo ricorso a elementi sintomatici della condotta, quali: l'esistenza di una struttura organizzativa anche rudimentale, atta a corrispondere alle esigenze del mercato dei pedofili; il concreto collegamento dell'agente con soggetti pedofili, potenziali destinatari del materiale pornografico; la disponibilità materiale di strumenti tecnici (di riproduzione e-o di trasmissione, anche telematica) idonei a diffondere il materiale pornografico in cerchie più o meno vaste di destinatari; l'utilizzo, contemporaneo o differito nel tempo, di più minori per la produzione del materiale pornografico (in questo senso la pluralità di minori impiegati non è elemento costitutivo del reato, ma indice sintomatico della pericolosità concreta della condotta); i precedenti penali, la condotta antecedente e le qualità soggettive del reo, quando siano connotati dalla diffusione commerciale di pornografia minorile; altri indizi significativi che l'esperienza può suggerire".

³² Cass. pen., Sez. Unite, 13.5.2000, par. 5.4.

condotta³³. La modifica è stata effettuata proprio al fine di “evitare interpretazioni, affacciate in dottrina, pur se non nella giurisprudenza della Corte di cassazione (vedi, sul punto, in particolare, Corte di cassazione, Sezioni Unite, 31 maggio 2000 [depositata il 5 luglio 2000], n. 13, Bove), condizionate dal concetto di sfruttamento elaborato in relazione alla prostituzione ed alla legge Merlin, ed orientate a richiedere, ai fini della sussistenza dello sfruttamento, e del reato, l’esistenza di una finalità lucrativa o commerciale, pur se la stessa non appare necessitata dal dato testuale”³⁴.

Nonostante la norma sia stata così emendata, la giurisprudenza sostanzialmente unanime ha continuato a seguire la posizione elaborata dalle Sezioni Unite della Cassazione con riferimento alla precedente formulazione della norma, richiedendo, ai fini della configurabilità del delitto di produzione di pornografia minorile, la sussistenza di un “pericolo concreto” di diffusione del materiale prodotto.

L’evidente ricaduta pratica conseguente all’ancoraggio del delitto di cui all’art. 600-ter, comma 1, c.p. alla sussistenza di un concreto pericolo di diffusione del materiale, è l’esclusione dall’alveo del delitto di “produzione di pornografia minorile” delle condotte di realizzazione di materiale pornografico ad uso esclusivamente privato.

È proprio da un caso come questo che è sorta la vicenda giudiziaria culminata nell’ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n. 10167/18 del 16 marzo 2018.

Il caso riguardava un chierico che era stato chiamato a rispondere sia del delitto di prostituzione minorile (artt. 600-bis, II e III comma, c.p.), sia del delitto di pornografia minorile (art. 600-ter, comma 1, c.p., aggravato ai sensi dell’art. 600-sexies, comma 2, c.p.). Per quanto concerne quest’ultima fattispecie di reato, si sosteneva che l’imputato, “utilizzando minori di anni diciotto, aveva realizzato e prodotto materiale pornografico, o comunque aveva indotto minori di anni 18 a partecipare ad esibizioni pornografiche, in particolare, dietro compenso di denaro o altra utilità economiche come le ricariche telefoniche, a posare nudi per le foto da lui realizzate, aventi ad oggetto gli organi genitali, con le aggravanti di aver commesso i fatti in danno di minori e con l’abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti alla qualità di ministro di culto”. Sia in primo che in secondo grado l’imputato veniva condannato per il reato di prostituzione minorile e per quello di pornografia minorile, avvinti dal vincolo della continuazione. Le difese presentavano ricorso per cassazione, e fra i diversi motivi, emergeva una questione di diritto estremamente rilevante relativamente alla configurabilità del reato di produzione di pornografia minorile.

Le difese sostenevano, infatti, che il giudice di primo grado e i giudici d’appello avrebbero ritenuto sussistente il reato di cui all’art. 600-ter, comma 1, c.p., senza affrontare la questione del “concreto pericolo di diffusione del materiale prodotto”, elemento che sarebbe stato assente nel caso *de quo*. La loro richiesta era, pertanto, di assoluzione con riferimento al reato di pornografia minorile, e, in subordine, la derubricazione del reato in quello meno grave di detenzione di pornografia minorile di cui all’art. 600-quater c.p. (reato, tuttavia, per cui, nel periodo fra il deposito della sentenza d’appello e la discussione del ricorso per cassazione si sarebbe maturata la prescrizione).

Ebbene, la Corte di Cassazione adita ha messo in discussione la correttezza dell’interpretazione giuridica che richiede, per la configurabilità del reato, la prova del pericolo concreto di diffusione del materiale prodotto, stabilita dalla Cass. Sezioni Unite, n. 13/2000, e seguita da giurisprudenza sostanzialmente unanime anche dopo la modifica della norma ad opera delle leggi n. 38/2006 e n. 172/2012. Ravvisando la necessità di una revisione di tale consolidato orientamento giurisprudenziale, la Corte di Cassazione rimette la questione alle Sezioni Unite e ciò in conformità all’art. 618, comma 1-bis, c.p.p. secondo cui: “se una sezione della Corte ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza, la decisione del ricorso”. Opzione che si impone, inoltre, anche alla luce del principio di legalità

³³ Conseguentemente anche il delitto di detenzione di pornografia minorile di cui all’art. 600-quater c.p. è stato emendato con la sostituzione del termine “utilizzo” in luogo di “sfruttamento”.

³⁴ *Ddl n. 4599* approvato dal Consiglio dei Ministri il 7 novembre 2003 e presentato alla Camera dei Deputati il 13 gennaio 2004, 3.

di cui all'art. 7 Cedu che, secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, è da considerarsi violato nel caso di *overruling* interpretativa in *malam partem*.

La Corte di Cassazione, nell'ordinanza di rimessione, ha posto in evidenza, in linea con l'orientamento di una parte della dottrina³⁵, l'incongruenza dell'interpretazione corrente dell'art. 600-ter, comma 1, c.p., *supra* descritta. Interpretazione, quest'ultima, che si porrebbe in contrasto con l'obiettivo di tutela, ossia il "libero sviluppo personale del minore", interesse che verrebbe pregiudicato dal coinvolgimento del minore nell'attività di produzione del materiale, indipendentemente dall'uso personale o meno delle immagini. La Corte sostiene, inoltre, che l'interpretazione offerta dalle Sezioni Unite non solo non trovi "riscontro nel dato normativo" ma contraddica "lo spirito dei numerosi interventi che si sono avuti in questi anni", sia nazionali che sovranazionali, che prescindono dal pericolo di diffusione del materiale prodotto e che individuano già nella produzione una fattispecie di danno. In sintesi, secondo i giudici: "anche la produzione ad uso personale è reato, perché la stessa relazione, sia pure senza contatto fisico, tra l'adulto e il minore di anni 18, contemplata dall'art. 600-ter c.p., è considerata come degradante e gravemente offensiva della dignità del minore in funzione del suo sviluppo sano ed armonioso"³⁶.

La Corte affronta anche la questione, strettamente correlata, della riconduzione delle ipotesi di produzione per uso personale del materiale nell'ambito del reato di pornografia minorile di cui all'art. 600-quater c.p., opzione prevista, seppur in *obiter dictum*, dalla stessa Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 13/2000. Soluzione di compromesso che contrasterebbe con la natura stessa della norma, sussidiaria rispetto a quella di cui all'art. 600-ter c.p. e applicabile solo qualora siano escluse le ipotesi ivi contemplate.

Orbene, qualora venisse accolta questa ricostruzione dalle Sezioni Unite, essa comporterebbe un ampliamento dell'ambito di applicazione della norma rispetto allo spazio ad essa riconosciuto secondo l'attuale interpretazione.

In verità, anche questa lettura, seppur rispondente al dato letterale, all'obiettivo di massima tutela del minore e alla lettera dei documenti sovranazionali in tema di pornografia minorile (Direttiva 93/2011 e cd. Convenzione di Lanzarote del 25 ottobre 2007) si scontra con una norma strutturata in modo estremamente rigido, con un regime sanzionatorio molto severo, che rende difficile una sua modulazione e applicazione proporzionata a fattispecie connotate da un diverso disvalore e grado di offensività: produzione con fine di diffusione, produzione per uso personale, produzione con il coinvolgimento di un solo minore, produzione con il coinvolgimento di più minori, produzione a fini commerciali, produzione con il coinvolgimento di minori che hanno raggiunto l'età del consenso sessuale ovvero che non l'hanno raggiunta.

In una prospettiva di riforma occorrerà, pertanto, valutare se sia opportuno riscrivere la fattispecie considerando tutte queste variabili.

1.2. Il rinvio al "materiale di cui al primo comma" contenuto nelle fattispecie disciplinate all'art. 600-ter, commi 2, 3 e 4, c.p.

Le fattispecie descritte all'art. 600-ter, comma 2, 3 e 4, rinviano tutte, quando all'oggetto materiale del reato, al "materiale di cui al primo comma", ossia al materiale prodotto utilizzando minori di anni diciotto. Il riferimento non è dunque alla definizione di pornografia minorile (*sic et simpliciter*) introdotta al settimo comma della norma, ad opera della legge n. 172/2012, ma alla pornografia minorile prodotta "utilizzando minori di anni diciotto".

L'ancoraggio a questo dato letterale ha portato la Corte di Cassazione ad escludere la configurabilità del reato disciplinato al comma 4 dell'art. 600-ter c.p. nel caso di cessione, ad opera di terzi, di "immagini pedo-pornografiche autoprodotte", ossia realizzate dalla stessa minorenni rappresentata. Secondo quanto stabilito dalla Corte, per "utilizzo" si deve intendere un "uso strumenta-

³⁵ Il riferimento è con ogni probabilità a G. MARRA, *La nozione di sfruttamento nel delitto di pornografia minorile e la terza via delle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.*, 2005, 428 ss.

³⁶ Ordinanza di rimessione alla Corte di Cassazione, Sezione Unite penali, n. 10167/18, 24.

le” del minore, e da qui il presupposto, anche logico, secondo cui la condotta di utilizzazione, e quindi di produzione, deve essere realizzata da un soggetto diverso, altro, rispetto al minore “utilizzato” e quindi “rappresentato”. Secondo la Corte, quindi, in assenza di questa condizione di “alterità”, come nel caso in cui “il materiale sia realizzato dallo stesso minore – in modo autonomo, consapevole, non indotto o costretto – ,... la fattispecie di cui all’art. 600-ter, comma 1, in esame non potrà essere integrata per difetto di un elemento costitutivo”³⁷. E, di conseguenza, non potranno essere configurate neppure le fattispecie “diffusive” successive che abbiano ad oggetto materiale pedo-pornografico prodotto senza l’utilizzo strumentale di un minore da parte di terzi³⁸.

Questa lettura, seppur per alcuni aspetti condivisibile perché rispettosa del dato letterale, crea, tuttavia, come evidenziato dal Procuratore della Repubblica ricorrente, un “pericoloso vuoto di tutela”, escludendo dall’alveo dei delitti di pornografia minorile le ipotesi di diffusione di immagini pedo-pornografiche auto-prodotte (in modo autonomo, consapevole, non indotto o costretto).

Nell’ipotesi di una riforma della normativa occorrerà, pertanto, valutare più approfonditamente la fondatezza (soprattutto teleologica) di questa interpretazione e riflettere sull’opportunità o meno di mantenere nelle cd. “fattispecie diffusive” il rinvio al materiale di cui al primo comma.

1.3. Detenzione di pornografia minorile (art. 600-quater c.p.).

La norma più discussa fra quelle introdotte dalla Legge n. 269/1998 è stata sicuramente la “detenzione di pornografia minorile”.

L’art. 600-quater c.p. puniva, nella sua originaria versione, chiunque, consapevolmente, si procurava o disponeva di materiale pornografico prodotto mediante lo sfruttamento sessuale di minori di anni diciotto. La norma è stata poi oggetto di alcuni affinamenti ad opera della legge n. 38/2006 che ha sostituito il verbo “disporre” con “detenere” e, in linea con gli emendamenti apportati all’art. 600-ter c.p., ha espunto il riferimento allo “sfruttamento” del minore per sostituirlo con il requisito dell’“utilizzo” del medesimo.

Questa disposizione ha sollevato riserve critiche da parte della prima dottrina commentatrice per la sua supposta incompatibilità con il diritto alla riservatezza e con il principio di offensività poiché s’insinuerebbe prepotentemente nell’intimità delle mura domestiche per reprimere una condotta che, in sé, non lederebbe né metterebbe direttamente in pericolo alcun bene giuridico³⁹.

In risposta a queste critiche, altra letteratura ha evidenziato come il bene giuridico a fondamento della fattispecie di “detenzione” sia comunque individuabile nello sviluppo psico-fisico del minore, ma l’offesa andrebbe vista sotto una diversa prospettiva: l’incriminazione della detenzione del materiale sarebbe necessaria, infatti, sulla base della “regola di mercato della domanda e

³⁷ Cass. pen., Sez. III, 21.3.2016, n. 11675, 6. Per approfondimenti si consenta di rinviare a BIANCHI M., *Il “Sexting minorile” non è più reato? Riflessioni a margine di Cass. pen., Sez. III, 21.3.2016, n. 11675*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 1/2016, 138 ss..

³⁸ Cass. pen., Sez. III, 21.3.2016, n. 11675, 4-5: “Più in particolare, il comma 1 - richiamato dai successivi 2, 3 e 4 - ha ad oggetto non un qualsivoglia materiale pornografico minorile, in ordine al quale la stessa norma (e solo questa) sanziona una determinata condotta, così come una successiva ne sanziona un’altra (come la cessione) con diversi presupposti, ma esclusivamente quel materiale formato attraverso l’utilizzo strumentale dei minori ad opera di terzi; il capoverso n. 1) dello stesso comma, infatti, si apre proprio con l’indicazione della modalità esecutiva della condotta (“utilizzando minori di anni diciotto”), non già con la descrizione di questa quale momento consumativo della fattispecie (“realizza esibizioni o spettacoli pornografici ovvero produce materiale pornografico”), ad evidenziare che il legislatore - esaltando la citata ratio legis della disposizione - ha voluto privilegiare proprio il quomodo del reato e, in particolare, l’impiego strumentale del minore nella consumazione di questo delitto, quale elemento costitutivo dello stesso. Quel che, all’evidenza, riverbera i propri effetti anche sui commi successivi, compreso il quarto in esame, che condividono con l’altro il medesimo oggetto, concepito dal legislatore come unico e “non derogabile” per tutte le ipotesi ivi sanzionate: quindi, non materiale pornografico minorile ex se, quale ne sia la fonte, anche autonoma, ma soltanto materiale alla cui origine vi sia stato l’utilizzo di un infradiciottenne necessariamente da parte di un terzo - con il pericolo concreto di diffusione del prodotto medesimo”.

³⁹ V. A. MANNA, *Profili problematici della nuova legge in tema di pedofilia*, in *Ind. pen.*, 1999, 51; V. ZENOVICH, *Il corpo del reato: pornografia minorile, libertà di pensiero e cultura giuridica*, in *PD*, 1998, 645; G. COCCO, *Può costituire reato la detenzione di pornografia minorile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 864 ss.

dell'offerta", per la repressione dell'offerta e quindi della produzione di tali opere finalizzata alla loro mercificazione.

Partendo da questo presupposto la dottrina maggioritaria ha individuato la natura offensiva del delitto *de quo* nell'ambito della categoria dei "reati di pericolo indiretto" caratterizzati da un'anticipazione della tutela penale ad uno stadio anteriore alla messa in pericolo, attraverso l'incriminazione di comportamenti che solo indirettamente espongono a pericolo l'integrità del bene. Nel caso specifico la norma, andando a colpire un comportamento che costituisce l'esito finale dell'attività di produzione di materiale pedo-pornografico, verrebbe a punire chi, con la sua condotta, pur non offendendo direttamente lo sviluppo psico-fisico dei minori, lo mette indirettamente in pericolo⁴⁰. In questo contesto vi è chi sostiene che il reato appaia come un "delitto ostacolo", il cui obiettivo sarebbe quello, appunto, di "ostacolare la commissione dei delitti veramente significativi in relazione alla tutela del bene giuridico"⁴¹.

Secondo alcuni autori, poi, questa fattispecie costituirebbe una variante applicativa del delitto di ricettazione e sarebbe pertanto configurabile come reato di danno, in quanto la disponibilità del materiale consoliderebbe la lesione del bene giuridico prodotta dal delitto presupposto (che qui sarebbe rappresentato dallo sfruttamento (oggi utilizzazione) sessuale dei minori⁴²). È, tuttavia, importante specificare che l'imputazione soggettiva dell'art. 600-*quater* c.p. differisce da quella che connota il delitto di ricettazione: mentre nel delitto oggetto del nostro approfondimento è sufficiente un dolo generico, nel delitto di ricettazione è richiesto il dolo specifico⁴³. Differenza quest'ultima che, come vedremo del prosieguo del lavoro, parte della dottrina ha utilizzato per proporre una riformulazione dell'art. 600-*quater* c.p. maggiormente in linea con il principio di offensività⁴⁴.

Sulla base dell'attuale formulazione della fattispecie normativa, con atteggiamento molto critico circa la sua reale offensività, una parte della letteratura ritiene di qualificarla come un "delitto di sospetto", poiché la *ratio* sarebbe da rinvenirsi nella volontà di "punire coloro che detenendo il materiale in questione, suscitano il dubbio – il sospetto appunto – di essersi resi (se non di potersi rendere) responsabili dei delitti previsti dall'art. 600-*ter* c.p., delitti rispetto alla cui commissione, però, non sia possibile raggiungere la prova"⁴⁵.

Si segnala come in giurisprudenza sia stata eccepita l'illegittimità dell'incriminazione della detenzione di materiale pedopornografico a fini di soddisfazione personale, e senza divulgazione a terzi, per contrarietà agli artt. 2, 3, 24, 25, 27 e 111 della Costituzione sotto il profilo, da un lato, della indeterminatezza della previsione, in contrasto con il principio di legalità e tassatività delle

⁴⁰ A. CADOPPI, *sub art. 600-quater*, in A. Cadoppi (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, 4^a ed., Padova, 2006, 229; E. VENAFFRO, *Art. 4 – Detenzione di materiale pornografico*, in *L.P.*, 1999, 88; L. MONACO, *sub Art. 600-quater c.p.*, A. Crespi- F. Stella- G. Zuccalà (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, 3^o ed., Padova, 1999, 1675; P. CORDERO, *Considerazioni in tema di detenzione di materiale pedo-pornografico*, in *Dir. pen. e proc.*, n. 9, 2003, 1167; S. APRILE, *I delitti contro la personalità individuale. Schiavitù e sfruttamento sessuale dei minori*, in G. Marinucci, E. Dolcini (a cura di), *Trattato di Diritto penale, Parte speciale*, VI, Padova, 2006, 242.

⁴¹ Cfr. A. CADOPPI, *sub art. 600-quater*, cit., 229; v. anche E. VENAFFRO, *sub Art. 600-quater*, cit., 88.

⁴² V. SANTORO, *Mano pesante sul turismo sessuale infantile*, cit., 49 ss.; B. ROMANO, *Repressione della pedofilia e tutela del minore sessualmente sfruttato nella legge 269 del 1998*, cit., 1567; P. PITTARO, *Le norme contro la pedofilia*, cit., 1227

⁴³ O. DI GIOVINE, *sub art. 600-quater*, in T. Padovani (a cura di), *Codice penale*, cit., 2599 (l'A. si interroga sul motivo per cui, data la rilevanza del bene protetto, per il delitto di cui all'art. 600-*quater* c.p. sia stata comminata una pena considerevolmente più tenue di quella dell'art. 648 c.p.).

⁴⁴ S. DELSIGNORE, *La detenzione di materiale pornografico minorile: un reato che poggia solamente sul biasimo morale e sul sospetto di condotte realmente offensive per la personalità dei minori?* in Bianchi, Delsignore (a cura di), *I delitti di pedo-pornografia fra tutela della moralità pubblica e dello sviluppo psico-fisico dei minori*, Padova, 2008, 104 ss. (su questa tesi v., *amplius*, cap. par. 3).

⁴⁵ S. DELSIGNORE, *L'incriminazione di chi si procura o detiene materiale pedopornografico*, in G.F. Basini, G. Bonilini, M. Confortini (a cura di), *Codice di famiglia, minori, soggetti deboli*, Milano, 2014, 3385; v. anche O. DI GIOVINE, *sub art. 600 quater c.p.*, in G. LATTANZI-E. LUPO, *Codice Penale*, Milano, 2000, *sub art. 600-quater c.p.*, 543 (l'A. ritiene configurabile come reato di sospetto solo la fattispecie di "disporre di materiale pedo-pornografico", non quella di "procurarsi materiale pedo-pornografico").

norme penali, e, dall'altro, del principio di uguaglianza e del diritto di disporre liberamente della propria sessualità. Nonostante la rilevanza del bene tutelato, individuato nel "diritto ad un'infanzia serena", ad avviso del ricorrente "non si può, esprimendo un'istanza solo moralistica, condannare un uomo solo perché si compiaccia di scene pornografiche o pedopornografiche, quando non abbia in alcun modo partecipato alla realizzazione del prodotto e non ne ritragga un vantaggio economico e, soprattutto, non lo divulghi ... La Costituzione, del resto, nel sancire la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, tutela entro certi limiti il diritto di disporre liberamente della propria sessualità: se, perciò, la sessualità di un soggetto si trovi ad essere gratificata attraverso la lettura di un fumetto pornografico che ritragga minori non può essere in alcun modo censurata: essendo incoercibile l'inclinazione sessuale di coloro che si siano procurati, o, comunque, dispongano di materiale pornografico, a prescindere da una qualunque cooperazione nella realizzazione di qualsiasi attività a danno dei minori". La Corte ha, tuttavia, dichiarato il ricorso manifestamente infondato individuando nel "danno ad altre persone" il limite invalicabile di qualsiasi espressione della propria personalità e libertà, danno che consisterebbe, nel reato di detenzione di pedo-pornografia, nel concorrere, in ragione del meccanismo della domanda e dell'offerta, a procurare una grave lesione alla libertà sessuale e individuale dei minori coinvolti⁴⁶.

Autorevole dottrina continua a mostrarsi, anche nei più recenti contributi, molto critica in ordine a questa fattispecie di reato, soprattutto dopo la riforma introdotta con la legge 6 febbraio 2006, n. 38 che ha sostituito il presupposto dello sfruttamento del minore rappresentato nelle immagini detenute con quello dalla sua "mera utilizzazione" e che ha esteso la portata applicativa della fattispecie al possesso di materiale pedo-pornografico virtuale. Pur convenendo con il legislatore per quanto riguarda il fine ultimo dell'intera normativa, infatti, si pone ancora oggi in evidenza il rischio di colpire condotte che non comportano alcun contributo al mercato pedo-pornografico, che individuano mere inclinazioni sessuali, atteggiamenti interiori che, per quanto spregevoli, sarebbero di esclusiva rilevanza morale⁴⁷. Si sostiene che la punibilità della mera ricezione occasionale e gratuita di opere che sono state prodotte senza la sussistenza di uno sfruttamento sessuale a monte del minore rappresentato sarebbe sganciata da qualsiasi contributo al mercato pedo-pornografico. L'incriminazione sarebbe, invece, ragionevole se la condotta fosse diversamente tipizzata, ossia se presupponesse uno sfruttamento sessuale a monte, e se fosse caratterizzata per la non occasionalità e la corrispettività economica dell'acquisto o della ricezione del materiale⁴⁸.

⁴⁶ Cass. pen., sez. III, 20.9.2007, n. 41570; v. anche Cass. pen., sez. III, 2.4.2014, n. 20429.

⁴⁷ M. DONINI, "Danno" e "offesa" nella cd. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell' "offense" di Joel Feinberg, in A. Cadoppi (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law*, cit., 82 ss.; sulla mera immoralità della "detenzione di pedo-pornografia" e della "pornografia viruale" v. anche C. DE MAGLIE, *Punire le condotte immorali?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 956; cfr., inoltre, S. DELSIGNORE, *La detenzione di materiale pornografico*, cit. 102; S. DELSIGNORE, *L'incriminazione di chi si procura o detiene materiale pedopornografico*, in G.F. Basini, G. Bonilini, M. Confortini (a cura di), *Codice di famiglia, minori, soggetti deboli*, cit., 3389; U. NEUMANN, *Tendenze di una rimoralizzazione del diritto penale in un diritto penale preventivo illuministico*, in G. Cocco (a cura di), *Per un manifesto del neoilluminismo penale*, Milano, 2016, 167 ss.; sui profili d'incostituzionalità della detenzione di "pedo-pornografia intima" v. A. CADOPPI, Commento art. 600-quater c.p., in A. Cadoppi (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, IV ed, Padova, 2006, 240. Per un interessante contributo della dottrina americana sull'incriminazione del "vizio" si rinvia a A.A., *Vice*, in *Law and Contemporary Problems*, v. 51, 1988.

⁴⁸ M. DONINI, "Danno" e "offesa" nella cd. tutela penale dei sentimenti, cit., 82-83 (L'A. scrive: "Allo Stato non interessa se qualcuno si masturba in segreto eccitandosi con le immagini della pornografia minorile: gli interessa che il fenomeno che sta a monte (e a valle) di tale fatto privato (di per sé irrilevante) non sia incrementato, favorito o finanziato, perché offende (o contribuisce alla perpetrazione dell'offesa di) beni primari della persona. A queste condizioni, è possibile "giustificare" in modo laico, non moralistico, ma orientato alle conseguenze, un divieto come quello sanzionato dal vigente art. 600-quater c.p. L'attuale punibilità dell'acquisto o della mera ricezione occasionali e gratuiti, anche senza la prova di sfruttamenti sessuali di minori pregressi alle immagini utilizzate, e senza un contributo al mercato pedopornografico, accentua peraltro incongruamente il valore di *delit-obstacle* della fattispecie: una tutela preventiva molto arretrata verso la colpa morale". L'A. ipotizza la configurazione di un illecito amministrativo limitatamente alla detenzione occasionale o gratuita). Dello stesso A., nell'ambito di un discorso più ampio sugli aspetti più contro-

Similmente, altra dottrina, anch'essa critica nei confronti dell'idoneità offensiva della condotta di mero possesso di pedo-pornografia, propone due correttivi all'attuale fattispecie sia con riferimento dell'elemento oggettivo che soggettivo del reato. Affinché la condotta di possesso possa effettivamente essere idonea ad alimentare il mercato, e quindi l'ulteriore produzione di tali immagini, occorrerebbe ridefinire l'elemento soggettivo del reato in chiave di dolo specifico, da inquadrarsi nel fine di fare commercio, distribuire, divulgare, ecc., materiale pornografico minorile, e ciò analogamente alla struttura del delitto di ricettazione, sorretto, appunto, dal dolo specifico, consistente nel fine di procurare, a sé o ad altri, un profitto. In questo modo si punirebbe la condotta di detenzione perché prodromica alla successiva diffusione delle immagini, e quindi pericolosa per la formazione della personalità dei minori nella sua dimensione relazionale, la cd. "onorabilità sessuale"⁴⁹. Il fatto base, il mero possesso privato, sarebbe di per sé penalmente irrilevante, ma diventerebbe oggetto di repressione penale poiché il fine che determina il possesso costituisce reato.

In secondo luogo si propone di affiancare alla condotta del possesso sorretta dal dolo specifico, le condotte dell'acquisto del materiale pedo-pornografico e della visione di tale materiale dietro il pagamento di un corrispettivo: la connotazione della condotta sotto il profilo economicistico permetterebbe di perseguire fatti che effettivamente alimentano il mercato della pornografia minorile⁵⁰.

Queste proposte di riforma si scontrano, tuttavia, con il dettato delle normative sovranazionali, alcune con un significativo carattere di *enforcement* (si pensi alla Direttiva 2011/93/UE) che chiedono agli Stati di punire il possesso *sic et simpliciter* di pedo-pornografia. La maggior parte dei paesi europei hanno, infatti, introdotto questa specifica incriminazione proprio nel rispetto degli obblighi di incriminazione di origine europea, e, anzi, molti paesi che inizialmente avevano previsto solo l'incriminazione della condotta di detenzione finalizzata alla diffusione l'hanno poi sostituita o affiancata all'incriminazione del mero possesso di tali opere⁵¹.

In una prospettiva di revisione di queste disposizioni sarà pertanto opportuno cercare di comprendere, nel rispetto degli obblighi europei d'incriminazione, se sia possibile individuare una dimensione offensiva, anche nella prospettiva del pericolo, del possesso *sic et simpliciter* di pedo-pornografia così come attualmente formulato, oppure se sia, comunque, opportuno un intervento di riforma.

1.4. L'incriminazione della pornografia minorile virtuale (art. 600-*quater*.1 c.p.).

Con la Legge n. 38 del 2006 il legislatore ha introdotto, sempre in ossequio alle richieste provenienti dai documenti sovranazionali⁵², l'incriminazione della "pedo-pornografia virtuale" all'art. 600-*quater*.1 c.p. e ha quindi sancito l'estensione delle fattispecie criminose contenute negli artt. 600-*ter* e 600-*quater* c.p. anche alle ipotesi in cui la condotta abbia ad oggetto "immagini non reali". Fra le novità apportate dalla Legge n. 38 del 2006, questa è sicuramente quella che ha generato maggiori critiche e perplessità in dottrina.

Cosa debba intendersi esattamente per "pornografia virtuale" non risulta infatti molto chiaro. Il primo comma della norma individua l'oggetto materiale del reato nel materiale pornografico «che rappresenta immagini virtuali realizzate utilizzando immagini di minori degli anni diciotto o parti di

versi dell'offensività, v. M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 4/2013, 23-24.

⁴⁹ S. DELSIGNORE, *La detenzione di materiale pornografico minorile*, in M. Bianchi, S. Delsignore (a cura di), *I delitti di pedo-pornografia fra tutela della moralità pubblica e dello sviluppo psico-fisico dei minori*, cit., 90; 102 ss.

⁵⁰ S. DELSIGNORE, *La detenzione di materiale pornografico minorile*, cit., 102 ss.

⁵¹ Si consenta di rinviare a M. BIANCHI- S. DELSIGNORE, *Detenzione di materiale pornografico*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, M. Papa (diretto da), *I reati contro la persona, III, Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori* (a cura di A. Cadoppi), Torino, 2006, 477 ss.

⁵² I primi documenti sovranazionali di riferimento sono stati la *Convention on Cybercrimes* del Consiglio d'Europa, firmata a Budapest il 23.11.2001, e la Decisione quadro 22.12.2003, n. 2004/ 68/GAI: in entrambe è infatti prevista l'incriminazione della pedo-pornografia virtuale.

esse». Al secondo comma è prevista una definizione di “immagini virtuali”: con tale locuzione si devono intendere «immagini realizzate con tecniche di elaborazione grafica non associate in tutto o in parte a situazioni reali, la cui qualità di rappresentazione fa apparire come vere situazioni non reali».

La dottrina ha, quindi, rilevato l'indeterminatezza e la mancanza di precisione della norma che non permette di comprendere con chiarezza se per integrare il delitto siano necessarie immagini “parzialmente virtuali” ovvero se esso si estenda anche ad immagini “totalmente virtuali”. Una parte della prima dottrina pronunciata sulla questione ritiene che l'incriminazione sia da circoscrivere alle immagini parzialmente virtuali, ossia realizzate attraverso l'utilizzo di immagini rappresentanti minori reali o parti di esse⁵³. Altra letteratura, invece, ha fornito un'interpretazione della norma che comprende anche alle immagini totalmente virtuali⁵⁴. Chi scrive ha, in diverse sedi, sostenuto non solo l'esigenza della natura “parzialmente” virtuale delle immagini ai fini della punizione, ma ha anche argomentato, traendo spunto dall'indagine comparatistica, sull'opportunità di restringere l'alveo dell'incriminazione alle opere realizzate utilizzando “parti riconoscibili” del corpo del minore, intendendo per “riconoscibile” quella parte della figura del minore che permetta di condurre alla sua identificazione, quale, per esempio, il volto⁵⁵. Interpretazione, quest'ultima, fondata sulla necessità di recuperare una maggiore vicinanza fra la nuova fattispecie di reato e il bene giuridico tutelato dalla normativa, onde giustificare la collocazione nell'ambito dei delitti contro la personalità individuale. Questa tesi, costituzionalmente orientata, era stata accolta pienamente dalla prima giurisprudenza di merito che si era espressa sul tema⁵⁶, ma, pur potendo intravedere dei riscontri positivi nella più recente normativa sovranazionale sulla pornografia minorile⁵⁷, è stata confutata dall'ultima giurisprudenza di legittimità. Quest'ultima ha chiarito inequivocabilmente la riconducibilità della

⁵³ Si consenta di rinviare a M. BIANCHI, *sub art. 600 quater.1 c.p.*, in A. Cadoppi (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, 4ª ed., Padova, 2006, 279; L. GIZZI, *Il delitto di pornografia minorile (art. 600 ter, primo e secondo comma, c.p. e art. 600 quater.1 c.p.)*, in COPPI (a cura di), *I reati sessuali. I reati di sfruttamento di minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali*, Torino, 2007, 416; cfr., inoltre, G. COCCO, *Pornografia minorile*, in Cocco, Ambrosetti (a cura di), *Manuale di diritto penale*, (a cura di), *I reati contro le persone (in Trattato breve di diritto penale)*, Padova, 2014, 271; esclude la pornografia totalmente virtuale e la pornografia apparente anche A. VALSECCHI, *Delitti contro l'invulnerabilità e la libertà sessuale: prostituzione e pornografia minorile, violenza sessuale*, in F. Viganò, C. Piergallini (a cura di), *Reati contro la persona e contro il patrimonio*, seconda ed., Torino, 2015, 307.

⁵⁴ MARANI, *I delitti contro la persona, Aggiornato alla Legge 11.8.2003, n. 228 (Tratta di persone) ed alle Legge 6.2.2006, n. 38 (Sfruttamento sessuale dei bambini e pedo-pornografia)*, Padova, 2007, 335; F. DI LUCIANO, *Lineamenti critici del reato di pedo-pornografia “virtuale”*, in *Cass. pen.*, 2006, 2630; PICOTTI, *La legge contro lo sfruttamento sessuale dei minori e la pedopornografia in Internet (L. 6 febbraio 2006, n. 38), (Parte prima)*, in *Slur*, 2007, 10, 1072 ss. (l'A. sostiene che anche la “pedo-pornografia apparente” rientri nella disposizione incriminatrice); F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte speciale, I, Delitti contro la persona*, 3ª ed., Padova, 2008, 424; RAFFAELLI, *La pedo-pornografia virtuale. Analisi della disciplina introdotta dalla L. n. 38 del 2006 alla luce dell'esperienza comparatistica*, in *Cass. pen.*, 2009, 796.

⁵⁵ Cfr., *amplius*, M. BIANCHI, *sub art. 600 quater.1 c.p.*, cit., 280; 290-292. In questa categoria rientrerebbero sia raffigurazioni integrali “lecite” di minori reali (es. minore nudo in spiaggia) inserite, attraverso gli artifici informatici, in contesti pornografici virtuali, sia immagini virtuali realizzate utilizzando parti riconoscibili di immagini minori reali (es. il volto) giustapposte a corpi virtuali inseriti in contesti pornografici. Da questa categoria devono distinguersi le opere che siano “solo apparentemente virtuali”, ossia immagini reali di minori coinvolti in attività pornografiche che sono state trasformate, attraverso gli artifici grafici o per mezzo di fotomontaggi, in opere virtuali. Dato che queste ultime, al pari della pornografia reale, sarebbero prodotte utilizzando un minore in attività sessuali (e non utilizzando una sua immagine o parte di essa), la loro produzione dovrebbe essere ricondotta nell'alveo dell'art. 600-ter, comma 1, c.p. e non del meno grave reato di “pornografia virtuale”. Sull'immagine “parzialmente virtuale” v. anche G. COCCO, *Può costituire reato la detenzione di pornografia minorile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 889.

⁵⁶ T. Milano, 11.11.2010, in *RP*, 2011, 933 con nota di GIULI. Orientamento che sembra accolto anche da C. pen., Sez. III, 11.7.2012, secondo cui: “la norma in esame punirebbe i fotomontaggi a contenuto pornografico realizzati utilizzando corpi di donna adulta nudi con sovrapposto il volto di una minore”.

⁵⁷ Ci riferiamo alla definizione di pornografia minorile contenuta nella Direttiva 2011/93/UE (art. 2, lett. c), punto iv)) ove, a differenza dei documenti normativi che l'hanno preceduta (Decisione quadro e Convenzione di Lanzarote), manca, il riferimento al “bambino inesistente”, presente, invece, nelle versioni del testo di legge contenuto nella Proposta di Direttiva (2010/0064 (COD). *Amplius, infra*, nel commento.

pedo-pornografia totalmente virtuale nell'alveo della norma *de qua*, ricomprendendovi persino l'ipotesi di possesso di "fumetti pedo-pornografici"⁵⁸. Nella motivazione della sentenza si legge che il "bene protetto" non deve "essere considerato necessariamente, ed in via esclusiva, la libertà sessuale del soggetto minore di età concretamente rappresentato e, quindi, individuato (seppure non necessariamente identificato con le generalità), da qualificare quale persona offesa; si è invece inclusa nella nozione di persona offesa dai reati in questione "i bambini e/o le bambine", da intendersi quale categoria di persone destinatarie della tutela rafforzata dell'intimità sessuale, incluso il rispetto delle diverse fasi del loro sviluppo fisico e psicologico, da intendere come comprensivo dello sviluppo della loro sessualità".

La tutela diventerebbe quindi, secondo questa ricostruzione, lo sviluppo psico-fisico di "futuri bambini", possibili vittime di abusi sessuali quale conseguenza della circolazione di pedo-pornografia. Secondo la corte, le condotte aventi ad oggetto materiale rappresentativo di minori implicati in attività a carattere sessuale, qualificato dal giudice di merito pedopornografico, sarebbero, infatti, "concretamente pericolose per i minori, in quanto volte a diffondere ed alimentare l'attrazione per manifestazioni di sessualità rivolte al coinvolgimento di minori, ossia di persone che, a cagione della loro minore età, non hanno - non solo per il nostro ordinamento, ma per la comunità internazionale, quella maturità psicologica necessaria ad esprimere un valido consenso nè alle attività sessuali in esse rappresentate ed ancor meno a tali rappresentazioni"⁵⁹.

L'incriminazione delle condotte aventi ad oggetto pedo-pornografia virtuale e l'interpretazione che ne estende l'applicazione alle immagini totalmente virtuali necessitano, comunque, di essere ripensate in considerazione della definizione di "pornografia minorile" contenuta nella Direttiva 2011/93/UE (art. 2, lett. c), punto iv)) ove, a differenza dei documenti normativi che l'hanno preceduta (Decisione quadro e Convenzione di Lanzarote), manca, il riferimento al "bambino inesistente", presente, invece, nelle versione del testo di legge contenuto nella Proposta di Direttiva (2010/0064 (COD). Questo emendamento ha messo in discussione l'effettiva richiesta d'incriminazione, a livello sovranazionale, della "pedo-pornografia totalmente virtuale"⁶⁰. Tuttavia, non avendo rinvenuto, nei lavori preparatori, alcuna spiegazione di questo emendamento, e vista la permanenza, nella definizione, della locuzione "immagini realistiche", in un numero separato rispetto a quello descrittivo della pornografia reale, si ritiene, pur dando atto di questo intervento e delle ricadute interpretative che può avere, che sia opportuno un atteggiamento di cautela⁶¹.

2. Disciplina del *sexting* e cenni comparatistici.

Negli ultimi anni, fra le rappresentazioni pedo-pornografiche che circolano in Internet si mescolano e si confondono immagini volontariamente e autonomamente prodotte dagli stessi minori rappresentati. Comportamento, questo, che fa parte del recente fenomeno denominato "*sexting*", termine di origine inglese che deriva dalla congiunzione di "*sex*" (sesso) e "*texting*" (invio di messaggi),⁶² che individua, più in generale, "la pratica di inviare o postare messaggi di testo e immagini sessualmente suggestive attraverso il cellulare o internet"⁶³.

⁵⁸ Cass. pen., Sez. III, 13.1.2017, n. 22265.

⁵⁹ Cass. pen., sez. III, 13.1.2017, n. 22265, par. 8.

⁶⁰ C. GRANDI, *Il ruolo del Parlamento europeo nell'approvazione delle direttive di armonizzazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2, 2015, 678 ss. Rileva questa modifica nella Direttiva anche VALSECCHI, *Delitti contro l'inviolabilità e la libertà sessuale: prostituzione e pornografia minorile, violenza sessuale*, cit., 308.

⁶¹ M. BIANCHI, *Pornografia virtuale e la recente normativa europea*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (diretto da), *Trattato di Diritto penale, Parte generale e parte speciale, Riforme 2008-2015*, Milano, 2015, 782 ss.

⁶² Si sostiene che questo termine sia stato coniato dalla stampa britannica nel 2005 (PARKER, *Kids these Days: Teenage Sexting and how the Law should deal with it*, in *ExpressO*, 2009, consultabile nel sito http://works.bepress.com/michael_parker/1/).

⁶³ *Miller v. Skumanick*, 605 F. Supp. 2d 634, 637 (M.D. Pa. 2009); in dottrina, *ex plurimis*, CALVERT, *Sex, CellPhones, Privacy, and the First Amendment: When Children Become Child Pornographers and the Lolita Effect Undermines the Law*, 18 *CommLaw Conspectus* 1, 2009, 30.

La produzione da parte di minorenni di immagini pornografiche è, in verità, un fenomeno molto più complesso che comprende l'auto-produzione di una propria immagine sessuale e la sua condivisione con un privilegiato destinatario, nell'ambito di una relazione intima e privata (cd. *sexting* primario); il successivo invio dell'immagine intima, da parte del soggetto che l'ha ricevuta, o di uno dei due soggetti ritratti nell'immagine auto-prodotta, a persone terze, ovvero la sua pubblicazione in rete (cd. *sexting* secondario). Qualora la divulgazione dell'immagine intima, da parte del soggetto che l'ha ottenuta originariamente con il consenso del minore ritratto sia sorretta da "fini vendicatori", per esempio al termine di una relazione sentimentale, si parla di "*Revenge Porn*" (cd. "vendetta pornografica")⁶⁴.

Trattandosi di immagini a contenuto sessuale rappresentati minorenni, inizialmente la giurisprudenza, in caso di diffusione delle medesime, ha fatto ricorso ai reati di pornografia minorile⁶⁵. Sul tema è, tuttavia, intervenuta recentemente, come abbiamo anticipato, la Corte di Cassazione che ha escluso l'applicabilità delle fattispecie di reato disciplinate dall'art. 600-ter c.p. di reato nel caso in cui le immagini siano "auto-prodotte", ossia realizzate volontariamente dallo stesso minore ritratto. In questo caso verrebbe a mancare un elemento costitutivo del reato ossia "l'utilizzazione" del minore (previsto al primo comma dell'art. 600-ter c.p.), da intendersi quale "uso strumentale" dello stesso. Strumentalizzazione che necessiterebbe, secondo questa interpretazione, che la condotta di produzione sia realizzata da un soggetto "diverso", "altro" rispetto al minore "utilizzato" e quindi "rappresentato". Usando le parole della corte: "alterità e diversità che, quindi, non potranno ravvisarsi qualora il materiale medesimo sia realizzato dallo stesso minore - in modo autonomo, consapevole, non indotto o costretto -, ostando a ciò la lettera e la *ratio* della disposizione come richiamata, sì che la fattispecie di cui all'art. 600 ter, comma 1, in esame non potrà essere configurata per difetto di un elemento costitutivo".

Elemento costitutivo, quello dell'utilizzazione del minore, che appartiene anche alle fattispecie descritte ai commi 2 e ss. dell'art. 600-ter c.p., in considerazione del rinvio che ciascuna effettua al primo comma della norma ("materiale di cui al primo comma"). Alla luce di questa ricostruzione interpretativa, la Corte confermava l'assoluzione dei minori che avevano ceduto ad altri minori immagini pedo-pornografiche di una minorenni auto-prodotte dalla medesima.

Occorre pertanto domandarsi se vi siano altre figure di reato applicabili in caso di cessione o diffusione di immagini pedo-pornografiche auto-prodotte, chiedendosi, inoltre, quale possa essere la risposta dell'ordinamento nell'ipotesi, non rara, in cui l'immagine sessuale ritragga un adulto, dal momento che il *sexting* non è un fenomeno esclusivamente minorile.

Ora, qualora ne siano configurati tutti gli estremi, potrebbe essere ritenuto sussistente il reato di diffamazione, oppure quello di trattamento illecito dei dati personali di cui all'art. 167 del Codice della Privacy, o ancora quello di "atti persecutori". Si tratta, tuttavia, di soluzioni di compromesso.

Si segnala, a tale proposito, che alcuni paesi europei hanno introdotto delle norme *ad hoc*.

In Spagna, con la recente *Ley Organica n. 1/2015*, è stata inserita nel codice penale una nuova fattispecie di reato nell'ambito dei delitti contro "l'intimità, il diritto alla propria immagine e l'inviolabilità del domicilio". All'art. 197, comma 7, si punisce "chiunque, senza l'autorizzazione della persona offesa, diffonda, riveli o ceda a terzi, immagini o registrazioni audiovisive che ha ottenuto con il consenso della persona offesa in un domicilio o in un altro luogo fuori dalla vista di terzi ("*en un domicilio o en cu cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros*")", quando la divulgazione nuoce gravemente all'intimità personale di quest'ultima. La pena sarà aumentata della metà se il fatto è commesso dal coniuge o da persona che è, o, è stata, legata da una

⁶⁴ V., *ex plurimis*, HUMBACH, *The Constitution and Revenge Porn*, in 35 *Pace L. Rev.*, 2014-2015, 215.

⁶⁵ V. Trib. Firenze, 27 gennaio 2015 (dep. 10 febbraio 2015), n. 163, G.I.P., in *Diritto penale contemporaneo*, 22 aprile 2015 con nota di A. VERZA, *Sulla struttura speculare e opposta di due modelli di abuso pedopornografico. Considerazioni sociologiche e giuridiche a margine di una recente sentenza in materia*. La prima dottrina italiana ad interrogarsi sul rapporto fra queste condotte e i reati di pornografia minorile è stata M. BERTOLINO M., *Fattispecie di reato e delinquenza minorile: questioni attuali di imputabilità*, in S. Vinciguerra – F. Dassano (a cura di), *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Napoli, 2010, 64 ss.

relazione affettiva, anche senza convivenza, con la persona offesa, ovvero la persona offesa è un minore di età, o un incapace che richiede una speciale tutela, ovvero nel caso in cui gli atti sono stati compiuti a fine di lucro”.

Il bene giuridico protetto è l’“intimità personale”, sostanzialmente assimilabile ai concetti di riservatezza e “privacy”, diritto fondamentale tutelato esplicitamente dalla Carta costituzionale spagnola all’art. 18 e declinabile sotto varie forme: l’intimità delle proprie scelte ideologiche, religiose, del proprio stato di salute, ecc. Non a caso la dottrina che ha commentato la norma, quando era ancora nella fase di proposta di legge, ha precisato che sebbene la nuova figura di reato si rivolga principalmente alla pratica del “sexting”, nulla esclude la sua configurabilità nelle ipotesi di diffusione di immagini o video che ritraggono altre forme di “intimità”, quale, ad esempio, la rappresentazione di una persona mentre consuma stupefacenti, o si ubriaca, o versa in uno stato di grave infermità⁶⁶. La norma rappresenta, tuttavia, una risposta al dibattito pubblico che si era venuto a creare in seguito all’avvenuta archiviazione di un caso di diffusione non consentita di un video erotico ottenuto con il consenso del protagonista, per l’assenza dell’elemento costitutivo richiesto dalla norma oggetto di imputazione (art. 197.1 c.p.), ossia l’acquisizione dell’immagine attraverso un accesso abusivo⁶⁷.

Nello stesso anno, con il *Criminal Justice and Courts Act 2015*, è stato introdotto in Inghilterra, fra le “*Offences Involving Intent to Cause Distress*”, il delitto di “*Disclosure of private sexual photographs and films*”⁶⁸. A differenza della disciplina spagnola, oggetto materiale del reato sono le “immagini aventi contenuto sessuale”. La condotta incriminata concerne la divulgazione dell’immagine o del video in assenza del consenso della persona ritratta e l’imputazione soggettiva consiste nell’intenzione di cagionare angoscia (*distress*) al soggetto passivo. La norma è corredata da una serie di *defences*, che prevedono l’esclusione della punibilità: nel caso in cui l’immagine sia mostrata alla persona in essa ritratta; nel caso in cui l’agente ragionevolmente credeva che la rivelazione fosse necessaria per prevenire, rilevare, indagare un fatto criminoso; nel caso il cui la diffusione dell’immagine avvenga nell’ambito della pubblicazione di opere giornalistiche e l’agente ragionevolmente credeva che la pubblicazione fosse rivolta al pubblico interesse; laddove l’agente ragionevolmente credeva che il filmato fosse stato rivelato dallo stesso soggetto rappresentato o da altri come ricompensa, e non aveva ragioni per credere che la precedente rivelazione fosse stata effettuata senza il consenso della persona ritratta⁶⁹. Le ultime due cause di esclusione della punibilità prevedono una sorta di “inversione dell’onere della prova” richiedendo all’imputato di dimostrare l’esistenza delle circostanze fattuali indicate⁷⁰.

Anche il legislatore francese è intervenuto sul tema con la legge n. 1321 del 7 ottobre 2016 che introduce, all’interno del codice penale, l’art. 226-1-2⁷¹. La nuova norma si suddivide in due parti. La disposizione di cui al primo comma prevede un aggravamento di pena rispetto alle fattispecie previste dagli articoli 226-1 e 226-2 del codice penale qualora il dato personale carpito concerna “parole o immagini a carattere sessuale”, siano esse pronunciate o realizzate in luogo pubbli-

⁶⁶ J.M. MARTINEZ OTERO, *La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico*, in *Nueva Epoca*, 2013, cit., 9.

⁶⁷ F. MORALES PRATS, *Delitos contra la intimidación, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio*, in *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo I, 7° ed., Navarra, 2016, 1468.

⁶⁸ Section 33 of the *Criminal Justice and Courts Act 2015*.

⁶⁹ V. sect. 33 *Criminal Justice and Courts Act 2015*.

⁷⁰ A.A. GILLESPIE, “Trust me, it’s only for me”; “Revenge Porn” and the Criminal Law, in *The Criminal Law Review*, 11, 2015, 868.

⁷¹ “Lorsque les délits prévus aux articles 226-1 et 226-2 portent sur des paroles ou des images présentant un caractère sexuel prises dans un lieu public ou privé, les peines sont portées à deux ans d’emprisonnement et à 60 000 € d’amende.

Est puni des mêmes peines le fait, en l’absence d’accord de la personne pour la diffusion, de porter à la connaissance du public ou d’un tiers tout enregistrement ou tout document portant sur des paroles ou des images présentant un caractère sexuel, obtenu, avec le consentement exprès ou présumé de la personne ou par elle-même, à l’aide de l’un des actes prévus à l’article 226-1”.

co o privato. Per ragioni di chiarezza, segnaliamo che il reato di cui all'art. 226-1 persegue le condotte intrusive nell'altrui vita privata, commesse “carpendo, registrando o trasmettendo, senza il consenso del loro autore, parole pronunciate a titolo privato o confidenziale” o “fissando o registrando o trasmettendo l'immagine di una persona che si trova in un luogo privato senza il suo consenso”, mentre il reato di cui all'art. 226-2 del codice penale sanziona “il fatto di conservare, portare o lasciare che sia portato alla conoscenza del pubblico o di un terzo, o di utilizzare in qualsiasi modo, ogni registrazione o documento ottenuto attraverso uno degli atti previsti dall'articolo 226-1”.

Il secondo comma della nuova norma sembra individuare una risposta specifica alle tradizionali forme di “*sexting* secondario”, consistenti nella diffusione non voluta di immagini sessuali ottenute originariamente con il consenso del soggetto ritratto. Precisamente, si attribuisce rilevanza penale al fatto di portare alla conoscenza di un terzo, in assenza del consenso dell'interessato, registrazioni o documenti concernenti immagini o parole a carattere sessuale ottenute con il consenso, espresso o presunto, della persona stessa o direttamente dalla stessa, attraverso uno degli atti previsti dall'articolo 226-1.

PARTE III

LA TUTELA PENALE DEL PUDORE (ARTT. 527-528-529 C.P.)

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Profili problematici delle attuali fattispecie a tutela del pudore. – 3. Analisi comparata. – 3.1. Il sistema tedesco. – 3.2. Il sistema francese. – 3.3. Il sistema spagnolo. – 3.4. Il sistema portoghese. – 4. Prospettive di riforma. – 4.1. La fattispecie di atti osceni. – 4.2. La fattispecie di pubblicazioni e spettacoli osceni.

1. Introduzione.

Le pagine che seguono sono dedicate al problema della tutela penale del pudore e si prefiggono lo scopo di valutare l'opportunità di mantenere, modificare o rimuovere le disposizioni contenute negli artt. 527, 528 e 529 c.p.

In via preliminare conviene ricordare che il codice affida la tutela penale del pudore all'incriminazione delle offese commesse mediante « atti » (art. 527 c.p.) e « oggetti » (artt. 528 e 529, co. 2, c.p.) osceni, per tali dovendosi intendere « gli atti e oggetti che, secondo il comune sentimento, offendono il pudore » (art. 529, co. 1, c.p.). Nello specifico, all'esito del recente intervento di depenalizzazione attuato dall'art. 2, co. 1a, d. lgs. 15 gennaio 2016, n. 8, l'art. 527 c.p. sanziona chiunque compie atti osceni in luogo pubblico « 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 », mentre l'art. 528 punisce « chi 1) adopera qualsiasi mezzo di pubblicità atto a favorire la circolazione o il commercio degli oggetti indicati nella prima parte di questo articolo [gli oggetti osceni]; 2) dà pubblici spettacoli teatrali o cinematografici, ovvero audizioni o recitazioni pubbliche, che abbiano carattere di oscenità ». Quanto all'art. 529, co. 2, c.p., invece, esso sanziona chi offre in vendita, vende o comunque procura a persona minore di anni diciotto l'opera d'arte o di scienza oscene, salvo che la condotta sia sorretta da motivo di studio.

Per dare un quadro completo della tutela penale del pudore devono però essere menzionati anche gli artt. 14, l. 8 febbraio 1948, n. 47, e 1, l. 12 dicembre 1960, n. 1591, i quali estendono le pene previste dall'art. 528 c.p. alle condotte relative a scritti o pubblicazioni comunque in grado di turbare la sensibilità dei minori⁷², e occorre altresì ricordare che la particolare causa di non punibilità per i titolari e gli addetti alla rivendita di giornali e di riviste, di libri e di pubblicazioni non periodiche, prevista dall'art. 1, co. 1 e 2, l. 17 luglio 1975, n. 355, non si applica quando « siano esposte, in modo da renderle immediatamente visibili al pubblico, parti palesemente oscene delle pubblicazioni o quando dette pubblicazioni siano vendute ai minori di anni sedici. In tale caso la pena è della reclusione sino ad un anno ».

Le disposizioni anzidette sono, infine, completate dagli illeciti amministrativi contenuti negli artt. 527 e 528 c.p., ai quali si aggiunge l'art. 9, d. lgs. 7 dicembre 2017, n. 203, concernente la « tutela dei minori nel settore cinematografico e audiovisivo »⁷³.

⁷² Nel dettaglio l'art. 14, l. 8 febbraio 1948, n. 47, stabilisce che « le disposizioni dell'art. 528 del Codice penale si applicano anche alle pubblicazioni destinate ai fanciulli e agli adolescenti, quando, per la sensibilità e impressionabilità ad essi proprie, siano comunque idonee a offendere il loro sentimento morale od a costituire per essi incitamento alla corruzione, al delitto o al suicidio. Le pene in tali casi sono aumentate »; l'art. 1, l. 12 dicembre 1960, n. 1561, sanziona invece « chiunque fabbrica, introduce, affigge od espone in luogo pubblico o aperto al pubblico disegni, immagini, fotografie od oggetti figurati comunque destinati alla pubblicità, i quali offendono il pudore o la pubblica decenza, considerati secondo la particolare sensibilità dei minori degli anni diciotto e le esigenze della loro tutela morale ».

⁷³ Sinteticamente, gli artt. 7 e 8, d. lgs. n. 203 del 2017, predispongono un meccanismo di classificazione delle opere cinematografiche e audiovisive in base alla loro idoneità a essere viste da un pubblico minore, sanzionando in via amministrativa sia chi non rispetta tali procedure sia il titolare della sala cinematografica che consenta l'accesso dell'infraquattordicenne o dell'infraquattordicenne alle proiezioni a lui rispettivamente vietate.

Così sinteticamente ricostruito il quadro normativo, al fine di meglio inquadrare il tema, si ritiene di dover anzitutto dar conto delle principali problematiche poste dalle disposizioni menzionate, per poi procedere a una panoramica sulle soluzioni accolte negli ordinamenti tedesco, francese, spagnolo e portoghese; in via conclusiva si elaboreranno invece alcune proposte di riforma, esaminando distintamente le ipotesi degli “atti” e “oggetti” osceni.

2. Profili problematici delle attuali fattispecie a tutela del pudore.

Come anticipato, pare opportuno avviare queste riflessioni con una breve esposizione delle principali problematiche che affliggono le norme incriminatrici attualmente vigenti e della cui soluzione il progetto di riforma dovrebbe farsi carico.

Anzitutto, le incriminazioni contenute negli artt. 527, 528 e 529 c.p. presentano notevoli incertezze quanto all'individuazione del bene giuridico tutelato: sebbene nelle intenzioni del legislatore esse dovessero presidiare il “pudore pubblico”, la dottrina e la giurisprudenza si sono da tempo discostate da questa impostazione, cercando di legittimare altrimenti tali fattispecie. Quanto alla prima, già dagli anni '80 essa ha rilevato le criticità del bene giuridico “pudore pubblico”, in particolare dovute al *deficit* di determinatezza e alle tensioni con il principio di laicità che lo caratterizzano, e ha conseguentemente proposto una reinterpretazione in chiave personalistica delle incriminazioni⁷⁴. Quanto alla seconda, è noto che la giurisprudenza, nell'intento di adeguare l'assetto normativo al mutato costume sociale, ha progressivamente eroso la tutela predisposta dal legislatore fascista, spostando il baricentro dell'incriminazione sull'assenza di consenso alla sollecitazione sessuale da parte dei soggetti raggiunti dall'atto o oggetto osceno e così implicitamente abbandonando la prospettiva pubblicistica originaria; in un recente arresto, successivo alla depenalizzazione attuata dal d. lgs. n. 8 del 2016, essa è addirittura approdata a un'espressa rilettura in chiave personalistica del concetto di pudore⁷⁵. Verso la contrazione della tutela penale e la valorizzazione della dimensione di disvalore individuale delle incriminazioni in esame, si è da ultimo mosso anche il legislatore, dapprima con la l. 15 luglio 2009, n. 94⁷⁶, e poi con il d. lgs. n. 8 del 2016; in definitiva, gli artt. 527, 528 e 529 c.p. risultano oggi privati della loro originaria giustificazione e hanno pertanto bisogno di un nuovo fondamento.

Un secondo problema attiene alla tecnica legislativa impiegata nella descrizione del tipo criminoso e segnatamente all'utilizzo del concetto di “osceno”. Di questo termine, intriso di componenti moralistiche, sono state nel tempo offerte diverse ricostruzioni, con esiti oscillanti da parte della giurisprudenza; nonostante la sostanziale affermazione dell'indirizzo “storico-statistico”, il quale lega l'ampiezza della tutela penale al grado di liberalizzazione dei costumi in un dato momento storico, il concetto di osceno continua a destare perplessità, non essendo possibile nell'attuale società pluralista individuare un “comune sentimento del pudore” alla stregua del quale valutare l'oscenità di un atto o di un oggetto. Per tali ragioni, nella ricostruzione del fatto-tipo di questi reati, pare quantomeno necessario ricorrere a una diversa terminologia.

Entrambe le fattispecie previste dagli artt. 527 e 528 c.p. presentano poi dei difetti interni di ragionevolezza; non essendo possibile procedere in questa sede a una disamina approfondita delle singole incriminazioni, ci limiteremo a menzionare per ciascuna di esse le problematiche più rile-

⁷⁴ Per tutti, Fiandaca, *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume*, Padova, 1984, 105 ss.; Id., *Il “bene giuridico” come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in Stile (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, 1985, 11 ss.; più recentemente Donini, “Danno” e “offesa” nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell’“offense” di Joel Feinberg, in Cadoppi (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale*, 2010, 81.

⁷⁵ Si tratta di Cass., sez. III, 27 ottobre 2017, n. 49550; le tappe fondamentali dell'evoluzione giurisprudenziale alla quale si fa riferimento nel testo sono costituite da Cass., Sez. un., 13 gennaio 1992, n. 18; C. Cost., 27 luglio 1992, n. 368; Cass., Sez. un., 17 maggio 1995, n. 5606.

⁷⁶ Si ricorda che si deve alla l. n. 94 del 2009 l'introduzione, all'interno dell'art. 527 c.p., del comma 2, il quale allora conteneva una circostanza aggravante e oggi corrisponde all'unica fattispecie di atti osceni dotata di persistente rilevanza penale.

vanti, alle quali sembra imprescindibile ovviare in sede di riforma. Quanto all'art. 527 c.p., nella prospettiva personalistica accolta dalla giurisprudenza e da ultimo suggerita anche dal legislatore, risulta difficilmente comprensibile la scelta di dare rilievo al *luogo* nel quale si svolgono le condotte criminose; nel nuovo orizzonte d'idee, infatti, l'incriminazione si giustifica alla luce dell'esigenza di tutelare il sano sviluppo del minore, la cui offesa è possibile anche al di fuori dei luoghi caratterizzati, per destinazione o elezione, dalla frequentazione abituale dei soggetti infradiciottenni (ad esempio una pubblica via, ma anche uno spazio privato). Inoltre, una volta che si assuma una prospettiva di tutela personalistica, risultano non comprensibili alcune incongruenze rispetto alla fattispecie di corruzione di minorenni, la quale presenta un contenuto di disvalore omogeneo a quello del reato di cui all'art. 527 c.p. e una cornice sanzionatoria sostanzialmente identica (in particolare: la mancata limitazione alle condotte realizzate in danno di soggetti infraquattordicenni e la maggior ampiezza della nozione di "atto osceno" rispetto a quella di "atto sessuale").

Infine, per quel che riguarda le pubblicazioni e gli spettacoli osceni, non convince la scelta del legislatore del 2016 di depenalizzare l'art. 528 c.p., mantenendo rilevanza penale alle sole condotte contemplate dal comma 3. Se, infatti, si adotta una prospettiva personalistica, la fattispecie risulta troppo ampia, in quanto non dà rilievo al carattere "non riservato" delle condotte incriminate, benché su questo elemento si condensi, per costante giurisprudenza, l'offesa alla riservatezza personale⁷⁷. Al contempo, una volta assunto questo nuovo ordine di idee, essa risulta deficitaria, atteso che omette di sanzionare condotte – ad esempio, la distribuzione o l'esposizione del materiale pornografico – che possono risultare parimenti lesive dell'individuo. In definitiva, il fatto-tipo non appare ritagliato in modo ragionevole, sicché occorre quantomeno procedere a una sua riformulazione (del resto, l'originario progetto di legge poi sfociato nella l. 28 aprile 2014, n. 67, non conteneva alcun riferimento alla depenalizzazione, la cui previsione è stata introdotta durante la prima lettura al Senato, con l'intento di massimizzare gli effetti deflattivi della riforma).

3. Analisi comparata.

Anticipando quanto di seguito sarà esposto più dettagliatamente, si può affermare che in nessuno degli ordinamenti esaminati si riscontrano incriminazioni poste a tutela di interessi collettivi come il pudore o la moralità pubblici; per tale ragione e in considerazione delle affinità esistenti sul piano criminologico, si è scelto di estendere l'indagine alle fattispecie che ivi sanzionano il fenomeno dell'esibizionismo e della diffusione di materiale pornografico.

3.1. Il sistema tedesco.

In Germania il quadro normativo nella materia che ci occupa risulta particolarmente complesso, per via del carattere fortemente casistico della tecnica legislativa impiegata: da un lato, infatti, il codice penale sanziona all'interno di due articoli (§§ 183 e 183a StGB) il compimento di atti sessuali in pubblico, dall'altro dedica ben sei articoli (§§ 184-184e StGB) alla repressione della pornografia, peraltro punendo all'interno delle singole disposizioni una pluralità eterogenea di condotte. La conformazione articolata dell'assetto normativo dipende anzitutto dalla numerosità delle novelle occorse, in specie negli anni più recenti; se infatti il *Sexualstrafrecht* è stato oggetto di una

⁷⁷ L'incriminazione di queste condotte potrebbe giustificarsi soltanto ammettendo che il legislatore abbia inteso rendere lecita la pornografia ma al contempo contenerne la diffusione vietandone la pubblicizzazione; tale opzione politico-criminale non sarebbe però ragionevole, dal momento che « se non è pericoloso il singolo comportamento sessuale, dovrà risultare innocua anche la sua diffusione; la moltiplicazione dello zero equivale a zero! » (Hassmer, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München, 1981, 189 in Fiandaca, *Problematica dell'osceno*, cit., 151), né per legittimare la fattispecie si potrebbe allora invocare un inafferrabile interesse alla pubblica moralità (sulle criticità di questa soluzione cfr., nella letteratura tedesca, Hilgendorf, *Sexualdelikte, §§ 174-184g; Delikte gegen den Personenstand, die Ehe und die Familie*, in Arzt-Weber-Heinrich-Hilgendorf, *Strafrecht. Besonderer Teil*, Bielefeld, 2015³, 322 s., Rn. 27). Appare, perciò, più verosimile che il legislatore abbia inteso riservare la sanzione penale a queste condotte, sul presupposto che esse implicino sempre un'offesa alla riservatezza.

prima, fondamentale, riforma ad opera della *Viertes Gesetz zur Reform des Strafrechts*, del 23 novembre 1973 (alla quale si deve, fra l'altro, la riformulazione del reato di atti osceni), negli ultimi anni il legislatore è intervenuto più volte su questo settore della legislazione penale, al fine di implementare la tutela dei minori e adattare la normativa codicistica alle nuove forme di aggressione realizzate attraverso l'uso della tecnologia digitale. A ciò si aggiunge, infine, la pluralità delle direttrici di politica-criminale seguite con particolare riferimento al tema della pornografia.

Ciò premesso, occorre subito rilevare che nel codice penale tedesco non si riscontra alcuna fattispecie incriminatrice degli atti "osceni"; nondimeno, i §§ 183 e 183a StGB sanzionano con la reclusione fino a 1 anno o con la pena pecuniaria rispettivamente « l'uomo che molesta un'altra persona con un atto esibizionistico » e « la persona che compie in pubblico un atto sessuale e in questo modo intenzionalmente o consapevolmente cagiona un pubblico scandalo ». La dottrina ritiene che entrambi gli articoli tutelino un interesse di natura personale, cioè la riservatezza del soggetto costretto alla visione di atti sessuali (*Privatsphäre*, inteso come interesse a non essere spettatore di atti che appartengono alla sfera privata senza il proprio consenso); in aggiunta a questo, nel § 183 StGB sarebbe altresì presidiata la libertà sessuale, essendo la vittima coinvolta, seppur solo come spettatrice, in atti di natura sessuale⁷⁸. Dal punto di vista strutturale, entrambi i reati sono *di evento*, richiedendosi per l'integrazione del § 183 StGB che il soggetto attivo provochi turbamento all'astante e per la perfezione del reato di cui al § 183a StGB che si cagioni un pubblico scandalo (anch'esso consistente nel sentimento negativo – nausea, vergogna, timore – avvertito dallo spettatore)⁷⁹; con riferimento a tutte e due le ipotesi si ritiene inoltre necessario che la condotta sia *oggettivamente* idonea a cagionare l'evento (finendo, altrimenti, la tutela per essere rimessa alla particolare sensibilità del soggetto passivo)⁸⁰. Dal punto di vista della tecnica legislativa, invece, si sottolinea l'abbandono, a seguito della già citata riforma del novembre 1973, del lessico moralistico precedentemente impiegato, grazie in particolare alla sostituzione dell'espressione "atti osceni" con quelle di "atti esibizionistici" (§ 183 StGB) e "atti sessuali" (§ 183a StGB), entrambe da definirsi con l'ausilio delle scienze medico-antropologiche. Infine, mette conto sottolineare che nel caso in cui il reo compia un atto sessuale alla presenza di un minore si applica la più grave pena prevista dal § 176, Ab. 4, StGB (abuso sessuale minorile).

Venendo invece al tema della pornografia, come anticipato, la materia è stata oggetto negli anni più recenti di molteplici interventi di riforma, perlopiù volti a implementare la tutela dei minori, anche in attuazione di obblighi eurounitari; da ultimo, nel quadro anzidetto si iscrive la l. 21 gennaio 2015 (49 *Strafänderungsgesetz*), alla quale si deve l'introduzione del § 184d StGB, che ha inteso "ammodernare" la tutela penale prendendo in considerazione le aggressioni realizzate a mezzo internet⁸¹. Per comprendere qual è la struttura essenziale del sistema, occorre distinguere fra "*harte Pornographie*" e "*einfache Pornographie*": mentre con la prima espressione s'individuano materiali che sono vietati in sé per sé (rappresentazioni sessuali violente o aventi ad oggetto minori o esseri umani insieme ad animali), la seconda si riferisce alla "semplice" rappresentazione di atti

⁷⁸ Hörnle, *vor § 183*, in *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, III, 2017³, 1673, Rn. 1 e Id., *vor § 183a*, in *Münchener Kommentar*, cit., 1683, Rn. 1; Eisele, *vor § 183*, in Schönke - Schröder (a cura di), *Strafgesetzbuch Kommentar*, München, 2014²⁹, 1812, Rn. 1 e Id., *vor § 183 a*, in *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., 1815 s., Rn. 1. Secondo l'opinione maggioritaria, infatti, ricorre un atto esibizionistico allorché il soggetto mostra il proprio pene a un'altra persona per trarre eccitazione dal proprio denudamento o dalla reazione di questa (Hörnle, *vor § 183*, cit., 1674, Rn. 6).

⁷⁹ Così Eisele, *vor § 183*, cit., 1813, Rn. 4 e Id., *vor § 183a*, cit., 1816, Rn. 3; Hörnle, *vor § 183*, cit., 1677, Rn. 12 e Id., *vor § 183a*, cit., Rn. 8.

⁸⁰ Hörnle, *vor § 183*, cit., 1677, Rn. 12 e Id., *vor § 183a*, cit., Rn. 8.

⁸¹ Art. 184d StGB: « È punito ai sensi dei §§ 184-184c colui che rende disponibile a un'altra persona o al pubblico un contenuto pornografico tramite radio o mezzo telematico. Nei casi di cui al § 184, co. 1, il n. 1 non deve essere applicato nel caso di diffusione tramite mezzo telematico quando con la tecnica o altri mezzi equivalenti vengono predisposte le misure necessarie a evitare che il contenuto pornografico sia accessibile a persone di età inferiore ai diciotto anni. Lo stesso vale per le condotte di cui ai nn. 5 e 6 [...] ». Per una panoramica sulle più importanti modifiche normative occorse negli anni Hilgendorf, *vor § 184*, in Satzger-Schluckebier-Widmaier, *Strafgesetzbuch Kommentar*, Köln, 2016³, 1218, Rn. 1 ss.

sessuali fra adulti ed è vietata soltanto in quanto diretta a soggetti che non desiderino alcuna sollecitazione sessuale o a minori.

Quanto alla *harte Pornographie*, si può sommariamente affermare che le relative disposizioni codicistiche proteggono gli interessi dei soggetti coinvolti nella realizzazione di detto materiale ovvero hanno la finalità di evitare condotte emulative; la tutela assume un'ampiezza variabile in base al rango dei beni attinti (ad esempio essa è massima nel caso della pedopornografia, essendo vietato anche lo scambio fra privati o la detenzione di opere raffiguranti minori).

Soffermandoci invece sull'*einfache Pornographie* (§ 184 StGB), dobbiamo distinguere le diverse incriminazioni sulla base del bene giuridico tutelato⁸². Anzitutto, un primo gruppo di norme tutela *i minori*, sanzionando le condotte, attive od omissive, che determinano la visione di materiali pornografici da parte di soggetti infradiciottenni (si fa, dunque, riferimento a un'età superiore a quella della maturità sessuale a norma dei §§ 176 ss.⁸³) e l'incriminazione si legittima alla luce del pericolo che la precoce visione di contenuti sessuali, soprattutto se non episodica, pregiudichi lo sviluppo del minore. Si tratta di un reato di pericolo astratto, non assumendo rilievo la circostanza che il minore non abbia ricevuto alcuna influenza negativa dalla visione dei contenuti osceni, e la tutela si caratterizza per una significativa anticipazione, essendo sanzionati anche atti meramente preparatori (si pensi alla produzione del materiale pornografico diretta alla commissione delle condotte di offerta, cessione, etc, a minore⁸⁴). Un secondo gruppo di norme tutela invece la riservatezza personale dalle offese consistenti nella sottoposizione contro la propria volontà alla visione di materiali pornografici; in questa prospettiva vengono punite, ad esempio, l'offerta e pubblicizzazione, o la trasmissione a terzi non consenzienti⁸⁵. Infine, sanzionando l'esportazione di materiali pornografici in Stati in cui ne è vietata la diffusione, l'articolo in esame tutela anche l'interesse al mantenimento di buoni rapporti diplomatici con l'estero.

⁸² La norma, la quale presenta un carattere esasperatamente casistico, può essere tradotta come segue: « Diffusione di opere pornografiche.

(1) Chiunque:

1. offre, cede o mette a disposizione di una persona infradiciottenne un'opera pornografica (§11 Abs. 3);

2. espone, affigge, mostra o mette altrimenti a disposizione in un luogo accessibile ai minori di anni 18 o che può essere visto da questi detto l'opera di cui al n. 1;

3. in un luogo di vendita al dettaglio diverso dai locali del negozio, in un chiosco o in un altro luogo di vendita, al quale il cliente solitamente non accede, mediante vendita per corrispondenza, in una biblioteca o in un circolo di lettura, offre o cede l'opera di cui al n. 1;

3a. in luoghi locati a fini commerciali o in altro simile luogo il cui utilizzo è oggetto di concessione, non accessibile a minori di anni 18, offre o cede a un altro l'opera di cui al n. 1;

4. tenta di importare per corrispondenza l'opera di cui al n. 1;

5. in un luogo accessibile a minori di anni 18 o che può essere visto da questi, o attraverso la diffusione di opere al di fuori della normale attività commerciale pubblicamente offre, annuncia o pubblicizza l'opera di cui al n. 1;

6. lascia che altri entri in possesso dell'opera di cui al n. 1, senza che questi vi abbia acconsentito;

7. mostra l'opera di cui al n. 1 durante la proiezione pubblica di un film a pagamento, il cui ingresso è destinato interamente o prevalentemente a tale scopo;

8. produce, acquista, fornisce, rende disponibile o cerca di importare l'opera di cui al n. 1, per commettere con una parte di essa i reati di cui ai nn. 1-7 o rendere possibile ad altri la commissione di tali fatti, o

9. tenta di esportare l'opera di cui al n. 1, per diffondere una parte di essa all'estero, in violazione delle norme ivi vigenti, o metterla a disposizione del pubblico o per rendere possibile a terzi la commissione di tali condotte, è punito con la pena della reclusione fino a 1 anno o con la multa.

(2) Il comma 1 n. 1 non si applica quando l'agente è un soggetto autorizzato alla cura del minore, a meno che il curatore attraverso l'offerta, la cessione o la messa a disposizione viola grossolanamente i propri doveri di cura. Il comma 1 n. 3 non si applica quando il commercio si risolve in un prestito professionale ».

⁸³ Secondo Hörnle, *vor § 184*, in *Münchener Kommentar*, cit., 1691, *Rn.* 6, il riferimento a tale soglia di età (superiore a quella in cui si presume che il soggetto acquisti la capacità di autodeterminazione sessuale) può giustificarsi sul presupposto che sia determinante il momento in cui il consumo di materiale pornografico cessa di essere dannoso per il minore, essendosi completata la sua formazione.

⁸⁴ Vd. § 184, co. 1, n. 8.

⁸⁵ Vd. § 184, co. 1, n. 6.

Quanto al concetto di “opera pornografica”, esso si estende a ogni materiale audiovisivo, supporto elettronico, immagine o altra rappresentazione contenuta in uno scritto, che abbia ad oggetto scene sessuali esplicite e tenda, in maniera esclusiva o prevalente, a sollecitare l’eccitazione sessuale, elementi questi che devono essere apprezzati tenendo conto dell’osservatore medio e senza dare rilievo alla finalità dell’agente⁸⁶.

3.2. Il sistema francese.

In Francia il reato di “oltraggio al pubblico pudore”, un tempo previsto dall’art. 330 del *Code pénal*, è stato abrogato nel 1992, sicché non constano fattispecie a tutela di beni collettivi come la moralità pubblica o il buon costume. Nondimeno, anche in questo sistema si riscontrano una fattispecie sanzionatoria degli atti esibizionistici commessi in pubblico e un’incriminazione relativa alla fabbricazione e diffusione di immagini pornografiche dirette a minori.

Anzitutto, infatti, l’art. 222-32 punisce con la reclusione fino a 1 anno e con 15000 euro di ammenda « l’esibizione sessuale imposta alla vista di altri in un luogo accessibile alla percezione del pubblico ». La fattispecie, collocata nell’ambito dei delitti contro la persona e segnatamente fra quelli contro la libertà sessuale, precede immediatamente il reato di molestie (sessuali, art. 222-33, e morali, art. 222-34); anche alla luce della sua collocazione sistematica, la dottrina sostiene che il bene giuridico tutelato sia la libertà della persona sottoposta alla vista degli atti sessuali⁸⁷. Per quanto riguarda la condotta, si ritiene che il reato sussista soltanto in presenza di una vera e propria azione umana, sicché, ad esempio, esso non ricorrerebbe nell’ipotesi di semplice descrizione di un atto sessuale. Di converso, si sostiene che il reato è integrato, oltretutto in presenza di atti esibizionistici in senso stretto, nel caso di atti sessuali commessi dal soggetto su di sé o su altri, in quanto comportanti l’esibizione almeno parziale di nudità⁸⁸. Di particolare interesse è l’interpretazione data dalla dottrina e dalla giurisprudenza al requisito della “pubblicità”: esso infatti viene inteso come significativo della percettibilità delle condotte da parte di soggetti terzi non consenzienti, di talché il reato si ritiene integrato non solo quando gli atti sono commessi in un luogo pubblico ma anche allorché sono tenuti in spazi privati ma senza le cautele necessarie a evitare che altri involontariamente possano assistervi⁸⁹.

Per quanto attiene invece alla pornografia, essa è presa in considerazione dall’art. 227-24, il quale, superando l’incriminazione di “oltraggio al pubblico pudore” originariamente contemplata dall’art. 330 del *Code Pénal*, dà rilevanza penale soltanto alle condotte che offendono soggetti minori. Nel dettaglio, l’articolo citato sanziona con la reclusione fino a 3 anni e con 75.000 euro di ammenda colui che « fabbrica, trasporta, diffonde con qualunque mezzo e in qualsiasi supporto un messaggio violento, incitante al terrorismo, pornografico o di natura tale da attentare gravemente alla dignità umana o incitare i minori a darsi a giochi che lo mettano fisicamente in pericolo, in quanto questo messaggio sia suscettibile di essere percepito da un minore ». Come evidente, a differenza di quanto accade nell’ordinamento tedesco (e, come si vedrà, nei sistemi della penisola iberica), il legislatore si preoccupa di evitare che il minore acceda non soltanto a contenuti pornografici, ma anche a rappresentazioni di carattere violento o incitanti al terrorismo o alla commissione di giochi pericolosi o lesive della dignità umana, sul presupposto della comune attitudine di tali rappresentazioni a turbarne il sano sviluppo; le diverse tipologie di messaggi sono previste in maniera alternativa.

⁸⁶ Il significato del termine “opera” è individuato dal § 11, co. 3, StGB; quanto invece alla nozione di pornografia, la quale ha sostituito quella di “osceno” originariamente prevista, essa è stata enucleata dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Sul tema Hilgendorf, *vor § 184*, cit., 1219, Rn. 8 ss.

⁸⁷ Dreyer, *Droit pénal spécial*, Paris, 2016³, 156 s.

⁸⁸ Rassat, *Droit pénal spécial. Infractions du Code Pénal*, Paris, 2014, 676 s.; Dreyer, *op. cit.*, 157.

⁸⁹ Ad esempio, Pelletier, *Code Pénal*, Paris, 2018³⁰, 254 riporta il caso di un individuo che aveva compiuto atti lascivi nel domicilio della vittima, lasciando la porta aperta e così rendendo i familiari testimoni involontari dei fatti.

Per quanto riguarda l'attitudine a incitare al terrorismo ovvero al compimento di giochi che mettano in pericolo i minori, ai fini dell'esistenza di tali elementi si ritiene sufficiente una provocazione indiretta e non seguita da alcun effetto; la pornografia, invece, consiste nella rappresentazione di attività sessuali non simulate. Quanto poi alla violenza, si ritiene che questo elemento debba essere accertato avendo riguardo al contenuto del messaggio, e non anche alla sua percezione, e che comunque esso non si estenda fino a ricomprendere la violenza politica (sicché, ad esempio, il reato non sussiste nel caso di immagini o rappresentazioni relative a scenari di guerra); anche l'attitudine a offendere la dignità umana deve essere accertata obiettivamente⁹⁰. Infine, si afferma che nella valutazione di tutti gli elementi menzionati, il giudice debba tener conto della possibilità che il messaggio sortisca un effetto traumatizzante sul minore o possa da questo essere inteso come un'incitazione, di talché il reato dovrebbe essere escluso in presenza di proiezioni che pur presentando carattere violento abbiano uno scopo pedagogico (si pensi a un filmato avente ad oggetto la *Shoah*)⁹¹.

Venendo invece alle condotte, il legislatore ha inteso sanzionare « tutto ciò che può contribuire a mettere il messaggio scioccante sotto gli occhi del minore, potendolo turbare »⁹². La fattispecie determina dunque la parificazione di condotte dotate di una differente gravità e si caratterizza per una significativa anticipazione della tutela, sanzionando anche condotte lontane dal recare offesa ai soggetti tutelati (si pensi in particolare alla fabbricazione e al trasporto dei messaggi incriminati); in ogni caso il reato dovrebbe essere escluso quando le condotte siano assistite da accorgimenti idonei a evitare la percezione da parte dei minori dei contenuti vietati (sicché, ad esempio, il reato è escluso nel caso di invio per corrispondenza, fisica o telematica, di tali contenuti ad adulti, a prescindere dal fatto che l'infradiciotenne ne prenda concretamente visione).

3.3. Il sistema spagnolo.

L'ordinamento spagnolo non conosce incriminazioni a tutela del pudore o della moralità pubblici: presenti nel codice del 1973, esse sono state infatti abrogate dalla *Ley Orgànica 5/1998, de 9 de junio*. Nondimeno, esso dedica alla sanzione dell'"esibizionismo e [della] provocazione sessuale" il Capitolo IV del Titolo VIII (relativo ai delitti contro la libertà e intangibilità sessuali) del Libro II del *Código Penal*; tali fattispecie – si tratta degli artt. 185 e 186 – sono state oggetto di una prima significativa modifica a opera della *Ley Orgànica 1/1999, de 30 de abril* e poi di una seconda, con esclusivo riferimento al trattamento sanzionatorio, da parte della *Ley Orgànica 15/2003, de 25 noviembre*⁹³.

La prima disposizione sanziona con la reclusione da 6 mesi a 1 anno o con la multa da 12 a 24 mesi « chiunque esegue o fa eseguire a un'altra persona atti osceni esibizionistici davanti a minori o a persone con disabilità che necessitano di particolare assistenza ». Il bene giuridico tutelato viene comunemente individuato nell'intangibilità sessuale del minore, il cui sereno sviluppo può essere pregiudicato dalla precoce stimolazione a esperienze sessuali, e del disabile, che può ricevere turbamento dalla sollecitazione erotica; si esclude, invece, che la norma possa salvaguardare interessi pubblicistici come quello alla moralità pubblica⁹⁴. Peraltro, dato il carattere personale

⁹⁰ Dreyer, *op. cit.*, 291 ss.

⁹¹ Dreyer, *op. cit.*, 293 critica questo orientamento, sulla scorta della considerazione che il problema che esso intende risolvere (l'irrelevanza penale dei contenuti aventi scopo pedagogico) atterrebbe all'antigiuridicità e non alla tipicità della condotta. Sul problema cfr. Pelletier, *op. cit.*, 378, il quale riporta un caso, conclusosi con la condanna dell'imputato, relativo alla diffusione di un *reportage* sulla prostituzione minorile, nel quale s'indugiava senza necessità su scene di perversione e pratiche sessuali degradanti.

⁹² Dreyer, *op. cit.*, 294.

⁹³ Per le precedenti formulazioni dei due articoli si rimanda a Aa. Vv., *Código Penal con jurisprudencia sistematizada*, Madrid, 2016⁶, 215 ss.

⁹⁴ Muñoz Condez, *Derecho Penal Parte Especial*, Valencia, 2017²¹, 220 individua a fondamento dell'incriminazione anche un'esigenza di carattere trattamentale.

dell'interesse tutelato, si ritiene che il compimento delle condotte incriminate alla presenza di più persone determini un concorso formale di reati⁹⁵.

L'individuazione delle condotte tipiche è dal codice affidata a due elementi, cioè il carattere esibizionistico e quello osceno degli atti incriminati. Quanto all'"esibizionismo", esso consiste, secondo le scienze psichiatriche, in una forma di devianza maschile consistente nell'esibire pubblicamente i propri organi genitali; nondimeno, nella prassi prevale un'interpretazione estensiva, in forza della quale si riconducono al tipo anche altri atti di natura sessuale (come, soprattutto, la masturbazione). L'aggettivo "osceno", invece, rimanda a un parametro sociale e determina l'esclusione del reato in presenza di condotte meno gravi; tuttavia, la dottrina critica l'utilizzo da parte del legislatore di questo termine, a causa della componente moralistica insita in esso⁹⁶. Quanto ai soggetti passivi, viene disapprovato, perché eccessivo, l'innalzamento della soglia di età dai 16 anni, richiesti dal codice del 1973, ai 18; egualmente troppo ampio è ritenuto il riferimento alla condizione di disabilità, la cui definizione si rinviene all'art. 25 del *Código Penal*: « agli effetti di questo codice, si considera incapace ogni persona, sia stata o no dichiarata tale, che presenta un'infermità di carattere persistente che le impedisca di governare la sua persona o i suoi beni »⁹⁷. Al fine di dare un'applicazione della norma coerente con la sua *ratio*, la dottrina ritiene necessario accertare che il soggetto passivo sia affetto da una forma di incapacità tale da poter risentire turbamento dalla condotta esibizionista, di talché, ad esempio, può non assumere rilievo un'incapacità concernente soltanto la disposizione del proprio patrimonio⁹⁸. Dal punto di vista soggettivo, invece, si richiede non solo che il soggetto agisca con coscienza e volontà, ma anche che egli intenda coinvolgere la propria vittima in un'attività sessuale (sicché, ad esempio, il reato non è integrato nel caso del soggetto che si denuda per prendere il sole)⁹⁹.

Venendo invece al tema della pornografia, anche presso la dottrina spagnola ricorre la distinzione fra pornografia "*dura*" e "*blanda*". Mentre quella "*dura*", consistente nel materiale di contenuto sessuale realizzato utilizzando minori o disabili, è punita dall'art. 189, la pornografia "*blanda*" è disciplinata dall'art. 186; tale ultima norma, che rinviene il suo antecedente nell'art. 432 del codice del 1973, sanziona con la stessa pena prevista dall'art. 185 « chiunque, in qualsiasi modo, direttamente vende, diffonde o esibisce materiale pornografico a minori o a persone con disabilità che necessitano di particolare assistenza ». Secondo la dottrina, il bene giuridico tutelato è anche in questo caso la libertà sessuale, intesa come diritto a un libero sviluppo della propria personalità nella sfera della sessualità¹⁰⁰; qualche dubbio circonda invece il concetto di pornografia, il quale è privo di definizione legislativa. Si ritiene che, per poter assumere rilevanza penale, il materiale rappresentativo di contenuti sessuali debba altresì avere la capacità di turbare il minore o il disabile; inoltre, onde escludere in reato nel caso di svolgimento di programmi di educazione sessuale, si aggiunge che la rappresentazione deve essere sorretta dalla finalità di provocare eccitazione sessuale¹⁰¹. Quanto alle condotte tipiche, invece, il reato richiede che vi sia un contatto diretto fra l'autore della condotta incriminata e il soggetto passivo, sicché non può esservi responsabilità penale – se non secondo le regole generali sul concorso di persone – per colui che semplicemente produca materiale pornografico, poi trasmesso ai minori o ai disabili. Quanto infine ai soggetti passivi, valgono per essi le medesime considerazioni spese a proposito dell'art. 185.

⁹⁵ Sul punto Manzanares Samaniego, *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 2016, 723.

⁹⁶ Muñoz Condez, *op. cit.*, 220.

⁹⁷ Per questi rilievi critici Serrano Gomez-Serrano Maillo, *Derecho Penal. Parte especial*, Madrid, 2011¹⁶, 241 s.

⁹⁸ Serrano Gomez-Serrano Maillo, *op. cit.*, 241 s.

⁹⁹ Muñoz Condez, *op. cit.*, 221.

¹⁰⁰ Manzanares Samaniego, *op. cit.*, 724; Serrano Gomez-Serrano Maillo, *op. cit.*, 243.

¹⁰¹ Muñoz Condez, *op. cit.*, 223; vd. anche, coi relativi riferimenti giurisprudenziali, Serrano Gomez-Serrano Maillo, *op. cit.*, 243; Manzanares Samaniego, *op. cit.*, 724.

3.4. Il sistema portoghese.

In Portogallo la materia dei delitti concernenti la sfera della sessualità è stata oggetto di radicale riforma a opera del *Decreto-Lei n. 48/95, de 15 março*: in questa occasione, infatti, da un lato si è rinunciato alla tutela di sentimenti collettivi come il pudore e la moralità pubblici, mediante l'abrogazione delle corrispondenti fattispecie incriminatrici presenti nel codice del 1982¹⁰², dall'altro si è affermata l'idea che nella sfera della sessualità il diritto penale possa intervenire soltanto per salvaguardare la libertà dell'individuo¹⁰³. Successivamente, ulteriori interventi legislativi hanno potenziato il sistema normativo posto a tutela dei minori, sul presupposto della necessità di inibirne qualsivoglia contatto di natura sessuale con gli adulti; in quest'ottica, ad esempio, è stata incriminata la produzione di materiale pedopornografico, *a prescindere del consenso del minore rappresentato*. In definitiva, il sistema risulta attualmente imperniato attorno all'idea che non possa costituire reato alcuna attività sessuale purché essa si svolga fra soggetti *adulti*, non sia *coartata* e non sia tenuta pubblicamente così da *molestare* terzi.

Più nel dettaglio, venendo al tema che qui interessa, il codice penale portoghese non contiene alcuna norma incriminatrice degli "atti" o "pubblicazioni e oggetti osceni"; nondimeno, esso reprime l'esibizionismo e la diffusione di materiale pornografico di cui siano destinatari i minori. L'art. 170, rubricato « Molestia sessuale » (*Importunação sexual*), punisce infatti con la reclusione fino a un anno o la multa fino a 120 giorni « chiunque molesta un'altra persona, praticando atti esibizionistici davanti a essa, formulando proposte di carattere sessuale o costringendola a un contatto di natura sessuale ».

Il bene giuridico protetto è la libertà sessuale della persona, la quale viene offesa mediante atti che non implicano alcun contatto fisico (così nell'ipotesi dell'esibizionismo o della formulazione di proposte sessuali), ovvero attraverso contatti che non assurgono tuttavia al rango di veri e propri "atti sessuali di rilievo" (*ato sexual de relevo*), dandosi altrimenti luogo alle più gravi fattispecie di cui agli artt. 163 e 164. Quanto al fondamento dell'incriminazione dell'esibizionismo, la dottrina e la giurisprudenza sono divise: mentre da parte di alcuni si afferma che tali condotte sono di per sé offensive, traducendosi nell'imposizione di uno spettacolo non gradito, altri individuano il disvalore di questi atti nel *pericolo* che si dia luogo a una più grave offesa alla libertà sessuale¹⁰⁴.

Peraltro, viene predisposta una tutela rinforzata per i soggetti minori. L'art. 171, rubricato « Abuso sessuale infantile » (*abuso sexual de crianças*), sanziona infatti al comma 3 con una pena (la reclusione da 1 a 3 anni) più severa rispetto a quella stabilita dall'art. 170, la "molestia" posta in essere ai danni di un minore di anni 14. Sempre all'interno del terzo comma, lettera b, si sanziona inoltre colui che sottopone un minore a una conversazione, a uno scritto, a uno spettacolo o a un oggetto pornografico (*Actuar sobre menor de 14 anos, por meio de conversa, escrito, espectáculo ou objecto pornográficos*). Infine, l'art. 172, rubricato « Abuso sessuale di minore alle proprie dipendenze » (*Abuso sexual de menores dependentes*), sanziona le medesime condotte incriminate dall'art. 171, in quanto però rivolte contro un soggetto di età compresa fra i 14 e i 18 anni, affidato all'agente per ragioni di educazione o assistenza (la pena in questo caso è della reclusione fino a 1 anno).

In definitiva, le condotte esibizionistiche sono sanzionate a prescindere dal soggetto che ne sia attinto, salva però l'applicazione di un regime più severo nel caso in cui si tratti di minori; quanto invece alle pubblicazioni e oggetti pornografici, la loro ostensione è sanzionata soltanto in quanto

¹⁰² In particolare, sono state abrogate le fattispecie di "atentado ao pudor", "ato contrario ao pudor ou ato que viola em grau elevado os sentimentos gerais de moralidade sexual", contenute all'interno degli artt. 205, 206, 207, 209, 213 e 217 del Código Penal.

¹⁰³ Più esattamente, con riferimento ai minori si parla di *autodeterminação sexual*, dal momento che questi soggetti, avendo una personalità ancora *in fieri*, sono ritenuti incapaci di disporre liberamente della propria sessualità e quindi di prestare un valido consenso, quantomeno fino al raggiungimento del quattordicesimo anno di età.

¹⁰⁴ Per quest'ultima soluzione Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código Penal*, Lisboa, 2015³, 675 s.; sul punto, più diffusamente, Miguez Garcia, *O Direito Penal Passo a Passo*, Coimbra, 2015², 322 ss.

rivolta a soggetti infraquattordicenni ovvero a infradiciottenni affidati all'educazione o assistenza del soggetto passivo.

4. Prospettive di riforma.

Dalla panoramica svolta è emerso che in tutti gli ordinamenti esaminati si è assistito, fra gli anni '70 e '90, alla liberalizzazione della pornografia concernente gli adulti, mediante l'abrogazione delle fattispecie di atti e pubblicazioni oscene; tale constatazione conferma la necessità di rinunciare alla tutela di beni pubblicistici come il pudore e la moralità pubblici, così assecondando l'evoluzione giurisprudenziale e gli interventi normativi citati in apertura.

L'indagine comparata ha però rivelato anche come sia comunemente avvertita l'esigenza di tutelare l'individuo contro gli atti esibizionistici o l'ostensione non desiderata di materiali pornografici, per via del fatto che tali condotte offendono l'altrui sfera di riservatezza (se non proprio di libertà) sessuale e sono in grado di arrecare turbamento alla persona. È risultata del pari condivisa, negli ordinamenti esaminati, la volontà di approntare una risposta più severa nei riguardi delle condotte commesse in danno di minori; del resto, le scienze empiriche riconoscono nell'esibizionismo un fenomeno traumatizzante per questi¹⁰⁵, e lo stesso è a dirsi per la precoce fruizione di materiale pornografico (quantomeno se cospicua)¹⁰⁶.

Diversa è però l'ampiezza del ricorso allo strumento penale: mentre in Spagna la sanzione penale viene riservata esclusivamente alle condotte poste in essere nei confronti di soggetti in condizione di particolare vulnerabilità, per *deficit* psico-fisici oltreché per ragioni di immaturità, in Germania la tutela si estende anche agli adulti; maggiormente articolata è, infine, la posizione di Francia e Portogallo, dove gli atti esibizionistici sono sanzionati indipendentemente dalle caratteristiche della persona offesa, mentre la diffusione di materiale pornografico è presa in considerazione soltanto se rivolta ai minori.

Chiarita dunque la necessità di abbandonare una prospettiva pubblicistica nella tutela del pudore e affermata l'opportunità di riservare una peculiare attenzione ai minori, conviene esaminare distintamente le fattispecie concernenti gli atti e gli oggetti "osceni".

4.1. La fattispecie di atti osceni.

La riflessione deve prendere le mosse dalla constatazione della duplicità criminologica propria dei fenomeni presi in considerazione dall'attuale fattispecie di atti osceni (e che, come visto, in Germania dà luogo a due distinte incriminazioni): da un lato, infatti, l'art. 527 c.p. sanziona le condotte di esibizionismo latamente intese (cioè l'ostentazione delle proprie nudità e il compimento di atti sessuali con la consapevolezza della presenza di un estraneo, allo scopo di trarne soddisfacimento o di arrecare fastidio), dall'altro esso punisce le semplici forme di scostumatezza e di incontinenza. Tali condotte devono essere tenute distinte, poiché la prima ipotesi corrisponde a una più grave offesa alla persona, essendo il soggetto passivo coinvolto, sia pur solo come spettatore, in un'attività sessuale non ricercata, mentre la seconda dà luogo soltanto a una più tenue lesione della riservatezza personale; peraltro, il primo fatto è maggiormente pregnante anche sotto il profilo soggettivo, essendo rivelatore di una personalità deviata e perciò socialmente pericolosa.

Sulla scorta di tali considerazioni, si può anzitutto convenire sull'opportunità di non dare rilevanza penale alle condotte di semplice scostumatezza; benché suscettibili di arrecare turbamento

¹⁰⁵ In proposito la scienza si presenta divisa fra coloro che ritengono di adottare una definizione ampia di abuso sessuale minorile, includendovi l'esibizionismo e le proposte oscene, e coloro che prediligono un approccio più restrittivo. Sul punto Fantoni, *Il minore sessualmente abusato*, 2003, disponibile sul sito internet www.altrodiritto.unifi.it, Cap. I, § 6.1 e relativa bibliografia.

¹⁰⁶ Sul tema Jaffé, *Child and adolescent sexual abusers - For a rehabilitative approach driven by scientific evidence*, in Aa. Vv. *Protecting children from sexual violence - A comprehensive approach*, 2010, 234, disponibile sul sito internet www.coe.int, e la letteratura ivi citata.

in chi vi assiste, esse hanno infatti una ridotta carica offensiva, sia sul piano oggettivo che soggettivo. Di converso, nell'ipotesi di vere e proprie condotte esibizionistiche appare maggiormente giustificata l'attivazione delle agenzie di controllo, soprattutto se alla prospettiva repressiva se ne aggiunge una *trattamentale*; nondimeno, occorre valutare se l'utilizzo dello strumento penale nell'ipotesi in esame risponda ai principi di sussidiarietà ed *extrema ratio* e se comunque queste esigenze di tutela non siano già realizzate da altre incriminazioni.

La risposta a tale quesito sembra dover variare in relazione alle caratteristiche del soggetto passivo. Infatti, mentre è lecito ritenere che le condotte esibizionistiche commesse in presenza di adulti siano adeguatamente sanzionabili in via amministrativa, configurando una forma lieve di molestia, per le ragioni su esposte devono senz'altro ritenersi bisognose di una più robusta risposta repressiva le offese realizzate ai danni di minori: in tale ipotesi, del resto, viene in rilievo un altro e prevalente interesse, quello cioè al sereno sviluppo del minore. Quanto invece ai disabili, il discorso è maggiormente articolato. Se infatti le condotte rivolte contro di essi sono caratterizzate da un maggior disvalore, per via delle condizioni di minorata difesa nella quale vertono questi soggetti, non convince la scelta di dare rilievo in maniera indiscriminata alla disabilità, dal momento che essa, a norma dell'art. 3, l. 5 febbraio 1992, n. 104, si riferisce a patologie estremamente diversificate fra di loro e il cui accostamento risulta ingiustificato nella prospettiva di tutela in esame¹⁰⁷: ne è riprova il fatto che, ragionando nei termini criticati, si arriverebbe all'esito assurdo di sanzionare colui che si denuda davanti a una cieco, cioè a una persona che non può ricevere alcun turbamento dalle condotte illecite. Più conferente sarebbe semmai la scelta di limitare la tutela penale alle condotte realizzate nei confronti di persone in condizione di deficienza psichica, atteso che queste potrebbero risentire conseguenze negative dal fatto criminoso.

In definitiva, il ricorso alla sanzione penale pare pienamente giustificato soltanto allorché vengano offesi soggetti minori o in condizione di deficienza psichica; quanto ai primi, però, occorre considerare che le condotte "oscene" commesse in loro presenza sono già prese in considerazione dalla fattispecie di corruzione di minorenni. Per tale motivo, laddove si volesse implementare l'ambito della tutela penale, parrebbe più opportuno intervenire riformulando questa incriminazione, nei termini che di seguito si diranno.

Venendo alla tecnica normativa, nella descrizione del fatto-tipo sembra necessario abbandonare concetti di stampo moralistico come quello di "osceno" a vantaggio di termini più neutri e dotati di maggior determinatezza. In quest'ottica appare condivisibile la scelta di ricorrere a nozioni come quella di "atti sessuali" o "atti di esibizionismo", per via della possibilità che esse offrono di attingere alle acquisizioni delle scienze mediche e psichiatriche. Nella prospettiva della tutela della persona, inoltre, appare poco giustificata la scelta di circoscrivere l'incriminazione ai soli fatti che si svolgono in luoghi pubblici, essendo determinante, per il perfezionarsi dell'offesa, il carattere sessuale dello spettacolo imposto e non anche il luogo del suo svolgimento.

Alla luce di queste considerazioni si propone di:

(1) abrogare l'attuale fattispecie di atti osceni in luogo pubblico;

(2) modificare l'illecito amministrativo previsto dall'attuale art. 527 c.p. nei seguenti termini: « *Chiunque compie atti esibizionistici è soggetto alla sanzione amministrativa pecuniaria da euro 5.000 a euro 30.000* »;

(3) abrogare la fattispecie di cui all'art. 609-*quinquies*, co. 1, c.p., introducendo al suo posto un'incriminazione rubricata « *Atti esibizionistici* » e così formulata: « *Chiunque compie atti esibizionistici in presenza di minore degli anni quattordici o di persona in condizioni di deficienza psichica è punito con la reclusione da 3 mesi a 3 anni* »;

(4) modificare la sanzione attualmente prevista per l'illecito di « *Atti contrari alla pubblica decenza* », portandone il minimo a euro 2000.

¹⁰⁷ In base all'art. 3, co. 1, l. 104/1992, « è persona handicappata colui che presenta una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale e di emarginazione ».

4.2. La fattispecie di pubblicazioni e spettacoli osceni.

Anzitutto pare opportuno sgombrare il campo da equivoci sostituendo le espressioni “pubblicazioni e spettacoli osceni” con quelle di “pubblicazioni e spettacoli pornografici”, per tali intendendosi, coerentemente con quanto disposto dall’art. 600-ter, co. 7, c.p, tutte quelle rappresentazioni di contenuto sessuale che siano volte a suscitare eccitazione in chi vi assiste; in questo modo, infatti, è possibile depurare il quadro normativo da qualsiasi contaminazione di carattere morale e specificare maggiormente l’oggetto della sanzione penale.

Ciò puntualizzato, dall’analisi che si è svolta risulta la necessità di tenere nettamente distinte le ipotesi di pornografia “dura” e “blanda”: mentre infatti nel primo caso il divieto penale si fonda sul fatto che la produzione del materiale pornografico implica la commissione di un reato (si pensi alla pedopornografia ovvero alle rappresentazioni sessuali con animali), nel secondo la realizzazione di tali contenuti non presuppone alcun illecito, coinvolgendo soggetti adulti consenzienti. Per tale motivo, in quest’ultima ipotesi il divieto penale può fondarsi soltanto sull’eventuale offesa a interessi propri dei *destinatari* di tali contenuti; onde valutare l’opportunità e ampiezza della tutela penale, occorre nuovamente distinguere sulla base dell’età dei soggetti tutelati.

L’intervento sanzionatorio sembra potersi giustificare soltanto in due ipotesi, cioè nel caso in cui il materiale pornografico raggiunga la vista di soggetti che non vogliono essere sottoposti alla sollecitazione sessuale e nel caso in cui attinga soggetti che possono risentire un pregiudizio dalla loro visione (i minori). In primo luogo, pare dunque condivisibile la scelta di reprimere le condotte di esibizione del materiale pornografico che siano commesse in modo non riservato; a tal fine sembra però sufficiente fare ricorso allo strumento dell’illecito amministrativo. In secondo luogo, una tutela specifica deve essere dedicata ai minori infraquattordicenni; benché la letteratura scientifica non sia concorde sul punto, non è infatti escluso che il consumo di materiale pornografico abbia delle conseguenze nocive sul loro sviluppo, veicolando un’immagine errata della sessualità e comunque sollecitando anzitempo le pulsioni sessuali.

Alla luce delle considerazioni svolte, si propone di:

(1) abrogare la fattispecie attualmente sanzionata dall’art. 528 c.p. e l’illecito amministrativo introdotto dal d. lgs. n. 8 del 2015; al posto di quest’ultimo dovrebbe essere introdotta una fattispecie formulata nei termini seguenti: « *Chiunque pubblicizza, espone o mette in circolazione scritti, immagini o altri oggetti pornografici in modo non riservato ovvero organizza spettacoli pornografici senza dare adeguata comunicazione del contenuto di tali rappresentazioni, è soggetto alla sanzione amministrativa da euro 5.000 a euro 30.000* »;

(2) abrogare le fattispecie contenute negli artt. 528 e 529 c.p. e quelle previste dai già citati artt. 14, l. n. 47 del 1948, e 1, l. n. 1591 del 1960; al loro posto introdurre una nuova incriminazione, da collocarsi all’interno dei delitti contro la persona, possibilmente subito a seguire il reato di « *Atti esibizionistici* ». Per quanto riguarda la sua formulazione, può farsi essenzialmente riferimento alla proposta formulata dalla Commissione per la revisione del sistema penale presieduta dal Prof. Fiorella, e presentata in data 23 aprile 2013, salva l’estensione dell’incriminazione alle condotte di semplice ostensione del materiale pornografico. L’incriminazione, rubricata « *Pubblicazioni e spettacoli pornografici* », potrebbe dunque essere formulata nei termini che seguono: « *È punito con la reclusione fino a un anno e la multa da euro 5.000 a euro 30.000 chiunque:*

1) *espone o mette in circolazione scritti, disegni, immagini o altri oggetti di natura pornografica, in modo che i minori di anni quattordici possano prenderne visione;*

2) *organizzando spettacoli pornografici o esercitando il commercio degli oggetti di cui al numero precedente, consente l’accesso ai minori di anni quattordici.*

Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque intenzionalmente mostra, offre o cede a un minore degli anni quattordici gli oggetti di cui al comma precedente è punito con la pena della reclusione fino a 2 anni.

Non è pornografica l’opera d’arte o di scienza ».

(3) modificare l'art. 9 del d. lgs. 7 dicembre 2017, n. 203, nel senso di escludere la sanzione amministrativa per violazione degli obblighi di cui all'art. 8, nei casi contemplati dal reato di cui si propone l'introduzione.