

QUESITI

Vito Plantamura

Internet, sesso e minori tra rapporti virtuali e adescamento

SOMMARIO: 1. L'attuale dimensione psico-sociologica del problema. - 2. Il quadro normativo sovranazionale. - 3. Cenni di diritto comparato. - 4. L'Italia: dalla tutela della moralità pubblica a quella della persona? - 4.1 Diritto penale e rapporti sessuali virtuali. - 4.2 L'adescamento *on-line*. - 5. Conclusioni.

1. L'attuale dimensione psico-sociologica del problema

A livello europeo, sin dal 2008¹, è stato promosso un programma per sostenere un utilizzo più sicuro delle *ITC* (*Information and Communication Technology*) da parte dei bambini, che coinvolge anche i genitori e tutti i soggetti che svolgono un ruolo educativo (assistenti, insegnanti, etc.). Tra l'altro, tale programma giustamente si propone di studiare gli aspetti sia tecnici che psicologici, comportamentali e sociologici del problema, rispetto al quale si individuano i due rischi più significativi nel bullismo e, appunto, nel c.d. *grooming*²: ciò nella consapevolezza della trasversalità della questione, che infatti si articola in diverse piattaforme, «dai computer e i telefoni cellulari alle console di gioco ed altre tecnologie emergenti».

Il bullismo, l'adescamento (e pure lo *stalking*) mediante *ITC* sono considerati congiuntamente, e non solo in relazione al diritto penale, pure nel punto n. 9 della risoluzione (della seconda sezione) adottata ad esito del *XIXth International Congress of Penal Law, "Information Society and Penal Law"* - svoltosi a Rio de Janeiro, dal 31 agosto al 6 settembre del 2014 -, secondo il quale: «*Given the growing concern on the frequency and seriousness of cyber stalking, cyber bullying, and cyber grooming, special attention shall be given to effectively respond to the problem, emphasizing positive approaches, preven-*

¹ Cfr. Decisione n. 1351/2008/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2008 relativa a un programma comunitario pluriennale per la protezione dei bambini che usano Internet e altre tecnologie di comunicazione, in G.U., 24 dicembre 2008, n. 348.

² «*This process of befriending a child and creating a situation whereby the child will acquiesce in sexual acts is known as grooming. A particular problem with the label 'grooming' is that it is not possible to exactly define where the grooming starts or stops. It is now generally accepted that there is a cycle of abuse through which an offender and victim must travel. One of these stages is the grooming stage, and this is why the point was made that grooming is not a 'hi-tech' crime. The internet does not create any new stages in this cycle but does, arguably, allow the cycle to be quickened. The principal reason for this is that the internet is anonymous: it is perfectly possible to pretend to be anyone on the internet, and be of any age or any sex*», così, testualmente, GILLESPIE, *Tackling grooming*, in *Police Journal*, 2004, vol. 77, 239 ss.

tion, public education and awareness, and alternative sanctions, rather than only applying criminal law protection».

Inoltre, secondo una recente indagine del Centro studi di ECPAT (*End Child Prostitution, Pornography and Trafficking*) Italia³, condotto su un campione di studenti italiani di 13 anni, e presentato in occasione dell'XI Giornata del *Safer Internet Day*, dell'11 febbraio 2014, il profilo dell'adolescente medio italiano risulta il seguente: «*Smartphone* dipendente, costantemente connesso, *Facebook* e *Whatsapp* la quotidianità, essere “bello e piacente” la preoccupazione, gli amici il punto di riferimento». Il 90% degli intervistati ha ammesso di aver aperto un profilo *Facebook* ben prima dell'età minima prevista - ovverosia, appunto 13 anni -, per giunta dichiarandosi maggiorenne, tra i 18 e 20 anni; salvo poi modificare il profilo, con l'introduzione dei dati veritieri, al raggiungimento dell'età minima richiesta.

I *social network* più pericolosi, però - con specifico riferimento alla possibilità che, tramite essi, siano commessi reati anche a sfondo sessuale⁴ -, risulterebbero altri, specialmente quelli che si basano sull'anonimato, come ad es. *Ask*, utilizzando i quali il 60% del campione riferisce di aver avuto richieste e/ commenti di carattere sessuale. Ma forse il dato più preoccupante è quello per cui il 90% degli intervistati, in caso di pericolo, non ritiene opportuno confidarsi con i propri genitori, nella convinzione che quest'ultimi non potrebbero fare nulla per aiutarli - ed anzi l'80% del campione li ritiene più esposti ai pericoli della rete -, e finirebbero esclusivamente per punirli. Proprio questo *gap* generazionale, tuttavia, pare costituire il vuoto ideale in cui i nuovi “orchi telematici” s'insinuano, anche sfruttando l'enorme potenziale intrusivo del processo di c.d. convergenza tecnologica, dovuto alla digitalizzazione, che comporta l'interconnessione tra *media* diversi, nonché il ruolo recessivo degli intermediari (c.d. disintermediazione)⁵, e dunque delle potenziali

³ Cfr. www.epcat.it

⁴ Cfr. PICOTTI, *I diritti fondamentali nell'uso ed abuso dei social network. Aspetti penali*, in *Giur. mer.*, 2012, 2529 ss.

⁵ Si pensi al noto caso c.d. Google c. Vividown, in cui, dopo la sentenza di condanna - del Tribunale di Milano, del 24 febbraio 2010 - di alcuni manager di Google per illecito trattamento dei dati personali, evidentemente per omesso impedimento dell'evento (mentre era stata esclusa la loro responsabilità per il delitto di diffamazione), la Corte d'Appello, con sentenza del 27 febbraio 2013, si era invece pronunciata per l'assoluzione, poi confermata dalla terza Sezione penale della Cassazione, con sentenza del 17 dicembre 2013. Cfr. MANNA, *La prima affermazione, a livello giurisprudenziale, della responsabilità penale dell'internet provider: spunti di riflessione tra diritto e tecnica*, in *Giur. cost.*, 2010, 1856 ss.; ID., *I soggetti in posizione di garanzia*, in *Dir. inf.*, 2010, 779 ss.; nonché, anche come nota alla sentenza definitiva, TRONCONE, *Il caso Google (e non solo), il trattamento dei dati personali e i controversi requisiti di rilevanza penale del fatto*, in *Cass. pen.*, 2014, 2060 ss. In relazione ai reati a sfondo sessuale, si veda MANNA, *Considerazioni sulla responsabilità penale dell'internet provider in tema di pedofilia*, in *Dir. inf.*, 2001, 145 ss. Più in generale, il tema è stato affrontato utilizzando la categoria dogmatica dell'esigibilità, in connessione con la previsione del legislatore tedesco sui servizi di informazione e

figure di controllo⁶. Tanto è vero che, a livello di AIDP, sta emergendo l'opportunità di prevedere profili di responsabilità per i *provider*, ma basati sulla violazione di obblighi ben circoscritti, e sulla cooperazione internazionale⁷, come prescritto dai punti nn. 12 e 13 della risoluzione (della prima sezione) adottata ad esito del già citato convegno di Rio⁸.

Con specifico riferimento, poi, al fenomeno del c.d. *sexting* - parola formata, per crasi, da *sex* e *texting* (nel senso dell'invio di *sms*)-, risulta affatto interessante, ma altrettanto preoccupante, specie per il *trend* che ne emerge, un'indagine svolta da Telefono azzurro⁹ (in collaborazione con l'istituto statistico Eurispes), relativa agli anni 2011 e 2012, secondo la quale, se nel 2011 la percentuale degli adolescenti che aveva ricevuto messaggi o video a sfondo sessuale era del 10,2%, l'anno seguente era già salita al 25,9%. Del resto, il 41,9% degli intervistati non ritiene che nel c.d. *sexting* ci sia nulla di male, e il 16,1% si fida della persona alla quale ha inviato le immagini (che spesso, invece, finiscono per circolare in maniera incontrollata e/o diventano strumento di minaccia finalizzata all'ottenimento di nuovi *files* e/o di contatti sessuali nel "mondo reale").

Il pericolo dell'instaurarsi di un rapporto sessuale a distanza¹⁰ e quello di subire un adescamento *on-line*, finalizzato al successivo svolgimento di rapporti "classici", cioè che implicano la presenza e il contatto, è maggiore per quei

comunicazione - e, in particolare, circa quelli telematici -, da G. FORNASARI, *Il ruolo della esigibilità nella definizione della responsabilità penale del provider*, in *Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di internet*, a cura di PICOTTI, Padova, 2004, 423 ss.

⁶ Cfr. MUSSELLI, *Internet e tutela dei minori*, in *Dir. inf.*, 2011, 727 ss.

⁷ Cfr. FLOR, *Società dell'informazione e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 396 ss.

⁸ «12. a) *Internet access providers should not be made criminally liable for failing to control contents that they process. b) Criminal liability of host service providers should be limited to instances where they are specifically obliged by law to control certain contents before they are made available to users, it is reasonably feasible for them to do so, and they knowingly fail to fulfill this obligation or they have been alerted, in a reliable and specific manner, to the fact that they make illegal contents available, and knowingly fail to promptly take all reasonable measures to make such contents unavailable. E. International harmonization of laws 13. Policies for the protection of ICT networks and cyberspace and the interests of users should be harmonized worldwide in order to avoid serious discrepancies between regulations of the same matter, to improve international cooperation, and to avoid conflicts of jurisdiction».*

⁹ Cfr. www.azzurro.it

¹⁰ La questione della rilevanza, o meno, ai fini dell'integrazione del delitto di violenza sessuale, da parte degli atti che non implicano il contatto fisico, è stata affrontata anche prima della diffusione del c.d. sesso *on-line*, con riferimento al fenomeno del c.d. *voyeurismo* "classico". A tal proposito, per un'interpretazione restrittiva del concetto di atti sessuali, si vedano CADOPPI, *Sub art. 609-bis c.p.*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, a cura di Cadoppi, Padova, 4a ed., 2006, 439 ss., e, spec., 465 ss. e PALUMBIERI, *Violenza sessuale, Art. 609 bis*, in *Trattato di diritto penale, Parte speciale IX, I delitti contro la libertà sessuale, la libertà morale, l'inviolabilità del domicilio e l'inviolabilità dei segreti*, diretto da Cadoppi, Canestrari, Manna, Papa, Torino, 2011, 16 ss., e, spec., 30 ss.

minori, spesso anche dei quattordici anni, che soffrono, anche se in forma lieve, del c.d. *internet addiction disorder* (IAD), cioè della dipendenza da internet, che sta manifestandosi in modo particolarmente acuto ed allarmante nei Paesi asiatici, soprattutto in Corea del Sud (balzata agli “onori” della cronaca per i decessi negli internet caffè), Cina e Giappone (dove si intreccia con la piaga sociale analoga, ma non coincidente, dei c.d. *hikikomori*¹¹), ma che è presente e diffuso anche in occidente.

Del resto, si tratta di un disturbo studiato ormai da anni negli USA¹², e che da ultimo ha iniziato ad ottenere le prime forme di riconoscimento nel DSM (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*) V¹³ – se pur solo a livello del suggerimento della promozione di maggiori indagini –, e studi dedicati anche in Italia¹⁴, dove, nel 2014, si è svolto il primo convegno internazionale specificatamente sul tema¹⁵. Per altro, anche questo disturbo, che inizialmente ha riguardato soprattutto maggiorenni o minorenni comunque maggiori dei quattordici anni (in particolare, soggetti di età compresa tra i 15 e i 40 anni), ha visto un brusco abbassamento della fascia d’età interessata, con riferimento alla prima generazione dei c.d. nativi digitali¹⁶, ovvero sia delle persone nate dal 2000 in poi, e non potrà che subire un abbassamento ulteriore, visto che i bambini nati ancora successivamente stanno addirittura imparando ad utilizzare internet, mediante *computer* e *smartphone*, in età ampiamente pre-scolare.

2. Il quadro normativo sovranazionale

Senza dubbio, la particolarità degli atti sessuali compiuti con minorenni è che gli stessi, quando sono consensuali, possono costituire reato o, al contrario, risultare del tutto atipici, a seconda che il minore abbia raggiunto, o meno, l’età valida, nell’ordinamento di riferimento, per prestare il proprio consenso: si tratta, cioè, di casi in cui il consenso non esclude l’antigiuridicità, ma proprio il fatto tipico, come nell’ipotesi di chi entra nel domicilio altrui dietro

¹¹ A tal proposito, può risultare interessante la lettura del romanzo autobiografico di un *ex hikikomori* giapponese, tradotto ed edito anche in Italia: T. TAKIMOTO, *Welcome to the NHK*, Milano (Edizioni DB), 2011.

¹² Anzi, proprio ad una professoressa statunitense si deve la scoperta di tale disturbo, e la formulazione del primo test diagnostico: K. S. YOUNG, *Caught in the Net: How to Recognize the Signs of Internet Addiction and a Winning Strategy for Recovery*, New York (Wiley), 1998, trad. it., *Presi nella rete. Intossicazione e dipendenza*, Bologna (Calderini), 2000; www.netaddiction.com.

¹³ Cfr. M. BIONDI, F.S. BERSANI, M. VALENTINI, *Il DSM-5: l’edizione italiana*, in *Riv. psich.*, 2014, 57 ss.

¹⁴ Cfr. R. PERRELLA, G. CAVIGLIA, *Dipendenza da internet, Adolescenti e adulti*, San Marino (Maggioli), 2014.

¹⁵ Cfr. www.escteam.net.

¹⁶ Cfr. M. PRENSKY, *Digital Natives, Digital Immigrants*, in *On the Horizon*, 2001, vol. 9, n. 5.

invito, oppure di chi prende la cosa altrui con il consenso di chi la detiene¹⁷. Riguardo al concetto stesso di persona minore, se c'è una costante nella normativa sovranazionale di riferimento – dalla Convenzione ONU di New York del 1989 sui diritti del fanciullo (ratificata ed eseguita, in Italia, con la l. n. 176/91)¹⁸, alla decisione quadro del Consiglio Europeo 2004/68/GAI del 22 dicembre 2003, relativa alla lotta¹⁹ contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile, fino alla Convenzione del Consiglio d'Europa di Lanzarote del 2007 (entrata in vigore nel 2010, e ratificata in Italia con la l. n. 172/2012)²⁰, anch'essa sulla protezione dei bambini contro lo sfruttamento e gli abusi sessuali – è quella di riferire il termine bambino o fanciullo a tutte le persone minori degli anni diciotto; mentre la grande maggioranza delle normative nazionali, compresa quella italiana, attribuisce anche ai minorenni, raggiunta una certa età, la possibilità di prestare un valido consenso al compimento di atti sessuali, specie se gratuiti. Di questo tiene conto l'art. 18, co. 2, della Convenzione di Lanzarote, che infatti prevede che «*each Party shall decide the age below which it is prohibited to engage in sexual activities with a child*». Analogamente, la direttiva 2011/93/UE, relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile, al suo primo articolo definisce “minore” la persona di età inferiore ai diciotto anni, ma anche “età del consenso sessuale” quella al di sotto della quale è vietato compiere atti sessuali con un minore, ai

¹⁷ Cfr. PLANTAMURA, *Consenso dell'aveute diritto*, Art. 50, in *Trattato di diritto penale*, cit., *Parte generale II, Il reato*, 2013, 238 ss.

¹⁸ Com'è noto, la Convenzione di New York non si riferisce specificatamente alla tutela penale dei fanciulli, ma ha un contenuto più generale, tuttavia, per quanto più direttamente interessa in questa sede, all'art. 34 prevede che: «Gli Stati parti si impegnano a proteggere il fanciullo contro ogni forma di sfruttamento sessuale e di violenza sessuale. A tal fine, gli Stati adottano in particolare ogni adeguata misura a livello nazionale, bilaterale e multilaterale per impedire: a) che dei fanciulli siano incitati o costretti a dedicarsi a una attività sessuale illegale; b) che dei fanciulli siano sfruttati a fini di prostituzione o di altre pratiche sessuali illegali; c) che dei fanciulli siano sfruttati ai fini della produzione di spettacoli o di materiale a carattere pornografico».

¹⁹ “...del resto, l'espressione lotta, che non ci piace affatto, sempre più utilizzata nella produzione legislativa europea ed internazionale in materia penale, evoca il suo classico seguito senza esclusione di colpi, ovvero la ammissibilità di colpi proibiti”, così, testualmente, COCCO, *La lotta senza esclusione di colpi contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile. Le questioni dell'error aetatis e del concetto di pornografia minorile*, in *Resp. Civ. prev.*, 2013, 1802ss.

²⁰ Cfr. ALBAMONTE, *Ratifica ed esecuzione della Convenzione di Lanzarote. Parte I: le principali modificazioni al codice penale, esclusi i nuovi artt. 414-bis e 609-undecies c.p.*, in *Giur. mer.*, 2013, 752 ss.; CONSULICH, *Convenzione di Lanzarote e sistema penale: riflessioni sulla riforma dei delitti contro la libertà personale e sessuale del minore (Prima parte e Seconda Parte)*, in *Stud. iur.*, 2013, 796 ss. e 961 ss.; MANNA, *Considerazioni introduttive sui profili penalistici della Convenzione di Lanzarote*, in *La Corte d'Assise*, 2012, 385 ss.; MARI, *Le principali novità introdotte dalla legge attuativa della Convenzione di Lanzarote*, in *Cass. pen.*, 2012, 3956 ss.; STRAMAGLIA, *Ratifica ed esecuzione della Convenzione di Lanzarote. Parte II: istigazione a pratiche di pedofilia e pedopornografia (art. 414-bis c.p.) e adescamento di minorenni (art. 609-undecies c.p.)*, in *Giur. mer.*, 2013, 989 ss.

sensi delle diverse normative nazionali.

Entrambi gli atti sovranazionali da ultimo citati fanno riferimento al c.d. *child grooming*, anche se l'art 609-*undecies* del codice penale italiano, rubricato "Adescamento di minorenni", costituisce un'applicazione della Convenzione, e non della direttiva, che doveva essere recepita entro il dicembre 2013, ma è stata attuata in Italia solo dal d.lgs. n. 39 del 2014: che, per quanto qui più direttamente interessa, ha introdotto il nuovo art. 609-*duodecies* c.p., per il quale le pene di una serie di delitti, tra cui appunto quello di adescamento di minori, «sono aumentate in misura non eccedente la metà nei casi in cui gli stessi siano compiuti con l'utilizzo di mezzi atti ad impedire l'identificazione dei dati di accesso alle reti telematiche».

In ogni caso, le formulazioni del c.d. *child grooming*, contenute nella Convenzione (art. 23) e nella direttiva (art. 6), risultano sostanzialmente sovrapponibili, per cui la maggiore differenza consiste nell'indicazione, nella direttiva, anche delle pene: possibile visto che trattasi di un'applicazione, tra le prime, del diritto penale europeo post-Lisbona²¹. In particolare, entrambe le formulazioni fanno espresso riferimento ad una proposta sessuale, avanzata utilizzando tecnologie dell'informazione e della comunicazione, che sia seguita dal compimento di atti materiali finalizzati all'incontro. Si deve considerare, però, che la normativa sovranazionale in questione (sia comunitaria che convenzionale) si riferisce, altresì, alla proposta di atti sessuali in sé vietati, per mancanza della possibilità dell'espressione di un valido consenso al compimento degli stessi, in relazione all'età del minore, appunto seguiti da atti materiali finalizzati all'incontro. Si tratta, cioè, di un'anticipazione della tutela, e conseguente criminalizzazione di condotte che forse potrebbero comunque autonomamente risultare punibili a titolo di tentativo; mentre si ritiene di dover limitare al massimo la punibilità di meri atti preparatori. In ogni caso, tale anticipazione sembra trovare la sua *ratio* esclusiva nel maggiore disvalore di condotta rappresentato, appunto, dall'utilizzazione di tecnologie di informazione e comunicazione, e di questo si trova una significativa eco nel succitato art. 609-*duodecies* c.p.

A questo proposito, attesa la non diretta rilevanza della direttiva penale 2013/40/UE, relativa agli attacchi contro i sistemi d'informazione (l'art. 83, co. 1, del TFUE post-Lisbona, infatti, attribuisce competenza penale alla UE, tra l'altro, proprio in tema sia di criminalità informatica che di sfruttamento sessuale di donne e minori), è interessante notare che nella Convenzione di

²¹ Cfr.: SALCUNI, *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Milano, 2011; PLANTAMURA, *Una nuova frontiera europea per il diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 911ss.; SIRACUSA, *Il transito del diritto penale di fonte europea dalla "vecchia" alla "nuova" Unione post-Lisbona*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2010, 779 ss.

Budapest del Consiglio d'Europa, del 2001, sul *Cybercrime* - ratificata in Italia con la l. 18 marzo 2008, n. 48²² -, viene affrontato il tema del rapporto tra sesso, minori e informatica, se pur solo riguardo alla pedopornografia: definendo minore la persona che non ha raggiunto i diciotto anni, e lasciando la possibilità alle singole legislazioni nazionali di individuare una soglia, per esprimere il proprio consenso, più bassa, ma che non può essere inferiore ai sedici anni. Anche in tal ultima Convenzione, poi, ciò che rileva è il mezzo, ovvero sia l'utilizzo del *computer system*, cioè - *ex art. 1* - di «qualsiasi dispositivo o gruppo di dispositivi interconnessi o collegati, uno o più dei quali, secondo un programma, svolge un trattamento automatico di dati».

In definitiva, l'enorme potenzialità degli strumenti informatici e telematici non può non essere presa in considerazione dal diritto penale (e anche dalla procedura e dalla c.d. *forensics*²³), *sub specie* di potenzialità offensiva, e quindi di disvalore di condotta, anche quando si tratta di tutelare la sessualità dei minori, vista l'insidiosità del mezzo. Come si legge, infatti, nel diciannovesimo considerando della direttiva 2011/93/UE: «L'adescamento di minori per scopi sessuali costituisce una minaccia con caratteristiche specifiche nel contesto di internet, in quanto quest'ultimo fornisce un anonimato senza precedenti per gli utenti, che possono nascondere le proprie identità e le caratteristiche personali reali, come la loro età». E tale osservazione si integra con quella del quattordicesimo considerando della direttiva 2013/40/UE, per cui: «Altro elemento importante di un approccio integrato alla criminalità informatica è l'istituzione di efficaci misure contro il furto d'identità e altri reati connessi all'identità».

Tuttavia, non poche difficoltà emergono quando si tratta di individuare quali siano i minori da dover tutelare "da se stessi", e cioè, in definitiva, i minori di quale età possano prestare validamente consenso sessuale, e rispetto a quali atti possano farlo (in modo paradigmatico, si valuti la differenza tra un atto sessuale gratuito, ed uno conseguente a mercimonio, rilevante per il solo fruitore *ex art. 600-bis*, co. 2., c.p.²⁴). Si apprezzi che, con riferimento al c.d. *child*

²² Cfr. PICOTTI, *La ratifica della Convenzione Cybercrime del Consiglio d'Europa - Profili di diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 700 ss.; FULVI, *La Convenzione Cybercrime e l'unificazione del diritto penale dell'informatica*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 639 ss.

²³ Dal punto di vista della *computer forensics*, e quindi dell'identificazione, raccolta e archiviazione delle prove informatiche, la Convenzione di Budapest si presentava piuttosto generica, mentre uno strumento molto più dettagliato, se pur non vincolante per gli Stati membri, è rappresentato dalla *Electronic Evidence Guide*, del Consiglio d'Europa, sulla quale si rinvia a COLOMBO, *Una novità dall'Unione Europea per la lotta ai cybercrimes: una electronic evidence guide*, in *Cass. pen.*, 2014, 374 ss.

²⁴ Cfr. PALUMBIERI, *I delitti contro lo sviluppo psicofisico dei minori, Artt. 600bis - 600octies*, in *Trattato di diritto penale*, cit., *Parte speciale VIII*, Torino, 2010, 301 ss. Si tratta di una norma scritta all'inverso, nel senso che, testualmente, non prevede la punizione del cliente della prostituta minorene, ma della prostituta che ha un cliente minorene. Cfr. DI GIOVINE, *Commento agli artt. 600bis -*

grooming, tanto la Convenzione di Lanzarote, quanto la direttiva 2011/93/UE, fanno riferimento a proposte avanzate, appunto nei confronti dei minori, non da chiunque, ma solo da adulti. Mentre in molti ordinamenti, a partire da quello italiano, anche un minore (se imputabile) può rispondere, ad es., di violenza sessuale (o comunque, ex art. 609-*quater* c.p., può soggiacere alla pena stabilita per la violenza sessuale), per un rapporto consensuale avuto con un soggetto non ancora giunto, però, all'età per esprimere un valido consenso: invece, il testo della Convenzione, all'art. 18, co. 3, prevede espressamente che l'obbligo di incriminazione dell'attività sessuale consensuale, con minore degli anni per esprimere il valido consenso sessuale, non si estende ai rapporti tra minori.

In modo più generale, il ventesimo considerando della direttiva da ultimo citata chiarisce espressamente che: «La presente direttiva non intende disciplinare le politiche degli Stati membri in ordine agli atti sessuali consensuali che possono compiere i minori e che possono essere considerati come la normale scoperta della sessualità legata allo sviluppo della persona, tenendo conto delle diverse tradizioni culturali e giuridiche e delle nuove forme con cui bambini e adolescenti stabiliscono e mantengono rapporti tra di loro, anche a mezzo di tecnologie dell'informazione e della comunicazione». Quindi, nella prospettiva sovranazionale, il sesso consensuale, e l'adescamento *online*, tra minori, tendenzialmente non dovrebbe riguardare il diritto penale, per cui appare quantomeno incoerente che, in sede di modifica dell'art. 600-*bis*, co. 2, c.p., avvenuta proprio in applicazione della Convenzione di cui trattasi, sia stato eliminato l'originario ultimo comma del succitato articolo, che conteneva una ragionevole circostanza attenuante, ad effetto speciale – che comportava perfino la possibilità di applicare la sola pena pecuniaria –, nel caso in cui il fruitore della prostituzione minorile fosse, a sua volta, un minore²⁵.

3. Cenni di diritto comparato

In Europa²⁶, il primo esempio di criminalizzazione del c.d. *child grooming* si

600-septies, in *Codice penale*, a cura di Padovani, Milano, 2007, 3592 ss. Inoltre, la giurisprudenza – in contraddizione con quanto da se stessa ritenuto in tema di prostituzione di adulti – aveva imboccato la china scivolosa di ritenere, praticamente, quasi ogni forma di fruizione, come una affatto più grave induzione (implicita?). Fortunatamente, però, di recente le Sezioni Unite hanno posto un argine a tale deriva. Cfr. Cass., Sez. un., 14 aprile 2014, S., in www.penalecontemporaneo.it. In argomento, si rinvia adesivamente a COCCO, *Alla ricerca dei confini tra libertà sessuale e prostituzione minorile. Per evitare nuovi casi BRAIBANTE*, in *Resp.civ.prev.*, 2014, 1062ss.

²⁵ Tale modifica, tuttavia, è stata giudicata favorevolmente da CONSULICH, *Convenzione di Lanzarote e sistema penale: riflessioni sulla riforma dei delitti contro la libertà personale e sessuale del minore (Prima parte e Seconda Parte)*, cit., 798.

²⁶ Anche per un'interessante analisi comparata dei reati sessuali in Germania, Portogallo, Francia e Inghilterra, si rinvia MACRI, *Verso un nuovo diritto penale sessuale. Diritto vivente, diritto comparato e*

ha in UK, con il *Sexual Offences Act* del 2003²⁷, il cui art. 15 prevede la punizione dell'adescamento - finalizzato al compimento di reati sessuali, e concretizzatosi in almeno due precedenti contatti/comunicazioni²⁸ - commesso da un maggiorenne nei confronti di minori degli anni 16 (a meno di un errore scusabile sull'età), qualora all'adescamento segua l'incontro, oppure l'adescatore o la vittima si mettano in viaggio per incontrarsi, o comunque si siano dati appuntamento, «*in any part of the world*»²⁹. Si consideri che, ai sensi dell'art. 9 del SOA, è appunto a sedici anni che si raggiunge l'età per esprimere il valido consenso sessuale (il consenso di un soggetto che abbia compiuto i tredici anni costituisce un'attenuante, mentre il "consenso" di un minore dei tredici anni è irrilevante): tale è l'età per un lecito rapporto sessuale consensuale tra un minore ed una persona che ha compiuto i diciotto anni, o che è anch'essa minore, ma in tal caso le pene sono affatto più lievi. Mentre l'art. 13, *Child sex offences committed by children or young persons*, che appunto estende la punibilità agli autori minori dei reati sessuali commessi contro minori, non si applica all'art. 15.

Le pene previste per il reato di "*Meeting a child following sexual grooming*", di cui all'art. 15 SOA, variano sensibilmente, dai sei mesi ai dieci anni di reclusione, a seconda di una serie di fattori, processuali - procedimento con o senza giuria: cioè *summary conviction* o *conviction on indictment* -, e sostanziali: intensità della *mens rea*, gravità dell'abuso sessuale che si aveva intenzione di compiere a seguito dell'adescamento, grado di prossimità al compimento dell'abuso sessuale al quale è giunto l'autore dell'adescamento.

Di grande interesse, poi, sono anche i c.d. *Sexual Offence Prevention Orders* (artt. 104-113), cioè delle specie di misure cautelari, perché il giudice può emetterle prima della condanna, la cui durata minima è però di 5 anni, e di contenuto indeterminato: «*The only prohibitions that may be included in the*

prospettive di riforma dei reati sessuali in Italia, Firenze, 2010.

²⁷ Cfr. S. OST, *Getting to grips with sexual grooming? The new offence under the Sexual Offences Act 2003*, in *Journal of Social Welfare and Family Law*, 2004, 147 ss.

²⁸ È necessario chiarire che, per la legge inglese il c.d. *grooming* non dev'essere necessariamente *on-line*, anzi spesso casi eclatanti di c.d. *grooming* di gruppo, a danno di un'ampia serie di minori, sono sorti a seguito di un adescamento in presenza. Cfr. J. MOOMEY, S. OST, *Group localised grooming: what is it and what challenges does it pose for society and law?*, in *Child and Family Law Quarterly*, 2013, vol. 25, n. 4, 425 ss.

²⁹ «*The problem with grooming is that a significant part of the process, e.g. talking to children, even in sexually explicit language, could be considered legitimate in certain circumstances. The Task Force was keen to ensure that any offence would be realistic and capable of capturing the predatory behaviour of those who seek to groom children for abuse, but at the same time did not stray beyond the acceptable boundaries of criminal law. Accordingly it was decided that the easiest way of doing this was to use a meeting as the central hook upon which to hang the criminal liability*», così, testualmente, GILLESPIE, *Tackling grooming*, cit., 243.

order are those necessary for the purpose of protecting the public or any particular members of the public from serious sexual harm from the defendant. Anche l'attività svolta dal CEOP (*Child Exploitation and Online Protection Centre*) appare significativa, ad es., con la creazione, sui siti internet che hanno acconsentito, di appositi "bottoni telematici", che il minore può cliccare per segnalare l'adescamento, così attivando gli investigatori, che utilizzano falsi profili accattivanti o falsi siti di richiamo (c.d. *honey pots*), secondo la logica dell'agente provocatore³⁰, se pur "passivo"³¹.

Per quanto riguarda, invece, la possibilità della criminalizzazione dei rapporti sessuali virtuali, o a distanza, intrattenuti con soggetti che non hanno raggiunto l'età per esprimere un valido consenso, essa risulta chiaramente esclusa dalla lettera della legge, piuttosto esplicita e dettagliata che, in ordine di gravità decrescente, prevede il reato di stupro (penetrazione vaginale, orale o anale, con il pene), di aggressione con penetrazione (con una parte del corpo, evidentemente diversa dal pene, o altro), entrambi puniti addirittura con l'ergastolo, e di aggressione sessuale "semplice", cioè senza penetrazione, ma che comunque si basa sul contatto fisico, appunto di natura sessuale - «*A person (A) commits an offence if (a) he intentionally touches another person (B), (b) the touching is sexual, (c) B does not consent to the touching, and (d) A does not reasonably believe that B consents*» -, e che è punita con la reclusione da sei mesi ai dieci anni (anche in questo caso, con notevole differenza tra "condanna sommaria" e "condanna su capo d'imputazione").

Pure in un ordinamento più vicino a quello italiano, come quello francese, permane la classica differenza tra il delitto di stupro (artt. 222-23 - 222-26 c.p.), punito con quindici anni di reclusione, e che si basa sulla penetrazione degli orifizi della vittima col pene, diversa parte del corpo o anche oggetti, e quello di altra aggressione sessuale (artt. 222-27 - 222-31 c.p.), purtroppo non meglio definita, il che ha comportato una deriva simile a quella avvenuta in Italia, con riferimento ad atti sempre meno rilevanti - come il bacio al busti-

³⁰ Cfr. R. KOOL, *Prevention by All Means? A Legal Comparison of the Criminalization of Online Grooming and its Enforcement*, in *Utrecht Law Review*, 2011, vol. 7, 46 ss. e, spec. 55.

³¹ «*Given that surveys both in the US and the UK seem to suggest that online grooming is serious enough to demand attention, it is submitted that one way around the problem outlined above is to encourage the use of what might be called covert sting operations wherein enforcement officers could pose as children, which might allow the enticement of sufficient information for the purposes of bringing a successful conviction. In order to avoid defence applications for the exclusion of evidence and or abuse of process, the police should not act as an agent provocateur in the sense of enticing the accused to commit the offence. In other words, the suspect will have to take the first step and the police should ensure that their conduct is not improper so as to bring the administration of justice into disrepute*», così, testualmente, KHAN, *SEXUAL OFFENCES ACT 2003*, in *Journal of Criminal Law*, vol. 68, 2004, 220 ss., e, spec., 225.

no della “vittima”, in occasione di una foto di gruppo³² –, ma sempre fondati sul contatto fisico. In ogni caso, per i delitti francesi di stupro e altra aggressione sessuale, costituisce un’aggravante tanto la circostanza che la vittima sia minore di quindici anni, quanto l’essere entrato in contatto con la vittima stessa (pure se maggiorenne) attraverso internet. In particolare, in tal ultimo caso le pene salgono a vent’anni di reclusione, per lo stupro, e a sette per le altre aggressioni sessuali.

La criminalizzazione di atti sessuali consensuali compiuti da un adulto con minori della *majorité sexuelle* (che appunto si raggiunge a quindici anni), invece, è prevista – con collocazione separata rispetto ai reati sessuali di stupro, *etc.* – dall’art. 227-25 c.p., che punisce “l’abuso sessuale”: concetto nel quale, almeno secondo autorevole dottrina³³, dovrebbero rientrare solo gli atti che, se commessi con violenza, costituirebbero appunto stupro o altra aggressione sessuale. In base alla lettera della legge, tuttavia, non può neppure escludersi un’interpretazione giurisprudenziale estensiva, che vi faccia rientrare anche gli atti sessuali senza contatto, e senza presenza, mediante internet *et similia*, e questo nonostante l’esistenza del delitto di corruzione di minorenni (art. 227-22 c.p., primo e secondo comma), che però, per giurisprudenza consolidata, in più necessita dell’intento di pervertire il minore. Del resto, pure in Italia, come si illustrerà nel proseguo, l’esistenza dell’analogo art. 609-*quinquies* c.p. non è valsa da valido limite al riguardo.

Inoltre, siccome tanto lo stupro quanto l’aggressione sessuale contemplano, quale modalità lesiva, oltre alla violenza ed alla minaccia, anche la “sorpresa”, secondo l’interpretazione della quale «*il y a recours à la surprise lorsque l’auteur utilise un stratagème pour surprendre sa victime ou encore lorsque la victime était inconsciente ou en état d’alcoolémie*»³⁴, la giurisprudenza spesso applica pure le previsioni più gravi (222-23ss e 222-27 ss.), ulteriormente aggravate in ragione dell’età della vittima, considerando il consenso del minore di quindici anni come ottenuto, per definizione, tramite stratagemma. Anche in questo caso il reato è aggravato, qualora il contatto tra autore e vittima sia avvenuto tramite il mezzo informatico.

Con la l. n. 711 del 2013, inoltre – e, in particolare, con il suo art. 5 –, pure la Francia ha provveduto a recepire anche la direttiva 2011/93/UE, apportando una serie di modifiche in chiave repressiva al codice penale, in tema di reati sessuali contro i minori. Il reato di c.d. *child grooming*, invece – o, secondo la

³² Cfr. *Cour de Cassation, Chambre Criminelle*, 19 settembre 2006, in *Jurisdata*, n. 2006-35357.

³³ Cfr. ROUDIER, *Francia*, in ROUDIER, KEIL, GIOVANNETTI, *I reati sessuali nei confronti dei minori in Francia, Germania, Inghilterra, e Stati Uniti d’America*, in www.cortecostituzionale.it.

³⁴ Si legge così, testualmente, nel documento esplicativo reperibile sul sito del ministero della Giustizia francese www.justice.gouv.fr.

sua declinazione francese, di *propositions sexuelles à un mineur* - , era stato già autonomamente introdotto, con la legge n. 297 del 2007, all'art. 227-22-1 c.p., secondo il quale «Il fatto, per un maggiorenne, di fare proposte sessuali ad un minore di quindici anni o a una persona che si presenta come tale, mediante mezzi di comunicazione elettronica, è punito con due anni di reclusione e 30.000 euro di ammenda. Le pene sono portate a cinque anni di prigione e 75.000 euro di ammenda qualora alle proposte segua l'incontro». Come in *UK*, quindi, anche in Francia il reato non può essere commesso da chiunque, ma solo da un maggiorenne. Le proposte, al plurale, che dunque devono estrinsecarsi in una pluralità di atti, devono avere oggettivamente natura sessuale ed essere poste in essere mediante *ITC*: in tal caso, in maniera affatto anticipata, risultano rilevanti già in sé, ovvero sia anche qualora non seguano atti materiali diretti all'incontro. Se invece, dopo la proposta, segue l'incontro, la pena è aumentata. Ovviamente, se nel corso dell'incontro vengono posti in essere atti sessuali penalmente rilevanti (visto che trattasi di minori di anni quindici), ciò assume autonoma rilevanza penale. L'iniziale giustificazione di una tale anticipazione, e cioè che avrebbe colmato la lacuna relativa alla mancata punibilità del tentativo di abuso sessuale su di un minore (consenziente) di quindici anni, è venuta meno a seguito della modifica dell'art. 227-27-2, che ha esteso la punibilità del tentativo anche a tale delitto³⁵. Infine, è interessante notare come, in una recente sentenza, gli atti sessuali consensuali *on-line* con minori dei quindici anni (anche tramite *webcam*, con compimento di atti di autoerotismo, invio reciproco di foto oscene, *etc.*), già qualificati dalla Corte d'Appello di Montpellier come corruzione di minorenni, pure dalla Cassazione non sono stati considerati costitutivi, come invece richiesto dal ricorrente, del (meno grave) delitto di cui all'art. 227-22-1, sol perché posti in essere per il proprio soddisfacimento sessuale, e non per pervertire i minori coinvolti; inoltre, nella specie, è stato ritenuto il concorso del reato di corruzione di minori con quelli di abuso sessuale e di utilizzo di materiale pedo-pornografico³⁶.

4. L'Italia: dalla tutela della moralità pubblica a quella della persona?

Com'è noto, nel nostro ordinamento i reati sessuali sono stati riformati dalla legge n. 66 del 1996, frutto anche di un'intesa *bipartisan* di alcune parlamentari, salutata con grande favore, visto che finalmente spostava il *topos* di tali reati, dal titolo relativo alla tutela della moralità pubblica a quello

³⁵ In Francia, il tentativo è punito con la stessa pena del reato consumato, ma si applica solo ai crimini, oppure a quei delitti per cui è espressamente prevista la punizione anche a titolo di tentativo (art. 121-4 c.p.).

³⁶ Cfr. *Cour de Cassation, Chambre criminelle*, 5 gennaio 2011, n. 10-80.710, in www.dalloz.fr.

dei delitti contro la persona: circostanza che andrebbe riconsiderata con minore enfasi, non solo per la rilevanza affatto relativa di titoli e rubriche, che nella specie non avevano condizionato la giurisprudenza in materia³⁷, ma anche per la ragione che, se si passa dal titolo al capo, si può facilmente constatare che i reati sessuali, nell'originaria formulazione del codice Rocco, erano considerati –almeno secondo chi scrive, con indicazione equivalente all'attuale³⁸ – contro la libertà sessuale, che altro non è che una *species* del *genus* libertà individuale, contemplata dalla denominazione del capo al quale oggi tali reati riferiscono.

In ogni caso, con la citata legge n. 66 del 1999, è stata lasciata immutata l'età del consenso sessuale a quattordici anni, nel senso, però, della soglia al disotto della quale, pure in presenza di consenso, si ritiene integrata la violenza sessuale. Ma, per cogliere la reale portata della citata riforma, in relazione allo specifico aspetto dell'età, non bisogna dimenticare che, sotto il vigore della precedente disciplina, per gli atti sessuali (testualmente, “atti di libidine”) consensuali compiuti su persona minore degli anni sedici, si poteva rispondere, *ex art.* 530 c.p., di corruzione di minorenni, a meno che il minore non fosse persona già moralmente corrotta³⁹.

Inoltre, nel nostro passato recente – ma tanto distante quanto a morale sessuale –, per criminalizzare pure gli atti sessuali consensuali compiuti con minori che avevano compiuto i sedici anni, non mancarono utilizzazioni “sfacciatamente” strumentali delle norme incriminatrici sulla sottrazione di minori e sulla violazione di domicilio – a seconda del luogo in cui gli atti erano stati compiuti –, in entrambi i casi utilizzando la controversa categoria del dissenso presunto sopravvenuto. Il ragionamento, cioè, era il seguente: anche se Tizio aveva ottenuto il permesso dei genitori della sedicenne Caia, per recarsi in visita nella loro abitazione o per portare la ragazza fuori a fare una passeggiata-

³⁷ Cfr. FIANDACA, voce *Violenza sessuale*, in *Enc. Dir.*, agg., IV, Milano, 2000, 1153 ss.

³⁸ Rilevano aspetti peggiorativi, invece, nel passaggio tra libertà sessuale ed individuale, nel senso che, in sede di “trasloco” dei reati sessuali, sarebbe stata necessaria la previsione di un'autonoma sezione dedicata, appunto, alla libertà sessuale, ad es., CADOPPI, Sub *art.* 609bis c.p., cit., 443 e BERTOLINO, Sub *art.* 609bis, in *Comm. breve c.p. Crespi, Forti, Zuccalà*, 5a ed., Padova, 2008, 1678. In argomento, *amplius*, BRUNELLI, *Bene giuridico e politica criminale nella riforma dei reati a sfondo sessuale*, in *I reati sessuali. I reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali*, 2a ed., Torino, 2007, 35 ss, e, spec., 49 ss.

³⁹ Secondo la giurisprudenza, quindi: «A seguito dell'abrogazione dell'art. 530 c.p. e della contestuale introduzione degli art. 609-*quater* (atti sessuali con minorenni) e 609-*quinqüies* (corruzione di minorenni) ad opera della l. 15 febbraio 1996 n. 66, la congiunzione carnale con minore consenziente di età compresa tra i quattordici ed i sedici anni, non ricorrendo tra l'imputato ed il minore alcuno dei rapporti previsti dall'art. 609-*quater*, co. 1, n. 2, c.p., deve considerarsi penalmente irrilevante, con il conseguente effetto retroattivo dell'*abolitio criminis*». Così Cass., Sez. III, 29 ottobre 1996, Bianco, in *Foro it.*, 1997, II, 387, e in *Riv. pen.*, 1997, 295.

ta, nel momento in cui compiva atti sessuali (se pur consensuali) con quest'ultima, sapeva bene che il consenso dei genitori (a seconda dei casi, alla visita o alla passeggiata) era venuto meno, da cui la pretesa configurazione dei delitti in questione⁴⁰.

Sempre sullo stesso tema, è interessante ricordare che, durante i lavori parlamentari⁴¹ della riforma del '96, la questione dell'età del consenso, e dei rapporti sessuali tra minori, fu ampiamente dibattuta. In particolare, in Commissione al Senato la soglia del consenso era stata fissata a dodici anni, mentre l'Aula decise che il soggetto astrattamente imputabile, e quindi che avesse compiuto almeno i quattordici anni, poteva compiere atti sessuali con minore degli anni quattordici (ma non dei dodici) solo se fosse a sua volta minore: si trattava ovviamente di una restrizione rispetto a quanto ritenuto dalla Commissione, però affatto ragionevole, perché si muoveva nella logica, come rilevato fatta propria anche dalla normativa sovranazionale ed estera, di non intervenire col diritto penale sulla questione dei rapporti sessuali consensuali tra minori. Purtroppo, però, la soluzione normativa oggetto di approvazione definitiva, trasfusa nell'attuale terzo comma dell'art. 609-*quater* c.p., risulta decisamente meno lineare e convincente di quella inizialmente approvata dal Senato, perché frutto di una palese logica compromissoria⁴².

Com'è noto, poi, sempre con la succitata riforma, si è superata la classica distinzione – che tutt'ora, se pur con diverse denominazioni e sfumature, caratterizza numerosi ordinamenti stranieri⁴³ – tra violenza carnale vera e propria, mediante congiunzione (art. 519 c.p.), e i meno gravi atti di libidine violenti (art. 521 c.p.), entrambi confluiti nella nuova violenza sessuale *ex art. 609-bis* c.p. – e un'analoga operazione di fusione, o forse meglio di “confusione”, avvenne proprio l'anno seguente in Germania⁴⁴ –, che si basa sul “compiere o subire atti sessuali”, e il cui ultimo comma prevede che «Nei casi di minore gravità la pena è diminuita in misura non eccedente i due terzi». Risulta intuitivo che tal ultima circostanza è stata introdotta per tentare di compensare, anche se in modo del tutto inadeguato (non foss'altro per la

⁴⁰ Cfr. CONTENUTO, *Corso di diritto penale*, Bari, 1994, 69 ss.

⁴¹ Anche per i quali si rinvia a BALBI, *Violenza e abuso sessuale*, in *Diritto penale, Parte speciale*, I, *Tutela penale della persona*, a cura di Pulitanò, Torino, 2011, 255 ss.

⁴² Per comodità del lettore, si riproduce il comma in questione, secondo il quale: «Non è punibile il minorenne che, al di fuori delle ipotesi previste nell'art. 609bis, compie atti sessuali con un minorenne che abbia compiuto gli anni tredici, se la differenza di età tra i soggetti non è superiore a tre anni».

⁴³ Come visto, nel precedente paragrafo, in riferimento all'ordinamento inglese e a quello francese. Cfr. CADOPPI, *“Un bacio è solo un bacio”*. *Alla ricerca di una più appropriata tipizzazione dei reati sessuali*, in *Ind. pen.*, 2012, 31 ss.

⁴⁴ In particolare, nel 1997, vennero unificati i paragrafi 177 e 178 dello *StGB*, che prima prevedevano i distinti delitti di violenza carnale e coercizione sessuale (senza congiunzione/penetrazione).

possibilità di un bilanciamento), l'avvenuta attrazione degli atti di libidine violenti nella violenza carnale. Il criterio della *voluntas legislatoris*, tuttavia, è rilevante solo quando la norma è di recente introduzione⁴⁵, tanto che ormai, per giurisprudenza consolidata, la mancanza di congiunzione carnale non è motivo sufficiente per la concessione dell'attenuante di cui trattasi, che dev'essere riconosciuta solo ad esito di una valutazione più complessiva della vicenda oggetto del processo, ad es., riferendosi all'approfittamento della condizione di degrado in cui viveva la vittima minore⁴⁶.

Inoltre, pure circa il nuovo concetto di atti sessuali, solo inizialmente la giurisprudenza si è attestata su di una posizione rigorosa e condivisibile⁴⁷, dopo di che il concetto di atti sessuali si è dimostrato troppo elastico, e manipolabile, dando luogo a quel filone giurisprudenziale che ha finito per includervi le più fuggevoli carezze e i più repentini baci – senza considerare che, per poter parlare di violenza, la vittima deve aver manifestato dissenso, ché altrimenti si finisce per giudicare l'atto violento o meno solo *ex post*, a seconda che il tentativo di approccio sessuale abbia avuto esito positivo o negativo⁴⁸ –, per giunta su presunte zone erogene sempre più estese⁴⁹, tanto da

⁴⁵ Mentre, «quanto più la norma è inserita, a livello temporale, nel sistema, tanto più, però, perde inevitabilmente di importanza il criterio storico-soggettivo, in quanto la norma giuridica inizia ad assumere un significato autonomo, che inevitabilmente si stacca da quello originario voluto dal legislatore». Così, testualmente, MANNA, *Corso di diritto penale, Parte generale*, 2° ed., Padova, 2012, 82.

⁴⁶ Cfr.: Cass., Sez. III, 6 marzo 2009, R., in *Mass. Uff.*, n. 243123; Id., 4 aprile 2008, P.m. in proc. L., in *ivj*, n. 239964.

⁴⁷ «La nozione di “atti sessuali” cui fa riferimento l'art. 609-bis c.p., nasce dalla semplice somma delle due nozioni di congiunzione carnale e di atti di libidine che la legislazione previgente considerava e disciplinava separatamente; essa, quindi, non può non comportare – così come la comportavano le due distinte nozioni preesistenti – un coinvolgimento della corporeità sessuale della persona offesa; non possono quindi qualificarsi come “atti sessuali”, nel senso richiesto dalla suddetta norma incriminatrice, tutti quegli atti i quali, pur essendo espressivi di concupiscenza sessuale, siano però inidonei (come nel caso dell'esibizionismo, dell'autoerotismo praticato in presenza di altri costretti ad assistervi o del “voyeurismo”), ad intaccare la sfera della sessualità fisica della vittima, comportando essi soltanto offesa alla libertà morale di quest'ultima o al sentimento pubblico del pudore». Così Cass., Sez. III, 28 settembre 1999, Carnevali, in *Riv. pen.*, 2000, 31, e in *Giust. pen.*, 2000, II, 618.

⁴⁸ «[...] la violenza implica una effettiva opposizione tra due diverse volontà (e che sia questo il concetto di violenza usato dal codice si può comprovare attraverso l'esame di tutte le altre norme in cui esso è impiegato), si dovrebbe convenire che non vi è violenza tutte le volte in cui, per qualunque ragione, l'atto è espressamente consentito o, comunque, la volontà contraria di colui che lo subisce resta inerte, pur potendo manifestarsi come contraria. E neppure può essere violenza quella che, per la repentinità e per l'immediato esaurimento dell'azione del soggetto, non dia a chi la subisce neppure il tempo di coglierne il significato e di formulare ed esternare una volontà contraria», così, testualmente, CONTENUTO, *Corso di diritto penale*, cit., 72 ss.

⁴⁹ «La condotta sanzionata dall'art. 609-bis c.p. comprende qualsiasi atto che, risolvendosi in un contatto corporeo, pur se fugace ed estemporaneo, tra soggetto attivo e soggetto passivo del reato, ovvero in un coinvolgimento della sfera fisica di quest'ultimo, ponga in pericolo la libera autodeterminazione della persona offesa nella sfera sessuale; nel caso di specie la condotta di chi, afferrandola per il collo tenti di baciare il viso della parte lesa, senza assicurarsi il suo previo consenso, integra il tentativo di commettere

suscitare le giuste critiche della dottrina⁵⁰.

Su questo piano inclinato, poi – dal bacio c.d. profondo a quello sulla bocca e infine sulla guancia –, non si poteva che arrivare alla penale rilevanza pure dell'abbraccio⁵¹. In definitiva, secondo la giurisprudenza, come c'è bacio e bacio, così c'è abbraccio ed abbraccio, con buona pace del principio di determinatezza e, a ben vedere, anche del diritto penale del fatto, ch  infatti l'ampia discrezionalità, riconosciuta dalla Cassazione al giudice di merito, non pu  che portarlo a decidere, tra tipicit  e atipicit  degli atti, non a seconda degli stessi, ma del loro autore, e del suo atteggiamento interiore, spesso con finalit  eticizzanti. D'altronde, se un sedicenne costringe ad un abbraccio una sua coetanea, pur legittimamente ritrosa quanto si vuole, non si vedr  mai condannato per violenza sessuale (o almeno lo si spera, ch  su di un piano inclinato non ci si ferma mai a met ), ma se lo stesso atto – in maniera moralmente affatto pi  controversa –   compiuto da un Preside nei confronti di un'alunna, come appunto nel caso risolto dalla sentenza da ultimo citata, allora i medesimi comportamenti oggettivi assumono una rilevanza diversa, secondo il paradigma del diritto penale d'autore, che nella specie richiede di punire severamente il pedofilo/pervertito⁵².

il reato in oggetto pur se non si tratti di un bacio c.d. penetrante». Cos  Cass., Sez. III, 29 ottobre 2009, S.E., in *Dir. fam.*, 2010, 150; nello stesso senso, Id., Sez. III, 15 giugno 2006, Beretta, in *Mass. Uff.*, n. 234786.

⁵⁰ Cfr. CADOPPI, "Un bacio   solo un bacio", cit.   interessante notare come il chiaro Autore, dopo un'iniziale condivisione della scelta compiuta dal legislatore del '96, anche perch  idonea ad evitare domande troppo dettagliate alla vittima del reato in sede processuale, scongiurandone una sorta di vittimizzazione secondaria, sia giunto alla conclusione – evidentemente, pure a causa della deriva giurisprudenziale – che lo sdoppiamento in due fattispecie, una di violenza carnale vera e propria, e l'altra di mere molestie sessuali, corrisponda a precise esigenze di garanzia, oltre che al senso comune (o, se si preferisce, alla c.d. *Kulturnormen*).

⁵¹ «A conclusioni non dissimili deve peraltro pervenirsi con riferimento all'abbraccio, condotta che, in determinate situazioni, pu  dimostrarsi maggiormente invasiva rispetto al bacio, potendo coinvolgere l'intero corpo del soggetto passivo e comportare un contatto anche con zone indubbiamente erogene, ma che, in altre circostanze, si risolve in una condivisa manifestazione di affetto e confidenza del tutto avulsa da connotazioni tipicamente sessuali». Cos  Cass., Sez. III, 4 marzo 2014, M., in *www.altalex.it*, alla quale si rinvia anche per una completa ricostruzione della giurisprudenza della Cassazione sulla questione delle zone erogene e, in genere, del concetto sempre pi  lato di atti sessuali (in presenza), la cui delimitazione viene affidata al giudice di merito: «non essendo possibile classificare aprioristicamente come atti sessuali tutti quelli che, in quanto non direttamente indirizzati a zone chiaramente individuabili come erogene, possono essere rivolti al soggetto passivo con finalit  diverse, come nel caso del bacio o dell'abbraccio, la loro valutazione deve essere attuata mediante accertamento in fatto da parte del giudice del merito, evitando improprie dilatazioni dell'ambito di operativit  della fattispecie penale contrarie alle attuali condizioni di sviluppo sociale e culturale ma valorizzando ogni altro elemento fattuale significativo, tenendo conto della condotta nel suo complesso, del contesto in cui l'azione si   svolta, dei rapporti intercorrenti tra le persone coinvolte ed ogni altro elemento eventualmente sintomatico di una indebita compromissione della libera determinazione della sessualit  del soggetto passivo».

⁵² Cfr. PLANTAMURA, *Lo Stalker, il Pervertito e il Clandestino: il ritorno del tipo d'autore nel diritto penale del terzo millennio*, in *Ind. pen.*, 2012, 371 ss.

4.1 Diritto penale e rapporti sessuali virtuali

La *vis* espansiva del concetto di atti sessuali, rilevanti *ex artt.* 609-*bis* e 609-*quater* c.p., non si è fermata agli abbracci, perché la Cassazione ha ritenuto di estenderlo anche alle situazioni prive di contatto, come nel c.d. *voyeurismo*⁵³, e poi, addirittura, a quelle prive di presenza contestuale del soggetto attivo e di quello passivo del reato, e quindi caratterizzate dall'utilizzo di strumenti informatico-telematici o, più semplicemente, telefonici⁵⁴, facendo propria una sua giurisprudenza, per altro a Sezioni unite, che si era formata in tema di prostituzione *on-line*, in videoconferenza⁵⁵, mediante un'interpretazione quantomeno estensiva del concetto di prostituzione e di atti sessuali⁵⁶.

In realtà, però, per quanto riguarda la violenza sessuale, non si tratta solo di un recepimento, ma di un rafforzamento dell'orientamento sviluppatosi in

⁵³ «In tema di violenza sessuale, ricorrono sia la costrizione mediante abuso di autorità, sia quella mediante violenza c.d. potenziale, previste dall'art. 609-*bis* c.p., nel caso in cui un pubblico ufficiale, usando in modo distorto i propri poteri, induca altri a compiere su di sé atti sessuali, facendogli credere che la richiesta rivoltagli rientri nel legittimo esercizio delle sue funzioni (nella specie, un maresciallo dei carabinieri, intervenuto in seguito alla denuncia di molestie telefoniche presentata da una donna, aveva convinto quest'ultima a spogliarsi degli abiti mettendosi bene in vista, in presenza di lui che a tutto assisteva, dietro le finestre di casa, e ad assumere, così svestita, atteggiamenti sessualmente provocanti)», così Trib. Rieti, G.i.p., 20 febbraio 2003, M.R., in *Giur. mer.*, 2004, 1785.

⁵⁴ «In tema di violenza sessuale, atteso il principio secondo cui ai fini della definizione di «atto sessuale» non è indispensabile il requisito del contatto fisico diretto tra soggetto attivo e soggetto passivo, deve ritenersi sussistente il reato di cui agli art. 609-*bis*, co. 2, n. 1 e 609-*ter*, co. 1, n. 1 c.p., anche nel caso in cui il soggetto attivo, nel corso di una conversazione telefonica induca una persona minore degli anni quattordici, abusando delle sue condizioni di inferiorità psichica, a compiere nel medesimo contesto atti di autoerotismo dai quali egli stesso tragga quindi soddisfazione», così Cass., Sez. III, 22 dicembre 2010, C., in *Riv. pen.*, 2011, 493. Le prestazioni sessuali telefoniche sono state ritenute tipiche anche in tema di prostituzione minorile. Cfr. Id., Sez. III, 18 gennaio 2012, L. e altro, in *Mass. Uff.*, n. 252133. In altri casi, invece, la prostituzione telefonica è stata esclusa in base alla circostanza del mancato compimento di atti di autoerotismo, con riferimento alle c.d. mere prestazioni vocali. Cfr. Cass., Sez. III, 31 agosto 2012, N., in *Cass. pen.*, 2013, 1151 ss., con nota di LEPERA, *Le telefonate erotiche non costituiscono atto di prostituzione*.

⁵⁵ «L'atto di prostituzione non è necessariamente costituito dal contatto fisico tra i soggetti della prostituzione, bensì dal fatto che qualsiasi atto sessuale venga compiuto dietro pagamento di un corrispettivo e risulti finalizzato, in via diretta ed immediata, a soddisfare la libidine di colui che ha chiesto o che è destinatario della prestazione; pertanto è irrilevante il fatto che chi si prostituisce e il fruitore della prestazione si trovino in luoghi diversi, allorché gli stessi risultino collegati, tramite Internet, in videoconferenza, che consente all'utente della prestazione di interagire con chi si prostituisce, in modo da poter chiedere a questo il compimento di atti determinati», così Cass., Sez. un., 21 marzo 2006, in *Dir. int.*, 2006, 481; in *Dir. e Giust.*, 2006, 23, 84; in *Guida dir.*, 2006, 38, 61. Nello stesso senso, in precedenza, si era espressa Id., Sez. III, 22 aprile 2004, Mannone, in *Riv. pen.*, 2004, 966; in *Guida dir.*, 2004, 31, 66; in *Dir. e Giust.*, 2004, 25, 24.

⁵⁶ Interpretazione che tuttavia può «suscitare alcune riserve, proprio perché non applica la norma ad un caso su cui regna l'accordo, bensì estende la stessa in chiave evolutiva, prescindendo dal requisito-base della contestualità, che sino ad oggi appariva imprescindibile». Così MANNA, *Corso di diritto penale, Parte generale*, cit.

tema di (sfruttamento/favoreggiamento⁵⁷ della) prostituzione *on-line*, perché, in più di una pronuncia⁵⁸, la Cassazione ha ritenuto la sussistenza della violenza sessuale via *chat*, per via della costrizione, mediante minaccia, al mero invio di foto e video, testualmente, “osceni”, ovvero sia di nudo integrale, in pose *osé*, ma pure che ritraevano le vittime mentre compivano atti di autoerotismo: non è esplicitato, tuttavia, se, in assenza di tali ultime foto, il fatto sarebbe stato ritenuto tipico o meno. Risulta evidente, in ogni caso, come nella specie manchino non solo il contatto e la contestualità, ma perfino quell’interazione in tempo reale, tra soggetti del rapporto sessuale virtuale, propria invece delle relazioni via *webcam*. Per giunta, non è neppure scontato che quanto inviato (foto, filmati) fosse stato prodotto a seguito delle minacce (che per altro spesso consistono proprio nella divulgazione di *files* analoghi inviati in precedenza), oppure in altre ed autonome circostanze, per cui, in modo ancora più evidente, con riferimento alla costrizione all’invio, non potrebbe che applicarsi il solo, affatto più lieve, delitto di violenza privata. Si deve segnalare, inoltre, come nella specie non sia stata concessa neppure l’attenuante, o “superattenuante”⁵⁹, di cui all’art. 609-*bis*, co. 3, c.p., e questo proprio per via dell’utilizzo del mezzo informatico, e dunque della virtualità del rapporto⁶⁰.

⁵⁷ Di recente, ha contestato la legittimità costituzionale della criminalizzazione del mero favoreggiamento della prostituzione CADOPPI, *Favoreggiamento della prostituzione e principi costituzionali*, in *Ind. pen.*, 2013, 229 ss. e, spec., 244, dove segnala con favore quelle interpretazioni restrittive che tendono a distinguere il favoreggiamento della prostituzione, dal favoreggiamento della prostituta (atipico). Ancora più netta la posizione del MANNA, *La legge Merlin e i diritti fondamentali della persona: la rilevanza penale della condotta di favoreggiamento*, in *questa Rivista*, 2013, 883 ss., secondo il quale la criminalizzazione del favoreggiamento di un’attività lecita sarebbe incostituzionale per violazione dei principi di laicità e offensività. Chiaramente, poi, anche le ipotesi di sfruttamento necessitano di essere circoscritte e, proprio in quest’ultima prospettiva, può inserirsi la sentenza che ha escluso il reato - nell’ipotesi dello svolgimento dell’attività on-line, senza contatto con i clienti -, nei confronti di un marito che partecipava alla gestione di tale attività spontaneamente intrapresa dalla moglie. Cfr. Cass., Sez. III, 25 ottobre 2012, Vitale, in *Foro it.*, 2013, II, 216.

⁵⁸ Cfr. Cass., Sez. III, 26 settembre 2012, Z.F., in *www.altalex.com*; nonché Id., Sez. III, 2 maggio 2013, F.L., *ivi*.

⁵⁹ Così CADOPPI, *“Un bacio è solo un bacio”*, cit., che giustamente fa notare come si ponga pure un problema di determinatezza della pena per la violenza sessuale, che, senza valutare la concorrenza di possibili circostanze ulteriori rispetto alla previsione dell’art. 609-*bis* c.p., si estende da 1 anno e 8 mesi di reclusione fino a 10 anni.

⁶⁰ «Tale rilievo appare del tutto corretto, atteso che il mezzo informatico e le comunicazioni mediante *“chat”* o *“social network”*, rendono particolarmente agevole l’approccio anche con soggetti con i quali il contatto diretto o attraverso altri mezzi di comunicazione sarebbe senz’altro più difficoltoso, non essendo necessario disporre, ai fini di tale contatto, di dati personali (identità, indirizzo, numero telefonico etc.) e potendosi raggiungere l’interlocutore anche attraverso una semplice ricerca o l’utilizzazione dei sistemi utilizzati dalle singole piattaforme per mettere in contatto tra loro gli utenti. Rilievo non minore assume, inoltre, la velocità delle comunicazioni e la possibilità di inviare fotografie e riprese video, anche contestualmente alla loro realizzazione, attraverso dispositivi portatili. Di ciò ha tenuto conto la

Insomma, la conclusione della giurisprudenza è che costringere una persona a subire una congiunzione carnale, e costringerla, invece, ad inviare *on-line* foto/filmati osceni sarebbe ugualmente grave. Ma è veramente così? Ovviamente, no. E ciò non solo per il senso comune. Tale giurisprudenza, infatti - che includa o escluda la necessità almeno del compimento di atti sessuali su se stessi (o terzi)- è inaccettabile, proprio perché frutto di un ragionamento analogico, che interpreta il concetto di atti sessuali non tanto sulla base di quelli di prostituzione (o viceversa) ma, soprattutto, in relazione al concetto di oscenità. Invece, tanto l'interpretazione letterale, specie dell'art. 609-*quater* c.p., che criminalizza chi "compie atti sessuali con persona", quanto quella sistematica, in relazione all'esistenza della meno grave previsione di cui all'art. 609-*quinquies* c.p., che pure richiede il compimento degli atti sessuali (eventualmente, anche di autoerotismo) "in presenza" del minore, avrebbero dovuto portare ad escludere la ricorrenza della violenza sessuale in assenza di contatto e, addirittura, di utilizzo del mezzo telematico, e quindi non in presenza, nonché, *a fortiori*, in assenza pure di un'interazione in tempo reale, come nel caso di rapporti sessuali virtuali tramite *webcam*.

Del resto, il precedente orientamento della Cassazione era tale per cui, nel medesimo contesto storico-fattuale, in relazione ai minori che avevano subito gli atti sessuali, doveva configurarsi la violenza sessuale, mentre, riguardo a quelli che erano stati costretti ad assistere al compimento di tali atti subito dagli altri minori, non poteva che ritenersi configurato il meno grave reato di corruzione di minorenni⁶¹, che infatti, ritenendo diversamente, verrebbe privato di qualsivoglia ambito di applicabilità. E inoltre, almeno inizialmente, la Cassazione aveva ritenuto che: «Non integra gli estremi del reato di corruzione di minorenni, anche soltanto tentato, il fatto di mostrare a minori giornali e videocassette a contenuto pornografico; esula, infatti, la predetta condotta dal concetto e dal significato di "atto sessuale", che deve necessariamente concretizzarsi in un'attività fisica che coinvolga in qualche modo direttamente gli organi sessuali, maschile e femminile, con il proposito, ai fini dell'applicabilità dell'art. 609-*quinquies* c.p., di farvi assistere persone minori per suscitare in loro eccitazione dei sensi»⁶². Purtroppo, però, anche in questo caso il tempo ha giocato a sfavore della tipicità, con deriva moralista conseguente che, in sentenze più recenti ha portato a ritenere integrato, in

Corte territoriale, evidenziando come alcuni filmati di contenuto osceno siano stati realizzati dalle minori all'interno dell'istituto scolastico da loro frequentato» Così, testualmente, Cass., Sez. III, 2 maggio 2013, F.L., cit.

⁶¹ Cfr. Cass., Sez. III, 10 ottobre 2007, Pizzi, in *Mass. Uff.*, n. 239057.

⁶² Cfr. Cass., Sez. III, 21 gennaio 1999, Pichler, in *Foro it.*, 1999, II, 517, con nota di FIANDACA,

base a comportamenti analoghi, il più grave tentativo di violenza sessuale⁶³.

4.2 L'adescamento *on-line*.

In Italia, l'introduzione di un delitto di adescamento di minorenni, servendosi delle reti info-telematiche, era stata proposta, in dottrina, sin dagli anni '90 del secolo scorso⁶⁴, se pur indicando come sede la legge Merlin (ipotizzandone un art. 4-*bis*): legge che, del resto, originariamente prevedeva il reato di adescamento, depenalizzato solo col d.lgs. n. 507 del 1999, che si basava sull'invito al libertinaggio, in luogo pubblico o aperto al pubblico, secondo modalità ritenute particolarmente lesive/intrusive.

Come accennato, però, solo con la legge n. 172 del 2012 - di ratifica della Convenzione di Lanzarote - è stato introdotto, all'art. 609-*undecies* c.p., il delitto di adescamento di minori, punibile con la reclusione da uno a tre anni, «salvo che il fatto non costituisca più grave reato». Il delitto può essere commesso da chiunque (come nella previsione olandese del 2010, *ex art.* 248 c.p.⁶⁵), e quindi non solo da maggiorenni, come invece avviene in *UK* e Francia, e come sarebbe dovuto essere secondo la normativa sovranazionale già richiamata. La persona offesa dal reato, invece, dev'essere infrasedicenne - proprio come in *UK* -, ma essendo diversa, in Italia, tanto l'età del consenso sessuale per atti gratuiti (quattordici anni, *ex art.* 609-*quater* c.p.), quanto quella per prestare consenso sessuale per atti sessuali conseguenti a mercimonio (diciotto anni, *ex art.* 600-*bis* c.p., pure richiamato dall'art. 609-*undecies* c.p.), la soglia dei sedici anni finisce per rappresentare una via di mezzo priva di un vero significato, per cui sarebbe stato meglio riferirsi a "un minore che non ha raggiunto l'età per esprimere il valido consenso al compimento degli atti ai quali l'adescamento è finalizzato".

Nella fattispecie incriminatrice italiana, inoltre, l'anticipazione della tutela è estrema - configurando una sorta di reato di attentato - visto che, diversamente da quanto avviene in altri Paesi (anche se non in Francia, dove, però, almeno si richiede una pluralità di contatti), non è richiesto che, all'adescamento, seguano atti materiali finalizzati all'incontro o, comunque,

⁶³ Cfr. Cass., Sez. III, 17 febbraio 2011, L., in *Mass. Uff.*, n. 249993.

⁶⁴ Cfr. SARZANA DI S. IPPOLITO, *Come opporsi alla pedofilia telematica*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 112 ss.

⁶⁵ «Any person who by means of a computerised work or using a communication service suggests a meeting with a person about whom they know or should reasonably have suspected that they have not reached the age of sixteen, with the intention of committing indecent acts with that person or producing an image of a sexual act involving that person, shall be punishable by imprisonment for a maximum of two years or a fine of the fourth category if they take any action aimed at realising that meeting». La traduzione in lingua inglese, dell'articolo in questione proprio del codice penale olandese, è tratta da R. KOOL, *Prevention by All Means? A Legal Comparison of the Criminalization of Online Grooming and its Enforcement*, cit., 61.

alla consumazione di uno dei delitti che costituiscono lo scopo dell'adescamento stesso⁶⁶ - e che, qualora siano effettivamente consumati, comportano l'assorbimento dell'art. 609-*undecies* c.p.⁶⁷ -, né che l'atto compiuto sia idoneo: si è di fronte, cioè, ad un dolo specifico che, in modo affatto controverso, esaurisce in sé l'intero disvalore del reato⁶⁸, che risulta quindi un mero disvalore d'intenzione⁶⁹. Bisogna considerare, poi, che come in *UK* - ma diversamente da quanto richiesto dalla normativa sovranazionale, e da quanto previsto in Francia ed anche in Olanda - la modalità dell'uso del mezzo di comunicazione specificatamente informatico è meramente eventuale⁷⁰.

È da segnalare in senso positivo, invece, la scelta di descrivere il concetto di adescamento⁷¹, per cui non ogni precedente contatto diretto al compimento di atti sessuali di cui agli articoli indicati rileva, ma solo quello "volto a carpire la fiducia del minore attraverso artifici, lusinghe e minacce": si tratta, cioè, di un reato a condotta vincolata, proprio come il suo antecedente storico, di ade-

⁶⁶ Ovverosia, i delitti di cui agli artt. 600, 600-*bis*, 600-*ter* e 600-*quater*, anche se relativi al materiale pornografico di cui agli artt. 600-*quater*, 600-*quinqüies*, 609-*bis*, 609-*quater*, 609-*quinqüies* e 609-*octies* c.p. È interessante il riferimento alla detenzione di materiale pedopornografico, pure virtuale, in quanto una delle ragioni ventilate per giustificare l'introduzione di una norma tanto controversa era quella di evitare il c.d. *grooming effect*, nel senso dell'utilizzazione (per altro, del tutto potenziale con riferimento alla mera detenzione) di immagini, anche virtuali, al fine di adescamento, mentre, con l'art. 609-*undecies* si punisce l'adescamento al fine della detenzione di immagini, pure virtuali. Anche per una critica puntuale all'argomento del c.d. *grooming effect*, si rinvia a MANNA, *Il minore autore e vittima di reato: la situazione italiana e le indicazioni europee*, in *Dir. fam.*, 2012, 1251 ss.

⁶⁷ *Contra*, però, STRAMAGLIA, *Ratifica ed esecuzione della Convenzione di Lanzarote.*, cit.

⁶⁸ «È controverso, però, se il dolo specifico possieda anche una funzione estensiva della punibilità, che si avrebbe laddove questo tipo di dolo accedesse a fatti caratterizzati da una condotta neutra. In tali casi, infatti, si sostiene che la funzione anticipatoria del dolo specifico risulterebbe incostituzionale, in quanto accedente a condotte in sé prive di disvalore e, quindi, contrasterebbe col principio *cogitationis poenam nemo patitur*», così MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., 359.

⁶⁹ Nello stesso senso, CONSULICH, *Convenzione di Lanzarote e sistema penale: riflessioni sulla riforma dei delitti contro la libertà personale e sessuale del minore (Prima parte e Seconda Parte)*, cit., 804.

⁷⁰ «Si tratta, dunque, di una fattispecie che tiene dichiaratamente conto della realtà criminologica registrata in questi anni a livello empirico (come risulta dalle stesse premesse e dai rapporti esplicativi degli strumenti sovranazionali già citati), ed in specie dei riflessi dello sviluppo tecnologico nei rapporti e comportamenti sociali, coinvolgenti soprattutto i più giovani, in cui emerge la chiara correlazione fra comunicazioni ed interazioni telematiche, in particolare nei *social network*, e comportamenti nel mondo "reale". Non essendo però l'utilizzo della rete e dei mezzi informatici un elemento costitutivo necessario per la realizzazione del delitto, nonostante la loro espressa menzione quale possibile e certo frequente strumento o modo di commissione del fatto, si tratta - sotto il profilo della classificazione sistematica - di un reato "cibernetico" e, comunque, informatico solo "in senso ampio", così, testualmente, PICOTTI, *I diritti fondamentali nell'uso ed abuso dei social network. Aspetti penali*, cit.

⁷¹ Un elemento di criticità della definizione, tuttavia, è quello in virtù del quale per adescamento si intende qualsiasi atto, mentre sarebbe stato preferibile prevedere l'espressione "qualsiasi attività", per evitare che l'art. 609-*undecies* c.p. sia interpretato come realizzabile attraverso un unico contatto tra autore e vittima. Cfr. STRAMAGLIA, *Ratifica ed esecuzione della Convenzione di Lanzarote.*, cit.

scamento di adulti, di cui alla “legge Merlin”. Risulta appropriato, inoltre, il riferimento pure alle minacce, che in tali contesti ben possono accompagnarsi e/o alternarsi alle lusinghe. Nell’adescamento, infatti, il minore viene minacciato quando non si piega alla volontà dell’adulto, ma lusingato e trattato a sua volta da adulto, quando vi si sottomette; oltre a venire confuso e sviato mediante l’utilizzo di artifici o, più precisamente, raggiri⁷².

Un perfetto esempio di c.d. *grooming ante litteram*, non ai fini sessuali ma, comunque, diretto a far compiere “volontariamente” al minore scelte/azioni a lui sgradite, tramite un sapiente *mix* di minacce, raggiri e lusinghe, è descritto nei capitoli IX-X dei Promessi Sposi. Dopo i raggiri e le minacce, quando alla minore, futura monaca di Monza, sfugge un sì alle richieste paterne, scattano immediate le lusinghe, il trattamento da pari a pari, come, in modo paradigmatico, per la tazza di cioccolata offertale a colazione, dato che, nel 1600, la cioccolata, appena importata dall’America, era molto costosa ed il suo consumo era riservato ai soli adulti: «Fu fatta sedere sur una sedia a braccioli, e le fu portata una chicchera di cioccolata: il che, a que'tempi, era quel che già presso i Romani il dare la veste virile». Quindi, tornando alla formulazione dell’art. 609-*undecies* c.p., rispetto all’utilizzo dell’espressione “volto a carpire la fiducia”, che ben si attaglia alle lusinghe, ma non alle minacce, sarebbe stata preferibile “diretto a comprimere la libertà di autodeterminazione”, appunto mediante artifici, raggiri, lusinghe e minacce.

In ogni caso, almeno per ora, si deve rilevare che l’art. 609-*undecies* c.p. non affolla i repertori giurisprudenziali, anche per via della sua recente introduzione. Tant’è vero che, il caso più interessante in cui tale articolo è stato preso in considerazione risulta uno in cui la sua configurabilità è stata ritenuta astrattamente ricorrente, ma poi esclusa in concreto, perché i fatti erano precedenti alla sua introduzione, oltre che, almeno in primo grado, pure per la presenza della citata clausola di salvaguardia.

La vicenda, che per altro ha visto un ribaltamento dal primo al secondo grado

⁷² «I più recenti studi sul *child grooming* – e, più in generale, sul c.d. *cyberexploitation* – descrivono il tipico comportamento dell’adescatore come una attività di manipolazione psicologica strutturata in fasi consecutive. Generalmente, l’adescatore procede alla scelta della vittima, attraverso l’impiego di social network e motori di ricerca (*victim selection and information gathering*). Individuato il bersaglio, lo contatta e getta le basi per un legame di amicizia virtuale (*friendship forming stage*), cui segue un consolidamento del legame affettivo e confidenziale (*relationship forming stage*). Accertata l’assenza di controllo genitoriale o di una supervisione nell’uso del computer (*risk assessment stage*), l’adescatore si apre a confidenze personali e ne chiede altrettante in cambio, il che produce una crescita repentina del grado di intimità e di reciproca mutualità del rapporto (*exclusivity stage*). Infine, introduce la tematica sessuale ed esercita pressioni finalizzate ad un incontro, a volte anche usando come minaccia i segreti e le intimità raccolte nel corso dell’adescamento (*sexual stage*)», così STRAMAGLIA, *Ratifica ed esecuzione della Convenzione di Lanzarote.*, cit.

di giudizio⁷³, è così sintetizzabile: un adulto, attribuendosi un falso nome, e fingendosi il titolare di un'agenzia di moda, aveva reiteratamente chiesto ad una quindicenne, tramite *Facebook*, di avere rapporti sessuali con lui, in cambio di un futuro da modella. In primo grado, l'imputato era stato condannato per tentativo di violenza sessuale mediante induzione e sostituzione di persona, *ex art. 609-bis*, co. 2, n. 2: da qui l'esclusione dell'art. 609-undecies c.p., oltre che in ragione del *tempus commissi delicti*, anche per via della clausola "se il fatto non costituisce più grave reato". Per quanto riguarda, poi, il citato n. 2, lo stesso contiene una disposizione che "sa di antico", provenendo dal testo dell'art. 519, co. 2, n. 4, c.p., che si riferiva a tempi in cui i rapporti sessuali potevano svolgersi, per ragioni di pudore, completamente al buio⁷⁴, per cui era astrattamente possibile una sostituzione materiale di persona, che è cosa diversa dall'attribuirsi un falso nome e/o una falsa qualifica professionale. Mentre i noti casi giurisprudenziali relativi ai finti medici possono essere più facilmente ricondotti alla violenza sessuale per costrizione, mediante minaccia, ché se dovesse essere un medico vero a porre in essere i medesimi comportamenti, il disvalore del fatto non sarebbe minore: discorso diverso deve farsi qualora il medico, vero o finto che sia, abbia posto in essere atti privi di finalità terapeutica, ma senza minacciare mali immaginari.

La Corte di appello ha poi condiviso l'impostazione del primo giudice, secondo la quale la sostituzione di persona di cui all'art. 609-*bis*, co. 2, n. 2, c.p., si applicherebbe anche al di fuori delle ipotesi di sostituzione materiale, ma ha assolto l'imputato dall'accusa di tentativo di violenza sessuale, e lo ha condannato per sostituzione di persona, *ex art. 494 c.p.*⁷⁵ - delitto meno grave

⁷³ Cfr. Trib. Bassano del Grappa, G.i.p., 20 dicembre 2012, A.P., e, in secondo grado, Corte d'app. Venezia, 20 giugno 2013, A.P., entrambe in *www.medialaws.eu*, nonché in *www.penalecontemporaneo.it*, con nota di MONTANARI, *Adescamento di minorenni tramite Facebook: tra tentativo di violenza sessuale mediante induzione con inganno e nuovo art. 609-undecies c.p.* Sempre sull'adescamento tramite *Facebook*, per altro di una dodicenne - e quindi di un soggetto che, per giunta, non avrebbe avuto neppure l'età per aprire un profilo *Facebook* -, seguito da un tentativo di violenza sessuale, interrotto dall'arrivo dei Carabinieri (preventivamente accordatisi con la vittima), si veda Trib. Milano, G.u.p., 25 ottobre 2011, S.P., in *www.penalecontemporaneo.it*, con nota di VIZZARDI, *Sull'adescamento di minore tramite social network e il tentativo di atti sessuali con minorenne*.

⁷⁴ Cfr. Trib. Ferrara, 27 settembre 1954, *Omissis*, in *Riv. pen.*, 1955, II, 187.

⁷⁵ Per un'affermazione della rilevanza della sostituzione di persona *on-line*, si veda Cass., Sez. V, 8 novembre 2007, Adinolfi, in *Mass. Uff.*, n. 238504, secondo la quale: «integra il reato di sostituzione di persona (art. 494 c.p.), la condotta di colui che crei ed utilizzi un "account" di posta elettronica, attribuendosi falsamente le generalità di un diverso soggetto, inducendo in errore gli utenti della rete *internet* nei confronti dei quali le false generalità siano declinate e con il fine di arrecare danno al soggetto le cui generalità siano state abusivamente spese, subdolamente incluso in una corrispondenza idonea a ledere l'immagine e la dignità». Più in generale, in argomento si vedano FLOR, *Phishing, identity theft e identity abuse. Le prospettive applicative del diritto penale vigente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 899 ss. e, più di recente, CAJANI, *La tutela penale dell'identità digitale alla luce delle novità introdotte dal d.l. 14 agosto 2013, n. 93*, in *Cass. pen.*, 2014, 1094 ss.

di quello di adescamento, escluso quindi solo per via del *tempus* -, in considerazione del fatto che, sia la costrizione che pure l'induzione di cui all'art. 609-*bis* c.p., diversamente da quanto avvenuto nel caso di specie, dovrebbero essere tali da non lasciar scelta al soggetto passivo: anche se, in realtà, così si finisce per sovrapporre i due concetti.

Potrebbe ritenersi, tuttavia, che nella specie non fosse avvenuta alcuna sostituzione di persona rilevante *ex art.* 494 c.p, in quanto il nome falso fornito dall'imputato non corrispondeva ad altra persona esistente, ma era immaginario⁷⁶, ed essere il titolare di un'agenzia di moda non costituisce "una qualità a cui la legge attribuisce effetti giuridici". Piuttosto, tanto al giudice di prime cure, quanto a quello di seconde, forse è sfuggita l'esatta qualificazione giuridica del fatto oggetto di contestazione - che in virtù della clausola di salvaguardia avrebbe reso inoperativo l'art. 609-*undecies* c.p., a prescindere dalla questione del *tempus* -, ovvero sia la tentata fruizione di prostituzione minorile, perché non v'è dubbio che la promessa di una carriera da modella integra il concetto di utilità -testualmente, «anche solo promessa» - di cui all'art. 600-*bis*, co. 2, c.p., che anticipa la soglia di punibilità pure del tentativo di tale delitto, per la cui consumazione, però, è necessario il compimento degli atti sessuali.

5. Conclusioni

Utilizzando i suggerimenti provenienti dalla comparazione e dalla normativa sovranazionale, si ritiene di poter concludere nel senso dell'opportunità di una serie di modifiche dei reati sessuali previsti dal codice penale italiano, pure in considerazione della specificità delle esigenze connesse al mezzo informatico-telematico, alla realtà dei *social network* - alla quale si connette il tema più generale dei prestatori di servizi *on-line*⁷⁷ -, ai rapporti sessuali vir-

⁷⁶ Com'è noto, tuttavia, la giurisprudenza ritiene sussistente il delitto in questione anche nel caso di attribuzione di nome immaginario. Cfr. Cass., Sez. II, 22 dicembre 2011, Pinci, in *Mass. Uff.*, n. 252203. Una simile interpretazione, però, appare eccessivamente formalistica, secondo un'ottica di iper-tutela della fede pubblica che poteva trovare una logica solo in uno Stato autoritario come quello fascista, e che quindi attualmente merita di essere ridimensionata e ricondotta a ragionevolezza mediante interpretazioni restrittive costituzionalmente orientate.

⁷⁷ «Infine, per quanto riguarda il tema generale della responsabilità penale dei prestatori di servizi nella società dell'informazione, che sicuramente hanno un ruolo chiave per un corretto sviluppo delle attività che si svolgono sempre più frequentemente in *Internet* e nel *Cyberspace*, le equilibrate indicazioni della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, che ha attentamente interpretato ed applicato il diritto dell'Unione alla luce di una più generale prospettiva di bilanciamento fra i diritti fondamentali che possono venire in conflitto in tale settore, sembrano rappresentare un solido punto di riferimento per gli ulteriori e prossimi sviluppi giuridici, che devono riguardare anche i profili di natura processuale, concernenti l'acquisizione e validità delle prove elettroniche nei social network e la loro utilizzabilità, garantendo nel contempo l'intangibilità dei "nuovi" diritti fondamentali dei cittadini nel *Cyberspace* (come paradigmaticamente riconosciuti dalla Corte costituzionale tedesca) anche quando siano coinvolti *server* e settori di rete dislocati all'estero», così, testualmente, PICOTTI, *I diritti fondamentali nell'uso ed abuso dei so-*

tuali e all'adescamento *on-line*. *In primis*, emerge prepotentemente la necessità di distinguere nuovamente, in due diverse fattispecie, lo stupro vero e proprio dall'aggressione, o molestia, sessuale: considerando che il termine stupro deve preferirsi a quello violenza carnale, per affermare la tipicità delle penetrazioni compiute con parte del corpo diversa dal pene o con oggetti⁷⁸. Inoltre, dovrebbe essere chiarito che gli atti repentini non possono essere considerati violenti, né a tal fine è possibile riferirsi alla controversa categoria del dissenso presunto, per cui dovrebbero potersi ritenere atti di molestie sessuali solo quelli che continuano dopo la manifestazione del dissenso, oppure quelli posti in essere nonostante il dissenso espresso in precedenza, o ancora quando si tratti di atti compiuti da un maggiorenne nei confronti di un minore. In quest'ultimi due casi, cioè, è ragionevole che l'ordinamento giuridico, per potersi disinteressare di tali vicende - perché rientranti nella fisiologia dei tentativi di approccio sessuale, che il diritto penale non può "ingessare" oltremisura -, richieda, rispettivamente, la revoca del dissenso espresso in precedenza o una particolare cautela e delicatezza nell'approccio.

Per quanto riguarda, invece, i rapporti sessuali virtuali e/o l'invio di video/foto via *internet, etc.*, con riferimento a comportamenti consensuali relativi a soggetti minori dei quattordici anni, bisognerebbe riformulare - ed eventualmente rubricare in senso meno eticizzante - il delitto di corruzione di minorenni, in modo da rendere espressamente tipici tali atti ai sensi della suddetta (meno grave) disposizione, invece di correre il rischio che la giurisprudenza, mediante l'interpretazione analogica, li riconduca all'art. 609-*quater* c.p. Per la stessa ragione, qualora la vittima abbia compiuto i quattordici anni, ma sia stata costretta all'invio delle foto o dei filmati, invece di applicare analogicamente l'art. 609-*bis* c.p., bisognerebbe prevedere una fattispecie ad *hoc*, oppure un'apposita aggravante del delitto di violenza privata. Sempre in tema di aggravanti, poi, vista l'insidiosità del mezzo, secondo il modello francese, si potrebbe prevedere un'aggravante per i reati sessuali consistente nell'aver conosciuto la vittima mediante *ITC*, in qualche modo complementare al recente art. 609-*duodecies* c.p.

Infine, l'art. 609-*undecies* c.p. meriterebbe di essere riformulato: utilizzando il riferimento all'età del valido consenso, invece che ai sedici anni; facendolo diventare un reato proprio dei soli maggiorenni; richiedendo atti materiali finalizzati all'incontro successivi all'adescamento; con una migliore definizione

cial network. Aspetti penali, cit.

⁷⁸ Del resto, proprio l'atipicità della penetrazione degli orifici con oggetti, rispetto al previgente delitto di cui all'art. 519 c.p., che richiedeva la congiunzione carnale, era stato uno degli argomenti che inizialmente avevano portato il Cadoppi a ritenere che l'unificazione di cui all'art. 609-*bis* c.p. fosse accettabile. Cfr. CADOPPI, "Un bacio è solo un bacio", cit.

ne dell'adescamento stesso, che si riferisca ad un'attività, e non ad un singolo atto - e pure ai raggiri, più che agli artifici -, e che, soprattutto, sostituisca l'espressione "volto a carpire la fiducia" con quella "diretto a comprimere la libertà di autodeterminazione".

Ma forse tutto questo non basterebbe a tutelare i beni in gioco dalle nuove forme di aggressione. A prescindere, cioè, dall'adeguatezza delle fattispecie descrittive, il diritto penale, con le sue conseguenze classiche (pena reclusiva, pecuniaria, *etc.*) risulta in qualche modo essere rimasto indietro, rispetto alle sfide di *internet*. Allora, però, forse bisognerebbe pensare a qualcosa di totalmente diverso, a un diritto penale *smart*⁷⁹, così come furbe possono essere definite, ad es., le tecniche - già citate - adottate dal CEOP: creazione di profili e siti-esche, l'apposizione, sui siti che lo consentono, di "bottoni telematici" di segnalazione alla polizia postale, attivabili con un mero *click* dal minore. Per quanto riguarda le sanzioni, invece, in una logica di lotta di *judo* invece che di *sumo*, si potrebbe pensare di utilizzare la rete *internet* contro gli autori di questo genere di reati, che spesso, per altro, hanno forme più o meno intense di dipendenza dalla stessa.

Due esempi: 1) anche partendo dal presupposto che «dov'è paura non v'è necessariamente vergogna, ma dov'è vergogna v'è sempre paura»⁸⁰, come pena accessoria e/o principale, non sospensibile, in una logica da "gogna telematica" o, se si preferisce, di c.d. *shame sanctions* - viste con favore negli USA, proprio in relazione ai crimini sessuali⁸¹ -, si potrebbe prevedere la creazione di un sito *internet*, da aggiornare quotidianamente, in cui inserire i nomi, le foto, i *nicknames* abituali, e gli eventuali siti e *blog* posseduti o abitualmente frequentati, dei soggetti anche solo indagati/imputati - ovviamente, ove sussistano i presupposti per l'applicazione in sede cautelare - per reati sessuali commessi, appunto, tramite *internet*, con pubblicazione degli esiti processuali, ovviamente, in entrambi i sensi⁸²; 2) come pena più propriamente

⁷⁹ Negli U.S.A., SMART è l'*Office of Sex Offender Sentencing, Monitoring, Apprehending, Registering, and Tracking*, autorizzato dall'*Adam Walsh Child Protection and Safety Act* del 2006.

⁸⁰ Dall'*Eutilirione* di PLATONE: «So. A me non pare che sia giusto "dov'è timore v'è anche vergogna", perché a me pare che molti temono malattie, miseria, e molti simili guai, ma, pur temendoli, non sentono alcuna vergogna per ciò che temono. Non pare anche a te così? Eu. Sicuro. So. Invece dove c'è vergogna, lì c'è anche paura, poiché c'è mai qualcuno che, vergognandosi e arrossendo per un suo atto, non abbia anche paura e non tema a un tempo la reputazione di malvagio?».

⁸¹ Questo tipo di sanzioni, tuttavia, è stato criticato nella dottrina italiana più sensibile alle istanze di risocializzazione, e di cura/trattamento, dei delinquenti sessuali. Cfr. BERTOLINO, *Il trattamento del delinquente sessuale tra legislazione e prassi. Introduzione al focus*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 1805 ss.

⁸² Insiste sull'esistenza di una differenza tra la pena di cui all'art. 36 c.p. e le c.d. *shame sanctions*, A. VISCONTI, *Teorie della pena e shame sanctions: una nuova prospettiva di prevenzione o un caso di atavismo del diritto penale?*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, 633 ss. Tuttavia, a parte la loro definizione, e alcune possibili applicazioni stravaganti dei singoli giudici, tipo l'imposizione di

interdittiva, si potrebbe immaginare una pena accessoria e/o principale, anche in questo caso non sospendibile e pure con un corrispettivo cautelare, del divieto di accedere alla rete, evidentemente di durata diversa a seconda della gravità del reato, con introduzione ulteriore di un autonomo reato di “evasione telematica”, per chi violi tal ultimo divieto.

In entrambi i casi, l’aspetto della risocializzazione potrebbe essere assicurato – secondo il paradigma della c.d. *reintegrative shaming* – dalla possibilità di vedere cancellata la pubblicazione o eliminata l’interdizione, prima delle rispettive scadenze, nel caso di assenza di recidiva e/o di adesione a programmi di trattamento. Mentre, come avviene negli U.S.A., negli appositi siti del Dipartimento di Giustizia federale⁸³, e di quelli dei singoli Stati, dedicati ai *sex offenders*, dove è possibile per ogni cittadino svolgere ricerche sui singoli condannati (ad es., per verificare se una persona appena conosciuta è “schedata” come *sex offender*: il che, nella prospettiva nordamericana, non costituisce una *shame sanction*⁸⁴, e nei casi più gravi comporta la pubblicazione a vita), dovrebbe essere specificato che «*Any person who uses information contained in or accessed through this Website to threaten, intimidate, or harass any individual, including registrants or family members, or who otherwise misuses this information may be subject to criminal prosecution or civil liability under federal and/or state law*»⁸⁵.

cartelli fuori della propria abitazione o di adesivi sulla propria automobile (che del resto caratterizzano il sistema punitivo di *common law*), la differenza non appare sostanziale. Una pubblicazione stabile su internet avrebbe solo una maggiore efficienza rispetto a quella *una tantum* su di un quotidiano, e quindi svolgerebbe meglio il compito di informazione dei cittadini, e avrebbe un ruolo pure di prevenzione speciale, nel senso di rendere più difficile al reo la possibilità di ricadere nel reato.

⁸³ Cfr. *National Sex Offender Public Website*, in www.nsopw.gov. Per giunta, tanto nel sito federale che in quelli dei singoli Stati, oltre ad effettuare ricerche, si possono reperire statistiche, consigli e in genere informazioni utili a prevenire la vittimizzazione propria e dei propri familiari, specie minori. Risultano interessanti i seguenti dati: «*approximately 1 in 7 (13%) youth Internet users received unwanted sexual solicitations; 1 in 25 youths received an online sexual solicitation in which the solicitor tried to make offline contact; in more than one-quarter (27%) of incidents, solicitors asked youths for sexual photographs of themselves; the most common first encounter of a predator with an Internet-initiated sex crimes victim took place in an online chat room (76%); 26% of teenagers and young adults say they have participated in sexting (12 different forms of sexting were examined), a 6% decline since 2011*».

⁸⁴ La pubblicazione nei siti di cui trattasi non è considerata una sanzione penale, di alcun tipo, tant’è vero che il già citato *Child Protection and Safety Act* del 2006 ne ha previsto – tuttavia, in modo piuttosto controverso – l’applicazione retroattiva. Mentre l’irretroattività delle norme incriminatrici e delle sanzioni penali è prevista – assieme all’*Habeas Corpus* e al divieto di leggi d’incriminazione *ad personam* – dalla sezione 9, dell’art. 1, della Costituzione americana del 1787.

⁸⁵ Secondo la legislazione del Massachusetts, «*Information shall not be used to commit a crime or to engage in illegal discrimination or harassments of an offender. Any person who uses information disclosed pursuant to M.G.L. C. 6 §§ 178C - 178P for such purposes shall be punished by not more than two and one half (2 ½) years in a house of correction or by a fine of not more than one thousand dollars (\$1000.00) or both (M.G.L. C.6, § 178N). In addition, any person who uses Registry information to threaten to commit a crime may be punished by a fine of not more than one hundred dollars (\$100.00)*».

or by imprisonment for not more than six (6) months (M.G.L. C. 275 § 4)».