

QUESITI

SOFIA BRASCHI

Il reato di adescamento di minorenni. Problemi interpretativi e prospettive di riforma

Il contributo ha ad oggetto il reato di adescamento di minorenni. Dopo avere precisato l'ampiezza degli obblighi di incriminazione relativi alle condotte di *child grooming*, contenuti nella Convenzione di Lanzarote e nella Direttiva 2011/93/UE, l'Autrice esamina i principali orientamenti interpretativi concernenti l'art. 609-undecies c.p., interrogandosi sul loro rapporto coi principi di offensività e determinatezza. I risultati dell'indagine costituiscono la base per alcune riflessioni intorno alle prospettive di riforma dell'attuale fattispecie di adescamento e per alcune più generali riflessioni intorno ai reati posti a tutela della sfera sessuale del minore.

The crime of soliciting minors. Interpretative problems and reform perspectives.

The paper focuses on the offence of solicitation of minors. After pointing out the obligations to criminalise the conducts of child-grooming, contained in the Lanzarote Convention and in Directive 2011/93/EU, the Author examines the main case-law relating to art. 609-undecies of the Italian Criminal Code, in the light of the principles of harm and legality. The findings of the research provide a basis for some considerations about the reform of the current offence of solicitation of minors and for some more general reflections on the crimes aimed at protecting the sexual sphere of children.

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Gli obblighi d'incriminazione di matrice sovranazionale e la loro attuazione da parte del legislatore italiano. - 3. La compatibilità dell'art. 609-undecies c.p. con i principi di offensività e determinatezza alla luce della giurisprudenza della Corte di Cassazione. - 4. In particolare: il rapporto fra il reato di adescamento e le fattispecie di corruzione di minorenni e tentativo di atti sessuali con minorenni; - 5. (segue) l'estensione degli artt. 609-bis, 609-quater e 600-ter c.p. alle aggressioni commesse nella rete e le relative implicazioni sulla fattispecie di adescamento di minorenni. - 6. Le prospettive di riforma dell'art. 609-undecies c.p. nel quadro dei delitti sessuali contro i minori.

1. Introduzione. I delitti contro la personalità e intangibilità sessuale del minore appartengono a quei settori della legislazione per descrivere i quali è stata adoperata la categoria del "diritto penale del nemico"¹: la forte anticipazione della punibilità, derivante dall'incriminazione di condotte preparatorie e di mere istigazioni, si coniuga infatti con la previsione di pene particolarmente severe, tendenti alla neutralizzazione del condannato piuttosto che al suo reinserimento sociale.

¹ MAUGERI, *Diritto penale del nemico e reati sessualmente connotati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 909 ss. Nella dottrina straniera, per un'analoga chiave di lettura in relazione specialmente al reato di adescamento di minorenni, HÖRNLE, *Dimensioni descrittive e normative del concetto di "diritto penale del nemico"*, in *Diritto penale del nemico: un dibattito internazionale*, a cura di Donini-Papa, Torino, 2007, 1109 s.

È noto, peraltro, che una simile involuzione costituisce il frutto di interventi riformatori relativamente recenti: se il codice Rocco al più si preoccupava di proteggere i fanciulli dal rischio della “depravazione”², per parte sua la l. 15 febbraio 1996, n. 66 non attuò mutamenti radicali, essenzialmente limitandosi a spostare le previgenti fattispecie e a incrementare le pene previste per i reati commessi in danno dei minori³. Decisiva per la trasformazione dei delitti in esame è stata invece la necessità di attuare obblighi di matrice sovranazionale: tale elemento, unito alla sollecitazione di un’opinione pubblica sempre più allarmata dalle aggressioni di natura sessuale, ha determinato un progressivo avanzamento e irrigidimento della tutela penale⁴. D’altra parte, però, a differenza che in altri settori, l’“ostilità” dell’ordinamento trova qua giustificazione nella necessità di tutelare un bene d’indubbia importanza e nella speciale vulnerabilità del suo titolare⁵; per questa ragione risulta obiettivamente difficile

² Così, con riferimento alla fattispecie di “corruzione di minorenni”, MAGGIORE, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, Bologna, 1938², II, 498: «oggetto dell’incriminazione è l’interesse pubblico che non sia depravato l’animo del minore, col fomentare ed aizzare in lui precocemente tendenze libidinose»; conf. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano secondo il codice del 1930*, Torino, 1936, VII, 420. È bene, peraltro, rammentare che, nella sua versione originaria, il reato di “corruzione di minorenni” sanzionava con la stessa pena della reclusione da sei mesi a tre anni il fatto di commettere «atti di libidine su persona o in presenza di persona minore di anni sedici» e quello di indurre il suddetto minore «a commettere atti di libidine su sé stesso, sulla persona del colpevole, o su altri».

³ Per una panoramica delle principali innovazioni introdotte dalla l. n. 66 del 1996 nei confronti dei minori BERTOLINO, *La riforma dei reati di violenza sessuale*, in *St. iuris*, 1996, 405 ss. In generale, sull’evoluzione del sistema dei delitti sessuali contro i minori EAD., *Il minore vittima di reato*, Torino, 2010³, 92 ss.; nonché, volendo, BRASCHI, *Atti osceni in luogo pubblico e tutela del minore*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 889 ss.

⁴ Sul punto MAUGERI, *Diritto penale del nemico*, cit., 914 ss. e 917 ss. Con specifico riferimento al ruolo delle fonti sovranazionali nell’anticipazione e inasprimento della tutela penale BERTOLINO, *I diritti dei minori fra delicati bilanciamenti penali e garanzie costituzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 32 ss.; quanto alla pressione dell’opinione pubblica, occorre invece sottolineare come i delitti sessuali appartengano ai c.d. «*signal crimes*», cioè ai reati «la cui percezione [...] suscita un generalizzato e forte allarme sociale e conseguentemente un altrettanto generalizzato bisogno di sicurezza dei cittadini» (EAD., *Reati sessuali e tutela dei minori: la prospettiva dei mezzi di informazione e quella dei giudici a confronto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 343).

⁵ Particolarmente significativo, sotto il profilo in esame, è il confronto con altri settori della legislazione penale, ove vengono in rilievo interessi di natura superindividuale scarsamente afferrabili, come quello alla sicurezza: sul significato di questa nozione e sugli effetti derivanti dalla sua assunzione a oggetto di tutela penale, per tutti, RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino, 2019, *passim* e spec. 8 ss. D’altra parte, non dissimilmente da quanto accade nell’ipotesi del terrorista internazionale, nel caso del “pedofilo” si potrebbe affermare che la reazione dell’ordinamento «si giustifica essenzialmente sull’attributo di disumanità che ne caratterizza la personalità: la sua scelta di mirare a vittime innocenti, inermi ed indiscriminate, al di là di quale sia la effettiva, oggettiva pericolosità dell’atto compiuto è quanto basta per costituirlo - ideologicamente - come nemico dell’ordine assiologico universale» (PALAZZO, *Nemico-nemici-nemico: una sequenza inquietante per il futuro del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 708).

bilanciare le esigenze di protezione con il rispetto dei fondamentali principi garantistici del diritto penale.

Nella cornice delineata va collocato il reato di adescamento di minorenni, la cui introduzione risale all'art. 4 lett. z), l. 1° ottobre 2012, n. 172, di ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale (c.d. "Convenzione di Lanzarote"). Usualmente relegato in una posizione marginale all'interno del dibattito scientifico, questo delitto sembra destinato invece ad acquistare un'importanza sempre maggiore nella tutela della sfera sessuale dei minori: anche volendo ignorare il dato fattuale dell'aumento degli abusi via *internet* denunciati in seguito alla diffusione della pandemia da Covid-19⁶, non si può invero trascurare che, dal punto di vista politico-criminale, il reato di adescamento configura uno dei principali strumenti deputati a contrastare gli illeciti che hanno luogo all'interno dell'ambiente digitale⁷. A tale annotazione si aggiunge che, sul piano sistematico, l'art. 609-*undecies* c.p. assolve al compito di individuare la soglia della punibilità iniziale delle aggressioni commesse nei confronti dei minori⁸: anche sotto il profilo in esame, la riflessione intorno all'adescamento assume dunque un'importanza che trascende il piano

⁶ In proposito vd. i dati riportati nella *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni*, COM (2020) 607, del 24 luglio 2020; con specifico riferimento al nostro sistema, secondo quanto riferito dalla Polizia Postale, nel 2020 si sarebbe registrato un incremento del 110% del numero delle aggressioni denunciate (*Polizia postale e delle Comunicazioni. È tempo di bilanci*, in www.commissariatodips.it, 4 gennaio 2021). Si deve inoltre sottolineare che proprio da questa crescita origina la proposta presentata al Parlamento europeo di una deroga temporanea alla Direttiva 2002/58/CE sul trattamento dei dati personali, ai fini della lotta contro gli abusi sessuali (vd. il documento A9-0258/2020 dell'11 dicembre 2020); sul punto *infra*, § 6.

⁷ Invero, già la Decisione n. 1351/2008/CE del 16 dicembre 2008 aveva individuato nel *grooming* uno dei principali rischi derivanti dall'uso di *internet* da parte dei minori, riconoscendo la necessità di adottare apposite azioni dirette a «contrastare i comportamenti dannosi in linea»; sul punto e, più in generale, sugli strumenti a tutela della sfera sessuale del minore nella rete PLANTAMURA, *Internet, sesso e minori: tra rapporti virtuali e adescamento*, in *Arch. pen.*, 2015, 1 ss.

⁸ Per la verità, l'ordinamento conosce anche altre norme caratterizzate per una forte anticipazione della punibilità: accanto alle fattispecie di iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minore (art. 600-*quinquies*) e di istigazione a pratiche di pedofilia e di pedopornografia (art. 414-*bis* c.p.), si può infatti rammentare il reato di distribuzione o divulgazione di notizie o informazioni finalizzate all'adescamento o allo sfruttamento sessuale di minori (art. 600-*ter* co. 3 c.p.). Tuttavia, a differenza dell'adescamento, tali incriminazioni si pongono in una prospettiva di tutela di carattere eminentemente superindividuale. Per completezza, è opportuno segnalare che alla medesima logica di rigore risponde anche la previsione della circostanza aggravante dell'associazione a delinquere finalizzata alla commissione dei delitti contro la personalità e libertà sessuale del minore (art. 416 co. 7 c.p.); sul punto e, più in generale, sul ruolo giocato dalle circostanze nell'attuale sistema dei delitti contro i minori SCHIRÒ, *Circostanze del reato e tutela del minore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 113 ss.

dell'interpretazione e applicazione della singola incriminazione. Stando così le cose, nelle pagine che seguono cercheremo anzitutto di verificare la portata operativa dell'attuale art. 609-*undecies* c.p., per poi interrogarci sul futuro di questo reato. Più in particolare, s'inizierà riepilogando l'ampiezza degli obblighi di incriminazione contenuti all'interno della Convenzione di Lanzarote e del diritto eurounitario; quindi, si passerà in rassegna la giurisprudenza relativa alla fattispecie di adescamento, al fine di verificarne il rapporto coi principi di offensività e determinatezza. I risultati dell'analisi costituiranno la base per alcune osservazioni sulla bozza di articolato elaborata dal gruppo incaricato dall'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale (AIPDP) di formulare proposte di riforma sui reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale e per alcune più generali riflessioni intorno al sistema dei delitti contro i minori.

2. *Gli obblighi d'incriminazione di matrice sovranazionale e la loro attuazione da parte del legislatore italiano.* Come già ricordato, l'introduzione dell'art. 609-*undecies* c.p. si deve alla necessità di attuare la Convenzione di Lanzarote, che all'art. 23 impone di sanzionare «la proposta intenzionale di un incontro, da parte di un adulto, mediante l'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, ad un minore» che non ha raggiunto l'età del consenso sessuale, allo scopo di commettere i delitti di abuso sessuale e produzione di materiale pornografico minorile, «quando tale proposta è stata seguita da atti concreti volti a realizzare il suddetto incontro»⁹. L'annotazione consente anzitutto di spiegare la scelta dell'ordinamento di riferire la punibilità alle condotte di condizionamento mentale poste in essere allo scopo di consumare reati di natura sessuale. Infatti, ragionando sull'importanza dei beni oggetto di protezione, risulta difficile giustificare la mancata incriminazione dell'adescamento volto, ad esempio, a realizzare il-

⁹ Questo il testo dell'art. 23 della Convenzione: «*Each Party shall take the necessary legislative or other measures to criminalise the intentional proposal, through information and communication technologies, of an adult to meet a child who has not reached the age set in application of Article 18, paragraph 2, for the purpose of committing any of the offences established in accordance with Article 18, paragraph 1.a, or Article 20, paragraph 1.a, against him or her, where this proposal has been followed by material acts leading to such a meeting*». Invece, gli artt. 18 n. 1 lett. a) e 20 n. 1 lett. a) della Convenzione rispettivamente prevedono i reati di atti sessuali con minorenni e produzione di materiale pornografico minorile. È bene infine puntualizzare che già prima della sottoscrizione della Convenzione di Lanzarote erano stati presentati progetti di legge diretti a incriminare l'adescamento di minori; nessuno di questi, però, era riuscito a concludere il relativo *iter* parlamentare. Per una panoramica delle iniziative precedenti la l. n. 120 del 2012 SALVADORI, *L'adescamento di minori. Il contrasto al child-grooming tra incriminazione di atti preparatori ed esigenze di garanzia*, Torino, 2018, 76 ss.

citi contro la vita e l'incolumità individuale¹⁰; tanto più che la cronaca nera offre numerosi esempi di aggressioni e atti autolesionistici commessi da minori, in attuazione di istruzioni ricevute da adulti o ragazzi conosciuti nel mondo virtuale¹¹. Parimenti, non v'è dubbio che la matrice convenzionale della disposizione abbia inciso sulla tecnica normativa adoperata dal legislatore: come si avrà modo di sottolineare, l'attuale definizione di adescamento si muove in una dimensione precipuamente soggettiva, che iscrive l'incriminazione nel novero di quelle volte a contrastare uno speciale tipo d'autore, il pedofilo, inteso come il portatore di una pericolosa devianza sessuale¹². Al contempo, però, non si può trascurare che dal confronto fra l'art. 23 della Convenzione e l'art. 609-*undecies* c.p. emerge la maggiore ampiezza di tale ultima incriminazione; dei diversi profili di discrepanza già rilevati dalla dottrina¹³, due meritano particolare attenzione.

Il primo consiste nella diversità del catalogo dei reati, che forma oggetto di punizione in via anticipata: l'art. 23 della Convenzione menziona solamente le fattispecie di atti sessuali con minorenni e produzione di materiale pedopornografico, a differenza dell'art. 609-*undecies* c.p. che invece comprende anche i reati sanzionati dagli artt. 600, 600-*bis*, 600-*ter* co. 2 ss., 600-*quater*, 600-*quater*.1, 609-*bis*, 609-*quinquies* e 609-*octies* c.p. Generalmente obliterata dai commentatori, la scelta di una così ampia previsione comporta invece

¹⁰ Un'analoga considerazione si rinviene in EISELE, *Tatort Internet: Cyber-Grooming und der Europäische Rechtsrahmen*, in *Festschrift für Wolfgang Heinz zum 70. Geburtstag*, herausgegeben von Hilgenhof-Rengier, Baden-Baden, 2012, 702.

¹¹ Tra gli episodi più recenti, si può ricordare la morte per soffocamento di una bambina di dieci anni, dovuta alla partecipazione a un gioco diffuso nel social network TikTok: Palermo, "black out challenge" fatale su TikTok per bimba di 10 anni. I medici: "Morte cerebrale". Il social network: "Vicini alla famiglia", in *www.Repubblica.it*, 21 gennaio 2021. Per una panoramica delle numerose "challenge" che hanno luogo nella rete vd. Dalla Blackout challenge all'Eye balling: le sfide della morte viaggiano sui social, *ivi*, 21 gennaio 2021.

¹² Come noto, si tratta di un obiettivo politico-criminale tutt'altro che scevro di ambiguità, che il legislatore ha cercato di realizzare, dapprima con la l. 3 agosto 1998, n. 269, c.d. "legge sulla pedofilia", quindi con la l. 6 febbraio 2006, n. 38. Per un inquadramento generale delle due leggi, anche sotto il profilo delle rispettive sollecitazioni sovranazionali, e per alcune considerazioni critiche vd. CADOPPI, *Art. 1*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, a cura di Cadoppi, Padova, 2006⁴, 35 ss.; sul concetto di pedofilia e sulla inesistenza di un unico tipo d'autore criminologico riconducibile a questa locuzione, vd. invece rispettivamente ROMANO B., *Pedofilia*, in *Dig. disc. pen.*, App. agg. II, 2004, 604 e PITTARO, *Pedofilia e violenze sui minori: una nuova emergenza?*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 1161 s.

¹³ Sul punto BIANCHI, *I confini della repressione penale della pornografia minorile. La tutela dell'immagine sessuale del minore fra esigenze di protezione e istanze di autonomia*, Torino, 2019, 74; VIZZARDI, *L'adescamento di minorenni (art. 609-undecies)*, in PIERGALLINI-VIGANÒ-VIZZARDI-VERRI, *Delitti contro la persona. X. Libertà personale, sessuale e morale, domicilio e segreti*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, diretto da Marinucci-Dolcini, Padova, 2015, 579 ss.

non trascurabili problemi di ragionevolezza, i quali vengono solamente mitigati da una prassi incline a limitare la configurazione del reato ai casi di adescamento diretto a realizzare i delitti di atti sessuali e produzione di materiale pedopornografico: mentre, infatti, nelle ipotesi da ultimo menzionate è possibile legittimare l'anticipazione della tutela penale alla luce della necessità di evitare la commissione di reati gravemente lesivi per il minore, la stessa considerazione, ad esempio, non vale per la corruzione di minorenni e per la detenzione di materiale pornografico virtuale¹⁴. Il secondo – e più noto – profilo di disallineamento fra le disposizioni riguarda invece il maggiore arretramento della punibilità stabilito dall'art. 609-*undecies* c.p., il quale sanziona la semplice commissione di lusinghe, artifici o minacce, senza peraltro subordinare l'integrazione del reato al compimento di condotte dirette a incontrare il minore. Rispetto a questa osservazione occorre però puntualizzare che l'art. 23 della Convenzione impone di sanzionare atti che si situano in una fase precedente a quella dell'inizio dell'esecuzione; per tale ragione l'attuazione degli obblighi sovranazionali rende comunque necessaria l'introduzione di una norma *ad hoc* diretta ad anticipare la soglia della punibilità corrispondente al tentativo dei reati contro l'intangibilità o personalità sessuale del minore¹⁵.

Procedendo, un più ampio dovere di protezione è stabilito dalla Direttiva 2011/93/UE del 13 dicembre 2011, relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfrut-

¹⁴ In altri termini, nei casi in esame risulta poco ragionevole il bilanciamento realizzato dal legislatore fra scopi di tutela e "costi" dell'intervento punitivo; a conferma di ciò, è sufficiente rammentare che molti dubbi sono stati avanzati già intorno all'offensività del reato di pedopornografia virtuale. Su quest'ultimo punto, ampiamente, BIANCHI, *Art. 600-quater. I*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale*, cit., 263 ss. e, con riferimento più in generale al fondamento dei reati di pornografia minorile, DE FRANCESCO, *Beni offesi e logiche del "rischio" nelle fattispecie a tutela dell'integrità sessuale dei minori: tra presente e futuro*, in *Leg. pen.*, 2008, 210 ss. Sulle intersezioni fra giudizio di ragionevolezza e principio di offensività nella giurisprudenza della Corte costituzionale, invece, vd. per tutti PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 376 ss. Infine, per completezza è bene precisare che analoghe perplessità possono essere avanzate anche nei riguardi dell'adescamento volto a realizzare le condotte sanzionate dall'art. 600-*quinqüies* c.p.: invero, a dispetto della severità della pena minacciata dal legislatore, pure il reato di iniziative turistiche volte allo sfruttamento della pornografia minorile comporta una notevole anticipazione della tutela penale (in proposito, per tutti, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, Bologna, 2020³, v. II, t. I, 230).

¹⁵ Sul punto SEMINARA, *I delitti contro la personalità sessuale*, in BARTOLI-PELISSERO-SEMINARA, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Torino, 2021, 185; non può quindi condividersi la ricostruzione di Cass., Sez. III, 13 luglio 2018, n. 32170, secondo cui «il legislatore interno avrebbe potuto evitare di introdurre una specifica disposizione volta a criminalizzare il reato di adescamento di minorenni, perché l'attuazione della disposizione convenzionale discendeva direttamente dall'operatività della clausola estensiva dell'incriminazione di cui all'art. 56».

tamento sessuale dei minori e la pornografia minorile, sostitutiva della decisione quadro 2004/68/GAI. Se, infatti, l'art. 6 al co. 1 ricalca l'art. 23 della Convenzione, esso al co. 2 prevede che debba essere punito anche colui che cerca di entrare in possesso di materiale pornografico chiedendolo al minore¹⁶: come si vede, nelle ipotesi in esame la punibilità prescinde da qualsivoglia richiesta di incontro nel mondo reale. Ciò precisato, al fine di completare il quadro occorre ricordare che l'art. 7 stabilisce la punibilità del tentativo nei delitti di "abuso" e produzione di materiale pornografico¹⁷; tale annotazione conferma che, rispetto al delitto tentato, l'adescamento mira a realizzare un ulteriore avanzamento della tutela penale.

In sintesi, si può dunque affermare che le fonti sovranazionali impongono di incriminare la manipolazione diretta a consumare i reati di atti sessuali con minorenni e produzione di materiale pedopornografico, in quanto però prossimi a sfociare in un incontro con la vittima; inoltre, la Direttiva 2011/93/UE impone di sanzionare le richieste rivolte al minore di inviare immagini di natura sessuale.

Così ricostruito il quadro delle fonti sovranazionali, può osservarsi che, al fine di assolvere i suddetti obblighi di incriminazione, il Parlamento avrebbe potuto limitarsi a modificare gli artt. 600-ter e 609-quater c.p., in modo da punire l'adescamento diretto a consumare le relative fattispecie; a tacer d'altro, in un'analoga direzione si era mosso già il codice penale tedesco, sanzionando fra le diverse forme di abuso minorile il fatto di «influenzare un bambino attraverso un contenuto al fine di indurlo a compiere atti sessuali»¹⁸. Diversa,

¹⁶ «1. Member States shall take the necessary measures to ensure that the following intentional conduct is punishable: the proposal, by means of information and communication technology, by an adult to meet a child who has not reached the age of sexual consent, for the purpose of committing any of the offences referred to in Article 3(4) and Article 5(6), where that proposal was followed by material acts leading to such a meeting, shall be punishable by a maximum term of imprisonment of at least 1 year. 2. Member States shall take the necessary measures to ensure that an attempt, by means of information and communication technology, to commit the offences provided for in Article 5(2) and (3) by an adult soliciting a child who has not reached the age of sexual consent to provide child pornography depicting that child is punishable». L'art. 3 co. 4 sanziona la seguente condotta: «Engaging in sexual activities with a child who has not reached the age of sexual consent»; l'art. 5 co. 6 si riferisce invece a: «Production of child pornography». Infine, l'art. 5 ai co. 2 e 3 rispettivamente prevede le condotte di «Acquisition or possession of child pornography» e «Knowingly obtaining access, by means of information and communication technology, to child pornography». Come si vede, la Direttiva contiene degli obblighi di incriminazione di portata più ampia rispetto alla Convenzione di Lanzarote.

¹⁷ Più esattamente, l'art. 7 stabilisce la punibilità del tentativo di atti sessuali con minorenni e violenza sessuale (art. 3 co. 4, 5 e 6), diffusione, offerta e produzione di materiale pornografico minorile (art. 5 co. 4, 5 e 6), oltretutto del tentativo di alcuni reati in tema di prostituzione minorile (art. 4 co. 2, 3, 5, 6 e 7).

¹⁸ In effetti, nel 2012 la fattispecie di adescamento di minorenni si trovava all'interno del § 176, rubrica-

come noto, è stata la strategia prescelta dal nostro legislatore, che ha costruito un'apposita incriminazione incentrata sull'adescamento volto a realizzare una pluralità di reati di natura sessuale. Tale impostazione di per sé non solleva particolari obiezioni, trovando, fra l'altro, un appiglio sul piano comparato nell'art. 183-ter del codice penale spagnolo¹⁹; né si può trascurare che in Germania, in seguito a una recente riforma dell'intero settore, l'adescamento viene sanzionato in un articolo specificamente dedicato alla «preparazione dell'abuso sessuale minorile»²⁰. Problematica è invece la mancata differenziazione delle pene previste per le singole condotte incriminate dall'art. 609-undecies c.p.²¹. Invero, una simile soluzione, che sul piano interpretativo con-

to *Sexueller Mißbrauch von Kindern*, il quale sanzionava sia gli abusi con contatto fisico del minore, sia quelli non implicanti il coinvolgimento diretto della sua sfera corporale; sulle successive modifiche al reato di adescamento *infra*, n. 20.

¹⁹ Invero, a norma dell'art. 183-ter del *Código Penal* «chiunque, attraverso *Internet*, il telefono o qualsiasi altra tecnologia dell'informazione e della comunicazione, contatta un minore di sedici anni e gli propone di organizzare un incontro con lui al fine di commettere uno dei reati di cui agli articoli 183 e 189, purché tale proposta sia accompagnata da atti materiali volti ad incontrarlo, è punito con la reclusione da uno a tre anni o con la multa da dodici a ventiquattro mesi». Ancora diversa la soluzione accolta in Francia, ove l'art. 227-22-1 del *Code Pénal* punisce l'adulto che formula «proposte sessuali a un minore di quindici anni o a una persona che si presenta come tale utilizzando un mezzo di comunicazione elettronico»: prescindendo dalla strumentalità della condotta a realizzare più gravi delitti di natura sessuale, il reato essenzialmente s'incentra sulla pericolosità dell'autore. Per una panoramica sulle soluzioni adoperate nei paesi di *civil law* SALVADORI, *L'adescamento di minori*, cit., 43 ss.

²⁰ Si allude al § 176b StGB, il quale al co. 1 sanziona chiunque «influenza un bambino attraverso un contenuto (1) per costringerlo a compiere atti sessuali su o davanti all'autore del reato o su o davanti a una terza persona o a far compiere all'autore del reato o a una terza persona atti sessuali su di lui, oppure (2) per commettere un reato ai sensi del § 184b (1), prima frase, numero 3 o ai sensi del §184b (3)». La collocazione riportata del testo è quella risultante dall'approvazione della *Gesetz zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder*, del 16 giugno 2021, la quale ha ripartito i delitti sessuali contro i minori all'interno di più fattispecie poste in un rapporto di gravità scalare (così, dopo il § 176, rubricato "abuso sessuale minorile", troviamo il §176a, intitolato "abuso sessuale minorile senza contatto fisico" e il §176b; seguono altri reati più o meno gravi). Per approfondimenti su alcune delle novità apportate dalla riforma ROSTALSKI, *Reform der Straftaten sexualisierter Gewalt gegen Kinder. Zu Sinn und Nutzen verschärfter Strafrahmen*, in *GA*, 2021, 198 ss.; per una panoramica generale, con riferimento però al progetto presentato dal Ministero della Giustizia nel giugno 2020 e poi confluito nella riforma, HÖRNLE, *Das „Reformpaket zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder“*, in *ZIS*, 2020, 440 ss.

²¹ È bene sottolineare che, sotto il profilo in esame, la soluzione accolta nel nostro sistema non coincide pienamente con quella vigente in Spagna, ove l'art. 183-ter co. 2 del *Código Penal* punisce con una pena più lieve di quella prevista dal co. 1 colui che «tramite *Internet*, telefono o qualsiasi altra tecnologia dell'informazione e della comunicazione, contatta un minore di sedici anni e compie atti diretti a indurlo a fornire materiale pornografico o a mostrare immagini pornografiche in cui è raffigurato o appare un minore». Peraltro, dalla limitazione della punibilità alle condotte realizzate tramite le tecnologie dell'informazione e della comunicazione discende una maggiore accentuazione del disvalore oggettivo insito nella insidiosità del mezzo utilizzato dall'adescatore. Sul fondamento dell'incriminazione MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal Parte Especial*, Valencia, 2017^a, 214 s.

duce a enfatizzare il disvalore soggettivo del reato, a livello pratico comporta che siano equiparate condotte dirette a realizzare delitti sessuali di diversa gravità: con esiti talvolta irrazionali, ove solo si consideri che la pena comminata per l'adescamento è superiore a quella prevista per il reato-fine di cui all'art. 600-*quater* c.p.

Senza voler indugiare oltre sulla proporzionalità della sanzione, conviene concentrare adesso la nostra attenzione sulla tecnica di tipizzazione adoperata dal legislatore. Poiché, infatti, l'attuale incriminazione è stata sin da subito accusata di porsi in tensione coi principi di offensività e determinatezza della legge penale, occorre verificare la fondatezza di simili obiezioni, esaminando gli orientamenti assunti dalla prassi giurisprudenziale.

3. La compatibilità dell'art. 609-undecies c.p. con i principi di offensività e determinatezza alla luce della giurisprudenza della Corte di Cassazione. Al fine di meglio comprendere il significato degli attuali orientamenti relativi all'art. 609-*undecies* c.p., è bene ricordare che, all'indomani della sua introduzione all'interno del codice penale, la fattispecie di adescamento di minorenni fu oggetto di aspre critiche, essenzialmente incentrate sull'eccessiva anticipazione della tutela penale derivante dall'incriminazione di atti meramente preparatori rispetto ai delitti-fine e sull'indeterminatezza della definizione di adescamento fornita dal legislatore. Dati questi presupposti, per i primi commentatori della norma era giocoforza «preconizzare una sorte avversa [...] per l'incriminazione [...]», che avrebbe potuto ora «spiaggiarsi» sui banchi della prova processuale», ora «polarizzarsi sulla rappresentazione personale ed interiore del minore»; quindi invocare il «prudente apprezzamento del giudice» come unico argine in grado di salvare la disposizione dall'intervento demolitorio della Corte costituzionale²².

Senonché, l'idea di un vaglio di legittimità dell'art. 609-*undecies* c.p., da svolgersi alla luce dei principi di offensività e determinatezza, è caduta sotto la scure del giudizio di manifesta infondatezza della questione²³. La Cassazione ha infatti rigettato l'eccezione di incostituzionalità della norma, facendo leva soprattutto sull'attitudine del dolo specifico a selezionare condotte obiettiva-

²² CONSULICH, *Convenzione di Lanzarote e sistema penale: riflessioni sulla riforma dei delitti contro la libertà personale e sessuale del minore (prima parte)*, in *St. iuris*, 2013, 805; «dubbi di legittimità costituzionale per violazione del principio di offensività» si rinvengono anche in PECCIOLI, *La riforma dei reati di prostituzione minorile e pedopornografia*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 147. Cfr. PICOTTI, *I diritti fondamentali nell'uso ed abuso dei social network. Aspetti penali*, in *Giur. mer.*, 2012, 2536 s.

²³ Cass., Sez. III, 13 luglio 2018, n. 32170, con nota di PONTEPRINO, *La compatibilità del delitto di adescamento di minorenni con i principi costituzionali*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 521 ss.

mente capaci di giungere alla consumazione dei reati-fine e perciò suscettibili di determinare un pericolo concreto per i beni oggetto di protezione. Per la Suprema Corte, questo elemento, unito alla scelta del legislatore di specificare le modalità dell'azione attraverso i concetti di lusinga, artificio e minaccia, consentirebbe di affermare la legittimità dell'incriminazione anche sotto il profilo della legalità formale.

Più articolato, invece, è il discorso relativo all'offensività e prevedibilità della disposizione nella sua dimensione effettuale. Con riferimento al primo profilo non può escludersi che, in linea generale, il dolo specifico sia in grado di selezionare le condotte penalmente rilevanti, in maniera coerente con i principi di materialità e frammentarietà della tutela penale: una corretta interpretazione di questo elemento imporrebbe, infatti, da un lato di limitare la punibilità alle condotte strumentali alla realizzazione dei più gravi reati contro la personalità e intangibilità sessuale del minore, dall'altro di verificare la obiettiva idoneità dell'azione, in linea con quanto già accade in altri settori della legislazione penale²⁴. D'altra parte, però, nemmeno si può trascurare che, nell'art. 609-*undecies* c.p., lo scopo immediatamente perseguito dall'autore è "sola-mente" quello di carpire la fiducia del minore; per tale ragione, non sembra che il requisito dell'idoneità sia di per sé in grado di assicurare un sufficiente contenuto obiettivo di disvalore²⁵. In ogni caso, non v'è dubbio che la ricostruzione proposta dalla Cassazione mal si concili con la tendenza della giurisprudenza sul reato di adescamento a sanzionare anche semplici proposte o lusinghe, rispetto alle quali è impossibile formulare una prognosi di efficienza causale²⁶. Poiché, peraltro, si ritiene comunemente che la prova del dolo spe-

²⁴ Si fa riferimento, ad esempio, ai reati associativi; sul punto, e per le relative applicazioni con riferimento al terrorismo internazionale FASANI, *Terrorismo islamico e diritto penale*, Padova, 2016, 207 ss. È bene peraltro sottolineare che all'interno della dottrina risulta oramai consolidata l'idea generale secondo cui, nei reati a dolo specifico, occorre accertare l'«oggettiva idoneità degli atti compiuti dall'agente a cagionare l'evento dannoso o pericoloso preso di mira» (MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2020⁹, 340). Infine, per approfondimenti dogmatici sulla funzione tipizzante del dolo specifico PICOTTI, *La struttura delle fattispecie a dolo specifico*, Milano, 1993, 501 ss.

²⁵ Utile il parallelismo con il tentativo, a proposito del quale si è osservato che, in presenza di reati senza offesa, «l'idoneità non può certo svolgere un ruolo di attuazione del principio di offensività» (PALAZZO, *Se e come riformare il tentativo*, in *La riforma del codice penale: la parte generale. Atti del convegno di Pavia, 10-12 maggio 2001*, a cura di de Maglie-Seminara, Milano, 2002, 216). Con riferimento al reato di adescamento, occorre peraltro sottolineare che la fattispecie presuppone un doppio dolo specifico, il primo diretto alla manipolazione mentale del minore, il secondo alla consumazione dei singoli reati-fine (sul punto vd. SALVADORI, *L'adescamento di minori*, cit., 124 ss.).

²⁶ Cass., Sez. III, 2 settembre 2021, n. 32639; Id., Sez. III, 8 giugno 2021, n. 22293. Invero, come acutamente osservato da PEDRAZZI, *Il fine dell'azione delittuosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1950, ora in ID., *Scritti di parte generale*, Milano, 2003, 219 «si vieta il fine per impedire l'evento: quindi quel fine che

cifico possa essere ricavata anche da elementi estrinseci alla condotta concretamente realizzata dall'autore²⁷, il dolo finisce di fatto per configurare un requisito puramente psicologico e l'accertamento della tipicità viene assorbito dal giudizio sulla pericolosità dell'autore²⁸.

Quanto poi alla determinatezza della disposizione, non può negarsi che la vaghezza della nozione di lusinga, unita alla intrinseca inafferrabilità dei fenomeni di condizionamento mentale, incide negativamente sulla capacità della norma di limitare la discrezionalità giudiziale e sulla prevedibilità della sanzione²⁹. A ben vedere, però, sotto quest'ultimo profilo, i problemi più significativi non attengono tanto all'interpretazione degli elementi costitutivi del reato, quanto al suo rapporto con le singole fattispecie poste a tutela del minore, la cui integrazione, anche solo nella forma tentata, esclude l'applicazione dell'art. 609-*undecies* c.p. Da un lato, infatti, atteso il carattere sussidiario dell'adescamento, può accadere che le condotte da questo incriminate finiscano per essere sanzionate da altre più gravi fattispecie, finalizzate anch'esse a realizzare un'anticipazione della tutela penale. Dall'altro, la progressiva smaterializzazione del concetto di "atto sessuale" e la recente reinterpretazione della fattispecie di pornografia minorile sembrano determinare un arretramento della soglia della punibilità degli stessi reati-fine che l'adescamento mirerebbe ad evitare.

Come si vede, al fine di valutare la compatibilità dell'attuale incriminazione coi principi di offensività e determinatezza, si rende necessario ampliare l'indagine prendendo in considerazione il rapporto fra l'art. 609-*undecies* c.p. e i singoli delitti sessuali. In questa prospettiva, nei paragrafi che seguono si analizzeranno dapprima gli illeciti che presuppongono un effettivo contatto

riveli la possibilità di realizzarsi in evento».

²⁷ Così chiaramente Cass., Sez. III, 9 luglio 2020, n. 20427; la possibilità di ricavare la prova del dolo dall'«eventuale sussistenza di dichiarazioni testimoniali o di materiale documentale (anche informatico) da cui possa desumersi l'attitudine del soggetto a stringere rapporti di natura intima con vittime di minore età» è affermata già in Id., Sez. III, 13 luglio 2018, n. 32170.

²⁸ Sul punto SEMINARA, *I delitti contro la persona*, cit., 185, secondo il quale l'adescamento configura «un reato di pericolo esangue e assistito da un doppio dolo specifico, che opera una straordinaria anticipazione della punibilità e presenta il rischio di scivolare verso l'incriminazione di un tipo d'autore, costituito dall'adulto che intrattiene con minori rapporti all'esterno considerati espressione di non "normali" pulsioni sessuali». D'altra parte, come osservato da DONINI, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di Gamberini-Orlandi, Bologna, 2007, 138, in linea generale l'«arretramento della punibilità per fatti dolosi prima della soglia del tentativo e di un'offensività oggettivamente e socialmente univoca, avvicina il reato all'autore e la pena alla neutralizzazione della pericolosità».

²⁹ Sul legame tra offensività e determinatezza, per tutti, MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, Napoli, 2020, 315 ss.

fra adulto e minore, quindi le aggressioni che si svolgono su un piano puramente virtuale.

4. In particolare: il rapporto fra il reato di adescamento e le fattispecie di corruzione di minorenni e tentativo di atti sessuali con minorenni. Si è già ricordato che il reato di adescamento di minorenni trova la propria giustificazione nella ritenuta opportunità di anticipare la tutela penale, sanzionando condotte che precedono l'integrazione del tentativo nei reati contro la personalità e intangibilità sessuale del minore; rispetto a questa annotazione, occorre adesso osservare che l'art. 609-*undecies* c.p. non configura l'unico illecito volto a realizzare un simile obiettivo politico-criminale. Invero, incriminando colui che «mostra [a persona minore di anni quattordici] materiale pornografico, al fine di indurla a compiere o a subire atti sessuali», l'art. 609-*quinquies* co. 2 c.p. prende in considerazione una forma di adescamento del minore, peraltro comminando una pena leggermente superiore a quella prevista dall'art. 609-*undecies* c.p. (reclusione da uno a cinque anni, anziché da uno a tre)³⁰.

Ora, l'idea di sanzionare più gravemente l'adescamento realizzato mediante l'ostensione o invio di materiale pornografico risulta astrattamente ragionevole, atteso il carattere perturbante di una simile forma di interazione, nonché la maggiore idoneità della condotta a determinare la consumazione dei reati-scopo³¹. Tuttavia, alla luce della suddetta osservazione, risulta difficile giustificare la mancata menzione all'interno dell'art. 609-*quinquies* co. 2 c.p. dei delitti di pornografia e prostituzione, entrambi sanzionati con una pena superiore a quella prevista per l'art. 609-*quater* c.p.: quest'ultimo elemento comporta invero che dovrebbe trovare applicazione l'art. 609-*undecies* c.p. ogniqualvolta l'ostensione di materiale pornografico sia, ad esempio, volta «solamente» a «istruire» il minore rispetto alla futura esecuzione di un'esibizione sessuale³².

³⁰ Per alcune notazioni critiche sulla scelta legislativa di configurare la corruzione di minorenni alla stregua di un «presidio anticipato nel quadro d'una progressione criminosa destinata a sfociare in un atto sessuale sul minore (o del minore su sé stesso)» VALLINI, *Nuove norme a salvaguardia del minore, della sua libertà (integrità) sessuale e del minore nella famiglia*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 59.

³¹ A conferma di questa annotazione, si consideri che il codice penale tedesco, al § 176a («abuso sessuale minorile senza contatto fisico»), fra l'altro sanziona con la pena della reclusione da sei mesi a dieci anni colui che «influenza un bambino per mezzo di contenuti pornografici [...] o di un discorso di natura sessuale»; al § 176b («preparazione all'abuso sessuale minorile») invece disciplina l'adescamento «semplice», comminando la pena più lieve della reclusione da tre mesi a cinque anni (vd. *retro*, n. 20).

³² A ben vedere, il problema più generale consiste nella previsione di un elemento finalistico, essendo la fattispecie di corruzione di minorenni dotata di un intrinseco obiettivo disvalore: sul punto vd. BALBI, *I reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale in una prospettiva di riforma*, in *Sist. pen.*, 3 mar-

Probabilmente anche per evitare una simile conclusione, all'interno della giurisprudenza di legittimità ricorre l'affermazione secondo cui, ai fini dell'integrazione dell'art. 609-*quinqüies* c.p., è sufficiente un'esibizione di materiale pornografico «tale da coinvolgere emotivamente la persona offesa in uno sgradevole coinvolgimento di evidente natura sessuale»³³. In altri termini, la configurazione del reato di corruzione di minorenni viene svincolata dall'accertamento in ordine al dolo specifico, di talché l'art. 609-*quinqüies* c.p. trova applicazione anche nei casi in cui l'invio di materiale pornografico sia finalizzato alla realizzazione dei delitti contro la personalità individuale del minore.

In breve: il reato di adescamento subisce una erosione del proprio astratto ambito di operatività in coincidenza con le condotte di ostensione di materiale pornografico. Ai fini della nostra indagine, è bene sottolineare che tale riduzione del perimetro applicativo del reato costituisce il frutto dell'applicazione in via analogica dell'art. 609-*quinqüies* c.p.; considerato peraltro che, secondo gli studi criminologici, l'invio di materiale pornografico corrisponde alla fase più avanzata della strategia attuata dall'adescatore³⁴, si può affermare che, sul piano politico-criminale, il suddetto orientamento porta a relegare l'art. 609-*undecies* c.p. allo stadio iniziale dell'attività di manipolazione del minore.

Un'ulteriore conferma di questa affermazione proviene da quella parte della giurisprudenza che applica gli artt. 609-*quater* e 56 c.p. ogniqualevolta il reo non solo chiede al minore un incontro, bensì instaura con questo «un intenso rapporto telematico e telefonico di natura esclusivamente sessuale»³⁵. Soffermandoci brevemente sul punto, il tentativo di atti sessuali viene esteso fino ad inglobare condotte che rimangono nel mondo virtuale, e che però sono caratterizzate da un'apprezzabile intensità, tale da rendere più probabile la consu-

zo 2020, 5; nonché 7 del testo della *Relazione* reperibile al seguente *link*: https://www.aipdp.it/allegato_prodotti/67_Relazione.pdf. Infine, volendo, BRASCHI, *Atti osceni in luogo pubblico*, cit., 897 s.

³³ Cass., Sez. III, 22 giugno 2017, n. 31263; conf. Id., Sez. III, 11 maggio 2020, n. 14210; Id., Sez. III, 5 giugno 2020, n. 17188.

³⁴ Sul punto e più in generale sugli stadi del *grooming*, per tutti, SALVADORI, *L'adescamento di minori*, cit., 5 ss.

³⁵ Così Cass., Sez. III, 13 ottobre 2020, n. 28454; conf. Id., Sez. III, 22 febbraio 2017, n. 8691; Id., Sez. III, 20 aprile 2015, n. 16329. Per completezza, va ricordato che la tendenza a un arretramento della soglia della punibilità del tentativo di atti sessuali era emersa già prima dell'introduzione dell'art. 609-*undecies* c.p.: in proposito, in termini critici, MONTANARI, *Adescamento di minorenni tramite Facebook: tentativo di violenza sessuale mediante induzione con inganno e nuovo art. 609-undecies c.p.*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2014, 2, 221 ss.; VIZZARDI, *Sull'“adescamento” di minore tramite social network e il tentativo di atti sessuali con minorenni*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2012, 1, 199.

mazione del rapporto sessuale. Giustamente, però, si è osservato che una simile interpretazione mal si concilia con i principi della teoria generale del reato: invero, se si assume che il tentativo debba coincidere con l'inizio dell'attività esecutiva ovvero con gli atti immediatamente precedenti, caratterizzati dalla obiettiva idoneità alla consumazione, sembra difficile affermare che, in casi come quelli in esame, sono integrati gli estremi degli artt. 56 e 609-*quater* c.p.³⁶. Piuttosto, premessa l'astratta sussumibilità della condotta nell'adescamento, l'esistenza di una relazione telematica fra l'adulto e il minore dovrebbe dimostrare quella obiettiva pericolosità per il bene tutelato, che, come visto sopra³⁷, la stessa Suprema Corte ritiene necessaria per assicurare la legittimità della vigente incriminazione.

In conclusione, sembra corretto affermare che, a livello teorico, la giurisprudenza riconosce la necessità di applicare il reato di adescamento solamente in presenza di atti che, per il loro contenuto sessuale ovvero per la loro intensità, permettono di formulare una prognosi di pericolosità dell'azione; concretamente, però, essa tende in queste ipotesi a configurare le più gravi fattispecie di corruzione di minorenne e tentativo di atti sessuali. Sotto il profilo in esame, trova dunque conferma l'incapacità dell'attuale formulazione del reato di assicurare il rispetto del principio di offensività; se poi si considera che le suddette decisioni sono il risultato di un'estensione del perimetro operativo degli artt. 609-*quater* e 609-*quinquies* c.p., risulta che questa situazione finisce per arrecare un *vulnus* anche alle esigenze di prevedibilità della sanzione.

5. (segue) l'estensione degli artt. 609-bis, 609-quater e 600-ter c.p. alle aggressioni commesse nella rete e le relative implicazioni sulla fattispecie di adescamento di minorenni. Prima di passare ad analizzare le prospettive di riforma dell'attuale incriminazione, per avere un quadro completo è necessario soffermarci brevemente sui reati di atti sessuali con minorenne, violenza sessuale e pornografia minorile; infatti, tutte queste incriminazioni sono state recentemente oggetto di un'interpretazione estensiva volta a sanzionare l'acquisizione, tramite minaccia, lusinga o inganno, di foto pornografiche prodotte dal minore.

A tal proposito, la premessa è che, prima dell'intervento delle Sezioni Unite, con la sentenza 15 novembre 2018, n. 51815, era opinione comune che la fattispecie di pornografia minorile (art. 600-*ter* co. 1 c.p.) potesse configurarsi

³⁶ Sul punto PALAZZO, *Sui confini del tentativo punibile di atti sessuali con minorenne*, in *Giur. it.*, 2021, 197 s.

³⁷ Si allude a Cass., Sez. III, 13 luglio 2018, n. 32170, sulla quale vd. *retro*, § 3.

solamente nel caso in cui la realizzazione di materiale pornografico si caratterizzasse per un concreto pericolo di diffusione³⁸; in difetto di questo requisito, sarebbe stato possibile applicare solamente la più tenue pena prevista per la detenzione del suddetto materiale (reclusione da 1 a 3 anni, secondo quanto disposto dall'art. 600-*quater* c.p.)³⁹. Tale interpretazione, se da un lato avesse reso dubbia la configurabilità del tentativo di pornografia minorile, dall'altro avrebbe lasciato impregiudicata la possibilità di sanzionare ai sensi dell'art. 609-*undecies* c.p. la richiesta rivolta al minore di inviare foto o filmati di carattere sessuale. Senonché, al fine di assicurare una maggiore effettività alla tutela penale, la giurisprudenza di legittimità ha preso dapprima ad allargare le più gravi fattispecie contro la intangibilità sessuale del minore (artt. 609-*bis* e 609-*quater* c.p.); quindi, ad affermare la punibilità ai sensi dell'art. 600-*ter* c.p. dell'acquisizione di materiale pedopornografico inviato per un uso personale. Con riferimento al primo profilo, la Suprema Corte ha sostenuto che integra l'art. 609-*quater* c.p. la condotta dell'adulto che induce il minore a filmarsi mentre compie atti sessuali e ad inviare le relative registrazioni⁴⁰; nella medesima prospettiva, essa è giunta ad affermare che risponde di violenza sessuale colui che, tramite minaccia, si fa mandare foto e filmati ritraenti le nudità del minore⁴¹. Senza poterci soffermare sul percorso argomentativo seguito dalla Cassazione, ai fini della nostra indagine è sufficiente evidenziare che le suddette decisioni comportano un arretramento della soglia della punibilità corrispondente agli artt. 609-*bis* e 609-*quater* c.p.; così facendo, esse peraltro si pongono in tensione col principio di legalità.

A questo proposito, è opportuna una breve riflessione. L'art. 609-*quater* c.p., incriminando colui che «compie atti sessuali *con* minore», teoricamente presuppone un coinvolgimento fisico della vittima con l'autore⁴²; anche volendo

³⁸ Come noto, la valorizzazione del “pericolo di diffusione” quale requisito implicito dell'art. 600-*ter* c.p. si deve a Cass., Sez. Un., 5 luglio 2000, n. 13; per approfondimenti sul percorso motivazionale della sentenza e per alcune osservazioni critiche MARRA, *La nozione di sfruttamento nel delitto di pornografia minorile e la “terza via” delle Sezioni unite*, in *Cass. pen.*, 2001, 439 ss.

³⁹ Sul rapporto fra gli artt. 600-*ter* e 600-*quater* c.p., nella giurisprudenza precedente alla sentenza delle Sezioni Unite n. 51815 del 2018, BIANCHI, *I confini della repressione penale*, cit., 133 ss.

⁴⁰ Cass., Sez. III, 24 aprile 2019, n. 17509.

⁴¹ Cass., Sez. III, 8 settembre 2020, n. 25266, in *Foro it.*, 2020, con nota di Parisi; così già Id., Sez. III, 2 maggio 2013, n. 19033.

⁴² Questa la posizione della dottrina, secondo la quale la fattispecie può trovare applicazione solamente nelle ipotesi di coinvolgimento fisico dell'autore, fatta salva la punibilità *ex art.* 110 c.p. dell'induzione a compiere atti sessuali con terzi (così VENEZIANI, *Art. 609-*quater* c.p. (Atti sessuali con minore)*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale*, cit., 634; conf., *ex multis*, MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, Padova, 2020⁷, 475). Quanto alla giurisprudenza, invece, già da tempo essa ha optato per una dilatazione della fattispecie, arrivando a sanzionare ai sensi

adottare un'interpretazione estensiva diretta a sanzionare la partecipazione dell'adulto agli atti di autoerotismo posti in essere dal minore, si rende quindi necessario accertare l'esistenza di un'interazione fra i soggetti coinvolti nella relazione. Diversamente opinando, il concetto di "compimento di un atto sessuale" finisce infatti per inglobare quello di "partecipazione a un'esibizione sessuale", con una conseguente sovrapposizione fra i reati di pornografia e prostituzione⁴³. Analoghe obiezioni possono essere formulate nei riguardi dell'applicazione dell'art. 609-bis c.p. al caso in cui il minore è costretto ad inviare una foto di natura erotica: tale soluzione da un lato implica una dilatazione del concetto di "atti sessuali" che va ben oltre i limiti corrispondenti all'area semantica di tale locuzione⁴⁴, dall'altro determina un'equiparazione sul piano sanzionatorio di fatti caratterizzati da un ben diverso disvalore⁴⁵. Più confacente, alla luce dei rilievi appena formulati, appare dunque

dell'art. 609-*quater* c.p. la partecipazione "a distanza" alla commissione di atti sessuali da parte del minore: così, ad esempio, Cass., Sez. III, 21 aprile 2015, n. 16616; Id., Sez. III, 12 giugno 2013, n. 25822. Sul punto BERTOLINO, *Art. 609-quater*, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di Forti-Seminara-Zuccalà, Padova, 2017^o, 2034; PALAZZO, *Sui confini del tentativo punibile*, cit., 198, il quale peraltro rileva come l'orientamento in esame abbia finito per modificare «la stessa oggettività giuridica del reato: da fatto offensivo della c.d. intangibilità sessuale del minore, è diventato fatto offensivo della sua integrità psichica se non addirittura della sua libertà di autodeterminazione nella sfera sessuale».

⁴³ Per la verità, già da tempo su questo piano si registrano incertezze, atteso che una parte della giurisprudenza riconduce all'interno dell'art. 600-bis c.p. le ipotesi di "prostituzione a distanza"; secondo la Suprema Corte, decisiva per l'integrazione del reato sarebbe la possibilità d'interazione fra il cliente e il minore. Sul tema BERTOLINO, *Art. 600bis*, in *Commentario breve*, cit., 1951 e, per alcune considerazioni critiche, BORGOGNO, *La prostituzione "a distanza" in due recenti pronunce della giurisprudenza di legittimità*, in *Cass. pen.*, 2005, 3501 ss.

⁴⁴ Sul punto PARISI, *Violenza sessuale via WhatsApp? L'estensione della nozione di atto sessuale in una sentenza della Cassazione*, in *Foro it.*, 2021, 271; una diversa soluzione è accolta invece da PICOTTI, *La violenza sessuale via Whats App*, in *Dir. int.*, 2020, 688, secondo il quale «la descrizione normativa della condotta: "compie atti sessuali" va interpretata quale compiuta instaurazione di una reale relazione sessuale, [...] ma non implica necessariamente un effettivo contatto fisico-materiale». È bene, peraltro, rammentare che proprio recentemente la Corte costituzionale ha ribadito la necessità di una stretta osservanza del divieto di analogia, valorizzando quale limite all'attività di interpretazione i «possibili significati letterali» delle espressioni utilizzate dal legislatore (Corte cost., sent. 14 maggio 2021, n. 98). Sui contenuti della sentenza e più in generale sul divieto di analogia nell'attuale momento storico PALAZZO, *Costituzione e divieto d'analogia*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 1218 ss.; nonché, con approfondimenti relativi alla dimensione etica di questo principio, ID., *Legalità penale, interpretazione ed etica del giudice*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 1260 ss.

⁴⁵ In proposito è bene puntualizzare che sarebbe del tutto fuorviante richiamare la nozione di "cyber-rape", talora utilizzata per argomentare l'equiparazione alla violenza sessuale delle aggressioni che hanno luogo all'interno della rete: premesso che una simile operazione non trova alcun fondamento nel diritto vigente, il parallelismo si può, al più, applicare all'offesa derivante dalla diffusione delle immagini private a contenuto sessuale. Per approfondimenti sul tema AMORE, *La tutela penale della riservatezza sessuale nella società digitale. Contesto e contenuto del nuovo cybercrime disciplinato dall'art. 612-ter c.p.*, in *Leg. pen.*, 20 gennaio 2020, 9 ss. e la letteratura ivi citata.

l'orientamento che riconduce alle fattispecie di pornografia minorile l'acquisizione ad uso personale di foto erotiche prodotte dal minore. Il fondamento di questa soluzione risiede nel principio di diritto enucleato nella già citata sentenza a Sezioni Unite n. 51585 del 2018: dopo avere stabilito che, nell'attuale quadro giuridico-sociale, il nucleo di disvalore del reato sanzionato dall'art. 600-ter c.p. va individuato non nel pericolo di diffusione, bensì nella strumentalizzazione a scopo erotico del minore, la Suprema Corte ha precisato che una simile situazione ricorre ogniqualvolta il materiale pornografico venga realizzato in maniera "abusiva", come ad esempio accade allorché il minore abbia un'età inferiore a quella del consenso sessuale. In linea con questa impostazione, la giurisprudenza più recente ha preso ad affermare che l'art. 600-ter c.p. può trovare applicazione anche nel caso in cui foto e video pornografici siano stati prodotti e inviati, su richiesta, dal minore. Per la verità, nemmeno questa soluzione risulta pienamente convincente: non si può infatti trascurare che essa determina l'irrogazione di una pena sproporzionata all'obiettivo disvalore del fatto e comparativamente deteriore rispetto a quella comminata per altre più gravi violazioni⁴⁶. Se poi si considera che l'art. 600-ter c.p. prevede altresì l'applicazione di una sanzione pecuniaria, è agevole argomentare che il perimetro di operatività attribuito alla disposizione non corrisponde a quello originariamente avuto a mente dal legislatore⁴⁷.

Concludendo, si deve sottolineare che dallo spostamento del baricentro dell'art. 600-ter c.p. dal piano del pericolo di diffusione a quello della abusiva realizzazione del materiale pedo-pornografico e dalla riqualificazione della fattispecie in termini di reato di danno discende l'eliminazione di ogni dubbio in ordine alla configurabilità del tentativo di pornografia minorile⁴⁸: anche sot-

⁴⁶ A titolo esemplificativo, si consideri che nel caso riportato nel testo risulta applicabile una pena, pari alla reclusione da 9 a 20 anni e alla multa da 32.000 a 40.000 euro - art. 600-ter aggravato ai sensi dell'art. 602-ter co. 5 c.p. -, addirittura superiore a quella comminata per l'ipotesi della violenza sessuale: per questo rilievo vd. già GALANTE, *Le Sezioni Unite in tema di pedopornografia: escluso il pericolo di diffusione*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 966. Sulla duplice declinazione, in termini relativi e assoluti, del giudizio di proporzionalità della sanzione, invece, VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021, 160 ss.

⁴⁷ Invero, la reinterpretazione della fattispecie comporta che la stessa abbia ad oggetto «non più o non solo la tutela del corretto sviluppo sessuale del minore stesso, minacciato dall'esterno, da soggetti diversi, ma anche il corretto impiego da parte del medesimo della sua sessualità» (GALANTE, *Le Sezioni Unite*, cit., 966). Come noto, una prima fondamentale trasformazione della *ratio* dell'art. 600-ter c.p. si deve alla l. n. 38 del 2006: sul punto, per tutti, PICOTTI, *I delitti di sfruttamento sessuale dei bambini, la pornografia virtuale e l'offesa dei beni giuridici*, in *Scritti per Federico Stella*, a cura di Bertolino-Forti, Napoli, 2007, 1286 ss., spec. 1292 ss.

⁴⁸ Riconoscono la configurabilità del tentativo di pornografia minorile Cass., Sez. III, 11 ottobre 2021, n. 36758; Id., Sez. III, 20 gennaio 2021, n. 2252; in questa direzione già Id., Sez. III, 28 maggio 2014, n.

to il profilo in esame, si determina dunque una riduzione dell'ambito applicativo del reato di adescamento di minorenni.

6. Le prospettive di riforma dell'art. 609-undecies c.p. nel quadro dei delitti sessuali contro i minori. Alla luce dell'analisi che precede risulta possibile precisare adesso l'effettivo ambito operativo del reato di adescamento di minorenni, così da predisporre la base per considerare le prospettive di riforma di tale incriminazione.

Con riferimento al primo profilo, si è visto che la giurisprudenza di legittimità, se da un lato riconosce la necessità di subordinare la configurazione dell'art. 609-undecies c.p. alla verifica della concreta pericolosità dell'azione, dall'altro finisce col sanzionare anche condotte inoffensive, in quanto ritenute sintomatiche della pericolosità dell'autore. Al contempo, applica le fattispecie di corruzione di minorenni e tentativo di atti sessuali ogniqualvolta l'adescamento, per l'intensità della comunicazione ovvero per i suoi contenuti sessuali, sia maggiormente in grado di sfociare nell'incontro col minore; riconduce agli artt. 609-bis, 609-quater e 600-ter c.p. l'acquisizione di materiale pedopornografico mediante richieste o minacce realizzate tramite *internet*. Il risultato finale di quest'evoluzione è una trasfigurazione del sistema dei delitti contro la sfera sessuale, nell'ambito della quale l'arretramento della soglia della punibilità corrispondente agli illeciti contro la personalità e intangibilità sessuale del minore finisce addirittura per privare di giustificazione l'esistenza di un'autonoma fattispecie di adescamento di minorenni.

Giunti a questa conclusione, non resta che esaminare le prospettive di riforma di tale reato; il punto di partenza della riflessione può essere individuato nella riformulazione della definizione di adescamento contenuta nella bozza di articolato elaborata dal Gruppo incaricato dall'AIPDP di formulare proposte di riforma sui delitti contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale: «*per adescamento si intende qualsiasi atto, realizzato anche mediante l'uso della rete internet o di altre reti o mezzi di comunicazione, volto a carpire la fiducia del minore attraverso artifici o lusinghe o a intimorirlo attraverso minacce, concretamente idoneo ad ottenere l'incontro*»⁴⁹. Senza indugiare sugli interventi attinenti al piano puramente lessicale⁵⁰, occorre invece sottolineare che

21759. Sul punto, per tutti, BERTOLINO, *Art. 600ter*, cit., 1965; per alcune considerazioni critiche sulla reinterpretazione del reato in termini di danno vd. invece AMARELLI, *Pornografia minorile: le Sezioni Unite elidono retroattivamente il pericolo di diffusione*, in *Giur. it.*, 2019, 1212 s.

⁴⁹ Per una panoramica di tutte le modifiche proposte in relazione all'art. 609-undecies c.p. vd. p. 7 della *Relazione* citata *retro*, n. 32.

⁵⁰ Si allude all'aggiunta del verbo "intimorire" quale conseguenza derivante dall'uso della minaccia da

la proposta tende a limitare la portata applicativa dell'art. 609-*undecies* c.p. introducendo un parametro di obiettiva idoneità della condotta a sfociare nell'incontro col minore. Sotto il profilo in esame, non v'è dubbio che la modifica suggerita meriti condivisione: essa dovrebbe infatti determinare uno spostamento in avanti della soglia della punibilità corrispondente all'attuale incriminazione, estromettendo dall'ambito di operatività dell'adescamento le semplici lusinghe o proposte, non seguite da alcuna attività di persuasione e organizzazione dell'incontro col minore; quindi, eliminare ogni dubbio circa la non configurabilità del tentativo di atti sessuali in presenza di approcci confinati al mondo virtuale. Inoltre, optando per una caratterizzazione in senso maggiormente obiettivo del reato, la modifica assume un significato più generale di riaffermazione del modello del diritto penale del fatto. L'importanza di una simile operazione non va sottovalutata, atteso che, sul piano comparato, la tendenza attuale è quella di ampliare la tutela penale in una chiara prospettiva di pericolosità sociale; con esiti parossistici, ove solo si consideri la recente incriminazione in Germania del tentativo di adescamento inidoneo, perché commesso nei confronti di "finti minori"⁵¹.

Ciò precisato, ci dobbiamo peraltro domandare se la proposta menzionata sia sufficiente ad assicurare il rispetto dei fondamentali principi garantistici del diritto penale. In primo luogo, al fine di ridurre il perimetro di operatività dell'attuale incriminazione, parrebbe quantomeno opportuno eliminare il riferimento, contenuto nella vigente fattispecie, agli artt. 609-*quinquies* e 600-*quater*.1 c.p. come possibili delitti finali della condotta di adescamento del minore. È, infatti, sì vero che l'art. 609-*undecies* c.p. viene usualmente applicato in presenza di attività dirette a consumare i più gravi reati di atti sessuali e produzione di materiale pedopornografico; tuttavia, si è già evidenziato che, in astratto, la scelta effettuata dal legislatore si pone in un insanabile contrasto coi canoni di offensività e ragionevolezza della tutela penale⁵². Un discorso parzialmente diverso vale, invece, per il delitto previsto dall'art. 609-*quater*

parte dell'adescatore (sull'improprietà dell'attuale formulazione BERTOLINO, *Art. 609-undecies*, in *Commentario breve*, cit., 2059). A questo proposito, è bene puntualizzare che non sembra condivisibile la tesi che ritiene integrato il tentativo di violenza sessuale, nel caso di minaccia volta a ottenere l'incontro col minore (VIZZARDI, *L'adescamento di minorenni*, cit., 587); invero, una simile interpretazione presuppone l'adozione di una concezione puramente formale dell'attività esecutiva e un conseguente allargamento della sfera della punibilità del tentativo.

⁵¹ Per approfondimenti sui contenuti della *Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches - Versuchsstrafbarkeit des Cybergroomings*, entrata in vigore il 30 marzo 2020, e per alcune considerazioni critiche SCHNEIDER, *Versuchsstrafbarkeit von Cybergrooming?*, in *KriPoz*, 2020, 3, 138 ss.; si deve, peraltro, sottolineare che una disciplina simile risulta già da tempo vigente in Francia (vd. *retro*, n. 19).

⁵² Sul punto *retro*, § 2, testo e n. 14.

c.p.: se, da un lato, l'attuale sviluppo della tecnologia digitale suggerisce di disancorare la punibilità dell'adescamento diretto alla produzione di materiale pedopornografico da un incontro col minore, dall'altro non si può trascurare il forte arretramento della punibilità derivante dalla sanzione delle semplici richieste di foto di natura sessuale. In ogni caso, si è visto che la Direttiva 2011/93/UE pone al riguardo uno specifico obbligo di incriminazione: nell'impossibilità di affrontare la questione al di fuori di un più generale ripensamento dei reati di pedopornografia, ci limitiamo dunque a sottolineare la necessità, *de iure condendo*, di differenziare la pena comminata per la suddetta forma di adescamento del minore, in modo da assicurare il rispetto del principio di proporzionalità della sanzione.

In secondo luogo, occorre osservare che gli orientamenti giurisprudenziali sopra riportati dimostrano l'esistenza di un più generale problema di natura politico-criminale: dinanzi alla diffusa utilizzazione di *internet* da parte dei minori, si avverte la necessità di approntare una risposta più efficace alle aggressioni che hanno luogo all'interno dell'ambiente digitale. Stando così le cose, è chiaro che un ipotetico intervento riformatore dovrebbe farsi carico di ripensare gli assetti sanzionatori dei delitti contro la sfera sessuale dei minori, tenendo conto anche dei pericoli emergenti dalla rete. Allo stesso tempo, però, non può dimenticarsi che l'adescamento configura un fatto di per sé dotato di un assai limitato disvalore; per tale ragione, al fine di garantire una maggiore effettività alla tutela penale, risulta decisivo ampliare la riflessione agli strumenti di natura non strettamente repressiva. A titolo meramente esemplificativo, merita indubbiamente attenzione la recente proposta della Commissione Europea di incentivare l'adozione da parte dei *provider* di programmi di filtraggio e intelligenza artificiale, volti a contrastare lo scambio di materiale pedopornografico e l'adescamento che avvengono nell'ambiente digitale⁵³.

Concludendo, è bene precisare che qualsivoglia progetto di riforma deve poter contare sulla collaborazione degli operatori giudiziari. Se l'analisi svolta induce a dubitare dell'attuale capacità della magistratura di assicurare il rispetto dei fondamentali principi garantistici del diritto penale, si deve per altro

⁵³ Più in particolare, la proposta prevede l'attivazione, su base volontaria, dei *provider* al fine di contrastare gli abusi sessuali, tramite la segnalazione dei contenuti pedopornografici oggetto di scambio nella piattaforma digitale, nonché delle interazioni che sono sospette di configurare una condotta di adescamento di minori; è chiaro, peraltro, che una simile previsione rischia di comportare una compressione della libertà e segretezza delle comunicazioni. Per una panoramica degli attuali strumenti di contrasto ai reati di pedopornografia e adescamento *online* SALLAROLI-LOMBARDO-GHIRARDI, *Pedopornografia e reati in ambito sessuale*, in *Diritto penale dell'informatica*, a cura di Parodi-Sellaroli, Milano, 2020, 301 ss.

verso sottolineare che solo una complessiva riforma dei delitti contro la sfera sessuale potrà riaccreditare la legge all'interno del sistema delle fonti e così limitare la divaricazione ad oggi esistente tra formante legislativo e giurisprudenziale.