

LA PEDOFILIA: ASPETTI CLINICI E GIURIDICI

II° PARTE:

GLI STRUMENTI UTILIZZATI DAL LEGISLATORE PER PREVIRE E CONTRASTARE I REATI DI ABUSO E SFRUTTAMENTO SESSUALE DEL MINORE

(*) per leggere la prima parte di questo lavoro clicca [QUI](#)

Introduzione.

Le classificazioni criminologiche (link) del pedofilo assumono particolare importanza in quanto si rivolgono, in primis, al legislatore, così che esso possa, intervenire in ottica di prevenzione incriminando le condotte antecedenti alla violenza sessuale, in questa scia si collocano ad esempio agli articoli 600 *ter*, *quater*, *quater-1*, 609 *quinquies*, *undecies* (rispettivamente le fattispecie di: pornografia infantile, detenzione di materiale pornografico, pornografia virtuale, corruzione di minorenni, adescamento di minorenni).

Analizzando quindi il *modus operandi* del pedofilo preferenziale e del cyber predatore, comprendiamo come mai il legislatore abbia anticipato la soglia di punibilità con ipotesi di reato che vanno a sanzionare anche solamente condotte prodromiche alla violenza sessuale, o casi in cui il bene giuridico leso è solo intermedio o strumentale a quello di intangibilità sessuale del minore. Come nell'ipotesi dell' adescamento di minori, in cui si ravvisa nell'instaurazione di una relazione di approccio, anche virtuale, un'alta pericolosità sociale, in quanto così facendo l'adescatore riesce ad abbassare le difese del minore, aumentando di conseguenza le possibilità della consumazione di un rapporto fisico.

Anche la normativa internazionale ritiene necessario anticipare l'intervento penale in ottica di prevenzione, pensiamo alle ipotesi in cui va a sanzionare la detenzione e l'utilizzo di materiale pornografico che viene visto come un elemento rilevante per la commissione e recidiva del reato di violenza sessuale su minori. In quanto tale materiale alimenta le fantasie pedofile, rafforzando il desiderio di concretizzare la pulsione sessuale.

Ovviamente il legislatore, interviene su tutto il mercato della pedofilia, sanzionando colui che predispone i mezzi al pedofilo per poter agire. Difatti si individuano fattispecie in cui l'autore è chi produce tale materiale, chi gestisce la prostituzione minorile e chi organizza e fa propaganda dell'attività di sfruttamento della prostituzione minorile, il cosiddetto turismo sessuale che permette di raggiungere mete in cui è più semplice instaurare rapporti sessuali con minorenni, favorendo l'emersione della figura del turista sessuale, una particolare tipologia di pedofilo situazionale che intende sperimentare ciò che mai farebbe nel proprio paese.

La strategia del legislatore italiano e l'impegno verso la normativa sovranazionale.

Il primo grande passo sulla tematica dell'abuso sessuale minorile, venne fatto con la legge 15 febbraio 1996 n. 66, intitolata "Norme contro la violenza sessuale", che ha disciplinato per la prima volta il fenomeno della pedofilia introducendo nel codice penale varie fattispecie di reato relative alla violenza sessuale. Tale legge costituì una rivoluzione etico-culturale nella materia della lesione alla persona mediante la violazione della libertà sessuale in quanto venne abrogato l'intero capo I ("dei delitti contro la libertà sessuale") e riscritte completamente le condotte punibili attinenti la libertà sessuale nella sezione II ("dei delitti contro la libertà individuale"), del capo III ("dei delitti contro la libertà personale") e del titolo XII ("dei delitti contro la persona"). Questo non deve essere interpretato come una mera modifica sistematica: la violenza sessuale e gli altri delitti che attentano alla sfera sessuale diventano reati contro la persona, ciò significa sostanzialmente che la sfera della sessualità cessa di appartenere al patrimonio collettivo della moralità e diventa un diritto della persona umana.

Con la successiva legge 3 agosto 1998 n. 269 intitolata "Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù", è stato onorato l'impegno assunto dall'Italia in sede di adesione alla Convenzione sui diritti del fanciullo di New York del 1989. Sono state introdotte nel capo del codice penale dedicato ai "delitti contro la libertà individuale" ed, in particolare, fra i "delitti contro la personalità individuale", le nuove fattispecie di reato di cui agli artt. 600 *bis* ("prostituzione minorile")¹, 600 *ter*², 600 *quater* ("pornografia minorile")³ e 600 *quinquies* ("iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile")⁴.

Con la legge 6 febbraio 2006 n. 38 "Disposizioni in materia di lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia anche a mezzo Internet" sono posti nuovi strumenti a disposizione delle forze di polizia e dell'autorità giudiziaria impegnati nell'attività di prevenzione e di repressione dello sfruttamento sessuale dei minori e della pedopornografia anche a mezzo Internet, con il diretto coinvolgimento di tutti quei soggetti, pubblici e privati, che possono svolgere un ruolo prezioso nell'azione d'individuazione e di blocco dei siti telematici che diffondono materiale pedopornografico e in quella di contrasto della commercializzazione *on line* del materiale stesso.

La nuova serie di delitti introdotti dalle leggi ricordate in precedenza, si pongono in questo ordine di relazione con la normativa internazionale: gli artt. 600 *bis* 1 co. c.p., 600 *ter* c.p., 600 *quinquies* c.p., 600 co. 3 c.p., 601 co. 2 c.p. e 602 co. 3 c.p. (abrogato) costituiscono la diretta applicazione della Convenzione sui diritti del fanciullo. Gli artt. 602 *bis* co. 2 c.p. (abrogato) e 600 *quater* c.p. sono stati previsti in seguito al già menzionato Programma di azione allegato alla Dichiarazione finale della Conferenza di Stoccolma e in ottemperanza dell'invito formulato dal Parlamento europeo nella Risoluzione 12/12/96. Il delitto previsto all'art. 600 *quater*.1 c.p. ("pornografia virtuale") trova, invece, piena previsione a livello di legislazione di cornice nella Convenzione sul *cybercrime* e nella Decisione Quadro del Consiglio d'Europa sulla medesima materia. Mentre l'art. 609 *undecies* c.p. costituisce il recepimento della convenzione di Lanzarote.

¹ "È punito [...] chiunque: a) recluta o induce alla prostituzione una persona minore degli anni 18; b) favorisce, sfrutta, gestisce, organizza o controlla la prostituzione di una persona di età inferiore agli anni 18, ovvero altrimenti ne trae profitto [...]"

² "È punito [...] chiunque: a) utilizza minori di anni 18, realizza esibizioni o spettacoli pornografici ovvero produce materiale pornografico; b) recluta o induce minori di anni 18 a partecipare a esibizioni o spettacoli pornografici ovvero ne trae altrimenti profitto [...]"

³ "Chiunque consapevolmente si procura o detiene materiale pornografico realizzando utilizzando minori degli anni 18 è punito [...]"

⁴ "Chiunque organizza o propaganda viaggi finalizzati alla fruizione di attività di prostituzione minorile è punito [...]"

La tematica della pedofilia *online* è stata oggetto anche della legge 18 marzo 2008 n. 48 di ratifica alla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica adottata a Budapest il 23 novembre 2001, la quale ha introdotto nella materia significative novità a livello processuale attraverso l'inserimento, nell'art. 51 del codice di procedura penale, del comma 3-*quinquies*⁵ che attribuisce all'Ufficio del pubblico ministero presso il capoluogo del distretto (procure distrettuali) la competenza in ordine ai reati informatici e in materia di pedopornografia. Una competenza che riguarda non solo le fattispecie di reato dei *computer crime* in senso stretto, ma anche quelle disciplinate dagli artt. 600 *bis*, *ter*, *quater* e *quinquies*.

Un ulteriore passo in avanti in materia di protezione dei minori contro lo sfruttamento sessuale e l'abuso dei minori è stato fatto con l'approvazione della Convenzione di Lanzarote, nel 2012. Si tratta di un documento con il quale i paesi aderenti si impegnano a rafforzare la protezione dei minori adottando criteri e misure comuni sia per la prevenzione del fenomeno degli abusi, sia per il perseguimento dei reati, nonché per la tutela delle vittime. Tra le novità, entra a far parte nel nostro codice penale la parola "pedofilia". Con l'introduzione del nuovo articolo 414 *bis*, infatti, l'"*istigazione a pratiche di pedofilia e di pedopornografia*" sarà punita con la reclusione da un anno e sei mesi a cinque anni (1° comma). Alla medesima pena sarà sottoposto anche chi "*pubblicamente, fa apologia di questi delitti*" (2° comma). Non potranno essere invocate "*a propria scusa, ragioni o finalità di carattere artistico, letterario, storico o di costume*" (3° comma).

Oltre alle fattispecie di reato più diffuse in questo campo (abuso sessuale, prostituzione infantile, pedopornografia, partecipazione coatta di bambini a spettacoli pornografici), il provvedimento disciplina i reati di *grooming* (l'adescamento attraverso internet e *offline*) che è una vera e propria novità nel nostro ordinamento, e di turismo sessuale. La convenzione delinea inoltre misure preventive che comprendono il reclutamento e l'addestramento di personale che possa lavorare con i bambini al fine di renderli consapevoli dei rischi che possono correre.

Il provvedimento interviene anche sul tema delle misure di prevenzione personali, con particolare riferimento al divieto di avvicinamento a luoghi abitualmente frequentati da minori. La convenzione limita anche la concessione di benefici penitenziari ai condannati per delitti di prostituzione minorile e pedopornografia, nonché di violenza sessuale. Ammette inoltre al gratuito patrocinio, anche in deroga ai limiti di reddito, le persone offese dai suddetti delitti.

Il bene giuridico tutelato dall'ordinamento.

⁵ "Quando si tratta di procedimenti per i delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 414 *bis*, 600 *bis*, 600 *ter*, 600 *quater*, 600 *quater* 1, 600 *quinquies*, 609 *undecies*, 615 *ter*, 615 *quater*, 615 *quinquies*, 617 *bis*, , 617 *ter*, 617 *quater*, 617 *quinquies*, 617 *sexies*, 635 *bis*, 635 *ter*, 635 *quater*, 640 *ter* e 640 *quinquies* del codice penale, le funzioni indicate nel comma 1, lettera a), del presente articolo sono attribuite all'ufficio del pubblico ministero presso il tribunale del capoluogo del distretto nel cui ambito ha sede il giudice competente."

Le fonti internazionali utilizzano il termine “fanciullo” per far riferimento ai minori di anni diciotto. Il nostro ordinamento, non si limita a recepire tale nozione, ma la specifica operando una differenziazione di tutela in base alla diversa fascia di età (ad esempio nell’art. 600 *bis* 2 co.). La legge del 1996 sulla violenza sessuale prevede una tutela assoluta degli infraquattordicenni (a prescindere dall’utilizzo di violenza o minaccia) e una tutela relativa degli ultraquattordicenni. Ciò si spiega in considerazione del fatto che il bene tutelato è la libertà sessuale, conseguentemente, ritenuto il quattordicesimo anno l’età del consenso sessuale, si ritiene doveroso tutelare maggiormente l’infraquattordicenne.

Più rigida è invece la legge del 1998 che conferisce una tutela assoluta al minore di anni diciotto indipendentemente dall’età precisa⁶. Una scelta così drastica è dettata, in primo luogo, dal rispetto degli obblighi internazionali che da questo punto di vista si muovono in una direzione di tutela concorde e, in seconda battuta, dalla volontà di condannare nella maniera più ferma possibile i fenomeni di prostituzione minorile crescenti in tutto il mondo anche grazie all’espansione di efficacia spaziale della legge penale. Queste scelte hanno scaturito sia consensi che perplessità in dottrina, chi era a favore dell’impostazione più rigorosa riteneva fuorviante considerare la prostituzione, e quindi la mercificazione del proprio corpo, come un’autodeterminazione sessuale tollerabile, i critici invece hanno sostenuto la possibilità di disposizione a fine di lucro della propria sessualità e che quindi fosse più logica una differenziazione tra infraquattordicenne e ultraquattordicenne.

Per quanto riguarda l’oggetto della tutela, una dottrina autorevole⁷ sostiene che la natura plurioffensiva di questi illeciti giustifica l’inserimento di tali fattispecie nel Capo III, intitolato “*Dei delitti contro la libertà individuale*”, di cui agli artt. 609 *bis* c.p. - 609 *octies* c.p. . Queste non devono essere ricondotte a una rappresentazione della riduzione in schiavitù, bensì ai delitti contro l’intangibilità e libertà sessuali. Il legislatore distingue quindi le fattispecie che tutelano i beni finali da quelle che tutelano beni intermedi o strumentali quali lo sfruttamento commerciale del minore, la detenzione di materiale pedopornografico o la pornografia virtuale. Il disegno del legislatore risente delle politiche internazionali in quanto decide di punire attività distanti e prodromiche dello sfruttamento sessuale. Siffatta impostazione, andando a colpire i comportamenti di devianza sessuale in via anticipata, prima ancora che si realizzino, ha il fine di prevenire la lesione del minore⁸.

Le fattispecie incriminatrici che sono state progressivamente introdotte non rispondono tutte in modo omogeneo alla stessa identica *ratio*, bensì vanno a tutelare beni giuridici differenti. Tali norme sono state inserite nel tessuto del codice al fine di contrastare una progressione omogenea di offese ai diritti del fanciullo. Questa progressione è finalisticamente orientata al bene finale, attraverso il passaggio della messa in pericolo e l’offesa di beni giuridici intermedi o strumentali, attinenti al fanciullo. L’ordinamento individua un ventaglio di fattispecie di reato che:

- tutelano solo beni strumentali, quali la moralità sessuale, sia pure in vista della tutela di beni ulteriori (non è, difatti, possibile rinvenire un’oggettività di tutela ulteriore alla moralità sessuale rispetto alla mera detenzione di materiale pornografico o alla pornografia virtuale, di cui agli artt. 600 *quater* e *quater-1* c.p.);
- sono finalizzati a proteggere beni intermedi come lo sviluppo psicofisico del fanciullo nella sfera sessuale;

⁶ Brunelli D., *Bene giuridico e politica criminale nella riforma dei reati a sfondo sessuale*, in AA. VV., *I reati sessuali*, Coppi, 2000,

⁷ Mantovani F., sostiene che la “*collocazione dei nuovi delitti tra i delitti contro la personalità individuale: a) è del tutto giustificata rispetto ai due delitti degli artt. 600 *bis*/1 e 600 *ter*/1; (...) b) è spiegabile rispetto agli altri delitti degli artt. 600 *bis*/2, 600 *ter*/2, 3/4, 600 *quater*, 600 *quater.1*, 600 *quinquies*”*

⁸Mantovani F., *Diritto penale*, 2008

- proteggono beni finali quali la libertà della personalità individuale e l'intangibilità sessuale. Intangibilità che deve essere considerata nella sua integrità in quanto la vittima, vista la minore età, è in una fase molto delicata di sviluppo della sfera sessuale.

Inoltre il legislatore, incriminando fattispecie contenenti espressamente il riferimento allo “sfruttamento” del minore infradiciottenne (art. 600 *bis*, 1° e 2° co. c.p.), all’“utilizzo” (in luogo della vecchia dizione dello “sfruttamento”) del minore per fini commerciali (art. 600 *ter*, 1° co. c.p.), al “fare commercio” (art. 600 *ter*, 2° co. c.p.), o comunque ad un rapporto sinallagmatico tra prestazione sessuale in cambio di denaro o altra utilità economica (art. 600 *bis*, 2° co. c.p.), ovvero ancora al realizzare iniziative di turismo sessuale per la fruizione di attività di prostituzione minorile (attività, cioè, che presentano una immancabile componente commerciale o comunque lo sfruttamento commerciale del minore) va a tutelare il diritto del minore a non essere sfruttato commercialmente nella sfera sessuale. Lo stesso quando la repressione riguarda fatti che apparentemente sembrano distanti da una logica economica come per l’offerta o cessione ad altri, anche a titolo gratuito, di materiale pornografico (art. 600 *ter*, 4° co. c.p.), la mera detenzione del materiale stesso o la pornografia virtuale. In tutte queste ipotesi il fine è sempre quello di punire in via anticipata i comportamenti sessuali nei confronti dei minori, così da spezzare il circuito pedofilo ed impedire così che altri soggetti possano approfittare delle pulsioni sessuali del pedofilo stesso, per arricchirsi a scapito dei minori sfruttati.

Sempre in ottica di tutela anticipata, il legislatore ha previsto la fattispecie dell’adescamento all’art. 609 *undecies*. Già dalla collocazione sistematica della norma incriminatrice (posta a chiusura della sezione II, dedicata ai “delitti contro la libertà personale”, del capo III, del titolo XII del libro secondo del codice penale), si evince che il legislatore non ha voluto tutelare in via anticipata soltanto i beni giuridici “finali” protetti dai reati-fine la cui commissione l’adescatore persegue con la sua condotta-base di adescamento, ma anche, e prima ancora, l’integrità psichica (o libertà morale, secondo l’accezione del codice penale⁹) del minore infradecenne: vale a dire la sua libertà di autodeterminazione in modo libero e secondo motivi propri.

Il minore per la sua giovane età è maggiormente vulnerabile ed incapace di difendersi da comportamenti artificiosi, lusinghieri o minacciosi¹⁰. L’ordinamento individua nella libertà di autodeterminarsi il bene giuridico, il quale non viene tutelato in assoluto, ma soltanto rispetto a specifiche modalità di lesione¹¹. Per una corretta individuazione del bene giuridico tutelato occorre tener conto, però, non solo del fatto-base oggettivamente descritto, ma anche della finalità soggettiva tipica (c.d. dolo specifico) che concorre ad integrare la descrizione nella norma. L’offesa, in termini di pericolo concreto, per l’integrità psichica e la libertà di scelta del minore deve realizzarsi mediante atti idonei e diretti a “*carpire*” la sua “cooperazione artificiosa” attraverso modi particolarmente insidiosi (“*artifici*” o “*lusinghe*”) o coercitivi (“*minacce*”)¹² L’adescamento, quindi, acquista rilevanza penale in quanto viola il normale e corretto svolgimento dei rapporti sociali tutelati ed in specie di quelli con i minori infradecenni, quale categoria di soggetti che per le loro caratteristiche (di età, immaturità, ecc.) necessitano di una particolare tutela da parte dell’ordinamento nell’ambito della estrinsecazione della loro libertà di autodeterminazione.

⁹ Flick G.M., *Libertà individuale: “la contrapposizione codicistica tra libertà personale e libertà morale è più apparente che reale”*

¹⁰ Picotti L., *I diritti fondamentali nell’uso e abuso dei social network. Aspetti penali*, in *Giur. mer.*, n. 12, 2012

¹¹ Usai A., *Profili penali dei condizionamenti psichici. Riflessioni sui problemi penali posti dalla fenomenologia dei nuovi movimenti religiosi*, 1996

¹² Pestelli G., *Diritto penale e manipolazione mentale: tra vecchi problemi e prospettive de jure condendo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009

La tutela del bene giuridico “intermedio” della libertà psichica, rispetto a condotte di adescamento che rappresentano un pericolo concreto di offesa, che si perfezionerebbe carpando effettivamente la “*fiducia*” (meglio: ottenendo la “cooperazione artificiosa”) del minore, garantisce, indirettamente o di riflesso, una maggior protezione, seppur in via ancor più anticipata, dei beni giuridici “finali” tutelati dai reati-fine (sano ed armonioso sviluppo psico-fisico e sessuale dei minori, integrità e libertà sessuale, dignità della persona, *status libertatis*, ecc.) la cui commissione il soggetto agente persegue con la condotta-base di adescamento. Rispetto a questi ultimi interessi, la tutela penale interviene in una fase ulteriormente arretrata, cioè a livello di mera esposizione a pericolo indiretta. La possibilità di autodeterminarsi senza illecite interferenze esterne, realizzate mediante modi subdoli o minacciosi che vanno ben oltre i normali e fisiologici condizionamenti sociali ed interpersonali, viene protetta in quanto presupposto essenziale affinché il minore non sia coinvolto a partecipare, meglio cooperare artificialmente al suo stesso abuso sessuale o sfruttamento e possa formare liberamente la sua volontà e personalità

I protagonisti della vicenda criminosa.

Come abbiamo visto il Legislatore ha previsto una serie di fattispecie che, per garantire una effettiva tutela al minore, individuano non solo una serie eterogenea di beni giuridici, ma anche una variegata tipologia di autore. In questo modo non si va ad incriminare solamente il pedofilo che da sfogo materiale alle proprie pulsioni, ma anche chi approfitta di tale condizioni a fine di lucro. Occorre, infatti, distinguere, tra gli autori dei reati, il semplice “detentore” nell’ipotesi dell’incriminazione della mera detenzione, dallo sfruttatore e dall’organizzatore del turismo sessuale, mentre anche il “cliente” è considerato punibile dopo la scelta politico-criminale operata dal legislatore del 1998, infine profili problematici si pongono anche in ordine alla possibile responsabilità penale del “provider”, cioè del rogatore materiale del servizio telematico. Delicati profili interpretativi pone anche la figura della vittima, perché si tratta di stabilire se occorra riferirsi alla nozione di fanciullo o più propriamente del minore di quattordici, sedici e diciotto anni. Rispetto a quest’ultimo profilo delicate questioni ermeneutiche si pongono anche in relazione al cd. *error aetatis* e al consenso della vittima.

a) Le varie tipologie di autore:

Assodata l’esistenza di una moltitudine di incriminazioni, possiamo individuare una serie di tipi di autori con specifiche caratteristiche criminologiche. Pensiamo all’ipotesi di prostituzione minorile, qua la legge distingue chi induce all’attività illecita la vittima, chi la sfrutta e che favorisce della prostituzione. Il Legislatore del 1998 non ha pensato però di distinguere il trattamento sanzionatorio tra le diverse figure di autori e le rispettive condotte incriminate.

Problemi di legittimità pone, in questo quadro, la punizione del mero detentore di materiale pedopornografico, in base al disposto dell’art. 600 *quater* c.p. Infatti, già con la legge del 1998 (e l’opzione è stata ribadita anche con il più recente intervento normativo costituito dalla l. n. 38 del 2006), era stata posta la questione della scarsa od esigua carica di offensività rintracciabile nella condotta di chi si limiti semplicemente a procurarsi o, addirittura, a disporre di materiale pornografico. Simili soggetti non compierebbero condotte che siano anche solo potenzialmente lesive della dignità dei minori, non aggravandone o approfondendone l’offesa, rispetto alla differente condotta della produzione del

materiale stesso¹³. Questa impostazione si pone di difficile congruità con il principio di “necessaria offensività dell’illecito penale”, perché attraverso l’incriminazione strumentale e prodromica della mera detenzione si vuole impedire la progressione dell’offesa verso piani più rilevanti quali quello dello scambio, del commercio e della produzione del materiale stesso. Prima di tutto, il punire il semplice detentore rischia di “fissare” la *ratio* dell’incriminazione sulla stigmatizzazione di certe abitudini che, per quanto discutibili sul piano etico e morale, appartengono alla sfera della vita privata degli individui, con un’evidente intrusione nelle scelte di autodeterminazione operate in ambito sessuale. Ciò costituirebbe una compressione del diritto della libera manifestazione del pensiero del diritto alla privacy comportando profili di legittimità costituzionale della norma incriminatrice sotto questo aspetto¹⁴, anche se la giurisprudenza di legittimità si è espressa per la legittimità della disposizione in parola¹⁵. In secondo luogo si è evidenziato¹⁶ che il mero detentore di materiale pedopornografico prodotto mediante lo sfruttamento sessuale dei minori, oltre a limitarsi a compiere un comportamento susseguente la lesione vera e propria dello *status libertatis* degli stessi minori, addirittura lo presuppone.

Su quest’ultimo, specifico punto la dottrina appare, peraltro, divisa. Da un lato vi è chi¹⁷ sostiene che si tratti di un reato di “pericolo indiretto”. Questa considerazione si basa sull’assunto che verrebbero punite condotte che, pur non essendo lesive del bene giuridico protetto e non costituendo nemmeno un diretto pericolo per lo stesso, unitamente al fatto che la detenzione è punita a prescindere dalla effettiva utilizzazione del materiale posseduto, realizzano comunque una situazione pericolosa per l’interesse tutelato; sicché se ne deduce la legittimità in quanto va a tutelare, seppur in via del tutto riflessa, il bene finale. D’altro canto c’è chi invece afferma¹⁸ che la fattispecie in questione rappresenta in realtà una semplice variante applicativa del delitto di ricettazione, classificandola tra i reati di danno in quanto consoliderebbe l’offesa al bene cagionata dal delitto presupposto.

Indipendentemente dalle varie interpretazioni, l’intenzione della riforma del 1998 con l’individuazione della figura del “mero detentore” era quella di influenzare in modo negativo la domanda di materiale pornografico minorile con la previsione della minaccia di pesanti sanzioni penali, inserendosi quindi in un’ottica di prevenzione generale al circuito dello sfruttamento sessuale minorile. Di fatto, attraverso l’incriminazione strumentale e prodromica della mera detenzione, si vuole impedire la progressione dell’offesa verso piani più rilevanti quali quello dello scambio, del commercio e soprattutto della produzione del materiale stesso.

Affermato che la punizione del “cliente” è giustificata dal ruolo che questi assume nel processo di mercificazione del minore. Il cliente, infatti, rappresenta “l’interfaccia”¹⁹ degli autori delle condotte di sfruttamento e favoreggiamento della prostituzione minorile, ed essendone i naturali complici sono anch’essi responsabili dello sfruttamento sessuale dei minori²⁰. E’ indubbio, infatti, che nella “catena” dello sfruttamento sessuale dei minori il ruolo “strategico” dei clienti risulta fondamentale per alimentare economicamente il mercato e, con esso, tutto il circuito di riduzione in schiavitù a fini prostituzionali o pedopornografici dei minori. È facile intuire come il legislatore abbia agito in una chiara finalità di prevenzione generale tesa ad impedire, già a monte, tutto il mercato che ruota intorno alla violenza sessuale nei confronti del minore, e al suo sfruttamento economico.

¹³ Mantovani F., *Diritto penale*, 2008

¹⁴ Ancora Mantovani

¹⁵ V. Cass. Pen., 12.11.2007,

¹⁶ Pistorelli L., in Dolcini-Marinucci (a cura di), *Codice Penale Commentato*, vol. II, 2 ed., 2006

¹⁷ Aprile S., *I delitti contro la libertà individuale*, 2006

¹⁸ Romano B., *Profili penalistici dell’abuso sessuale sui minori*, in *Dir. Fam.*, 1998.

¹⁹ Mengoni, *Delitti sessuali e pedofilia*, 2008

²⁰ ancora Mengoni

Discostandosi dalle prescrizioni sovranazionali e dalle condivisibili scelte adottate in molti ordinamenti stranieri (ad es. francese, belga, inglese, irlandese ed australiano), il nostro legislatore ha previsto (al pari di quello spagnolo, tedesco, austriaco, scozzese e canadese) che il soggetto attivo del delitto di adescamento possa essere «chiunque» e non soltanto un adulto. Tale scelta politico-criminale solleva notevoli perplessità, dal momento che estende l'ambito di applicazione della fattispecie incriminatrice anche ai minori imputabili, specie di età compresa tra i quattordici ed i diciotto anni (art. 98 c.p.). Dall'analisi criminologica è emerso come l'adescamento per scopi sessuali o di sfruttamento venga spesso commesso anche da adolescenti (*peer-to-peer grooming*). Questo non significa, tuttavia, che il ricorso al diritto penale sia lo strumento più idoneo per prevenire e reprimere tale fenomeno quando si realizzi tra coetanei o quasi coetanei, se la differenza di età è minima. Rispetto all'adescamento tra minori vengono meno le peculiari ragioni che giustificano l'incriminazione del *child-grooming*. Lo speciale disvalore oggettivo del fatto punito dall'art. 609 *undecies* c.p. deriva dall'abusivo approfittamento della situazione di vulnerabilità nella quale si trovano le vittime in ragione della loro giovane età ed immaturità. La fattispecie incrimina, dunque, l'esistenza di un rapporto intersoggettivo diseguale tra soggetto attivo (di regola un adulto) e quello passivo (un minore). Il primo, in ragione della sua maturità, può approfittare della ridotta o comunque indebolita capacità della giovane vittima di resistere a forme di condizionamento psicologico, poste in essere mediante mezzi ingannatori o minacciosi, e di controllare i suoi impulsi anche sessuali. Meglio, dunque, avrebbe fatto il legislatore a limitare la rilevanza penale della fattispecie di adescamento di minorenni alle condotte commesse dagli adulti. Si è sostenuto che, in linea con quanto stabilito dall'art. 609 *quater* co. 3, c.p. per gli atti sessuali tra minorenni, il fatto di adescamento non dovrebbe essere penalmente rilevante, qualora venga posto in essere allo scopo di avere un rapporto sessuale con un minore consenziente che abbia compiuto gli anni tredici, purché la differenza di età tra quest'ultimo ed il soggetto adescante non sia superiore ai tre anni²¹. Tale conclusione contrasta, però, con il dato normativo. La causa di esclusione della tipicità del fatto di cui art. 609 *quater* co. 3, c.p. non si applica nei casi in cui gli atti sessuali tra minorenni integrino l'ipotesi criminosa della violenza sessuale di cui all'art. 609 *bis* c.p.²²

Ai fini della sua configurabilità, il legislatore ha previsto che i rapporti sessuali tra coetanei, o quasi coetanei, debbano essere consenzienti, e quindi liberi da ogni forma di violenza, abuso o inganno. La condizione negativa per la non punibilità di tali atti non sussiste, però, nel caso dell'adescamento nei confronti di un minore che abbia compiuto i tredici anni da parte di un coetaneo o di un quasi coetaneo di età non superiore ai tre anni. Manca, invero, il consenso libero da parte della vittima, dal momento che l'agente, per "convincerla" a compiere o subire atti sessuali, ricorre ad artifici, lusinghe o minacce.

Soggetto passivo del delitto di adescamento sessuale è il minore infrasedicenne. Anche in questo caso il nostro legislatore non si è adeguato a quanto prescritto a livello sovranazionale. La Convenzione di Lanzarote, così come la direttiva 2011/93/UE, richiedono agli Stati membri di limitare l'ambito di applicazione del reato di *child grooming* ai casi in cui la vittima dell'adescamento non abbia raggiunto l'età per esprimere liberamente il consenso sessuale. In linea con tali indicazioni, si sarebbe dovuto restringere il novero dei soggetti passivi ai minori infraquattordicenni. La decisione del legislatore di innalzare a sedici anni l'età della vittima del *grooming*, al pari di quanto previsto in altri ordinamenti (ad es. belga, spagnolo, olandese ed inglese), appare però condivisibile, oltre ad essere in linea con la realtà criminologica. La maggiore vulnerabilità dei minori infrasedicenni deriva dal fatto che, in questa delicata fascia di età, sono ancora immaturi ed incapaci di esercitare un effettivo e pieno controllo sui loro istinti anche sessuali.

²¹ Piergallini C., Viganò F., Vizzardi M., Verri A., *I delitti contro la persona*, in *Trattato di diritto penale*, 2015

²² Bertolino M., *La riforma dei reati di violenza sessuale*, in *St. Iuris*, 1999

Infine, sempre sulla base di quanto previsto a livello politico-criminale internazionale, il legislatore individua una responsabilità penale anche nei confronti del provider, cioè il rogatore materiale del servizio. L'*Internet Service Provider (ISP o Provider)* può essere definito come quel soggetto che esercita un'attività imprenditoriale che offre agli utenti la fornitura di servizi inerenti Internet, i principali dei quali sono l'accesso a Internet, la posta elettronica e i contenuti. La Giurisprudenza²³ li distingue in diverse tipologie in base al servizio che viene offerto e, conseguentemente, individua diverse aree di responsabilità per ognuno.

L'*Access Provider* individua il soggetto che consente all'utente l'allacciamento alla rete telematica. Il compito dell'*Access Provider* è per lo più quello di accertare l'identità dell'utente che richiede il servizio, di acquisirne i dati anagrafici, e, quindi, di trasmettere la richiesta all'*Autorithy* Italiana affinché provveda all'apertura del relativo sito web. L'*Access Provider* può anche limitarsi a concedere al cliente uno spazio, da gestire autonomamente sul disco fisso del proprio elaboratore. Il *Caching Provider*, che mette a disposizione uno spazio web attraverso la memorizzazione "temporanea" di informazioni, e l'*Hosting Provider* che mette a disposizione uno spazio web attraverso la memorizzazione "duratura" delle informazioni e consentono ai *Content Provider*²⁴ di pubblicare su internet il proprio sito mediante l'utilizzo di spazio web offerto con il loro server.

Il nostro ordinamento disciplina il regime di responsabilità applicabile ai *Provider* agli artt. 14, 15, 16, e 17 del D.lgs 70/2003, in attuazione della direttiva 2000/31/CE. Nello specifico:

- L'art. 14 si occupa di delineare le responsabilità dell'*Access Provider*. Tale responsabilità è attenuata a determinate condizioni ovvero che il Provider mantenga posizione terza, ovvero a) non dia origine alla trasmissione; b) non selezioni il destinatario della trasmissione; c) non selezioni né modifichi le informazioni trasmesse.
- L'art. 15 disciplina la responsabilità del *Caching Provider*, cioè dell'intermediario che svolge attività di memorizzazione automatica, intermedia e temporanea delle informazioni messe a disposizione di terzi: anche per tali soggetti viene delineata una esenzione di responsabilità a condizione che non modifichino le informazioni, si conformino alle norme di aggiornamento delle informazioni, indicate in un modo ampiamente riconosciuto e utilizzato dalle imprese del settore, non interferiscano con l'uso lecito di tecnologia ampiamente riconosciuta e utilizzata nel settore per ottenere dati e agiscano prontamente per rimuovere le informazioni che hanno memorizzato, o per disabilitare l'accesso, non appena vengano effettivamente a conoscenza della rimozione delle informazioni dal luogo dove si trovavano inizialmente o che l'accesso alle informazioni è stato disabilitato.
- L'art. 16 disciplina la posizione dell'*Hosting Provider*: quest'ultimo non sarà responsabile delle informazioni memorizzate, a carattere tendenzialmente duraturo, solo se nella fornitura del servizio non sia effettivamente a conoscenza del carattere illecito dell'attività o dell'informazione e che, non appena a conoscenza di tali fatti su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso.
- L'art. 17 del decreto una clausola generale di esclusione dall'obbligo di controllo generalizzato: infatti tale norma stabilisce che non sussiste per il prestatore del servizio un obbligo di sorveglianza sulle informazioni che trasmette e/o che memorizza tramite e sulla rete, né vi è

²³ Sentenza n. 331/2001 del Tribunale di Bologna

²⁴ È l'operatore che mette a disposizione del pubblico informazioni ed opere caricandole sulle memorie dei *computers server* e collegando tali *computers* alla rete. *Content provider* è anche chi si obbliga a gestire e ad organizzare una pagina web immessa in rete dal proprio cliente

un obbligo per lo stesso di ricercare attivamente fatti o circostanze che evidenziano attività illecite. Si impone, però, agli ISP di informare immediatamente l'autorità giudiziaria o amministrativa, qualora vengano a conoscenza di comportamenti illeciti di un destinatario del servizio, e di fornire, se richiesti dalle autorità competenti, le informazioni in possesso che consentano di identificare, inibire e prevenire le condotte contrarie alle norme di legge.

Ciò che risulta lampante dalla scelta del Legislatore, nella formulazione delle fattispecie a tutela del minore, è la decisione di voler sanzionare non solamente colui che trova nel minore una realizzazione del proprio piacere sessuale, ma anche chi sfrutta tale inclinazione.

b) L'importanza del ruolo della vittima:

L'età della persona offesa è inevitabilmente un elemento costitutivo di questa tipologia di reati, può qualificare il fatto o addirittura determinare l'*an* dell'incriminazione. Il legislatore differenzia il minore di anni quattordici dal minore sopra quattordicenne, conferendo al primo una tutela assoluta e riservando al secondo una tutela relativa (essendo, come già detto, questo dotato della capacità di disporre della propria sessualità) fondata su una valutazione, caso per caso, del consenso prestato. Conseguentemente, il difetto di consapevolezza da parte dell'autore della vera età della vittima fa venir meno sia il movente che lo specifico elemento doloso. Nell'ipotesi in cui l'autore, erroneamente, considerasse la vittima infradiciottenne, non risponderebbe dei reati sessuali di cui agli artt. 600 *bis* e ss c.p., ma di quelli agli artt. 609 *bis* e ss c.p. laddove vi siano gli elementi costitutivi, in quanto l'impianto normativo in oggetto non conferisce tutela ai maggiori di anni diciotto.

La riforma del 1998 è però carente per quanto riguarda l'aspetto dell'inescusabilità, non conformandosi a quanto previsto dall'art. 609 *sexies* c.p.²⁵ A tale lacuna il legislatore ha rimediato con l'aggiunta del 602 *quater*, con la legge n. 172/2012, che prevede che il colpevole non possa invocare a propria scusa l'ignoranza dell'età della persona offesa, “*salvo che si tratti di ignoranza inevitabile*”²⁶.

Così facendo si va a offrire un tutela meno rafforzata al minore, ma, simultaneamente, si configura una previsione più aderente al principio di personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27 Cost. co. 1²⁷, soprattutto quando la minore età è un elemento costitutivo del reato. Secondo la giurisprudenza di legittimità, detta ignoranza inevitabile non può fondarsi soltanto, ed essenzialmente, sulla dichiarazione della vittima di avere un'età superiore a quella effettiva, essendo richiesto a chi si accinga al compimento di atti sessuali con un soggetto che appare di giovane età un “impegno” conoscitivo proporzionale alla presenza dei valori in gioco. Ciò significa, in altri termini, che per esplicitare efficacia scusante (e, dunque, per assumere i connotati della c.d. inevitabilità), l'ignoranza dell'età della persona offesa non deve essere imputabile a leggerezza dell'agente²⁸.

Uno dei profili problematici che si pone è senza dubbio rappresentato dalla questione dell'*error aetatis*. Si tratta, infatti, di coniugare il dolo generico che denota l'atteggiamento psicologico di questi reati, con il fine di lucro che talvolta costituisce il movente di detti crimini e con la consapevolezza da parte

²⁵ “*Quando i delitti previsti negli articoli 609 bis, 609 ter, 609 quater, 609 octies e 609 undecies sono commessi in danno di un minore degli anni diciotto, e quando è commesso il delitto di cui all'articolo 609 quinquies, il colpevole non può invocare a propria scusa l'ignoranza dell'età della persona offesa, salvo che si tratti di ignoranza inevitabile.*”

²⁶ Si deve intendere come ignoranza inevitabile quella non rimproverabile quantomeno a titolo di colpa.

²⁷ Secondo quanto indicato dalla sentenza 322/2007 della Corte costituzionale

²⁸ Sez. . 3, 19192/2015

dell'autore dell'effettiva età della vittima. Infatti, come si è in precedenza evidenziato, dalla sussistenza di una certa età dei soggetti tutelati e, di riflesso, dalla coscienza di quest'età, dipendono non solo l'esatta qualificazione normativa del fatto, in termini di ipotesi di base o circostanza aggravante, bensì lo stesso *an* dell'incriminazione. Come ovvio, la minore età della vittima costituisce infatti il vero movente criminoso specifico di questi reati. Se, dunque, detta peculiare consapevolezza difetta nell'autore del fatto per un ragionevole errore sull'esatta valutazione dell'età della vittima, viene meno sia lo specifico movente che il sostrato psicologico che fa da base all'elemento doloso del crimine. Ora, l'errore di ritenere il soggetto non infradiciottenne esclude, come detto, il dolo dei reati in questione, sicché l'agente risponderà ai sensi dell'art. 47 c.p.²⁹, non del reato, ad esempio, dell'induzione alla prostituzione, bensì dei reati sessuali di cui agli artt. 609 *bis* e ss. c.p., sempre che ne sussistano gli elementi costitutivi.

²⁹ “L'errore sul fatto che costituisce il reato esclude la punibilità dell'agente. Nondimeno, se si tratta di errore determinato da colpa, la punibilità non è esclusa, quando il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo.
L'errore sul fatto che costituisce un determinato reato non esclude la punibilità per un reato diverso.
L'errore su una legge diversa dalla legge penale esclude la punibilità, quando ha cagionato un errore sul fatto che costituisce il reato.”