

LIBER AMICORUM ADELMO MANNIA

a cura di Vito Platano e Gianfranco Saffiotti

SAGESTUDI



PISA
UNIVERSITY
PRESS

Liber amicorum Adelmo Manna / a cura di Vito Plantamura e Giandomenico Salcuni. - Pisa : Pisa university press, 2020. - (Saggi e studi)

345 (WD)

I. Plantamura, Vito II. Salcuni, Giandomenico 1. Diritto penale - Scritti in onore

CIP a cura del Sistema bibliotecario dell'Università di Pisa

UPI

UNIVERSITY
PRESS ITALIANE

Membro Coordinamento
University Press Italiane

In copertina: *Ritratto di Francesco Carrara*, Wikipedia

© Copyright 2020 by Pisa University Press srl

Società con socio unico Università di Pisa

Capitale Sociale € 20.000,00 i.v. - Partita IVA 02047370503

Sede legale: Lungarno Pacinotti 43/44 - 56126 Pisa

Tel. + 39 050 2212056 - Fax + 39 050 2212945

press@unipi.it

www.pisauniversitypress.it

ISBN 978-88-3339-355-1

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633.

Le riproduzioni effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi - Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali - Corso di Porta Romana, 108 - 20122 Milano - Tel. (+39) 02 89280804 - E-mail: info@clearedi.org - Sito web: www.clearedi.org

INDICE

| | |
|---|----|
| Prefazione <i>Vito Plantamura, Giandomenico Salcuni</i> | 13 |
| Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico <i>Vito Plantamura</i> | 15 |
| Colpa cosciente e dolo eventuale: l'indistinto confine e crisi del principio di stretta legalità <i>Giandomenico Salcuni</i> | 17 |
| Introduzione <i>Donatella Curtotti</i> | 19 |
| Recidiva e colpevolezza d'autore: brevi note in merito all'incompatibilità costituzionale dell'odierno trattamento della ricaduta nel reato <i>Enrico Mario Ambrosetti</i> | 21 |
| La politica del governo Conte al tempo del Covid-19: alcune brevissime riflessioni <i>Elio Romano Belfiore</i> | 39 |
| Diacronia interpretativa dell'infermità di mente <i>Marta Bertolino</i> | 43 |

| | |
|--|-----|
| "Il bicchiere mezzo pieno". Un tentativo di lettura costruttiva delle Sentenze della Corte costituzionale in tema di favoreggiamento della prostituzione <i>Alberto Cadoppi</i> | 59 |
| La fisionomia dell'illecito penale preterintenzionale tra diritto vivente e prospettive di riforma <i>Stefano Canestrari</i> | 75 |
| Sanzioni per l'ente e fini della pena: qualche riflessione <i>Mauro Catenacci</i> | 87 |
| Appunti per un dialogo in tema di imputabilità e misure di sicurezza <i>Antonio Cavaliere</i> | 105 |
| Introduzione alla punibilità come quarto elemento del reato <i>Giovanni Cocco</i> | 117 |
| As cláusulas de valor nos crimes de furto qualificado e a reserva de lei em matéria penal <i>Josè de Faria Costa</i> | 131 |
| Il confine di carta. Prevenzione e punizione nel prisma della pericolosità da reato <i>Vincenzo Mario Domenico D'Ascola</i> | 147 |
| Legislatore e giudice: a ciascuno il suo <i>Giovannangelo De Francesco</i> | 185 |
| Fare cose con le parole. Breve recita in tre episodi: il Legislatore, il Giudice e il Cittadino <i>Ombretta Di Giovine</i> | 197 |

| | |
|--|-----|
| Reati contro la P.A. e riconoscibilità del precetto. L'imputazione del formante amministrativo e di quello giurisprudenziale <i>Massimo Domini</i> | 223 |
| Ancora sul diritto penale giurisprudenziale e sul ruolo della Cassazione <i>Giovanni Fiandaca</i> | 253 |
| Tra legge e giudice: sui limiti penali dell'esonero del sanitario per colpa lieve <i>Antonio Fiorella</i> | 269 |
| Norme penali "sostanziali", norme penali "processuali" e divieto di retroattività <i>Giovanni M. Flora</i> | 287 |
| La nuova dimensione internazionale ed economica della lotta alla corruzione: dal settore pubblico al settore privato <i>Luigi Foffani</i> | 303 |
| Paternalismo <i>hard</i> , paternalismo <i>soft</i> e antipaternalismo nella disciplina penale dell'aiuto al suicidio. Corte costituzionale e <i>Bundesverfassungsgericht</i> a confronto <i>Gabriele Fornasari</i> | 315 |
| <i>Sensemaking</i> e responsabilità penale nelle professioni sanitarie <i>Gabrio Forti</i> | 327 |
| Una antica rogatoria attiva ad Hong Kong: la capacità testimoniale del P.m. italiano tra prerogative nazionali e <i>lex loci</i> <i>Alfredo Gaito</i> | 341 |

Un nuovo capitolo nella tormentata storia normativa dell'abuso d'ufficio: a proposito del "decreto semplificazioni" (d.l. n. 76/2020) e della riforma dell'art. 323 c.p.

Gian Luigi Gatta

365

Note sulla punizione dell'ente evasore
Fausto Giunta

381

Quod non fecerunt Barberini fecerunt Barbari.

A proposito dell'art. 23 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76
Gaetano Insolera

391

Osservazioni in tema di colpa omissiva
Alessio Lanzi

397

L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la P.A.:
profili di illegittimità costituzionale
Vittorio Manes

401

Il principio di proporzionalità e la confisca
Anna Maria Maugeri

425

La singolare evoluzione del delitto di false comunicazioni sociali:
tra soluzioni legislative e diritto penale giurisprudenziale
Nicola Mazzacupa

439

La colpa grave del medico: dalla prospettiva dell'*ultra legem*
a quella dell'*ante litteram*
Enrico Mezzetti

459

Premesse politico-criminali e sistematiche della certezza della pena
Sergio Moccia

475

Adelfo Manna
Enzo Musco

487

Squalor legis. Il delitto di tolleranza abituale della prostituzione
Tullio Padovani

489

Punire e curare: tra incertezze scientifiche ed esigenze di riforma
Francesco Palazzo

505

Spillover 2020: il virus della comunicazione mediatica all'attacco
del diritto penale
Michele Papa

517

Reati sessuali e reati cibernetici. Fra tipicità ed offensività
Lorenzo Picotti

523

Nuove mafie silenziose e c.d. concorso esterno
Roberto Rampioni

537

La metamorfosi della colpa medica nell'era della pandemia
Lucia Riscato

553

La liberazione dalla recidiva nel giudizio di cognizione
Mauro Ronco

565

Codice penale, riserva di codice e riforma dei delitti contro
la persona
Sergio Seminara

577

Falso per omissione e falso implicito in atto pubblico.
La prassi più che la legge
Andrea Sereni

623

La tutela penale della pubblica amministrazione: *prima ratio?*
Luigi Stortoni

649

Reati sessuali e reati cibernetici. Fra tipicità ed offensività

Lorenzo Picotti

Sommario: 1. Per l'amico Adelmo. - 2. La configurabilità degli atti sessuali anche in assenza di contatto fisico con la vittima. - 3. L'offesa del bene giuridico e la tipicità del fatto di reato. - 4. La struttura oggettiva del fatto tipico: relazione interpersonale di natura sessuale e momento consumativo del delitto. - 5. Spunti per ulteriori confronti.

1. Per l'amico Adelmo

Nell'ormai non più breve percorso della nostra vita accademica, e non solo, le occasioni di incontro, condivisione, discussione, contrapposizione, critica anche aspra, in un contesto però di sempre fraterna simpatia ed amicizia, rafforzata dagli anni, sono state tante, risalendo ai tempi della giovanile frequenza del *Max-Planck Institut* di Freiburg, quando eravamo muniti di grandi entusiasmi, speranze, progetti, fiducia negli sviluppi futuri (oltre che di chitarra, scarpette da calcio, racchette da tennis, sci, storie con cui lenire i timori e le paure che pur ci prendevano per le incertezze di un percorso da poco iniziato). Ed un terreno in cui si sono incrociati i nostri sforzi di ricerca scientifica e di serrato confronto di idee e di posizioni è stato quello dei delitti sessuali, cui si è presto aggiunto - per l'inarrestabile evoluzione del settore - quello dei reati informatici.

Ecco quindi che mi sembra di sicuro significato, per esprimere la mia amicizia e confido anche il mio dissenso dalle posizioni di Adelmo Manna,

che onoriamo con questi scritti, il tema di delitti sessuali¹ commessi tramite i moderni mezzi tecnologici di comunicazione a distanza, vale a dire nel *cyberspace*².

2. La configurabilità degli atti sessuali anche in assenza di contatto fisico con la vittima

Lo spunto viene da una recente sentenza della Corte di Cassazione, che ha confermato in punto di diritto, seppur con succinta motivazione, un'ordinanza del Tribunale del riesame di Milano, secondo cui la fattispecie di cui all'art. 609-bis (violenza sessuale) aggravata ex art. 609-ter c.p. (in quanto commessa in danno di persona minore degli anni quattordici) è applicabile all'ipotesi di invio ad una ragazza da parte dell'agente di una foto erotica del proprio membro sessuale, con l'invito ad un commento, e la ricezione di un *selfie* della stessa, che si è ritirata senza reggisenò, ottenuta con la minaccia di pubblicare in Internet anche altre foto erotiche e messaggi scambiati in precedenza con lei.

La Cassazione ha affermato la correttezza in diritto di una tale qualificazione penale del fatto, richiamando la propria giurisprudenza, formatasi in materia di violenza sessuale commessa mediante strumenti di comunicazione a distanza, sia telefonici che digitali, secondo cui la mancanza di contatto fisico fra l'autore del reato e la vittima non è determinante per escludere la sussistenza degli "atti sessuali" richiesti per integrare la fattispecie, perché – essendo pacifica la natura minacciosa

1. Fra in suoi primi interventi in materia cfr. MANNA, *La delinquenza sessuale: profili relativi alla imputabilità ed al trattamento sanzionatorio*, in *Ind. pen.*, 2004; LORUSSO, MANNA (a cura di), *L'abuso sessuale sui minori: prassi giudiziarie e novità normative introdotte dalla legge 38/2006 sulla pedopornografia*, Milano, 2007.

2. Cfr. MANNA, *Considerazioni sulla responsabilità dell'Internet Provider in tema di pedofilia*, in *Dir. inf.*, 2001; MANNA, RESTA, *I delitti in tema di pedopornografia alla luce della legge 38/2003. Una tutela virtuale?*, in *Dir. Internet*, 2006; MANNA, *La prima affermazione, a livello giurisprudenziale, della responsabilità penale dell'Internet provider: spunti di riflessione tra diritto e tecnica*, in *Giur. cost.*, 2010, 1856 s.; MANNA, *Società dell'informazione e diritto penale: problemi e prospettive (Information Society and criminal law: problems and perspectives)*, Intervento al Convegno "Verso il XIX Congresso Internazionale AIDP di Rio de Janeiro (settembre 2014): Società dell'informazione e diritto penale. Le sfide alla giustizia penale nel III millennio", Roma, 22 novembre 2013, in *Arch. pen.*, 2014, 340 s.

della condotta con cui le foto ed i messaggi sono stati ottenuti – è consumata l'offesa della sfera di libertà della vittima, coinvolta specificamente nella sua corporeità sessuale.

In particolare la Corte ha avvalorato l'orientamento interpretativo più recente secondo cui la nozione di "atti sessuali" – che compare non solo nella predetta, ma anche in altre fattispecie, sia in materia di delitti sessuali, che in materia di delitti di riduzione in schiavitù, prostituzione minorile, ecc. – va intesa in termini non meramente fisici o comunque comportanti la necessaria materialità di atti coinvolgenti parti di significato sessuale del corpo della vittima³, valorizzando lo specifico contesto di una persistente dolosa strumentalizzazione della posizione d'inferiorità della vittima da parte dell'agente, evidenziata (ai fini del pronunciamento sulle esigenze cautelari) anche dai comportamenti ulteriori dell'indagato, che aveva perpetrato le medesime condotte nei confronti di altre minori, dimostrando di non saper controllare le proprie pulsioni e continuando anche a minacciare le vittime e reiterare le proprie condotte mediante strumenti informatici.

Di qui la duplice conclusione che, da un lato, nelle acquisite comunicazioni di messaggi e immagini *whats app* appare chiara l'intenzione univoca dell'agente di soddisfare la propria concupiscenza, strumentalizzando la vittima minorenni, e, dall'altro, l'oggettiva idoneità della condotta a violare la libertà di determinazione della stessa vittima nella sfera sessuale.

3. L'offesa del bene giuridico e la tipicità del fatto di reato

La pronuncia, sia pur nella stringata brevità della motivazione di mero controllo del provvedimento reso in materia cautelare, offre lo spunto per un duplice ordine di considerazioni.

3. Il richiamo è in particolari a precedenti pronunce della stessa sezione, in cui il reo aveva ad es. tentato di indurre un minore a compiere sulla propria persona atti di autoerotismo mediante sms al suo telefono cellulare (Cass. sez. III, 3 dicembre 2018, dep. 2019, n. 12987, Brizio, rv. 243090 – 01), ovvero in cui l'agente aveva richiesto ad un minorenne di compiere atti sessuali, di filmarli ed inviarglieli immediatamente (Cass. 26 marzo 2013, n. 19033, L., rv. 255295 – 01), integrando il delitto di atti sessuali con minorenne (art. 609-quater c.p.), con condotta ritenuta non distinguibile da quelle in cui il minore compia gli atti sessuali durante una video-chiamata o una video-conversazione (Cass., 30 ottobre 2018, dep. 2019, n. 17509, D., rv. 275595 – 01).

Il primo attiene all'evidente impatto dell'irrompere delle tecnologie informatiche e telematiche nella configurazione delle condotte tipizzate in fattispecie legali concepite a prescindere o comunque senza debita considerazione delle nuove e sempre più sofisticate e diffuse modalità di comunicazione e di relazione interpersonale, lecita ed illecita, fra i consociati, minori compresi, che oggi si svolgono nel *Cyberspace*⁴.

Per cui non può sorprendere che ne sia stata investita anche la nozione di "atti sessuali", introdotta nel nostro codice penale dalla famosa riforma dei delitti sessuali del 1996, diretta a tutt'altro scopo: quello di superare la criticata dicotomia del codice Rocco fra "violenza carnale" (di cui all'abrogato art. 519 c.p.) ed "atti di libidine violenti" (di cui all'abrogato art. 521 c.p.), che rifletteva una concezione frammentata e materialistica del bene giuridico da proteggere, parametrata alla singolarità fisica degli atti posti in essere. Nella prospettiva di tutela pubblicistica ed eticizzante, caratteristica dello Stato autoritario del periodo fascista, espressa anche nella (ottocentesca) terminologia ancora mantenuta, di censura delle espressioni della sessualità 'non autorizzate' perché espliciti al di fuori della "legittima" sfera coniugale, era preminente il bene giuridico della "morale pubblica" e del "buon costume", rispetto a quello della libertà persona nella sfera sessuale⁵, come del resto emergeva chiaramente in alcune sintomatiche fattispecie, ad es. in quella di corruzione di minorenni (abrogato art. 530 c.p.), non punibile se la vittima fosse stata "persona già moralmente corrotta" (abrogato art. 530 co. 3, c.p.). Pertanto, si valutavano come meno offensivi i fatti che non realizzassero una materiale penetrazione del corpo altrui.

Ma mutata la prospettiva di tutela con la menzionata riforma del 1996, che ha superato quella dicotomia e ridescritto i reati sessuali includendoli sulla violazione della libertà di autodeterminazione della

4. Sia consentito e sufficiente in questa sede rinviare a Picorri, *Diritto penale e tecnologie informatiche: una visione d'insieme*, in *Cybercrime*, a cura di Cadoppi, Canestrari, Manna e Papa, Milano, 2019, 33 s.

5. Per riferimenti al riguardo sia consentito rinviare a Picorri, *Il delitto sessuale: da sfogo "non autorizzato" della libidine a "rapporto interpersonale" illecito. Spunti di riflessione sull'evoluzione e la riforma dei reati sessuali*, in *Commentario alle norme contro la violenza sessuale*, a cura di Cadoppi, 1ª ed., Padova, 1996, 419 s.

vittima in tale ambito, tanto da collocarli nel Titolo XII fra i "delitti contro la persona" ed in specie fra quelli del suo capitolo III, sezione II, concernente i "delitti contro la libertà personale"⁶, una speciale ed ancor più forte protezione penale è stata accordata ai minori, rafforzata anche da successivi e plurimi interventi novellistici, diretti a garantirli contro ogni forma di strumentalizzazione della loro sfera sessuale rispetto alla soddisfazione degli adulti o di terzi, in violazione del loro diritto fondamentale ad un libero ed equilibrato sviluppo in questo campo, confacente all'età ed alle esperienze da maturare, come solennemente riconosciuto nelle Convenzioni e nelle Carte internazionali, a partire da quella promossa dalle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1989 e relativi Protocolli addizionali⁷.

La nozione di "atti sessuali" si è quindi evoluta, abbracciando ogni manifestazione che potesse essere offensiva del bene giuridico personalistico – ed, anzi, diritto fondamentale del minore – superando le minuziose distinzioni delle singole tipologie di atti fisici o corporei, da valutare eventualmente in sede di commisurazione della pena o di applicazione di circostanze aggravanti od attenuanti, con un'incriminazione sempre più incisiva di delitti quali la pornografia minorile, finto virtuale, o l'adescamento di minori, la cui offensività prescinde da violazioni della fisicità corporea della vittima⁸.

6. Nella sterminata letteratura su detta riforma, basti qui rinviare a BERTOLINO, *La riforma dei reati di violenza sessuale*, in *Stud. Jur.*, 1996, 403 s.; PADOVANI, *Art. 1 l. 15/02/1996, n. 66, in Leg. pen.*, 1996, 413 s.; CADOPPI, *Art. 609-bis c.p.*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, a cura di Cadoppi, 4ª ed., Padova, 2006, 439 s.; volendo, per un primo bilancio sulla sua applicazione, Picorri, *Profili generali di diritto penale sostanziale, in La violenza sessuale a cinque anni dall'entrata in vigore della Legge n. 66/96. Profili giuridici e criminologici*, a cura di Cadoppi, Padova, 2001, 19 s.

7. Sia sufficiente qui richiamare il Protocollo opzionale alla Convenzione sui diritti del fanciullo, relativo alla vendita di minori, la prostituzione e la pornografia infantile (2000); la Convenzione sulla protezione dei minori contro lo sfruttamento sessuale e l'abuso sessuale promossa dal Consiglio d'Europa (c.d. Convenzione di Lanzarote del 2007); l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sui "diritti del bambino" cui si correla in particolare la Direttiva 93/2011/UE relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia infantile.

8. Per un quadro critico d'insieme sia consentito il rinvio a Picorri, *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 e Forti, Napoli, 2007, 1267 s.

In ogni caso, nell'intenso dibattito dottrinale e giurisprudenziale via via sviluppatosi sulla nozione di "atti sessuali" la sua potenziale indeterminazione, criticata da più parti, ha consentito una grande elasticità di applicazioni, che ha portato ad estenderla ben oltre l'ambito dei contatti corporali fra zone erogene quantomeno di una delle parti, come pur autorevolmente prospettato dai primi interpreti⁹, giungendo a ricomprendere, salvo sottili distinzioni da caso a caso, i baci, non solo sulla bocca, ma anche sul collo od altre parti, i tocamenti e palpeggiamenti di glutei od altre parti, le carezze non gradite, ad es. tra le gambe, ecc.¹⁰, data anche la mancata incriminazione di una fattispecie minore di molestie sessuali¹¹, che pur era stata caldeggiata, in uno sforzo ermeneutico che si è posto spesso ai limiti di applicazioni analogiche *in malam partem*.

Non può quindi stupire se oggi vengono a convivere, nella stessa previsione normativa, condotte materiali e condotte realizzate soltanto nel *Cyberspace*, come ben dimostra la menzionata e più recente fattispecie di adescamento di minori di cui all'art. 609-undecies c.p., risalente al 2012, che si pone come delitto preparatorio rispetto a molteplici fattispecie più gravi, comprendenti anche i "tradizionali" delitti sessuali (dalla violenza sessuale ex art. 609-bis ai rapporti sessuali con minorenni ex art. 609-quater c.p.), di cui non occorre quindi sia raggiunta la soglia del tentativo punibile¹².

9. CADOPPI, Art. 609-bis c.p., cit., 465 s., secondo cui occorrerebbe «il contatto fisico tra una parte qualsiasi del corpo di una persona con una zona genitale (compresa la mammella della donna), anale od orale del partner», cui segue un attento quadro critico dei variegati orientamenti giurisprudenziali e dottrinali all'epoca già emersi, fra cui va segnalato quello autorevole di FIANDACA, *Violenza sessuale*, voce in *Enc. Dir. Agg.*, IV, 2000, 1153 s., che sottolinea la natura non solo medico scientifica, ma anche antropologica, sociale, culturale della nozione, da adeguare al concreto contesto in una complessiva valutazione di tutta la vicenda sottoposta a giudizio.

10. Per un'esauritiva ed aggiornata rassegna della casistica giurisprudenziale in cui è stata affermata la sussistenza di "atti sessuali" si rinvia in questa sede, per ragioni di sintesi, a BAR. TOLINO, sub Art. 609-bis, in *Commentario breve al codice penale*, diretto da Forti, Seminarà Zuccalà, 6^a ed., Milano, 2017, par. III, 2017 s.; VIZZARDI, sub Art. 609-bis, in *Codice penale commentato*, III, diretto da Dolcini e Gatta, 4^a ed., Milano 2015, par. 14, 333 s.

11. Aspetto opportunamente sottolineato da TABARELLI DE FARIIS, *Sulla rilevanza penale del "bacio" come atto di libidine prima e dopo la riforma dei reati sessuali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 965 s.

12. SALVADORI, *L'adescamento di minori. Il contrasto al child-grooming tra incriminazione di atti preparatori ed esigenze di garanzia*, Torino, 2018.

In altri termini, la forte esigenza di protezione dei (fondamentali) beni giuridici in gioco, unita alla stratificazione di novelle legislative che spesso appaiono difettose sotto il profilo della tecnica normativa e della coerenza sistematica, ha portato a sfumare i confini della tipicità oggettiva delle singole fattispecie, non solo per l'elasticità di alcuni essenziali elementi, qual è quello basilare di "atti sessuali" di cui si discute, ma anche per la loro seriale vicinanza e talora sovrapposizione in ambito applicativo, che come perspicuamente segnalava un acuto penalista, di cui rimpiangiamo la recente prematura scomparsa, configurano un'insidiosa tecnica di aggiramento della tassatività, non ignota al codice Rocco¹³, e certamente presente anche nella legislazione in esame¹⁴.

In altri termini: il profilo sostanziale dell'offesa al bene giuridico sembra prevaricare o comunque sfumare il vincolo legale della tipicità del fatto costitutivo del reato di volta in volta da accertare.

E questa china rischia, come emerge fra le righe della pronuncia in commento, di favorire lo scivolamento verso un diritto penale d'autore, che innalzi la valutazione della personalità (ed eventuale pericolosità) del reo, pur doverosa in sede cautelare¹⁵, a criterio di accertamento del-

13. SGUIBBI, *Meccanismi di aggiramento della legalità e della tassatività nel codice Rocco*, in *La questione criminale*, 1981, 321 s.

14. Ne sia esempio paradigmatico la non facile demarcazione fra la configurabilità - anche nel caso di specie - del mero reato preparatorio di cui all'art. 609-undecies c.p. (adescamento di minori) ovvero del tentativo del delitto di violenza sessuale aggravata (ex art. 56, 609-bis e 609-ter c.p.), come prospettato dalla difesa, od invece dell'effettiva integrazione della predetta fattispecie consumata, come ritenuto in sentenza, con esclusione invece del delitto di atti sessuali con minorenni (ex art. 609-quater c.p.), pur astrattamente prospettabile, data la pacifica presenza della "minaccia", unitamente a quello di (concorso per istigazione in) produzione (ex art. 110 e 600-ter, co. 1 c.p.) e comunque detenzione di materiale pedopornografico (art. 600-quater c.p.). Incertezze che emergono in parte dalla stessa giurisprudenza precedente, richiamata dalla Corte, in cui si includono anche casi di condotte qualificate come mero tentativo (cfr. *supra*, nota 1). Sulla distinzione fra adescamento di minori e tentativo dei relativi reati-fine si rinvia a SALVADORI, *L'adescamento di minori*, cit., 139, nonché 162 s. per l'approfondimento dogmatico e politico-criminale; in giurisprudenza cfr. Cass., sez. III, 4 marzo 2015 (dep. 20 aprile 2015), n. 16329, in *Cass. pen.*, 2015, 11, 4042 s., con osservazioni di Rossi C., *Il reato di adescamento di minorenni ed il suo rapporto con i reati fine*.

15. Benché nella sentenza in commento tale torsione emerga a sostegno della conferma della misura cautelare in carcere, che legittimamente può tener conto dei profili di pericolosità soggettiva rispetto al rischio di commissione di delitti della stessa specie (art. 274, co. 1, lett. c) c.p.p.), tuttavia non si può non notare come tale valutazione finisca certamente per

la stessa condotta tipica, con un'inaccettabile "soggettivizzazione" degli elementi costitutivi della responsabilità penale.

Il pericolo da evitare è che si svuoti l'ancoramento garantista dell'intervento punitivo ai principi del diritto penale del fatto, e se ne perda la natura strettamente *oggettiva*, quale imprescindibile *fondamento* dell'offesa dei beni giuridici, fino ad operare un rovesciamento metodologico nel rapporto fra i due poli del reato, rappresentati dalla tipicità e dall'offensività.

4. La struttura oggettiva del fatto tipico: relazione interpersonale di natura sessuale e momento consumativo del delitto

Per evitare la china scivolosa sopra descritta, un fondamentale test che consente di cogliere la natura e struttura del fatto tipico è rappresentato dall'individuazione dogmatica (cui deve poter corrispondere l'accertamento processuale) del momento consumativo del reato. E muovendo dagli assunti di un diritto penale del fatto, esso non può che essere desumibile dalla sua *tipicità* necessariamente *oggettiva*, vale a dire espressa ed accertabile dall'*esterno* della psiche, della volontà, delle caratteristiche e tendenze personali dell'agente.

Un discostamento o comunque indebolimento del peso della tipicità oggettiva, derivante dalla denunciata "soggettivizzazione" della fattispecie in sede applicativa, comporta in effetti un'inaccettabile incertezza anche sul momento della consumazione del reato, che potrebbe dipendere dallo sviluppo od intensità di una certa intenzione o di un atteggiamento interiore, ovvero dal soddisfacimento o meno di pulsioni interne, financo inconse, od ancora dall'evolversi più o meno pericoloso di una personalità deviante o perversa.

Non appartiene a questa prospettiva "soggettivizzante" la ben distinta e condivisibile esigenza di garantire invece, nell'interpretazione della fattispecie, la più efficace tutela del bene giuridico protetto, da

avvalorare la distinta e previa fase di accertamento della sussistenza degli elementi costitutivi del fatto, ed in particolare di quello essenziale rappresentato dalla condotta tipica.

individuare alla stregua di collaudati canoni ermeneutici e sistematici, rappresentato nella specie dalla libertà di autodeterminazione sessuale della vittima, in particolare del minore. Essa può certamente essere messa in pericolo ed anche offesa profondamente da condotte che pur non si manifestino come contatti *fisici* con il suo corpo, o con quello di terzi, ma siano veicolate "soltanto" da strumenti telematici e da comunicazioni digitali, in termini sia verbali, sia di immagini fotografiche od in movimento, comprese video conversazioni, che possono in effetti invadere anche con forte intensità la sfera di intimità e di libertà sessuale della persona offesa.

Ebbene, rispettando la prospettiva di tutela delineata dal legislatore, che pur va via via *adeguata* alle nuove forme e tecniche di manifestazione e svolgimento dei rapporti sociali ed interpersonali nella pervasiva realtà digitale odierna, in cui sono immersi a pieno anche i minori, da un lato non può non considerarsi la 'smaterializzazione' in essa insita, che condiziona le modalità e le forme in cui si svolgono i rapporti anche di contenuto sessuale fra le persone, dall'altro non si deve perdere il contenuto di tipicità *oggettiva* del fatto di reato descritto dalla fattispecie legale.

Ne consegue che la descrizione legale della condotta: "*compiere atti sessuali*" va interpretata quale compiuta instaurazione di una *reale relazione sessuale*, coinvolgente la 'corporeità' dell'autore e della vittima, o quantomeno di quest'ultima (come negli atti di autoerotismo), od anche di terzi, ma non implica necessariamente un effettivo *contatto* fisico-materiale fra tali soggetti o su di loro.

Si badi: non viene abbandonata la distinzione fra la dimensione *oggettiva* ed esterna, che deve avere la condotta punibile, e la dimensione soltanto *psichica* della mera intenzionalità o finalità interiormente perseguita dall'agente, che aprirebbe ad un diritto penale della volontà, se non addirittura del tipo d'autore, quale spesso sembra emergere nel rilievo dato dalla giurisprudenza, compresa la pronuncia in commento, all'intento del reo di soddisfare i propri impulsi sessuali o di non saper controllare (secondo lo stereotipo del pedofilo) le proprie pulsioni nei rapporti con minori.

Già da tempo, fin dall'analisi della struttura delle fattispecie c.d. "a dolo specifico", ho cercato di evidenziare che è *oggettiva*, perché rile-

vante all'esterno dell'animo e della personalità dell'agente, la *relazione interpersonale* che sia da lui *realmente* instaurata con la vittima, la cui 'qualità', modalità e natura può integrare gli elementi costitutivi del fatto tipico¹⁶, anche della violenza sessuale¹⁷, di cui si discute, senza che per questo si abbia un'inaccettabile torsione 'soggettivizzante' della tipicità.

Il "fatto" non si esaurisce infatti in singoli atti frammentati, ricavabili *isolatamente* dalla definizione normativa, per cui la natura di "atti sessuali" potrebbe essere enucleata a prescindere dal contesto relazionale in cui sono posti in essere, da parte della vittima e/o da parte dell'agente. Essi devono piuttosto essere individuati, letti ed interpretati nel contesto significativo che assumono per le parti del *rapporto*, alla stregua della sua dinamica complessiva.

Dunque, nel caso di specie, l'atto di ritrarre il proprio organo sessuale ed inviarlo alla minore con richiesta di un commento, al pari di quello da quest'ultima compiuto, in un contesto temporale circoscritto, di esibire il seno ritraendosi con un *selfie* specificamente realizzato in risposta alla richiesta dell'agente di inviarglielo sempre via *whats app*, dimostra l'*oggettiva* instaurazione fra le parti di un rapporto di contenuto indubbiamente *sessuale*, che invade prepotentemente la sfera di intimità e di libera determinazione della minore, perché tali "atti" sono frutto della coercizione della sua volontà, realizzata tramite l'idonea minaccia posta in essere dal reo.

Si può allora concludere che nella risposta alla coercizione subita, che ha coinvolto la *corporeità sessuale* della vittima, sia pure in termini di immagine del proprio seno esibito e ritratto nudo, inviata all'agente, va individuato l'*oggettivo momento consumativo* della fattispecie, che realizza pienamente l'offesa (non la mera messa in pericolo) del bene giuridico protetto, perché *realmente* esprime la compiuta violazione del diritto fondamentale della minore ad una libera esplicazione ed evolu-

zione della propria sessualità, invece piegata e strumentalizzata per il soddisfacimento delle esigenze sessuali dell'adulto.

5. Spunti per ulteriori confronti

In conclusione, non potrebbe condividersi l'affermazione che possa integrare il delitto consumato di violenza sessuale e di atti sessuali con minore la mera redazione ed invio di messaggi e foto per *whats app*, pur sessualmente espliciti, ad una ragazza di minore età, che potrebbero integrare piuttosto l'ipotesi del delitto preparatorio di adescamento di minori.

Ma se nell'ambito, anche temporalmente circoscritto, di un *rapporto di coercizione* instaurato tramite contestuali minacce idonee a piegare la volontà ed a determinare le scelte di comportamento della minore, la stessa risponde inviando proprie foto, appositamente scattate e trasmesse, che ne ritraggono sue parti erogene, e con cui viene così soddisfatta la richiesta dell'agente, a sua volta di palese natura erotica, manifestata dai predetti messaggi e dall'invio in particolare di una foto del proprio organo sessuale, con richiesta di commentarla, la commissione di "atti sessuali" a seguito di violenza o minaccia può dirsi perfezionata.

Anche dal punto di vista dell'offesa al bene giuridico, la *condotta coartata* della vittima minorene dimostra l'avvenuta invasione della sfera intima della sua sessualità, in violazione dunque della sua fondamentale libertà di autodeterminarsi spontaneamente in questo campo, come garantisce il diritto ad un armonioso sviluppo della persona, confacente all'età ed alle esperienze che deve poter maturare liberamente in tale ambito.

Va condivisa infatti l'esigenza di un'interpretazione evolutiva delle norme penali, alla luce del dirompente sviluppo tecnologico e dei comportamenti sociali che ne sono conseguiti, come già in altri casi ha autorevolmente indicato la giurisprudenza della stessa Corte, in specie a Sezioni unite, con un approfondito e motivato richiamo alle ragioni giuridiche e tecniche a supporto di nuovi orientamenti interpretativi in materia di produzione e diffusione di materiale pedopornografico¹⁸.

16. Così Picornini, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli 'elementi finalistici' delle fattispecie penali*, Milano, 1993, in specie 536 s.

17. Ivi, 144 s., 149 seppur con riferimento alla disciplina normativa precedente la riforma del 1996.

18. Si veda l'estesa e ben argomentata sentenza della Cass., Sez. Un., 15 novembre 2018, n. 51815, Pres. Carcano, Rel. Andronico, in materia di produzione di materiale pedopornogra-

Mentre anche il richiamo al piano dell'*offesa* del bene giuridico rimane così nell'ambito proprio di un criterio ermeneutico, che non travalichi, ma sia strumentale alla corretta e precisa perimetrazione della *tipicità oggettiva* del fatto costitutivo del reato.

In altre occasioni, per vero, la stessa Corte di legittimità ha invece travalicato tale corretto rapporto, come quando ha voluto affermare che i dati informatici avrebbero una dimensione fisica e materiale, tale da renderli riconducibili alla nozione di "*cosa*", così da ritenere integrato il reato di appropriazione indebita, nella condotta di loro riproduzione su un diverso supporto, e contestuale cancellazione dal supporto originario, da parte dell'autore, che in tal modo se ne sarebbe assentimene "appropriato"¹⁹.

Il rischio concreto è che per adeguare il "diritto vivente" all'evoluzione tecnologica e sociale, si superino le barriere di garanzia del diritto penale, rappresentate *in primis* dal principio di stretta legalità e dal correlato divieto di estensione analogica, quantomeno *in malam partem*, potendo solo il legislatore intervenire per introdurre nuove fattispecie incriminatrici o riformare quelle esistenti, ai fini di adeguare la tutela alle nuove possibili offese, o modalità di offesa, come ad es. si è di recente verificato con la creazione dell'inedita fattispecie di *revenge porn*²⁰.

fico, pubblicata con mio commento sostanzialmente favorevole, *La pedopornografia nel Cyber space: un opportuno adeguamento della giurisprudenza allo sviluppo tecnologico ed al suo impatto sociale riflessi nell'evoluzione normativa*, in *Dir. Internet*, 2019, 1, 177 s.

19. Cfr. Cass, sez. II, 17 novembre 2019, dep. 10 aprile 2020, n. 11959/2020, secondo cui «i dati informatici, contenenti files, sono qualificabili come cose mobili ai sensi della legge penale, e, pertanto, costituisce condotta di appropriazione indebita la sottrazione da un personal computer aziendale, affidato per motivi di lavoro, dei dati informatici ivi collocati, provvedendo successivamente alla cancellazione dei medesimi dati ed alla restituzione del computer formattato» che può leggersi al sito dell'«Osservatorio Cybercrime» <<https://sites.les.univr.it/cybercrime/>>, *Alcuni Temi penalistici generali del Cybercrime*, con nota redazionale critica cui si rinvia; nonché *Dir. pen. proc.*, 2020, 5, 651 s. con commento critico di PISANI, *La nozione di "cosa mobile" ed effetti penali e i files informatici: il significato letterale come argine all'applicazione analogica delle norme penali*.

20. La fattispecie di cui all'art. 612-ter c.p. punisce la «diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti» ed è stata introdotta dalla legge 19 luglio 2019, n. 69 (c.d. *codice rosso*). Per un commento si rinvia a CALERVI, *Il "Revenge porn" diventa un reato specifico. Senato approva definitivamente il "Codice Rosso" e l'art. 612-ter c.p.: «diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti»*, in *Dir. Internet*, 2019.

Ma il giudice non può mai sostituirsi al legislatore in questo compito, e deve mantenere ed anzi evidenziare, nella sua preziosa opera *giuris-dizionale*, il chiaro confine fra i due ambiti di competenza, e riservargli il rigoroso spettro.

Conclusione su cui – nonostante l'auspicato dissenso sulla soluzione della questione qui concretamente esaminata, che mi auguro si estenda anche ad altri temi che possano essere oggetto di futura accesa discussione tra noi – sono invece certo di convergere con i convincimenti dell'Amico che festeggiamo, in quanto riflette il consolidato orientamento dei nostri indimenticabili Maestri²¹.

21. Il riferimento è ovviamente a Giuliano Vassalli e Franco Bricola e, in specie, alle loro fondamentali opere in materia di legalità e di riserva di legge: per tutte cfr. VASSALLI, *La legge penale e la sua interpretazione, il reato e la responsabilità penale le pene e le misure di sicurezza*, Milano, 1997; BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25, co. 2 e 3 della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *La questione criminale*, 1980, 179 s.



Il volume contiene i numerosi saggi che alcuni amici e colleghi del prof. Adelmo Manna – tutti professori ordinari di materie penalistiche – hanno voluto dedicargli. Il risultato è un volume collettaneo che spazia, senza mai ripetersi, tra i temi penalistici più attuali e discussi, con il rigore, la competenza e l'ampiezza di respiro che, del resto, non avrebbero potuto non contraddistinguere le più prestigiose e autorevoli voci del dibattito penalistico.

Vito Plantamura è Professore associato di Diritto penale – abilitato alla prima fascia di docenza –, nel Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università di Bari.

Giandomenico Salcuni è Professore associato di Diritto penale – abilitato alla prima fascia di docenza –, nel Dipartimento di Economia, Management e Territorio dell'Università di Foggia: entrambi sono allievi diretti dell'Onorando, Adelmo Manna, Professore ordinario di Diritto penale, nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Foggia.

