

PROPOSTE DI RIFORMA NEI DELITTI CONTRO LA SFERA SESSUALE DELLA PERSONA (*)

di Bartolomeo Romano

Abstract. Il settore dei “Delitti contro la sfera sessuale della persona” è tra quelli maggiormente frequentati dal legislatore, che ha prodotto una serie di interventi puntiformi e privi di una visione unitaria. Le principali modifiche normative (l. n. 66 del 1996; l. n. 269 del 1998; l. n. 228 del 2003; l. n. 38 del 2006; l. n. 38 del 2009; l. 15.7.2009, n. 94; l. 2.7.2010, n. 108; l. 1.10.2012, n. 172; l. 9.8.2013, n. 94; l. 15.10.2013, n. 119; d.lg. 4.3.2014, n. 24; d.lg. 4.3.2014, n. 39; d.lg. 1.3.2018, n. 21) pur incidendo, talvolta, persino sulle medesime disposizioni, hanno lasciato numerosi problemi aperti e un quadro non del tutto rassicurante ed armonico. Nel presente contributo, quasi a compendio di oltre un ventennio di studi dedicati alla materia, si indicano i profili ritenuti maggiormente meritevoli di un (ulteriore) intervento riformatore.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Profili comuni: un nuovo inquadramento sistematico. – A) RIFORME A TUTELA DELLE DONNE. – 3. Lo “spacchettamento” del delitto di violenza sessuale: lo stupro e l’abuso sessuale. – 4. Il conseguente superamento dell’indeterminatezza delle locuzioni “atto sessuale” e “casi di minore gravità”. – 5. L’introduzione del requisito della mancanza di consenso o del dissenso della vittima. – 6. La previsione di una norma specifica sulle molestie sessuali. – 7. Modifiche in materia di violenza sessuale di gruppo. – B) RIFORME A TUTELA DEI MINORI. – 8. L’introduzione di una fattispecie di responsabilità penale per omesso impedimento dell’evento a danno di minori. – 9. Rimodulazione dei reati sessualmente connotati nei confronti di minorenni. – 10. Atti sessuali tra minorenni. – 11. L’estensione della non punibilità di cui all’art. 609-*quater*, comma 3, c.p., al delitto di corruzione di minorenne. – 12. Il superamento della rigidità dell’*error aetatis*. – 13. La “personalizzazione” del delitto di pornografia virtuale. – 14. La riforma del delitto di incesto.

(*) Testo, aggiornato e corredato di note, dell’intervento svolto nella Tavola rotonda su “La formazione di una cultura della prevenzione e l’attenzione ai fattori di rischio: la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo e le possibili riforme”, nel corso di formazione su “Violenza domestica contro donne e minori: in famiglia e nei rapporti di prossimità”, organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura e dalla Struttura di formazione decentrata della Corte di cassazione, tenutosi a Roma il 23 novembre 2018 nell’Aula Giallombardo della Corte di cassazione.

1. Premessa.

Dal 1996, quando mi fu chiesto un commento “a caldo” sulla legge n. 66, mi occupo di reati contro la sfera sessuale della persona¹, con un interesse costante sviluppato in numerosi scritti², sfociati in una monografia³, e in altri commenti⁴ o approfondimenti⁵, ed oggi condensato nel mio volume dedicato ai *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, giunto alla sesta edizione⁶.

¹ Il rinnovato volto delle norme contro la violenza sessuale: una timida riforma dopo una lunga attesa, ne *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1996, 1610.

² Dalla violenza carnale in concorso alla violenza sessuale di gruppo: questioni intertemporali e problemi definitivi, nell' *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1997, 135; Profili penalistici dell'abuso sessuale sui minori, ne *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1998, 1133; Repressione della pedofilia e tutela del minore sessualmente sfruttato nella legge 269 del 1998, ne *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1998, 1543; Dubbi vecchi e nuovi di illegittimità costituzionale in materia di corruzione di minorenni, ne *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1998, 1362; Appunti sui sospetti di illegittimità costituzionale degli «atti sessuali» alla luce del principio di determinatezza, ne *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1999, 62; La delicata tutela della sfera sessuale nelle prospettive di riforma, ne *L'indice penale*, 2000, 125; Difetti normativi e margini interpretativi in tema di pedofilia, nel volume *La tutela penale della persona: nuove frontiere, difficili equilibri*, a cura di L. Fioravanti, Milano, 2001, 247; Pedofilia, in *Digesto delle discipline penalistiche*, App. Aggiornamento, vol. II, Torino, 2004, 603; Il mobbing: ai confini del diritto penale?, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, 167; Commento alla legge 11 agosto 2003, n. 228, in “Codice Penale Iperattuale”, I Edizione di aggiornamento, UTET, Torino, 2005, 5; Sottrazione consensuale di minorenni e fuga d'amore: il diritto penale tra opposte esigenze?, ne *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2006, 1067; Riflessioni penalistiche sulle misure contro la tratta di persone, ne *L'indice penale*, 2006, 651, e nel volume *Contro ogni schiavitù. Programmi di assistenza ed integrazione sociale ex art. 18 T.U. sull'immigrazione. Legge n. 228/2003 “Misure contro la tratta di persone”*, Siracusa, 2006, 167; La tutela penale del minore vittima di delitti contro la sfera sessuale, in AA.VV., *Buone pratiche nelle strategie di prevenzione, di contrasto e di valutazione nell'abuso all'infanzia: presentazione di linee guida*, Caltanissetta, 2008, 35; L'abuso sessuale infrafamiliare, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, a cura di S. Vinciguerra e F. Dassano, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2010, 777, nonché in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1099; Valutazioni penalistiche dell'abuso sessuale paterno, in *Mediterraneo, Padre. Il senso del paterno nella cultura mediterranea*, a cura di A. Francomano, Nuova Ipsa Editore, Palermo, 2011, 155; Obblighi materni e responsabilità della nonna nella violenza sessuale di gruppo: dal concorso omissivo alla partecipazione “attiva”, ne *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2012, 620; La tutela penale della persona nella famiglia: vecchie esclusioni e nuove proiezioni, in *Dall'amore all'odio: crimini in famiglia*, Atti del Convegno, Palermo, 25 novembre 2010, Edizioni Fotograf, Palermo, 2012, 132; Il contrasto penalistico alla violenza sulle donne, in www.archiviopenale.it/fascicolo/fascicolo-n-1-gennaio-aprile-2014-web, nonché in *Archivio penale*, 2014, pp. 333-339 ed in *I primi 50 anni delle donne in magistratura: quali prospettive per il futuro. La violenza di genere nella società attuale*, Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura, 2014, n. 162, 159; Induzione alla prostituzione minorile ed atti sessuali con minorenni in cambio di denaro: le Sezioni Unite chiariscono il rapporto tra i due delitti, in *Giust. pen.*, 2014, II, 268.

³ *La tutela penale della sfera sessuale. Indagine alla luce delle recenti norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, Milano, 2000, nella collana degli Studi di Diritto Penale, diretta dal Prof. Crespi ed edita dalla Casa Editrice Giuffrè.

⁴ Mi riferisco, in particolare, ai numerosi commenti ad articoli del codice penale pubblicati nel *Codice Penale Iperattuale*, UTET, Torino, dalla edizione del 2003 sino alla 4ª ed., del 2012, diretta da Mauro Ronco e Bartolomeo Romano.

⁵ *Reati contro la persona*, Tomo III, *Reati contro la libertà individuale*, a cura di B. Romano, nel *Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. Grosso – T. Padovani – A. Pagliaro, Giuffrè, Milano, 2016, 3 ss. e 235 ss.

⁶ *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, 6ª ed., Giuffrè, Milano, 2016, pp. 515. La prima edizione è del 2002.

Pertanto, le idee che esporrò in questa sede sono il frutto di riflessioni lunghe ventidue anni e sviluppate nei richiamati studi, ai quali rinvio, sia per una più ampia e diffusa argomentazione, che per i riferimenti alle varie opinioni, tanto più se differenti dalla mia, qui non riportate solo in virtù dell'esplicito rimando e per esigenze di economia espositiva.

Devo anche precisare che molti dei rilievi critici formulati nei ricordati scritti sono poi stati accolti dal legislatore (a solo titolo esemplificativo: dalla rigidità della disciplina dell'*error aetatis* alla sua irragionevole limitazione ai soli reati contro la violenza sessuale; dalla eccessiva limitazione delle condotte di prostituzione minorile, rispetto alla casistica previsione della prostituzione *tout court*, alla ristrettezza dello "sfruttamento" nel quadro della pornografia minorile; dalla mancanza di una definizione di pornografia minorile al ricorso al dolo specifico nel delitto di pornografia minorile).

Tuttavia, la strada delle modifiche normative in materia di tutela della sfera sessuale della persona, certamente lastricata di tante buone intenzioni, è purtroppo affiancata da molte altre scelte tecnicamente insoddisfacenti e, comunque, da un risultato complessivo deludente e perfettibile.

Pertanto, vi sono numerosi ed ulteriori aspetti meritevoli di attenzione da parte del futuro legislatore, diversi da quelli tradotti in interventi migliorativi già intervenuti: e su taluni di questi, con particolare riferimento alla tutela delle donne e dei minori, mi soffermerò in un quadro sinottico che esporrà i (soli) profili critici della materia, che certamente non sono i soli meritevoli di essere rappresentati, ma che prevalgono in una ottica *de jure condendo*.

2. Profili comuni: un nuovo inquadramento sistematico.

Tutte le numerose riforme intervenute nella materia della sfera sessuale, puntiformi e prive di una visione di insieme, hanno perso l'occasione per assicurare una collocazione unitaria ed effettivamente coordinata a tutte le norme incidenti sulla sfera sessuale.

Infatti, se si può positivamente sottolineare come si siano inserite le nuove figure all'interno del preesistente Titolo XII del Libro secondo del codice penale, dedicato ai delitti contro la persona, tuttavia i nuovi articoli non presentano l'immediato ed unitario connotato di stampo sessuale che forse meritava di essere sottolineato.

Dal mio punto di vista, il metodo più efficace per evitare sovrapposizioni e difetti di coordinamento sarebbe quello di dedicare ai reati posti a tutela della delicata sfera sessuale un settore autonomo ed indipendente.

Dunque, in un inquadramento libero e futuro, nella prospettiva di una riforma radicale, immaginerei un titolo autonomo, dedicato ai "delitti contro la sfera sessuale della persona", abrogando del tutto l'attuale Titolo IX, ormai superato e residuale.

Ma, forse, non è questo il tempo delle riforme ampie e condivise. Quindi, passo rapidamente ad indicare i singoli punti sui quali interverrei.

A) RIFORME A TUTELA DELLE DONNE

3. Lo “spacchettamento” del delitto di violenza sessuale: lo stupro e l’abuso sessuale.

Come è noto, una delle modifiche più evidenti apportate con la l. n. 66 del 1996 sembrava essere rappresentata dalla introduzione dell’unico delitto di violenza sessuale, di cui all’art. 609-*bis* c.p., il quale nasceva sulle ceneri della contestuale abrogazione dei previgenti delitti di violenza carnale (art. 519 c.p.) ed atti di libidine violenti (art. 521 c.p.), nonché di congiunzione carnale commessa con abuso della qualità di pubblico ufficiale (art. 520 c.p.).

Ma, dal mio punto di vista, l’art. 609-*bis* c.p. presenta una serie di difetti genetici.

Innanzitutto, proprio la perseguita unificazione non raggiunge le finalità prefissate (principalmente: evitare indagini tese a verificare sempre quando ricorresse l’ipotesi, più grave, di violenza carnale e quando quella, più mite, di atti di libidine: con comprensibile prolungamento delle sofferenze della vittima, sottolineate anche dallo *strepitus fori*). E ciò sia per ragioni di natura processualpenalistica (principio della contestazione; obbligo di motivazione) che per profili di diritto penale sostanziale (si pensi alla commisurazione della pena *ex* art. 133 c.p. o alla eventuale presenza di circostanze comuni). Ma a tale fusione, forse, non credeva neppure il legislatore del 1996, se ha ritenuto di prevedere, nell’ultimo comma dell’art. 609-*bis* c.p., che «nei casi di minore gravità la pena è diminuita in misura non eccedente ai due terzi».

Allora, immaginerei una fattispecie più grave, chiamata stupro, e una figura meno grave, di abuso sessuale, nella quale fare eventualmente confluire condotte attualmente prive di unitaria considerazione.

Per la figura più grave, ipotizzerei la procedibilità di ufficio, superando, almeno in parte, l’attuale procedibilità a querela.

4. Il conseguente superamento dell’indeterminatezza delle locuzioni “atto sessuale” e “casi di minore gravità”.

La proposta sopra riassunta, a mio modo di vedere, consentirebbe di superare due evidenti *deficit* di determinatezza, il primo dei quali neppure salvabile dall’essere *in bonam partem*: la difficoltà di sapere cosa sono gli “atti sessuali” e, soprattutto, quali siano i “casi di minore gravità”, spesso lasciati ad una amplissima valutazione discrezionale della magistratura, che ha offerto significative incertezze.

Infatti, basterebbe sapere cosa riteniamo essere “stupro” per evitare di diffonderci in oscillazioni relative alla identificazione (almeno)dei più estremi atti sessuali; al tempo stesso, la fissazione di un reato più grave, eviterebbe le, talvolta assurde e imbarazzanti, identificazioni dei “casi di minore gravità”.

5. L'introduzione del requisito della mancanza di consenso o del dissenso della vittima.

Incentrerei, poi, il delitto di violenza sessuale sulla mancanza di consenso o (più prudentemente, rispetto alla soluzione attuale) sul dissenso della vittima, e non più sulla violenza o minaccia.

Nell'art. 609-*bis* c.p. il mantenimento della violenza e della minaccia tra i requisiti della condotta si pone lungo una linea di continuità (cfr. il vecchio art. 519 c.p.) che si discosta da diversi modelli di incriminazione.

Certo, la giurisprudenza spesso riconosce un ampio concetto di violenza e di minaccia; ma, a mio avviso, tale interpretazione sfiora l'analogia *in malam partem*, pur rispondendo ad un bisogno certamente avvertito.

Quindi, eliminerei nella norma penale il richiamo ai requisiti della violenza o della minaccia, i quali possono favorire letture in controtendenza – ma non per questo meno pericolose – quale quella contenuta nella parte motiva della fin troppo nota “sentenza dei *jeans*”, laddove il consenso alla congiunzione carnale era tratto dalla mancanza di resistenza della vittima, desunta dalla sua presunta fittiva collaborazione nello sfilare l'indumento.

6. La previsione di una norma specifica sulle molestie sessuali.

Benché attenuato dalla prospettata “spacchettatura” della attuale disposizione sulla violenza sessuale, continuo a pensare che sarebbe comunque opportuno l'inserimento nel nostro ordinamento di una norma specifica sulle molestie sessuali, che potrebbe costituire il chiaro limite inferiore delle norme in materia. Tale incriminazione risponderebbe anche efficacemente alle numerose sollecitazioni provenienti dall'Unione Europea, la quale più volte ha auspicato un intervento concreto per circoscrivere e reprimere le molestie sessuali, e sarebbe in linea con molte legislazioni europee.

Le molte riserve (talvolta ragionevoli e convincenti), sollevate rispetto alla opportunità di introdurre una norma che preveda la incriminazione delle molestie sessuali, potrebbero, a mio avviso, essere in gran parte superate con la fissazione di un duplice requisito.

In primo luogo, sembrerebbe essere agevolmente accettabile che qualsiasi contatto fisico dolosamente procurato e non consentito dalla vittima, nelle parti comunemente individuate nel quadro della identificazione di un atto sessuale, costituisca, se non integra i requisiti dello stupro o dell'abuso sessuale, almeno molestia sessuale.

In secondo luogo, potrebbe ragionevolmente richiedersi che tutte le condotte sessualmente connotate, ma non consistenti in contatti fisici, possano integrare la molestia sessuale solo se ripetute ed insistite. In tal modo, potrebbe escludersi, con

sufficiente certezza, che possa integrare il reato *de quo* un semplice complimento, un approccio isolato, un corteggiamento non insistito ed invasivo, un contatto telefonico o via *mail* o *social*: in altri termini, tutte quelle condotte, magari sessualmente connotate, che non vadano oltre i confini della mera proposta di instaurazione di un rapporto interpersonale.

7. Modifiche in materia di violenza sessuale di gruppo.

A mio avviso, l'attuale delitto di violenza sessuale di gruppo si limita ad elevare a titolo autonomo di reato una ipotesi, pur qualificata, di concorso di persone nel reato: quella dell'agire in gruppo.

Pertanto, in linea con le modifiche sopra indicate in materia di violenza sessuale, immaginerei una fattispecie più grave, chiamata stupro di gruppo, e una figura meno grave, di abuso sessuale di gruppo, nella quale fare eventualmente confluire condotte attualmente prive di unitaria considerazione.

In tal modo, verrebbe anche meno la ingiustificabile ed illogica, almeno a mio avviso, assenza della previsione dei "casi di minore gravità" nella attuale figura della violenza sessuale di gruppo: oggi, pesano di più tre pacche sul fondoschiena date da tre soggetti che uno stupro feroce e prolungato, da parte di un solo soggetto attivo.

Chiarirei meglio quale è il numero minimo affinché vi sia un "gruppo", poiché la giurisprudenza si accontenta di due soggetti attivi, pur riconoscendo che non possa trattarsi di "gruppo". Dalla sua introduzione, per argomentazioni svolte in altra sede ed alle quali rinvio, ritengo che tre dovrebbe invece essere il numero minimo di partecipanti; ma, in ogni caso, quale sia il numero minimo di agenti per costituire il "gruppo", vorrei che lo decidesse il legislatore.

B) RIFORME A TUTELA DEI MINORI

8. L'introduzione di una fattispecie di responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento a danno di minori.

Come è noto, è frequentissimo il caso che la violenza sessuale infrafamiliare veda come protagonista attivo un soggetto (spesso di sesso maschile: il padre, il nonno, lo zio) e come protagonista omissivo un altro soggetto (spesso di sesso femminile: la madre, la nonna, la zia) e vittima un minore (figlio, figlia, nipote). Come si comprende agevolmente, spesso, per la vittima, non è meno grave, del subire direttamente la violenza sessuale, il vedersi negato l'aiuto da parte di un soggetto sul quale contava (di solito, la madre). Non solo; ma il familiare è anche l'unico soggetto che concretamente è in grado di salvaguardare e proteggere il minore. Ora, al di là del caso nel quale anche il soggetto che non commette direttamente la violenza sul minore è, a sua volta, vittima della violenza dell'altro membro della famiglia, e che detta violenza sia

talmente grave da far entrare in gioco il costringimento fisico (art. 46 c.p.) o lo stato di necessità determinato dall'altrui minaccia (art. 54, comma 3, c.p.), si pone il problema della valutazione giuridica della condotta omissiva.

Forse, per superare forme di *pruderie* giuridica e incertezze giurisprudenziali, si potrebbe ipotizzare una norma *ad hoc*, sebbene non necessaria dal punto di vista tecnico (in presenza degli artt. 40 e 110 c.p.), di omesso impedimento dell'evento da parte di esercita la responsabilità genitoriale, con la previsione di specifiche circostanze (aggravanti e attenuanti).

9. Rimodulazione dei reati sessualmente connotati nei confronti di minorenni.

Per le ragioni precedentemente esposte, incentrerei su due figure le condotte sessualmente connotate sui minorenni: stupro e abuso sessuale su minorenni. Differenzierei poi meglio tali fattispecie per fasce di età, prevedendo una serie di aggravanti (tra le quali la violenza o minaccia), che tengano anche conto dei rapporti tra adulto e minorenne.

In questo caso, per la gravità insita nel coinvolgimento di un minore, cercherei di includere nella nozione di abuso sessuale anche quelle condotte che, se rivolte a maggiorenni, valuterei nel quadro delle molestie sessuali.

10. Atti sessuali tra minorenni.

Ai sensi dell'attuale comma 3 dell'art. 609-*quater* c.p., non è punibile il minorenne che, al di fuori delle ipotesi previste nell'articolo 609-*bis* stesso codice, compie atti sessuali con un minorenne che abbia compiuto gli anni tredici, se la differenza di età tra i soggetti non è superiore a tre anni.

Su tale disposizione, e sulla sua "natura giuridica", vi sono opinioni difformi. Io chiarirei meglio che gli atti consensuali tra minorenni non sono penalmente rilevanti, senza lasciare residuare (come, secondo taluni, oggi) considerazioni moralistiche. Il dato di fatto, inequivoco e certo, è il seguente: determinati soggetti, individuati in base al parametro dell'età, reciprocamente relazionata, possono porre in essere atti sessuali consensuali i quali non interferiscono più con la sfera del diritto penale. Si può, forse, allora, parlare di un delitto che pone particolare attenzione alle qualifiche soggettive, e che non è minimamente integrato, per mancanza della legittimazione attiva e/o passiva e della stessa tipicità, ove non si superino i limiti di età legislativamente fissati.

Del resto, non sembra che abbia un radicato fondamento il timore che il concorrente possa non essere ritenuto penalmente responsabile. Si pensi alla illogicità della punizione di chi, ad esempio, si limiti a prestare la propria casa.

Forse, si potrebbe anche – nell'impossibilità di elevare la soglia minima dei tredici anni prevista per un consenso giuridicamente valido ed efficace, equiparandola sostanzialmente a quella generalmente richiesta in tema di imputabilità e, dunque, di capacità di intendere e di volere, ossia quattordici anni (art. 97 c.p.) – ridurre almeno

correlativamente a due gli anni di differenza, che nella fase della maturanda consapevolezza costituiscono già un termine ragionevole, ed in grado di mantenere quell'ipotetico equilibrio tra i due soggetti, evidentemente immaginato e presupposto dalla norma.

11. L'estensione della non punibilità di cui all'art. 609-*quater*, comma 3, c.p., al delitto di corruzione di minorenni.

Un problema di non agevole risoluzione è rappresentato dalla non espressa previsione della non punibilità di cui all'art. 609-*quater*, comma 3, c.p. in relazione al delitto di corruzione di minorenni (art. 609-*quinquies* c.p.). Infatti, appare irragionevole che non siano punibili gli atti sessuali compiuti da un minorenni *con* un altro minorenni consenziente che abbia compiuto i tredici anni (purché la differenza di età tra i soggetti non sia superiore a tre anni), mentre gli atti sessuali compiuti da un minorenni *in presenza di* quell'altro minorenni sono penalmente illeciti.

Dubbia sembra essere una interpretazione teleologica *in bonam partem* dell'art. 609-*quater*, comma 3, c.p.; quindi, permangono forti dubbi di incostituzionalità della norma sulla corruzione di minorenni per evidente disparità di trattamento.

Meglio superare il problema con l'espressa estensione della non punibilità di cui all'art. 609-*quater*, comma 3, c.p., al delitto di corruzione di minorenni.

12. Il superamento della rigidità dell'*error aetatis*.

La tradizionale irrilevanza dell'ignoranza dell'età della persona offesa in materia di reati sessualmente connotati – stabilita dal codice del 1930 all'art. 539 c.p., poi confermata dal legislatore del 1996 all'art. 609-*sexies* c.p. ed estesa dalla l. 1.10.2012, n. 172 (che ha ratificato e dato esecuzione alla Convenzione di Lanzarote per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale), con l'introduzione dell'art. 602-*quater* c.p., a tutti i delitti commessi in danno di un minore degli anni diciotto, previsti nell'intera sezione I del capo III del titolo XII del libro II – desta perplessità e riserve, per la deroga all'art. 47 c.p. e poi per la difficile compatibilità con l'art. 27 Cost.

Vero è che la citata legge di ratifica alla Convenzione di Lanzarote ha – tra l'altro – sulla scia della nota sentenza della Corte costituzionale 364/1988 sull'art. 5 c.p. opportunamente aggiunto la locuzione «salvo che si tratti di ignoranza inevitabile».

Tuttavia, anche con tale cautela, rimane la deroga all'art. 47 c.p., finendo per punire l'errore colposo. Forse, in tale caso, sarebbe il caso di prevedere (almeno) una attenuazione di pena.

13. La “personalizzazione” del delitto di pornografia virtuale.

Il delitto di pornografia virtuale, di cui all’art. 600-*quater*.1 c.p., introdotto dall’art. 4, l. 6.2.2006, n. 38, estende la portata degli artt. 600-*ter* e 600-*quater* (ma con una diminuzione di pena di un terzo) anche all’ipotesi che il materiale pornografico rappresenti immagini virtuali realizzate utilizzando immagini di minori degli anni diciotto o parti di esse.

Benché la norma sembri rispondere a precise sollecitazioni sopranazionali, essa si pone in forte contrasto con i canoni penalistici del principio di materialità, finendo con il punire una condotta di vita, un tipo di autore: in una parola, il pedofilo. Pertanto, in assenza di condotte in grado di porre in pericolo il minore, in quanto hanno, appunto, come riferimento il virtuale, la norma desta fortissimi dubbi di illegittimità costituzionale.

A mio modo di vedere, occorrerebbe (almeno) precisare che l’immagine del minore, o magari una parte di essa, debba essere in grado di identificarlo fisicamente: solo in tal caso, il minore, sia pur inserito in un contesto virtuale connotato pornograficamente, potrebbe essere considerato, per il contatto con il fruitore del materiale, soggetto “a rischio”. Invece, mancando persino il pericolo dell’identificabilità del minore, la norma apparirebbe ancora più chiaramente frutto di pericolose derive soggettivistiche. La (condivisibile) prudenza della prima giurisprudenza in materia⁷, non può rassicurare del tutto, soprattutto per la severa lettura più recentemente operata dalla Cassazione⁸.

14. La riforma del delitto di incesto.

L’attuale configurazione del delitto di incesto, di cui all’art. 564 c.p., è sospesa tra incriminazioni di condotte che integrano la violenza sessuale, o sono ad essa contigue (ad es.: taluni atti sessuali con o tra minori), ed il pubblico scandalo che porta le condotte incriminate al confine con le condotte oscene. Nella materia considerata si confrontano non soltanto diverse opzioni dogmatiche – divise tra la qualificazione del pubblico scandalo, quale condizione obiettiva di punibilità o vero e proprio elemento del fatto – ma persino diverse visioni della società.

Dal mio punto di vista, sembra comunque accertato che nel delitto di incesto, come positivamente disciplinato nel nostro codice penale, si finisce con il punire non l’incesto in sé, che pure sembra essere ancora generalmente disapprovato, ma semmai quel fatto ove scandaloso. Dunque, in ogni caso, non si tutela il singolo minore o una determinata famiglia, ma semmai l’istituto familiare in generale, inteso quale modello

⁷ Cfr.: [Trib. Milano 11.11.2010](#), in questa *Rivista*, 11.11.2010, ed in *Corriere del Merito*, 2011, 501, con nota di A. VALSECCHI, *Pedopornografia virtuale: la prima applicazione giurisprudenziale dell’art. 600 quater-1 c.p.*, *ivi*, 721.

⁸ Cass. Sez. III, 13.01.2017, n. 22265, con nota critica di A. CHIBELLI, [La Cassazione alle prese con il delitto di pornografia minorile virtuale: lo “strano caso” della pedopornografia a fumetti](#), in questa *Rivista*, fasc. 6/2017, 290.

di riferimento: come è positivamente configurato, il delitto di cui all'art. 564 si accontenta di vizi privati e pubbliche virtù.

Ma la tutela penale della "morale familiare", come apprestata dal codice, appare oggi estranea ad una visione coerente e moderna. Pertanto, *de jure condendo*, per tentare di superare la rappresentata situazione di stallo provocata dalla attuale formulazione dell'art. 564, si possono prospettare, in linea teorica, diverse alternative:

a) la punizione della mera congiunzione carnale fra i parenti (come nel § 173 del codice penale tedesco).

b) La punizione dell'incesto solo se qualificato da un abuso delle relazioni familiari, ma a prescindere dal pubblico scandalo (come immaginato nell'art. 72 del *Progetto Pagliaro*).

c) Ma preferibilmente, si potrebbe pensare di: α) mantenere ferme le ipotesi di punizione degli abusi sessuali sui minori, aggravate se compiute da particolari soggetti (cfr. l'art. 609-*quater* c.p.); β) prevedere una ipotesi di violenza sessuale "presunta" ove vi sia induzione a compiere o subire atti sessuali mediante abuso delle relazioni familiari (ipotesi riconducibile all'art. 61, n. 11, c.p.) per le condotte poste in essere nei confronti di altri soggetti maggiorenni; γ) infine, si potrebbero punire le condotte non dirette a minori e comunque non qualificate da un abuso delle relazioni familiari con una apposita norma che sanziona i comportamenti pubblici degli incestuosi, richiedendo però il concreto accertamento della offesa alla comunità nella quale la condotta si è realizzata, magari prevedendo la procedibilità a querela.