

Sull'“adescamento” di minore tramite *social network* e il tentativo di atti sessuali con minorenne

Nota a Tribunale di Milano, Ufficio Gup, 25 ottobre 2011,
Giud. Domanico

MASSIMA

Risponde a titolo di tentativo di violenza sessuale aggravata dall'età infraquattordicenne della vittima ai sensi degli articoli 56, 609 *bis* e *ter* co. 1 n. 1) c.p. chi, dopo aver concordato un incontro con una ragazzina tramite messaggi scambiati sul *social network* “Facebook”, nei quali manifestava espressamente la volontà di avere rapporti sessuali con la stessa, si rechi all'appuntamento armato di un coltello e venga arrestato dalle forze di polizia mentre sta per salire con la ragazzina nella propria autovettura.

Un uomo di quarantatré anni contatta dapprima tramite il *social network* “Facebook”, e poi tramite telefonate ed sms, una ragazzina di dodici anni, amica della figlia coetanea, al fine di instaurare con la minore una “relazione” e convincerla ad incontrarlo in un luogo appartato per compiere – inequivocabilmente – atti sessuali.

I genitori della ragazzina denunciano però immediatamente alle forze dell'ordine l'opera di subdolo adescamento in atto a danno della figlia: i carabinieri, dopo aver registrato tutte le inquietanti conversazioni telefoniche fra la giovane vittima e il suo adulto “seduttore”, arrestano così l'uomo in occasione del primo incontro con la ragazzina in un parcheggio isolato, *poco prima che i due salgano in macchina per appartarsi*. Nell'immediatezza dell'arresto, i carabinieri rinvennero peraltro nella tasca della giacca dell'uomo – che è un maresciallo dell'esercito – un coltello a serramanico.

Il tempestivo intervento dei carabinieri impedisce dunque che si compia qualsiasi abuso sessuale sulla giovane vittima, e mette fine a questa brutta storia.

Ma *quid juris*, nel caso in esame?

La Pubblica Accusa contesta all'agente, in un unico capo d'imputazione, i delitti “*di cui agli artt. 81 cpv., 56, 609 bis, 609 ter e 609 quater c.p.*”, e cioè sia una tentata “violenza sessuale” aggravata dall'età infraquattordicenne della minore, sia tentati “atti sessuali con minorenne”, per avere prima adescato via internet la ragazzina e poi averla incontrata (con un coltello in tasca) nel luogo in cui è scaturito l'arresto.

Il Giudice dell'udienza preliminare, in sede di giudizio abbreviato, ritiene che non si sia in presenza di “*plurime ipotesi di delitti tentati*”, ma di “*diversi segmenti di un'unica condotta di delitto tentato*” e condanna l'imputato per il delitto di **tentata violenza sessuale aggravata ai sensi degli artt. 609 bis e 609 ter c.p.**

Si legge infatti nella sentenza che “*se, accanto alla richiesta esplicita di avere un rapporto di evidente natura sessuale, l'autore concorda con la vittima un incontro e poi a tale incontro effettivamente si recano entrambi, e se l'autore va all'incontro anche armato di un coltello e se entrambi stanno per salire in macchina nel momento in cui vengono bloccati dai Carabinieri, tale condotta non sembra possa dirsi inidonea in relazione all'atto sessuale che l'imputato intendeva compiere anche con minaccia in caso di opposizione della vittima, atto sessuale che era stato anche già precedentemente descritto alla ragazzina*”.

Ai fini di una valutazione critica della decisione, occorre preliminarmente rilevare come il caso in esame rappresenti un ottimo banco di prova delle teorie che – da sempre – si contendono il campo in merito all’interpretazione del requisito della “univocità” degli atti nel tentativo.

Sul requisito dell’“univocità” riposa infatti, come noto, *il cruciale problema* politico-criminale sotteso alla dommatica del delitto tentato, che è quello della individuazione della *soglia cronologica* a partire dalla quale gli atti dell’agente, finalizzati alla commissione di un dato delitto, divengono *penalmente rilevanti* a titolo, appunto, di tentativo di quel delitto, dal momento che l’ordinamento non può accontentarsi della prova della mera *intenzione criminosa* dell’agente, ma nemmeno attendere per l’irrogazione della sanzione – sia pure con la diminuzione prevista dall’art. 56 c.p. – l’effettiva *consumazione* del delitto.

Che cosa precisamente si debba esigere, *oltre* alla prova dell’intenzione criminosa, per la punizione dell’agente è d’altra parte questione di enorme rilievo pratico per le forze di polizia: le quali possono legittimamente procedere all’interruzione dell’*iter criminis* mediante l’arresto in flagranza dell’agente soltanto quando... uno stato di flagranza vi sia: e cioè quando l’agente sia colto nell’atto di commettere atti che *già* abbiano *oltrepassato la soglia del tentativo punibile*.

Non è naturalmente questa la sede per ripercorrere analiticamente il dibattito teorico sul punto, che può essere qui dato per noto. Vale però la pena, preliminarmente, sottolineare un punto che – oggi – può essere considerato pacifico nella riflessione dottrinale: nell’abbandonare, almeno formalmente, la distinzione tra “atti preparatori” e “atti esecutivi”, sulla quale si basava l’individuazione della soglia del tentativo punibile nel codice Zanardelli, e nel sostituire tale formula con quella attuale degli “*atti diretti in modo non equivoco*” alla commissione del delitto, il codice Rocco non può avere inteso richiamare semplicemente il giudice alla prova rigorosa dell’*intenzione criminosa* dell’agente. Sono note, e da tutti ormai condivise, le obiezioni che si opporrebbero a una simile, estrema soggettivizzazione del tentativo: prime fra tutte, la considerazione che il delitto tentato è un’autonoma figura di *delitto*, che come tale ovviamente richiede – in forza dei principi generali, codificati dall’art. 42 c.p. – l’elemento soggettivo del dolo, dovendosi per conseguenza assegnare al requisito della direzione in modo non equivoco un significato *oggettivo*, tale da connotare la *condotta* e non la mera *intenzione* dell’agente.

A ragionare diversamente, il risultato sarebbe d’altra parte quello di criminalizzare la mera *intenzione* dell’agente, *comunque manifestata nel mondo esterno*, anche attraverso condotte cronologicamente ancora molto distanti dalla sua realizzazione concreta: ciò che apparirebbe distonico rispetto ai principi di un diritto penale del fatto, il solo compatibile con il vigente quadro costituzionale.

Se risulta, dunque, opinione comune che la nozione di tentativo di cui all’art. 56 c.p. non possa essere ridotta alla mera ricostruzione del proposito criminoso del reo, nella letteratura penalistica italiana si confrontano almeno tre diverse teorie – e tutte autorevoli – circa il momento a partire dal quale un atto possa dirsi oggettivamente “univoco”.

Secondo la **teoria più rigorosa**¹, a segnare l’“univocità” del comportamento del reo sarebbe il solo compimento di atti già definibili come “**esecutivi**”, secondo l’accezione impiegata nel codice Zanardelli, e cioè il compimento di quegli atti che *già integrano un inizio del comportamento tipico* descritto dalla norma incriminatrice. Secondo questa tesi, dunque – per riprendere il più classico degli esempi – vi sarebbe una tentata rapina in banca solo a partire dal momento in cui i rapinatori cominciano a compiere atti di effettiva violenza alla persona o minaccia (condotte tipiche descritte dal delitto di cui all’art. 628 c.p.), ad esempio spianando le armi verso impiegati e clienti.

1. Cfr. G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, IV ed., 2012, p. 401 ss.

Tutte le condotte precedenti all'effettiva incursione in banca con le armi in pugno sarebbero da considerarsi invece, secondo questa dottrina, atti meramente "preparatori", e come tali penalmente irrilevanti.

Questo primo orientamento, anche se tuttora minoritario in giurisprudenza, ha trovato accoglimento in due recenti pronunce della Cassazione, le quali hanno espressamente affermato che "gli atti diretti in modo non equivoco a commettere delitto possono (...) essere esclusivamente gli atti esecutivi, ossia gli atti tipici, corrispondenti, anche solo in minima parte – come inizio di esecuzione – alla descrizione legale di una fattispecie delittuosa a forma libera o a forma vincolata"².

Secondo **altra dottrina**³ gli atti univoci non sarebbero soltanto gli atti esecutivi, da intendersi come atti già in grado di descrivere il comportamento tipico di una fattispecie, ma anche quegli atti che "considerati nella loro oggettività riflettano in maniera sufficientemente congrua la direzione verso il fine criminoso (eventualmente) già accertato per altra via". In altri termini, aderendo a questa tesi, gli atti uscirebbero dall'equivoco per assumere il carattere dell'univocità nel momento in cui, ancorché non ancora tipici, siano già in grado di **parlare da sé**, e cioè non possano che essere interpretati da un ipotetico osservatore esterno come diretti unicamente a commettere un determinato delitto.

In questa prospettiva – che ad ogni evidenza *anticipa* la soglia di punibilità del tentativo –, potrebbero rispondere di tentata rapina, per riprendere il nostro esempio, anche i rapinatori appostati all'esterno della banca, con le armi e i passamontagna già pronti e le automobili predisposte in maniera tale da facilitare la fuga.

Per certi versi analoga alla teoria poc'anzi enunciata⁴ è infine la posizione – che non a caso conduce alle medesime conseguenze pratiche in ordine all'individuazione della soglia cronologica della punibilità del tentativo – secondo la quale "univoci" sarebbero gli atti che si pongono "*in prossimità logico-cronologica alla consumazione del delitto*", e cioè sia gli atti tipici in senso stretto, sia quei comportamenti "*in rapporto di stretta anticipazione rispetto*" agli atti tipici⁵. Detto altrimenti, secondo questo **terzo orientamento**, si dovrebbero intendere come univoci gli atti prossimi – anche in senso strettamente temporale – all'effettiva consumazione del delitto.

Anche aderendo a questa tesi, dunque, i protagonisti del nostro esempio sarebbero destinati a scontare una pena per tentata rapina, se arrestati dalla polizia all'esterno della banca poco prima che vi facciano irruzione.

Chiarite sin qui, sia pure per sommi capi, le coordinate teoriche che devono necessariamente orientare anche l'esame del caso di specie, pare a chi scrive opportuno suddividere la condotta dell'imputato in **due fasi** oggettivamente e cronologicamente distinte, al fine di meglio comprendere a partire *da quale momento, e per quale fattispecie* (sia pure nella forma tentata), risulterebbe possibile chiamare a rispondere l'imputato giudicato dal Tribunale di Milano.

A questo proposito, non pare infatti superfluo precisare che la Pubblica Accusa ha contestato, come si è detto, in un *unico capo d'imputazione* azioni qualificate sia come tentativi di "atti sessuali con minorenne" di cui all'art. 609 *quater*, sia come tentativi della diversa fattispecie di violenza sessuale di cui all'art. 609 *bis* (con l'aggravante dell'età di cui all'art. 609 *ter*). Dal momento però che le due fattispecie sono *ontologicamente incompatibili*, nel senso che la fattispecie di cui all'art. 609 *quater* trova applicazione solo quando *non* sono ravvisabili gli indici di coercizione descritti nella fattispecie di cui all'art. 609 *bis* – con la conseguenza che il medesimo fatto a danno di un minore può

2. Cfr. Cass., Sez. I, 24 settembre 2008 (dep. 28 ottobre 2008), n. 40058, RV 241649 e Cass., Sez. I, 7 gennaio 2010 (dep. 9 marzo 2010), n. 9411.

3. Cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, VI ed., 2010, p. 472 ss.

4. Con riferimento a questo terzo orientamento, sono gli stessi Fiandaca e Musco ad osservare che esso "nella sostanza rappresenta una differente versione" della loro impostazione. Cfr., sul punto, G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 474.

5. Cfr. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. I, III ed., 2004, p. 592 ss.

essere sussunto, come è ovvio, nell'una o nell'altra fattispecie, ma non in entrambe contemporaneamente – si deve ritenere che il p.m. abbia inteso qualificare come tentati atti sessuali con minorenne i plurimi contatti a sfondo sessuale tramite facebook o telefono fra l'adulto e la ragazzina, mentre abbia qualificato come tentata violenza sessuale quanto accaduto nell'unico incontro *de visu* fra l'imputato e la giovane vittima, in occasione del quale è avvenuto l'arresto.

Ciò detto, la **prima fase**, individuabile **nell'adescamento della minore attraverso facebook e il telefono cellulare**, utilizzati come mezzi per carpire la fiducia della ragazzina e prospettare un possibile incontro, è da ritenersi **penalmente irrilevante** nell'attuale panorama normativo italiano, ancorché le conversazioni abbiano un contenuto sessualmente esplicito.

A questo proposito, occorre rilevare che l'art. 6 della recentissima Direttiva comunitaria n. 2011/92 in materia di "*lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile*", che dovrebbe trovare applicazione entro la fine del 2013, impone espressamente agli Stati membri di introdurre nel catalogo dei reati sessuali anche il delitto di "*adescamento di minori per scopi sessuali*" (c.d. *grooming*), destinato proprio a reprimere il comportamento dell'adulto che "*a mezzo di tecnologie dell'informazione e della comunicazione*" "*propone a un minore che non ha raggiunto l'età del consenso sessuale di incontrarlo con l'intento di commettere*" reati a sfondo sessuale, a condizione peraltro – si legge nella medesima disposizione – che "*tale proposta sia stata seguita da atti materiali finalizzati a tale incontro*". E la *ratio* di tale obbligo sta proprio nella consapevolezza che le norme in tema di delitto tentato previste negli ordinamenti degli Stati membri di solito *non coprono* le condotte in questione, cronologicamente distanti dalla (progettata) consumazione, e che si caratterizzano piuttosto come meri *atti preparatori non punibili* di un futuro abuso sessuale.

Anche il legislatore italiano, dunque, dovrà finalmente introdurre una fattispecie destinata a reprimere gli atti di adescamento telefonico/telematico che di regola sono *prodromici* all'effettivo abuso sessuale sulla vittima minore, ancorando l'effettiva rilevanza penale del *grooming* al compimento di azioni destinate a tradurre in realtà – per così dire – il manifestato proposito di incontrare il minore per fini sessuali.

Resta tuttavia da registrare che, fino a quando tale disposizione non vedrà la luce nel nostro ordinamento, pare francamente difficile individuare gli estremi di un *tentativo* di qualsivoglia delitto in capo a chi propone incontri sessuali ad un minore infraquatordicenne tramite facebook o telefono – e probabilmente, oggi, anche per chi comincia a compiere "*atti materiali finalizzati a tale incontro*" –, con buona pace del comprensibile allarme sociale destato da simili condotte: e ciò in difetto di "*atti diretti in modo non equivoco*" a commettere alcuno dei delitti di cui agli artt. 609 *bis* e ss. c.p., a meno che non ci si voglia accontentare di una nozione di "*univocità*" tutta appiattita sul versante *soggettivo*, come sinonimo *tout court* di *intenzione* dell'agente di commettere il delitto.

Correttamente, dunque, nel caso di specie il Giudice dell'udienza preliminare ha ritenuto di non accogliere quella che sembra essere, come si è visto, la prospettazione accusatoria su questo primo versante, negando che i ripetuti contatti fra l'adulto e la malcapitata dodicenne potessero già di per sé – e cioè a prescindere dall'incontro nel parcheggio – integrare plurimi delitti tentati di atti sessuali con minorenne, ai sensi degli artt. 56, 609 *quater* c.p.

Indubbiamente più problematico, invece, è l'inquadramento penalistico della **seconda fase** di questa triste vicenda, e cioè **dell'azione interrotta dall'intervento delle Forze dell'ordine nell'esatto momento in cui l'adulto e la dodicenne stavano per salire in automobile**, al cui interno avrebbero dovuto verosimilmente compiersi gli atti sessuali.

Sul punto, è innanzitutto opinione di chi scrive che, contrariamente alle conclusioni a cui perviene il giudice, la condotta dell'agente *non* possa in alcun modo integrare gli estremi di un *tentativo di violenza sessuale aggravata* ai sensi degli artt. 609 *bis* e 609

ter comma 1 n. 1) c.p., nonostante il ritrovamento di un coltello nella tasca dell'uomo al momento dell'arresto.

Tale conclusione è infatti imposta, a ben guardare, dall'applicazione di *tutte* le teorie sulla nozione di "univocità" degli atti già sinteticamente riepilogate.

Innanzitutto, aderendo alla tesi più rigorosa, vi sarebbe stato un tentativo punibile di violenza sessuale, ai sensi dell'art. 609 *bis*, se l'agente avesse già dato *inizio all'esecuzione* della condotta descritta dalla norma incriminatrice, e dunque – nel caso di specie – se avesse già compiuto atti qualificabili come *violenza* o quantomeno *minaccia* (tipologie alternative di condotta indicate dall'art. 609 *bis* c.p.): fatti che però non si sono verificati in ragione dell'intervento dei carabinieri in un momento nel quale l'imputato ancora non aveva commesso alcun atto violento o minaccioso nei confronti della dodicenne invitata (sia pure con insistenza) a salire in auto.

Ma anche a voler accantonare questo primo orientamento, si arriverebbe comunque alla conclusione che la mera circostanza che l'agente *potesse* usare l'arma in presenza di un *eventuale dissenso* della ragazzina al compimento dell'atto sessuale, quando i due stavano per salire in automobile, non consenta ancora di poter affermare che si sia in presenza di un atto *diretto in modo non equivoco* a commettere una violenza sessuale mediante costrizione.

La condotta del reo al momento dell'arresto, infatti, non può certamente dirsi in grado di rivelare a un ipotetico osservatore esterno un *sicuro intento* di commettere un abuso sessuale mediante l'uso del coltello – sempre rimasto nella tasca del reo, nonostante l'agente avesse avuto tutto il tempo di estrarlo –, anche tenuto conto del fatto che sino a quel momento l'agente aveva tenuto un atteggiamento "seduttivo" nei confronti della giovane vittima.

D'altra parte, il comportamento del reo al momento dell'arresto non può neppure essere considerato un *immediato antecedente logico-cronologico di una autentica violenza sessuale mediante costrizione*, che nel caso di specie rimane soltanto una cupa eventualità confinata all'imperscrutabile mondo dei possibili sviluppi dell'azione.

È appena il caso di osservare, peraltro, che l'esito non risulterebbe diverso, nel caso di specie, anche applicando un paradigma di "univocità" collegato esclusivamente alla ricostruzione della *intenzione criminosa* del reo – che si è detto essere ormai unanimemente ripudiato –, dal momento che non vi sarebbe alcuna traccia negli atti d'indagine del *dolo intenzionale* dell'uomo di usare l'arma per costringere la ragazzina al rapporto sessuale. In altre parole, non vi sarebbe modo di dimostrare, con il quadro probatorio a disposizione, che l'imputato volesse costringere *con la forza* la minore a subire atti sessuali.

Se il coltello, comparso sulla scena solo dopo la perquisizione del reo, rappresenta dunque – se così si può dire – né più né meno che il classico elemento di disturbo sulla scena del delitto, perché è da ritenersi ad ogni buon conto del tutto estraneo alla oggettiva dinamica dei fatti, ciò non significa tuttavia che non vi siano concreti spazi per punire la condotta dell'imputato, ancorché non sfociata (grazie all'intervento Carabinieri) in un autentico abuso sessuale.

Nel caso in esame potrebbe infatti trovare applicazione, naturalmente in forma *tentata*, il delitto di *atti sessuali con minorenne* di cui all'art. 609 *quater*, introdotto nel nostro ordinamento proprio per punire rapporti di tipo sessuale fra adulti e minori in mancanza di quegli indici di coercizione descritti nella diversa fattispecie di cui all'art. 609 *bis* comma 1 (violenza, minaccia, abuso di autorità), ma pur sempre in situazioni – come nel caso di specie – in cui il legislatore presume che vi sia stata una strumentalizzazione dell'immatunità del minore infraquattordicenne.

A tale conclusione si giungerebbe, innanzitutto, aderendo alla tesi che individua la soglia del tentativo punibile nel compimento di atti che – riguardati nella loro *oggettività* – non possono che essere interpretati se non come finalizzati alla consumazione di un determinato delitto (in questo caso il compimento di atti sessuali con la minore).

Alla luce degli abbondanti elementi probatori raccolti, infatti, non sembra che si possa seriamente dubitare che l'imputato, una volta salito in macchina con la giovane vittima, e dunque trovatosi al riparo da occhi indiscreti, avrebbe dato immediato sfogo ad approcci sessuali con la stessa, portando a consumazione un delitto impedito soltanto dal tempestivo intervento dei Carabinieri.

In questa prospettiva, l'intero quadro probatorio consentirebbe di affermare che la condotta dell'imputato avesse già raggiunto la soglia in cui gli atti sono ormai in grado di *parlare da sé*, e varcata la quale attende sola – ed inesorabile – la consumazione del delitto.

In secondo luogo, non vi è dubbio che si potrebbe ritenere integrato un tentativo punibile aderendo anche alla diversa tesi che individua come univoci, ai sensi dell'art. 56 c.p., atti che si pongono in “*prossimità logico-cronologica alla consumazione del delitto*”, e cioè gli atti che – come si è visto – dal punto di vista “*naturalistico-teleologico*” si trovano “*in rapporto di stretta anticipazione*” rispetto agli atti tipici in senso stretto.

La dottrina che aderisce a questa tesi ha infatti espressamente rilevato che si può configurare il delitto di tentati atti sessuali con minorenne “*quando l'agente cerchi di indurre la tredicenne a salire in macchina e ad appartarsi con lui*”⁶, citando proprio un caso analogo a quello in esame affrontato dalla Cassazione nell'ormai lontano 1993 – quando ancora si parlava di tentati “*atti di libidine*” –, a ennesima riprova, verrebbe da dire, che *nihil sub sole novi*.

Se questi due orientamenti consentirebbero dunque di condannare il nostro imputato, ben *più problematico* risulterebbe invece stabilire se l'invitare una dodicenne a salire in macchina, con l'esplicito intento di compiere atti sessuali, già basti a raggiungere la soglia del tentativo punibile, qualora si aderisse alla tesi più rigorosa espressa da autorevole dottrina, che individua l'univocità degli atti soltanto nel momento dell'*inizio della condotta tipica*.

A tacer del fatto che, aderendo a quest'ultima posizione, risulterebbe altrettanto difficile individuare l'*esatto momento* a partire dal quale l'autore, pur compiendo un atto *esecutivo* della condotta descritta dall'art. 609 *quater*, non perfezioni ancora la fattispecie: la nozione di “*atto sessuale*” accolta in giurisprudenza è infatti così ampia – come mostrano le abbondanti rassegne sul punto⁷ – che potrebbe infatti bastare un contatto “*lascivo*” fra il minore e l'adulto perché si ritenga la condotta già attratta nel perimetro della fattispecie consumata.

Resta però la considerazione che – anche se si volesse aderire a quest'ultima posizione – suonerebbe comunque eccessiva la pretesa che, in un caso quale quello in esame, i carabinieri dovessero attendere l'attimo in cui l'adulto si sarebbe avventato sul corpo della giovane vittima per poter intervenire in presenza degli estremi di un tentativo punibile di atto sessuale con minorenne. Anche perché – val la pena di sottolinearlo – si sarebbe corso il concreto rischio di arrivare quando ormai era troppo tardi.

6. Cfr. M. ROMANO, *Commentario*, cit., p. 596.

7. Sulla nozione di “*atto sessuale*” sia consentito il rinvio a M. VIZZARDI, *Bacio sulle labbra e diritto penale: ancora sulla nozione di «atto sessuale»*, in *Cassazione Penale*, n. 2, 2008, p. 755 ss.