

CONTENUTO ED EFFETTI (ATTUALI E FUTURI) DELLA DIRETTIVA 2011/93/UE

*Approvate dal legislatore europeo nuove norme contro l'abuso,
lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile*

di Alessandra Verri

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La precedente decisione quadro 2004/68/GAI. - 3. Le diverse fattispecie penali e il relativo trattamento sanzionatorio. - 4. Le misure di assistenza, sostegno e prevenzione delle vittime minorenni. - 5. Le misure volte a prevenire le diverse forme di sfruttamento sessuale dei minori - 6. Effetti attuali e futuri della direttiva.

1. Premessa.

Dopo l'approvazione lo scorso 27 ottobre della risoluzione sulla proposta di direttiva in tema di lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile da parte del Parlamento europeo in seduta plenaria (con 541 sì, 2 no e 31 astenuti), il 13 dicembre il Consiglio Ue ha finalmente adottato la [direttiva 2011/93/UE](#)¹, che dovrà essere recepita dai ventisette Stati membri entro due anni, ovvero entro il 18 dicembre 2013.

Obiettivo del legislatore dell'Unione europea è quello di arginare gli odiosi e purtroppo sempre più frequenti (anche per la diffusione delle tecnologie informatiche che forniscono la garanzia dell'anonimato, dando la possibilità per gli adescatori di nascondere la propria identità) fenomeni di abuso e sfruttamento sessuale dei minori. Scopo dichiarato della direttiva 2011/93/UE è, infatti, quello di ravvicinare ulteriormente le legislazioni penali degli Stati membri in materia di abuso e sfruttamento sessuale dei minori, pornografia minorile e adescamento di minori per scopi sessuali, stabilendo norme minime relative alla definizione dei suddetti reati e delle relative sanzioni, nonché quello di introdurre disposizioni intese a rafforzare la prevenzione di tali reati e la protezione delle vittime minorenni.

¹Tale numerazione è il risultato di una rettifica (in GU L 335 del 17 dicembre 2011), in quanto la numerazione originaria era 2011/92/UE. La base giuridica della direttiva qui in commento è da individuarsi nell'art. 83, primo comma del TFUE; secondo tale disposizione, «il Parlamento europeo ed il Consiglio, deliberando mediante direttive e secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire norme comuni minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente gravi che presentano una dimensione transnazionale, derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni».

Dal momento che tali obiettivi non possono essere, a giudizio del legislatore europeo, conseguiti in maniera sufficiente dagli Stati membri, a causa del carattere transnazionale delle condotte criminose, si è reso necessario l'intervento dell'Unione europea, in virtù del **principio di sussidiarietà dell'art. 5 TUE**, secondo cui « nei settori che non sono di sua esclusiva competenza la Comunità interviene, se soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e possono dunque, a motivo delle dimensioni o degli effetti dell'azione in questione, essere realizzati meglio a livello comunitario».

Il legislatore europeo ha sentito la necessità di intervenire in una materia già disciplinata da altri atti normativi (in particolare la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea adottata nel 2000² e la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1989³, entrambe ispirate ad una *ratio* di tutela dei diritti del fanciullo), dettando in alcuni casi disposizione con un contenuto corrispondente, in quanto la direttiva possiede per sua natura un diverso *enforcement* rispetto agli altri strumenti legislativi, dal momento che prevede la possibilità di attivare, in caso di inadempimento degli Stati a conformarsi alle sue disposizioni, la procedura d'infrazione, di cui si dirà meglio nel proseguo.

2. La precedente decisione quadro 2004/68/GAI.

La direttiva 2011/93/UE **sostituisce** la [decisione quadro 2004/68/GAI](#) del Consiglio relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile, **adottata il 22 dicembre 2003**⁴ a cui l'Italia aveva dato attuazione con la legge 6 febbraio 2006, n. 38⁵, contenente disposizioni in materia di lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia anche a mezzo Internet. Le istituzioni comunitarie hanno, infatti, ritenuto opportuno **sostituire** nella sua interezza, piuttosto che limitarsi ad una sua semplice modifica aggiuntiva, la decisione quadro 2004/68/GAI, in quanto le modifiche da apportare a quest'ultimo atto sarebbero state di

² In GU C 364 del 18.12.2000, p. 1. A norma dell'art. 6, paragrafo, 1 TUE «l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea», il cui art. 24, paragrafo 2, prevede che «in tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del minore debba essere considerato preminente».

³ L'art. 34 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo prevede che gli Stati contraenti si impegnano a proteggere il fanciullo contro ogni forma di sfruttamento e abuso sessuale. Il protocollo opzionale delle Nazioni Unite del 2000 alla Convenzione sui diritti del fanciullo sulla vendita di bambini, la prostituzione dei bambini e la pornografia rappresentante bambini, e in particolare, la Convenzione del Consiglio d'Europa del 2007 per la protezione dei bambini contro lo sfruttamento e gli abusi sessuali segnano una tappa fondamentale verso il miglioramento della coppe razione internazionale in questo settore (quinto *considerando*).

⁴ In GU L 13 del 20.1.2004, p. 44. Per un commento a tale decisione quadro si veda fra tutti STILO, *Un nuovo intervento dell'Unione europea contro la pornografia infantile*, in *Il nuovo diritto*, 2004, fasc. 2-3, p. 4 ss.; ROIATI, *La nozione di pornografia penalmente rilevante tra diritto sovranazionale e principi di offensività e sufficiente determinatezza*, in *Cass. pen.*, 2011, fasc. 4, p. 1415 ss.

⁵ In Gazz. Uff. 15 febbraio 2006, n. 38.

natura sostanziale, oltre che assai numerose, con il facile rischio di creare confusione nella sua pratica applicazione.

La precedente decisione quadro rappresentava, infatti, per l'Unione solo un primo timido passo nella lotta all'abuso e allo sfruttamento sessuale dei minori e prevedeva un livello minimo di armonizzazione delle legislazioni nazionali, stabilendo disposizioni comuni in materia di criminalizzazione, sanzioni, circostanze aggravanti, assistenza alle vittime e giurisdizione. Tale atto di diritto derivato, adottato quando ancora l'Unione europea era composta da una struttura a tre pilastri e le competenze in questo settore erano separate da quelle comunitarie in senso stretto, differenza venuta meno in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, si poneva obiettivi semplici che oggi non possono più essere considerati soddisfacenti, considerato che reati gravi quali lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile richiedono un **approccio globale** che comprenda l'azione penale contro gli autori del reato, la protezione delle vittime minorenni e la prevenzione del fenomeno⁶.

La decisione quadro 2004/68/GAI presentava dunque agli occhi del legislatore europeo una serie di carenze: ravvicinava le normative nazionali soltanto con riferimento ad un numero limitato di reati, non prevedeva le nuove forme di abuso e sfruttamento sessuale commesse attraverso le tecnologie dell'informazione, non rimuoveva gli ostacoli al perseguimento dei reati di fuori del territorio nazionale e, infine, non soddisfaceva tutte le esigenze specifiche delle vittime, fra cui la previsione di misure adeguate per prevenire i reati.

La nuova direttiva dovrebbe, inoltre, essere nelle intenzioni del legislatore pienamente complementare alla **direttiva 2011/36/UE** del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 aprile 2011 concernente la prevenzione e la repressione della **tratta di esseri umani e la protezione delle vittime**⁷ (che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI), dal momento i due fenomeni sono spesso complementari, essendo alcune vittime minorenni della tratta di esseri umani anche vittime di reati commessi in materia di abuso o sfruttamento sessuale.

3. Le diverse fattispecie penali e il relativo trattamento sanzionatorio.

Sul piano del **diritto penale sostanziale in generale** la nuova direttiva stabilisce, come si è detto, norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in materia di abuso e sfruttamento sessuale dei minori, pornografia minorile e adescamento di minori per scopi sessuali, prevedendo numerose fattispecie dotate di un così elevato grado di precisione da non lasciare pressoché alcuna discrezionalità al legislatore nazionale nella configurazione del relativo precetto.

⁶ Sesto *considerando* della direttiva.

⁷ In GU L 101 del 15.4.2011, p. 1. Per un commento analitico a questa direttiva si veda SPIEZIA-SIMONATO, *La prima direttiva Ue di diritto penale sulla tratta di esseri umani*, in *Cass. pen.*, 2011, 9, 3197.

Una significativa eccezione a questo proposito è però rappresentata dalla definizione di “**età del consenso sessuale**”, definita come l’«età al di sotto della quale è vietato compiere atti sessuali con un minorenne ai sensi della normativa nazionale».

Qui, dunque, il legislatore europeo ha preso atto delle differenze esistenti tra gli ordinamenti nazionali e non ha ritenuto di dover imporre alcuna armonizzazione sotto questo profilo ⁸.

Per la prima volta, il legislatore dell’Unione europea fornisce una definizione di **pornografia minorile**⁹ e di **spettacolo pornografico**¹⁰, definizioni peraltro assenti nel nostro attuale ordinamento giuridico (dove manca perfino la stessa definizione di prostituzione di adulti) di cui pertanto il giudice nazionale dovrà d’ora in avanti tener conto nella sua opera di interpretazione conforme, di cui si dirà più avanti. Vale la pena qui di osservare a tale proposito che il testo europeo esclude espressamente la possibilità che la pornografia minorile raffigurante immagini di abusi sessuali su minori possa costituire espressione di un’opinione e, quindi, essere sottratta all’incriminazione per l’operare di un’esimente (quarantaseiesimo *considerando*). Il *considerando* diciassettesimo prevede poi delle **esimenti** in casi specifici alle condotte di pornografia minorile (come per finalità mediche o scientifiche o investigative), mentre al *considerando* quarantaseiesimo si esclude espressamente che la pornografia minorile che raffigura immagini di abusi sessuali su minori costituisca manifestazione del diritto alla libertà d’espressione e quindi che quest’ultimo, come diritto fondamentale, possa apporre un limite alla potestà punitiva.

Per quanto concerne le **fattispecie penali** configurate dalla direttiva in esame, viene imposta dal legislatore europeo la criminalizzazione di alcune situazioni di abuso e sfruttamento sessuale in danno di minori non contemplate dalla previgente decisione quadro, tra cui le nuove forme di abuso e sfruttamento sessuale favorite dall’uso di strumenti informatici, quali **l’adescamento dei minori on line ai fini di abuso e la mera visualizzazione di materiale pedopornografico tramite webcam o internet**.

Relativamente al nuovo reato di adescamento di minori per scopi sessuali (c.d. “**grooming**”)¹¹ l’elemento materiale di tale fattispecie, secondo il disposto dell’art. 6 della direttiva in commento, consiste nella proposta rivolta da un adulto, a mezzo di tecnologie dell’informazione e della comunicazione, a un minore che non ha raggiunto l’età del consenso sessuale, di un incontro con l’intento di compiere atti sessuali con lo stesso o di produrre materiale pedopornografico, a condizione che tale proposta sia stata seguita da atti materiali finalizzati a tale incontro: ossia, secondo il

⁸ Nel nostro ordinamento una parziale definizione di età del consenso sessuale si evince dall’art. 609-*quater* c.p.

⁹ Definita come l’«utilizzo di un minore per atti sessuali, dietro promessa o dazione di somme di denaro o altri vantaggi o utilità in cambio della partecipazione a tali atti, a prescindere che il pagamento, la promessa o i vantaggi siano rivolti al minore o a terzi » (art. 2 lett. d).

¹⁰ Definita come « l’esibizione dal vivo, diretta a un pubblico, anche a mezzo di tecnologie dell’informazione e della comunicazione di : i) un minore in atteggiamenti sessuali espliciti, reali o simulati, oppure di ii) organi sessuali di un minore, per scopi prevalentemente sessuali » (art. 2 lett. e).

¹¹ Sul fenomeno del c.d. “grooming” si veda in questa [rivista](#) VIZZARDI, *Sull’“adescamento” di minore tramite social network e il tentativo di atti sessuali con minorenne*.

diciannovesimo *considerando*, che l'adescamento del minore «avvenga in presenza o in prossimità del minore sotto forma di atto preparatorio, di un tentativo di commettere i reati di cui alla presente direttiva o come forma speciale di abuso sessuale».

L'accesso consapevole a mezzo di tecnologie dell'informazione e della comunicazione a materiale pedopornografico è, invece, contemplato per la prima volta dall'art. 5 punto 3 della direttiva che, nel diciottesimo *considerando*, fornisce anche un criterio di prova dell'elemento soggettivo di tale fattispecie, deducendo il carattere intenzionale della condotta dalla frequenza degli accessi ai siti contenenti materiale pedopornografico e dall'utilizzo di un servizio a pagamento per accedere ad essi.

Riguardo ai reati sessuali commessi tramite le nuove tecnologie dell'informazione merita altresì attenzione la previsione contenuta nell'art. 25, in cui si definiscono i modi per **interrompere la distribuzione di materiale pedopornografico sul web**.

In particolare, si stabilisce che gli Stati membri debbano adottare tutte le misure necessarie per assicurare la tempestiva rimozione delle pagine ospitate nel loro territorio che contengono o diffondono materiale pedopornografico e, quando questo non sia possibile, sono chiamati a bloccare l'accesso dal proprio territorio nazionale. Importante è anche la previsione della collaborazione con i Paesi terzi per ottenere la rimozione di siti ospitati su server al di fuori dell'Unione, anche se si tratta di un'operazione di non facile attuazione perché talvolta gli Stati che ospitano i server non sono disposti a cooperare, oppure il processo per eliminare il materiale richiede molto tempo¹². Quale che sia la modalità scelta dal singolo Stato membro il legislatore europeo richiede, comunque, che quest'ultimo si accerti in ogni caso che sia sempre garantito un adeguato livello di certezza del diritto e di prevedibilità giuridica per gli utenti e per i fornitori di servizi, adoperandosi per stabilire e rafforzare la cooperazione tra autorità pubbliche, tenendo altresì conto dei diritti dell'utente finale e rispettando altresì le procedure giuridiche e giudiziarie, oltre che la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali¹³ e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ai sensi dell'art. 6 TUE, assume lo stesso valore giuridico dei Trattati.

Oltre a queste fattispecie prima assenti, **vengono ampliate** anche alcune delle precedenti figure criminose di parte sostanziale con una descrizione assai analitica del precetto penale, che lascia davvero poco spazio alla discrezionalità dei legislatori nazionali.

All'interno dei reati di abuso sessuale di cui all'art. 3 della nuova direttiva viene aggiunta, rispetto alla precedente decisione quadro 2004/68/GAI, la fattispecie di chi induce un minore ad assistere, anche senza partecipare, ad atti sessuali o ad abusi

¹² *Considerando* quarantasette.

¹³ La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) è stata firmata dagli Stati membri del Consiglio d'Europa, oggi 47, a Roma il 4 novembre 1950 e ratificata dall'Italia con la legge 4 agosto 1955 n. 848. Con essa gli Stati si impegnano a rispettare e a promuovere, nell'ambito delle rispettive giurisdizioni, i diritti e le libertà fondamentali dell'individuo come sanciti dagli artt. 2-14 della stessa Convenzione. Per approfondimenti si rinvia a VIGANÒ, *Fonti europee e ordinamento italiano*, in *Dir. pen. e processo*, 2011, 8, allegato 1, 4.

sessuali, nonché la condotta di chi costringe con l'uso della violenza o minaccia un minore a compiere atti sessuali con un terzo, mentre all'art. 4 in tema di reati di sfruttamento sessuale è aggiunta la previsione di chi consapevolmente assiste a spettacoli pornografici ai quali partecipano minori.

Per quanto concerne, infine, il triste fenomeno del **turismo sessuale a danno dei minori** (c.d. "**turismo sessuale infantile**"), il legislatore europeo dopo aver qualificato tale pratica «come lo sfruttamento sessuale dei minori da parte di una o più persone che viaggiano dal loro ambiente abituale verso una destinazione all'estero in cui hanno contatti sessuali con minori»¹⁴, prevede numerose misure atte a combatterlo e prevenirlo (di cui si dirà in seguito) anche qualora esso si svolga al di fuori del territorio dell'Unione.

L'Unione europea non ritiene, invece, opportuno legiferare sugli atti consensuali fra minori, lasciando così alla **discrezionalità** dei singoli Stati membri la decisione in merito all'opportunità di far rientrare nei suddetti reati gli atti sessuali, gli spettacoli pornografici, nonché il possesso o l'acquisto di materiale pedopornografico, che avvengono fra minori che abbiano raggiunto l'età del consenso sessuale, purché siano rispettati alcuni requisiti, fra cui l'assenza di abusi.

Sono poi previste all'articolo 9 alcune **circostanze aggravanti**, tra cui il caso in cui il reato sia stato commesso nei confronti di un minore che versa in una situazione di particolare vulnerabilità (come nel caso di disabilità psichica o fisica o in uno stato di dipendenza)¹⁵, o ancora la violenza sia stata perpetrata da un familiare o convivente dello stesso.

Dalla lettura dell'undicesimo, dodicesimo e tredicesimo *considerando* emergono novità importanti anche sotto il **profilo sanzionatorio**: il legislatore europeo mostra, infatti, di voler disciplinare anche questo essenziale aspetto della materia in modo assai particolareggiato e puntiglioso, non limitandosi a richiedere ai legislatori nazionali, come già nella decisione quadro 2004/68/GAI, di prevedere sanzioni penali efficaci (ossia funzionanti), dissuasive (ossia deterrenti) e proporzionate (per quanto attiene misura minima), ma dando agli stessi indicazioni molto specifiche circa l'entità delle pene che dovranno essere previste per ciascuna fattispecie delittuosa.

La direttiva sembra così non lasciare davvero alcuno spazio alla discrezionalità del legislatore nazionale; non solo il legislatore europeo detta norme assai particolareggiate per quanto concerne il precetto, ma anche per quanto riguarda le sanzioni fissa con molto dettaglio le pene effettuandone una differenziazione che va al di là di quanto previsto negli strumenti giuridici dell'Unione. Poiché, infatti, la presente direttiva contiene un numero eccezionalmente elevato di reati differenti la stessa richiede, al fine di rispecchiarne i vari gradi di gravità, una differenziazione nel livello delle pene che va al di là di quanto normalmente previsto negli strumenti giuridici dell'Unione.

¹⁴ *Considerando* ventinove.

¹⁵ Nel ventiduesimo *considerando* si specifica che l'incapacità fisica o psichica deve comprendere anche quella determinata da droghe o alcol; anche questa norma dovrà essere tenuta presente dal giudice per l'interpretazione conforme.

Per quanto concerne poi l'entità delle pene la direttiva in esame mostra per la prima volta un approccio particolarmente aggressivo, prevedendo **pene decisamente più severe** per chi commette gravi abusi o altre forme di sfruttamento sessuale dei minori rispetto a quelle previste nella decisione quadro 2004/68/GAI in una scala di gravità crescente. Degno di nota è anche il fatto che nei casi più gravi il legislatore europeo richiede per la prima volta che il giudice nazionale applichi la pena detentiva massima.

Sul fronte delle misure necessarie per scongiurare il possibile rischio di reiterazione del reato, gli Stati membri dovranno introdurre **misure interdittive** per assicurare che la persona fisica condannata per questi tipi di crimini sessuali sia interdetta, in via temporanea o permanente, almeno dall'esercizio di attività professionali che comportano contatti diretti e regolari con minori. Rispetto alla precedente decisione quadro 2004/68/GAI è, inoltre, previsto che i datori di lavoro abbiano il diritto di essere informati, al momento dell'assunzione per un impiego che comporta contatti regolari e diretti con minori, delle condanne esistenti per reati sessuali sui minori iscritte nel casellario giudiziario o delle condanne interdittive esistenti (art 10).

Per rendere effettiva la tutela dei minori vittime di abusi e impedire l'aggiramento di tali disposizioni è opportunamente prevista, con disposizioni che riproducono il contenuto della precedente decisione quadro 2004/68/GAI, anche la responsabilità (con relative sanzioni pecuniarie penali e non penali) in capo alle **persone giuridiche**, qualora i reati in esame siano commessi a loro vantaggio da un qualsiasi soggetto a titolo individuale o in quanto tale soggetto rivesta una posizione preminente in capo ad essa (art. 12,13).

Sempre per dare effettività alle disposizioni sostanziali, nonché per finanziare l'assistenza alle vittime e la loro protezione, la presente direttiva contiene una specifica previsione, a differenza della decisione quadro pregressa, in materia di sequestro e confisca, dettando l'obbligo per tutti gli Stati membri di assicurare che le competenti autorità nazionali siano dotate degli strumenti giuridici idonei a sequestrare e confiscare i proventi di tale reato dell'azione penale o del processo.

Un apposito articolo è poi dedicato alle **indagini e all'azione penale** (art. 15), confermando l'impostazione seguita nella direttiva sulla tratta degli esseri umani secondo cui l'instaurazione di un procedimento per il reato di abusi sessuali non deve dipendere dalla querela, denuncia o accusa formulata dalla vittima o dal suo rappresentante ed esso deve continuare anche qualora quest'ultimo dovesse ritrattare le proprie dichiarazioni perché, presumibilmente, indotto a farlo. In ogni caso, se la natura degli atti lo richiede, gli Stati devono assicurare che i reati in questione possano essere perseguiti entro un "congruo" periodo di tempo (in misura proporzionata alla gravità del reato) dopo il raggiungimento della maggiore età della vittima per poter esercitare i suoi diritti. Per tale ragione le autorità competenti di ciascun Stato membro hanno il potere di non perseguire, né imporre sanzioni penali alle vittime minorenni di abuso e sfruttamento sessuale coinvolte in attività criminali (art. 14).

È stato poi inserito un articolo apposito (art. 16) allo scopo di far sì che le norme sulla riservatezza dei dati relativi al minore non siano di ostacolo a che gli operatori

che lavorano a contatto con questi ultimi segnalino i casi di abuso sessuale di cui vengono a conoscenza; è, inoltre, previsto che gli Stati membri incoraggiano chiunque sia a conoscenza di un fatto che costituisce reato ai sensi degli artt. 3-7 della direttiva in esame o lo sospettino in buona fede a segnalarlo alle competenti autorità.

4. Le misure di assistenza, sostegno e prevenzione delle vittime minorenni.

Numerose e dettagliate disposizioni sono poi dedicate alle **misure di assistenza, sostegno e protezione** delle vittime minorenni (nonché alla all'assistenza e al sostegno della famiglia dello stesso ove opportuno e possibile e allorché essa si trovi nel territorio di uno Stato membro), tenuto conto dell'interesse superiore del minore.

In particolare, è previsto che le giovani vittime, anche quelle di cui risulti incerta l'età e vi sia motivo per ritenere che siano minorenni, ricevano assistenza e sostegno, prima, durante e per un congruo periodo di tempo dopo la conclusione del procedimento penale, cosicché possano esercitare i diritti loro spettanti, previa valutazione della loro specifica situazione individuale. Alle vittime, inoltre, dovrà essere garantito l'accesso alla consulenza e all'assistenza legale in forma gratuita, laddove le stesse non dispongano di sufficienti risorse finanziarie, nonché un rappresentante nominato dalle competenti autorità nelle indagini e nei procedimenti penali, qualora la famiglia del minore sia in conflitto d'interessi con questi o manchi.

In particolare, gli Stati membri dovranno prevedere delle misure per garantire la protezione, l'assistenza e il sostegno delle vittime minorenni che segnalano casi d'abuso nell'ambito del loro ambiente familiare, misure che, però, non potranno in nessun caso essere subordinate alla volontà del minore di cooperare alle indagini, all'azione penale o al processo in corso (come peraltro già espresso nella decisione quadro 204/68/GAI); esse vengono, inoltre, intraprese in seguito ad una valutazione individuale della particolare situazione individuale di ciascun minore.

Il legislatore dell'Unione europea riserva poi una particolare attenzione al fenomeno della c.d. "**vittimizzazione secondaria**", al fine di evitare che la vittima debba subire ulteriori danni materiali e morali, oltre a quelli dovuti al reato subito.

In particolare, al fine di ridurre i traumi causati dal confronto fra l'imputato e la vittima durante il processo, in quanto quest'ultima si trova suo malgrado costretta a rivivere le drammatiche esperienze passate, è previsto, in primo luogo, che le audizioni della vittima avvengano senza ritardo ingiustificato, nel numero più limitato possibile e solo se strettamente necessarie, in locali appositi davanti a personale appositamente formato e alla presenza del suo rappresentante legale o di un suo familiare (art. 20). In secondo luogo, è previsto che le audizioni della vittima minorenni possano essere oggetto di registrazione audiovisiva e formare prova nel procedimento penale; l'udienza può essere poi svolta a porta chiuse e la vittima può rendere dichiarazione senza essere presente fisicamente onde evitare il contatto visivo con l'imputato e le deposizioni in udienze pubbliche, in deroga alla regola del contraddittorio e all'immediatezza, fatto salvo naturalmente il diritto di difesa dell'imputato.

Il minore è infine considerato, analogamente alla decisione quadro 2004/68/GAI, **vittima particolarmente vulnerabile** ai sensi dell'art. 2, par. 2 e dell'art. 8 par 4 e dell'art. 14, par. 1 della decisione quadro 2001/220/GAI del 15 marzo 2001 sulla posizione della vittima nel procedimento penale, che rappresenta, tra l'altro, uno dei pochi tentativi di armonizzazione processuale penale nel contesto normativo pre-Lisbona ed alla base della nota vicenda sul caso Pupino¹⁶.

4. Le misure volte a prevenire le diverse forme di sfruttamento sessuale dei minori.

Per la prima volta viene prestata particolare attenzione all'opera di **prevenzione** che gli Stati dovranno intraprendere, sia prevedendo misure che scoraggino e riducano la domanda che sta alla base di tutte le forme di sfruttamento sessuale dei minori, sia tramite misure che riducano il rischio che i minori divengano vittime, attraverso l'informazione e le campagne di sensibilizzazione, nonché i programmi di ricerca e istruzione.

Negli artt. 21, 22 e 23 della direttiva è, infatti, previsto per la prima volta che ciascuno Stato membro adotti le misure necessarie per scoraggiare e ridurre la domanda che incentiva ogni forma di sfruttamento sessuale di minori e altresì che lo stesso promuova azioni adeguate, quali ad esempio le campagne di informazione e sensibilizzazione, nonché programmi di ricerca e istruzione al fine di sensibilizzare e ridurre il rischio di commissione di reati di natura sessuale a danno dei minori. A tal fine gli Stati membri dovranno adottare le misure necessarie per prevenire e vietare la diffusione di materiale che pubblicizza abusi sessuali su minori, nonché l'organizzazione di viaggi finalizzati a commettere tali abusi (c.d. "turismo sessuale infantile"). In particolare, qualora il turismo sessuale si svolga fuori da Paesi dell'Unione, gli Stati membri dovranno incrementare, attraverso gli strumenti nazionali e internazionali disponibili, compresi i trattati bilaterali o multilaterali in materia di estradizione, l'assistenza reciproca o il trasferimento dei procedimenti, la cooperazione con i Paesi terzi e le organizzazioni internazionali, affinché siano in

¹⁶ Cfr. Corte giust., 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Procedimento penale a carico di Maria Pupino*, in GUCE L 82 del 22 marzo 2001, p. 1 ss., in cui la Corte di giustizia ha, per la prima volta, esteso l'obbligo di interpretazione conforme, che grava sulle autorità nazionali e in particolare sui giudici, anche alle decisioni quadro, ovvero ad un atto del terzo pilastro. Per un commento a tale sentenza si veda MUNARI-AMALFITANO, *Il «terzo pilastro» dell'Unione: problematiche istituzionali, sviluppi giurisprudenziali, prospettive*, in *Il diritto dell'Unione*, 2007, 4, p. 773; CHERUBINI, *L'obbligo di interpretazione conforme "sconfina" nel terzo pilastro: note a margine della sentenza Pupino*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2006, p. 157 ss.; VIGANÒ, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, II, p. 1433; CALVANO, *Il Caso Pupino: ovvero dello stravolgimento del quadro concettuale dei rapporti tra diritto interno (penale) ed europeo, e tra diritto Ue e diritto comunitario*, in *Giur. cost.*, 2005, 5, p. 4027 ss.; LUPARIA, *Una recente decisione della Corte di Giustizia sull'allargamento delle ipotesi di audizione del minore in incidente probatorio*, in *Cass. pen.*, 2005, 11, p. 3541 ss.; VERRI, *Rapporti tra diritto comunitario e diritto processuale penale italiano alla luce della recente sentenza del giudice nazionale sul "caso Pupino"*, in *Indice penale*, 1/2010, 371 ss.

grado di procedere a norma della pertinente legislazione nazionale contro gli autori dei reati che viaggiano al di fuori dei confini dell'Unione a scopo di turismo sessuale a danno dei minori.

Si prevede, infine, che i soggetti che abbiano il timore di commettere reati concernenti lo sfruttamento sessuale dei minori possano accedere a programmi o a misure di intervento definite di volta in volta dai rispettivi Paesi di origine.

Inoltre, sempre sul fronte della prevenzione dei casi di abuso e sfruttamento sessuale di minori, sono state messe a punto azioni incentrate sugli autori dei reati con precedenti penali al fine di prevenirne e ridurne al minimo il rischio di **recidiva** per i reati sessuali a danno dei minori. A tale fine gli Stati membri devono predisporre programmi o misure di intervento accessibili in qualunque fase del procedimento, all'interno e all'esterno delle strutture carcerarie, dalle persone condannate o soggette ad un procedimento penale per i reati di cui agli artt. 3-7 della direttiva alle condizioni previste nell'art. 24.

La questione **dell'efficienza delle azioni investigative** tocca anche il tema della cooperazione giudiziaria transfrontaliera, in particolare al livello dell'Unione europea. Per tale ragione, la direttiva afferma genericamente che in tutti gli ordinamenti nazionali dovranno essere messi a disposizione delle autorità competenti strumenti investigativi efficaci, quali quelli utilizzati contro la criminalità organizzata o altri gravi reati.

Sono, infine, previste, analogamente alla decisione quadro 2004/68/GAI, delle disposizioni di natura processuale in tema di **giurisdizione** (art. 17), con alcune modifiche rispetto alla precedente decisione quadro per permettere agli Stati membri di poter perseguire i reati di cui agli artt. 3-7 della direttiva stessa, commessi al di fuori dell'Unione, in particolare nell'ambito del c.d. "turismo sessuale infantile".

5. Effetti attuali e futuri della direttiva.

Per quanto concerne **gli effetti attuali e futuri della direttiva**, è opportuno prima ricordarne sinteticamente le caratteristiche.

Come noto la direttiva è un atto di diritto derivato che, a differenza del regolamento che ha portata generale, si rivolge unicamente agli Stati membri (tutti o solo alcuni), vincolando questi ultimi al risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi¹⁷.

Comportando una certa discrezionalità nella scelta delle forme e dei mezzi per raggiungere l'obiettivo prefissato e creando pertanto solo un'obbligazione di risultato, la direttiva non è per sua stessa natura direttamente applicabile; essa richiede necessariamente di essere trasposta negli ordinamenti nazionali con un atto normativo interno affinché possano derivare da essa obblighi e diritti per i singoli individui.

¹⁷ Cfr. art. 288 TFUE che riproduce letteralmente il previgente art. 249 CE, terzo comma CE.

Tuttavia, in alcuni casi¹⁸, quale ad esempio il caso in cui la direttiva sia dettagliata, ossia contenga una disciplina chiara, precisa, completa ed incondizionata della materia regolata, tale da escludere qualsiasi discrezionalità degli Stati membri quanto alle forme e ai mezzi per darvi attuazione e sia scaduto il termine per recepirla, essa possiede un c.d. “**effetto diretto**”, ossia il diritto in capo ai singoli di invocare dinanzi alle competenti autorità nazionali (giudiziarie o amministrative) le posizioni soggettive che le stesse conferiscono loro, allo scopo di evitare che lo Stato possa opporre al singolo il proprio inadempimento¹⁹.

In altre parole, l'effetto diretto della direttiva implica che, nel caso in cui le disposizioni di quest'ultima siano rimaste inattuato alla scadenza del termine fissato, non avendo lo Stato membro adottato entro i termini fissati i relativi provvedimenti d'attuazione, quest'ultimo non possa opporre ai singoli alcuna disposizione legislativa o amministrativa nazionale che non sia conforme ad una disposizione della direttiva.

Giova ricordare che gli effetti diretti della direttiva possono essere fatti valere solo dai singoli nei confronti dello Stato (effetti diretti cd. “verticali a rovescio”) e non viceversa, in quanto la direttiva, per espressa previsione normativa (art. 288 TFUE), non può imporre alcunché ai singoli, motivo per cui è precluso al soggetto privato invocarla anche nei confronti di un altro soggetto privato.

Bisogna poi sempre distinguere fra il momento in cui la direttiva entra in vigore e quello della scadenza del termine del termine fissato per il suo recepimento nei diversi ordinamenti nazionali.

Prima della scadenza del termine per il recepimento della direttiva nell'ordinamento interno, ossia nel momento in cui quest'ultima entra in vigore mediante la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale,²⁰ sugli Stati grava un obbligo c.d. di “*standstill*”, in virtù del dovere di buona fede e di leale collaborazione di cui all'art. 4, par. 3, TUE, secondo cui gli Stati membri devono astenersi dall'adottare disposizioni che possono compromettere il conseguimento del risultato fissato dalla direttiva. Pertanto, nel caso della direttiva qui in commento, già da ora grava sui giudici interni l'obbligo di astenersi dall'interpretare il diritto interno in un modo che rischierebbe di compromettere gravemente, dopo la scadenza del termine di attuazione, la realizzazione del risultato perseguito dalla direttiva.

Premesso che nel nostro ordinamento la maggior parte delle situazioni contemplate dalla direttiva 2011/93/UE è coperta dalle fattispecie disciplinate dagli art. 600 *bis* c.p. ss., rimangono a tutt'oggi scoperte solo la fattispecie dell'adescamento di minori per scopi sessuali (il c.d. “grooming”), il visionare consapevolmente materiale pedopornografico, l'induzione, per scopi sessuali, di un minore ad assistere, anche

¹⁸ Ossia qualora la direttiva contenga un obbligo di non fare, oppure si limiti a ribadire un obbligo già sancito dal trattato.

¹⁹ Per un'analisi approfondita dell'efficacia diretta delle direttive si veda CONDINANZI, *Comunità europee, unione europea e adattamento*, in AA.VV. *Istituzioni di diritto internazionale*, a cura di CARBONE-LUZZATTO-SANTA MARIA, p. 174 ss.

²⁰ In realtà la direttiva entra in vigore dalla data in essa prevista o il ventesimo giorno successivo alla pubblicazione o, ancora, qualora si rivolga a destinatari specifici a seguito dalla sua notifica a questi ultimi.

senza partecipare, ad abusi sessuali²¹, nonché l'assistere consapevolmente a spettacoli pornografici ai quali partecipano minori²².

Come già anticipato sopra, il legislatore italiano dovrà provvedere con una legge d'attuazione ad inserire le disposizioni mancanti (presumibilmente integrando quelle già esistenti nel codice penale) entro il 18 dicembre 2013²³, pena l'instaurazione nei suoi confronti di una procedura di infrazione²⁴ con irrogazione di sanzioni pecuniarie in caso di sentenza di condanna²⁵.

Se tuttavia così non fosse e il nostro legislatore non recepisse il testo comunitario entro il termine di cui sopra, salva comunque l'attivazione della procedura d'infrazione nei confronti del nostro Paese, bisogna distinguere tra le disposizioni della direttiva che contengono una disciplina chiara, precisa e dettagliata (sia per quanto concerne la definizione delle figure criminose, sia per l'entità e la natura delle sanzioni, nonché le disposizioni volte a prevenire ogni forma di sfruttamento sessuale dei minori e tutelare le vittime minorenni) e che sono pertanto dotate di effetto diretto e quelle che, invece, non essendolo, necessitano di un atto interno di trasposizione.

Nel primo caso, ricordato che destinatario degli obblighi derivanti dalla direttiva è sempre e solo lo Stato, il nostro Paese non potrà opporre ai singoli il proprio l'inadempimento, ricavandone indebito vantaggio; ne consegue che i singoli potranno invocare davanti alle autorità giudiziarie e amministrative i diritti che derivano loro dalla direttiva e le autorità nazionali dovranno accogliere tale richiesta senza poter opporre loro alcuna disposizione interna contrastante, - disapplicando eventualmente - le norme interne incompatibili con detta direttiva non recepita nell'ordinamento interno.

²¹ L'art. 609-*quinquies* c.p. punisce, infatti, chiunque compie atti sessuali (e non abusi sessuali) in presenza di minore di anni quattordici al fine di farla assistere.

²² L'600-*ter* c.p. menziona solo la realizzazione, la produzione, l'induzione a partecipare ad esibizioni pornografiche, la diffusione con qualsiasi mezzo anche per via telematica del materiale pornografico, mentre l'art. 600-*quater* c.p. punisce chi si procura o detiene materiale pornografico realizzato utilizzando minori degli anni diciotto.

²³ Si noti che lo Stato può dare attuazione alla direttiva anche prima del termine ultimo di scadenza.

²⁴ La procedura di infrazione si compone di una fase precontenziosa e di una fase contenziosa. La fase precontenziosa di competenza della Commissione europea, che può avviarla d'ufficio, ovvero su richiesta di qualsiasi altro Stato membro (o, ancora, in seguito da un'interrogazione parlamentare presentata al Parlamento europeo da un deputato, ovvero da una denuncia di privati cittadini). Qualora lo Stato in causa non si conformi al parere nel termine fissato dalla Commissione, questa, ovvero lo Stato membro che abbia eventualmente avviato la procedura, sono legittimati a proporre ricorso per inadempimento alla Corte di giustizia, aprendo così la fase contenziosa. Se la Corte afferma che vi è stata una violazione del diritto dell'Unione europea da parte dello Stato ritenuto inadempiente, quest'ultimo ha l'obbligo di porre immediatamente rimedio alla violazione accertata. Qualora poi lo Stato in questione non abbia adottato i provvedimenti che l'esecuzione della sentenza emessa dalla Corte comporta, allora quest'ultima può dar corso ad una ulteriore procedura di infrazione e ad un nuovo giudizio innanzi a sé per l'esecuzione della sentenza, chiedendo il pagamento di una somma forfettaria e di una penalità di mora. In questo caso, con le modifiche apportate ai trattati dal trattato di Lisbona, non è necessario un secondo parere motivato.

²⁵ Si ricordi che la direttiva può essere recepita nell'ordinamento nazionale anche prima del termine di scadenza.

Qualora, invece, le disposizioni della direttiva non siano dotate di effetto diretto, il nostro giudice nazionale, nell'applicare il diritto nazionale, dovrà nella misura del possibile interpretarlo alla luce della lettera e della finalità della direttiva, per giungere così ad una soluzione compatibile con le disposizioni di quest'ultima, onde conseguire il risultato perseguito da essa, a prescindere dal fatto che si tratti di norme precedenti o successive alla direttiva. Tale opera di interpretazione conforme trova però un limite nei principi generali del diritto e, in particolare, nel principio della certezza del diritto e in quello della non retroattività e non può in nessun caso giustificare un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale²⁶.

²⁶ Cfr., da ultimo, Corte giust., 4 luglio 2006, causa C-212/04, *Konstantinos Adeneler e a. c. Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)*, in *Racc.*, p. I-6057 ss.