

Con sentenza n. 38855 del 6 maggio 2022 (dep. 14 ottobre 2022), la terza sezione penale della Corte di cassazione si è occupata del delitto di atti osceni, depenalizzato dall'articolo 2, comma 1, lettera a), del D.L.vo 15 gennaio 2016, n. 8, limitatamente all'ipotesi base prevista dal primo comma dell'articolo 527 del codice penale, residuando come fattispecie autonoma di reato nel caso previsto dal secondo comma, ossia quando "il fatto è commesso all'interno o nelle immediate vicinanze di luoghi abitualmente frequentati da minori e se da ciò deriva il pericolo che essi vi assistano".

In seguito della depenalizzazione dell'illecito penale in illecito amministrativo della ipotesi base di reato (comma 1 dell'art. 527 c.p.), all'art. 527, comma 2, c.p. le parole "*la pena è aumentata da un terzo alla metà*" sono state sostituite dalle seguenti: "*si applica la pena della reclusione da quattro mesi a quattro anni e sei mesi*".

La conseguenza è che l'ipotesi aggravata è stata trasformata in fattispecie autonoma di reato ed il fatto tipico è costituito dalla necessaria fusione tra il primo e il comma 2 dell'art. 527 c.p., avendo il secondo comma perso l'originaria qualifica accessoria e circostanziale ed essendo diventato elemento costitutivo del fatto, espressamente richiamato, tipizzato nel comma 1 dell'art. 527 c.p..

Ciò chiarito, secondo l'insegnamento della Suprema Corte l'illecito penale di cui all'art. 527, comma 2, c.p., si realizza allorché il fatto sia commesso "*all'interno o nelle immediate vicinanze di luoghi abitualmente frequentati da minori e se da ciò deriva il pericolo che essi vi assistano*". Il requisito di natura "spaziale" (quanto al luogo richiesto) contemplato dalla norma, nei termini in cui è reso, tanto più accompagnato dall'ulteriore precisazione in ordine al pericolo che una condotta posta in tali luoghi deve comportare, esclude innanzitutto che, ai fini della configurabilità del reato, sia necessario che alla condotta assistano minori; non solo un tale requisito non è richiesto dalla norma, ma è anche implicitamente escluso dalla precisazione in ordine alla sufficienza del solo pericolo che minori vi assistano.

Ed anzi, il fatto che uno o più minori assistano effettivamente alla condotta mai potrebbe surrogare l'eventuale mancanza del requisito spaziale, di talché un fatto compiuto sì in presenza di un minore ma in luoghi non annoverabili tra quelli abitualmente frequentati da minori, non potrebbe integrare il reato.

Infatti, come già affermato dalla giurisprudenza della Corte, il fatto di reato sussiste non perché accidentalmente agli atti osceni abbia assistito un minore, ma appunto solo perché, nel luogo prescelto dal suo autore per realizzarli, è prevedibile (e non solo possibile), con giudizio prognostico ex ante, che siano presenti persone minori in quanto "abituato" a frequentarlo perché assiduamente ed appositamente in quel posto si rechino o si incontrino (Cass. pen., sez. III, 17 febbraio 2017, n. 29239).

Ciò non toglie, peraltro, che, proprio la eventuale presenza al fatto di minori provenienti proprio dai luoghi vicini abitualmente frequentati dagli stessi, o di minori provenienti *aliunde* ma attirati da detti luoghi, non potrebbe che comprovare la natura "speciale" degli stessi e, sotto altro profilo, corroborare la concretezza stessa del pericolo richiesto.

D'altro canto, però, neppure basta la sola vicinanza di colui che compia il fatto ad un luogo abitualmente frequentato da minori: sempre la già ricordata precisazione della norma circa il pericolo menzionato serve ad evitare che il requisito spaziale possa, in ragione di determinate circostanze (si pensi ad una scuola chiusa per le vacanze o ad un parco pubblico con giochi temporaneamente interdetto per ragioni di manutenzione), divenire semplicemente espressivo di un pericolo presunto, facendo in tal modo arretrare la soglia di punibilità ad una fase mancante di quel grado di offensività che il legislatore ha evidentemente ritenuto necessario per configurare la condotta in termini di illiceità penale, così distinguendola da quella, sanzionata sul piano meramente amministrativo, del comma primo della norma (Cass. pen., sez. III, 25 gennaio 2021, n. 2903).

In altri termini, dunque, la natura del delitto in oggetto è quella, come già affermato dalla Suprema Corte, di reato di pericolo concreto (Cass. pen., sez. III, 22 luglio 2020, n. 26080).

Riferimenti Normativi:

- art. 527 c.p.