

GIURISPRUDENZA

CORTE DI CASSAZIONE

21 OTTOBRE 2003 n. 904

PRESIDENTE: SAVIGNANO

RELATORE: FRANCO

P.M.: MELONI (CONCL. DIFF.)

RICORRENTE: PROCURATORE
DELLA REPUBBLICA
PRESSO IL TRIBUNALE
DEI MINORENNI DI SALERNO**Pornografia minorile**

• Art. 600-ter c.p.
• Esclusione • Detenzione di materiale pornografico
• Condizioni • Attività di contrasto di cui all'art. 14 legge 3 agosto 1998, n. 269 • Condizioni di legittimità • Inutilizzabilità degli elementi probatori acquisiti mediante l'attività di agente provocatore, ove espletata per l'accertamento di reati diversi da quelli tassativamente previsti dalla legge.

In ragione del carattere eccezionale della relativa disciplina, l'attività di contrasto di cui all'art. 14 della legge 3 agosto 1998, n. 269 non può in alcun modo essere diretta « a scoprire i comportamenti di quei soggetti che si siano limitati esclusivamente a procurarsi o a detenere materiale pedopornografico (art.

600-quater c.p.), così come non può essere assolutamente utilizzata per scoprire i comportamenti di quei soggetti che si siano limitati, anche consapevolmente, a cedere ad altri, anche a titolo gratuito, materiale pedopornografico (art. 600-ter, quarto comma, c.p.), ossia si siano limitati ad una singola cessione di immagini o di filmati pedopornografici, dovendo invece essere diretta esclusivamente alla scoperta dei comportamenti consistenti nella "distribuzione" o "divulgazione" o "pubblicizzazione" ad un numero indeterminato di persone del detto materiale (ovvero a scoprire i comportamenti integranti un altro dei reati espressamente indicati dalla disposizione in esame)». Da ciò consegue l'illiceità (con conseguente inutilizzabilità degli elementi probatori acquisiti) dell'attività di agente provocatore, ove utilizzata per l'accertamento di reati diversi da quelli tassativamente previsti dalla legge.

CRIMINI, AUTORI E**PROVOCATORI:****DETENZIONE DI MATERIALE****PEDO-PORNOGRAFICO****E ATTIVITÀ****DI CONTRASTO****1. PREMESSA.**

Con la sentenza citata in epigrafe, la Corte regolatrice opera una significativa *actio finium regundorum* in ordine (ai limiti ed) alle condizioni di legittimità delle attività di contrasto di cui all'art. 14 L. 269/98, presumibilmente destinata ad incidere notevolmente sull'applicazione di tale norma.

* La sentenza per esteso è pubblicata in questa *Rivista*, 2004, p. 94.

Parallelamente a tale operazione esegetica, i Giudici di legittimità precisano altresì il confine tra le sfere di applicabilità della fattispecie di distribuzione, divulgazione o pubblicazione di materiale pedopornografico o di notizie ed informazioni finalizzate all'adescamento di minori (art. 600-ter c.p.), e quella di operatività della norma incriminatrice della condotta di detenzione di materiale pedopornografico (art. 600-quater c.p.), sulla scorta peraltro di un *revirement* inaugurato dalla medesima Terza Sezione della Suprema Corte¹.

Ma vediamo più in dettaglio.

2. LA VICENDA.

Con la sentenza in commento, la Suprema Corte di Cassazione si è pronunciata in ordine al ricorso, proposto dal Pubblico Ministero presso il Tribunale dei minorenni di Salerno, avverso l'ordinanza del 7 febbraio 2003, con la quale il medesimo Tribunale, in qualità di giudice del riesame, annullava il decreto, emesso dallo stesso ricorrente in data 27 gennaio 2003, con cui era stato disposto il sequestro probatorio, nei confronti di B. L. (maggiorrenne), di un *personal computer* e di diversi oggetti accessori, in relazione ai reati di cui agli artt. 600-ter e 600-quater c.p..

Secondo le prospettazioni accusatorie, invero, un soggetto operante con il *nickname* utilizzato dall'indagato avrebbe prelevato taluni documenti di carattere pedopornografico dal sito « civetta » installato, ai sensi del secondo comma dell'art. 14 L. 269/98, nel corso delle indagini relative al procedimento nei confronti di C.G., dal cui stralcio scaturiva quello a carico di B. L..

La condotta contestata integrerebbe, ad avviso della Pubblica Accusa, gli estremi della fattispecie delittuosa di cui al (terzo comma del)l'art. 600-ter c.p., asseritamente sostanziandosi in un'attività di « scambio » di materiale pornografico, prodotto mediante lo sfruttamento (impropriamente definito « sessuale » dalla stessa *littera legis*²) dei minori degli anni diciotto.

Da ciò discenderebbe, in ottica accusatoria, la legittimità del decreto con il quale il medesimo Pubblico Ministero disponeva il sequestro probatorio degli oggetti di proprietà dell'indagato, essendo essi riconducibili

¹ Cass., Sez. III, 3 dicembre 2001-11 febbraio 2002, n. 5397, D'Amelio, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 458; nonché in *Giur. it.*, 2003, II, 549 ss., con nota di A. NATALINI, *Pornografia minorile e chat line: rilevanza penale e spunti problematici della pedofilia telematica*.

² Come acutamente rileva O. DI GIOVINE, *sub art. 600-ter*, in G. LATTANZI-E. LUPPO, *Codice penale. Rassegna di dottrina e di giurisprudenza*, Milano, 2003, 528, lo sfruttamento (del minore oggetto di rappresentazione pornografica), richiamato dalle norme di cui all'art. 600-quater ed ai commi terzo e quarto dell'art. 600-ter, non deve necessariamente qualificarsi nei termini di impiego sessuale del minore. Co-

me può infatti evincersi da un'interpretazione sistematica delle disposizioni in esame, la necessità della realizzazione, da parte dell'agente, di atti sessuali con il soggetto passivo esulerebbe dalla *objectiva voluntas legis*, evidentemente tesa ad incriminare « l'utilizzazione (quale che essa sia), a fini lato sensu sessuali, del minore », dal momento che condotte di tal fatta — nella misura in cui determinano una strumentalizzazione (quando non una sorta di « reificazione ») del bambino, degradandolo ad oggetto e mezzo di profitto, ovvero di soddisfazione delle pulsioni dell'adulto — ne compromettono, talvolta irrimediabilmente, il corretto e fisiologico sviluppo della sua integrità fisio-psichica.

alla nozione di « corpo del reato », che rappresenta uno degli oggetti del sequestro, ai sensi dell'art. 253, secondo comma, del codice di rito.

Ad avviso del Giudice del riesame, dagli atti trasmessi dal Pubblico Ministero potrebbe desumersi, a carico dell'indagato, la sussistenza del *fumus* del reato di detenzione di materiale pedopornografico, e non, come invece sostenuto dal rappresentante della Pubblica Accusa, di una delle fattispecie delittuose di cui all'art. 600-ter c.p.

Va tenuto in considerazione che la tassatività ed eccezionalità della disciplina, di cui all'art. 14 L. 269/98, limita la possibilità di esperire attività di contrasto *unicamente* al fine di acquisire elementi di prova in ordine ai reati di cui agli artt. 600-bis, primo comma; 600-ter, commi primo, secondo e terzo, e 600-quinquies c.p., e non anche alla fattispecie di consapevole detenzione di materiale pedopornografico, di cui all'art. 600-quater c.p.

Il Tribunale dei minorenni di Salerno così deduceva, peraltro coerentemente, l'*illiceità* (con conseguente *inutilizzabilità* degli elementi probatori acquisiti) dell'attività di agente provocatore espletata in relazione al procedimento stralciato, in quanto utilizzata per l'accertamento di reati *diversi* da quelli tassativamente previsti dalla legge.

L'inutilizzabilità dei risultati delle indagini illegittimamente svolte determinava peraltro, ad avviso del Tribunale, l'impossibilità di ravvisare il *fumus* di alcun reato, a ciò ovviamente conseguendo, come accennato poco sopra, l'illegittimità del decreto di sequestro disposto dal Pubblico Ministero, che veniva pertanto annullato, altresì disponendosi la restituzione degli oggetti sequestrati al proprietario.

3. GLI ARGOMENTI DELLA CORTE.

L'impostazione ermeneutica sottesa all'argomentazione del Tribunale dei minorenni di Salerno ha ricevuto l'autorevole avallo del Supremo Collegio, il quale, con la pronuncia che nella presente sede si annota, ha rigettato il ricorso proposto dal Pubblico Ministero.

I rilievi critici dei Giudici di legittimità si sono in primo luogo diretti verso le argomentazioni addotte dalla Pubblica Accusa a sostegno della pretesa configurabilità del reato di cui all'art. 600-ter c.p., in relazione alla condotta posta in essere dall'indagato, e sostanzianti nel *download*³ di immagini a contenuto pedopornografico, da un sito « civetta » installato su richiesta dell'autorità giudiziaria, nel corso del procedimento a carico di C. G., ai sensi del secondo comma dell'art. 14 L. 269/98.

Ad avviso della Suprema Corte, infatti, la condotta contestata non intergrerebbe gli estremi di alcuna delle fattispecie incriminate dall'art. 600-ter.

In particolare, non sarebbero ravvisabili gli estremi del delitto di cui al primo comma del detto articolo — relativo all'ipotesi di sfruttamento di soggetti minorenni al fine di realizzare esibizioni pornografiche, ovvero di produrre materiale pornografico — dal momento che nella specie di-

³ Termine che, nel linguaggio telematico, indica l'attività di « scaricamento », ovvero di trasferimento di *files*, dalla ca-

che internet a supporti, fissi o mobili, del computer dell'agente.

fetta il medesimo elemento oggettivo della fattispecie in parola, che peraltro, pur non richiedendo in capo all'agente la finalizzazione della propria attività a scopi lucrativi, implica tuttavia — giusta la precisazione fornita dalle Sezioni Unite della Suprema Corte⁴ — che la condotta posta in essere abbia una consistenza tale da implicare un *concreto pericolo* di *diffusione* del materiale pornografico prodotto, indipendentemente dalla circostanza che ad essere sfruttati siano uno o più minori.

Parimenti, non potrebbe in alcun modo sostenersi la sussistenza, in relazione alla fattispecie *sub judice*, dell'ipotesi contemplata dal secondo comma dell'art. 600-ter, concernente la condotta di « commercio di materiale pedopornografico ».

Pur potendosi ritenere integrato anche dal compimento di un solo atto di cessione, a titolo oneroso, di materiale pedopornografico, tale reato presuppone invero indefettibilmente la predisposizione di una (sia pur rudimentale) struttura organizzativa, non potendosi altrimenti distinguere l'ipotesi in esame da quella (ben più lievemente punita) di cessione consapevole, ed anche a titolo gratuito, di cui all'ultimo comma dell'art. 600-ter⁵.

⁴ Ci si riferisce, *ça va sans dire*, a Cass., SS.UU., 31 maggio 2000, Bove, in *Cass. Pen.*, 2001, 427, con nota di G. MARRA, *La nozione di sfruttamento nel delitto di pornografia minorile e la « terza via » delle Sezioni Unite*, relativa all'interpretazione della nozione di « sfruttamento », a fini sessuali, del minore, di cui al primo comma dell'art. 600-ter c.p.. In aperto contrasto con la concezione economicista sostenuta dalla dottrina maggioritaria, le Sezioni Unite hanno affermato che il delitto di pornografia minorile, di cui alla disposizione appena citata — mediante il quale l'ordinamento intende apprestare una tutela penale anticipata della libertà sessuale del minore, reprimendo quei comportamenti prodromici i quali, anche se non necessariamente a fini di lucro, appaiono idonei a pregiudicarne il libero sviluppo personale, con la mercificazione del suo corpo e l'immissione nel circuito perverso della pedofilia — ha natura di reato di *pericolo concreto*. Tale pronuncia ha altresì precisato che la condotta di chi impieghi uno o più minori per produrre spettacoli o materiali pornografici è punibile, salva la configurabilità di altri reati, quando abbia una consistenza tale da implicare un *concreto pericolo* di diffusione del materiale prodotto. Spetta, pertanto, al giudice accertare di volta in volta la configurabilità del predetto pericolo, ricorrendo ad elementi sintomatici della condotta quali l'esistenza di una struttura organizzativa, anche rudimentale, atta a corrispondere alle esigenze di tale mercato; il collegamento dell'agente con soggetti 'pedofili' poten-

ziali destinatari del materiale in questione; la disponibilità materiale di strumenti tecnici di riproduzione e/o trasmissione, anche telematica, idonei a diffondere il materiale pornografico in cerchie più o meno ampie di destinatari; l'utilizzo, contemporaneo o differito nel tempo, di più minori per la produzione del materiale pornografico — dovendosi considerare la pluralità di minori impiegati non *elemento* costitutivo del reato, ma *indice* sintomatico della pericolosità concreta della condotta —; i precedenti penali, la condotta antecedente e le qualità soggettive del reo, quando siano connotati dalla diffusione commerciale di pornografia minorile, nonché gli altri indizi significativi suggeriti dall'esperienza.

⁵ In tal senso, in dottrina, vedasi O. DI GIOVINE, *op. cit.*, 531; V. SANTORO, *Mano pesante sul turismo sessuale infantile*, in *Guida dir.*, 1998, n. 33, 48; Ba. ROMANO, *Repressione della pedofilia e tutela del minore sessualmente sfruttato nella legge 269 del 1998*, in *Dir. fam. pers.*, 1998, 1565; A. CADOPPI, *Art. 3 L. 3 agosto 1998, n. 269*, in *Id.*, (a cura di), *Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, Padova, 1999, 525; A. MARTINI, *Art. 3 L. 269/98*, in *Leg. Pen.*, 1999, 82; nonché L. MONACO, *sub art. 600-ter*, in A. CRESPI-F. STELLA-G. ZUCCALÀ, *Commentario breve al codice penale*, 4^a ed., Padova, 2003, 1459. Analogamente, nell'ambito della giurisprudenza di legittimità, Cass., Sez. III, 13 giugno-24 agosto 2000, n. 2421, Tedde, in *Cass. pen.*, 2002, 1041, ha fornito una prima (e tuttavia in parte superata, a no-

La mancanza, nella condotta contestata, di alcuno dei requisiti menzionati, ed in particolare l'essersi l'indagato limitato a prelevare dal sito « civetta » talune immagini a contenuto pedopornografico — senza invero cedere, per di più a titolo oneroso, e nell'ambito di una struttura organizzativa a ciò preposta, alcun tipo di materiale dalle medesime caratteristiche — precluderebbe pertanto, ad avviso della Corte di Cassazione, la possibilità di ravvisare, nella fattispecie concreta, gli estremi richiesti ai fini dell'integrazione del tipo di cui al secondo comma dell'art. 600-ter c.p.

Analogamente, dovrebbe escludersi *in radice*, secondo i Giudici di legittimità, la sussistenza dell'ipotesi prevista dal terzo comma dell'art. 600-ter c.p., relativa alla condotta di distribuzione, divulgazione o pubblicizzazione di materiale pornografico, ottenuto mediante lo sfruttamento sessuale dei minori, (ovvero di diffusione di notizie od informazioni finalizzate all'adescamento od allo sfruttamento sessuale dei minori degli anni diciotto).

Con riferimento a tale ultimo punto, le prospettazioni accusatorie si porrebbero, ad avviso della Corte, in insanabile contrasto con una prassi⁶ che ha opportunamente censurato ogni tentativo (invero non infre-

stro avviso giustamente, dalla giurisprudenza successiva) interpretazione del confine tra i rispettivi ambiti applicativi delle norme di cui ai commi secondo, terzo e quarto dell'art. 600-ter c.p.. La pronuncia da ultimo citata ha infatti precisato come il commercio di materiale pornografico inerente i minorenni implichi la predisposizione di un'attività *lato sensu* imprenditoriale — dotata di adeguati strumenti di distribuzione, nella prospettiva di una offerta del prodotto destinata a durare nel tempo — laddove invece la distribuzione del medesimo materiale, rilevante ai sensi del terzo (e non del secondo) comma dell'art. 600-ter c.p., si configura quale forma del tutto peculiare di commercializzazione — che deve ritenersi integrata dalla diffusione fisica del materiale *de quo*, mediante l'invio ad un novero, *definito o meno* (!) di destinatari. Le ipotesi — anch'esse ricomprese nell'alveo applicativo della disposizione di cui al terzo comma dell'articolo in esame — di divulgazione e pubblicizzazione di materiale pornografico prodotto mediante lo sfruttamento di minori richiederebbero invece, da un lato, l'idoneità (nonché la finalizzazione) della condotta a raggiungere una serie indeterminata di persone, con le quali l'agente abbia previamente stabilito un rapporto di comunicazione, e dall'altro esigerebbero, ad avviso della Suprema Corte, l'utilizzazione di un mezzo di comunicazione e diffusione accessibile ad una pluralità di soggetti. Infine, la cessione occasionale, realizzata *una tantum* ed integrante gli estremi della fattispecie prevista

e punita (con sanzioni sensibilmente più lievi) dall'ultimo comma dell'art. 600-ter, rivestirebbe secondo i Giudici di legittimità carattere sussidiario rispetto alle ipotesi di cui ai commi precedenti del medesimo articolo di legge, non potendo pertanto trovare applicazione ove sussistano i presupposti per l'operatività delle stesse. La giurisprudenza di legittimità successiva — ed in particolare Cass., Sez. III, 3 dicembre 2001 — 11 febbraio 2002, n. 5397, cit.; e Cass., Sez. V, 11 dicembre 2002 — 3 febbraio 2003, n. 4900, in *Dir. Form.*, 2003, 387, nonché in questa *Rivista*, 2003, 793 ss.) — con un *revirement* di assoluto rilievo, ha invece opportunamente precisato come, ai fini della sussistenza del delitto di cui al terzo comma dell'art. 600-ter, sia necessaria la realizzazione di una condotta di diffusione di materiale pedopornografico, rivolta ad una serie *indeterminata* di soggetti — ciò che il mero utilizzo di canali di comunicazione telematica, quali ad esempio l'*internet*, non potrebbe, *di per sé, e per ciò solo*, assicurare — dovendosi invece ravvisare la configurabilità della fattispecie di cui all'ultimo comma del medesimo articolo, in presenza di trasmissioni del materiale illecito « *direct client to client* », ovvero nell'ambito di una comunicazione « privilegiata » tra utenti predeterminati, e stanti, ovviamente, tutti gli altri elementi richiesti dalla *lettera legis*.

⁶ Inaugurato dal *leading case* D'Ame-lio (Cass., Sez. III, 3 dicembre 2001-11 febbraio 2002, n. 5397, cit.), e ribadito, in maniera ancora più pregnante, da Cass., Sez.

quente nella giurisprudenza di merito) di applicazione analogica della disposizione di cui al terzo comma dell'art. 600-ter, fornendo una precisazione di assoluto rilievo.

Essa riguarda soprattutto la considerazione delle incertezze applicative determinate dal dettato normativo, certamente non *crystal clear*, come dalle peculiarità dei mezzi di comunicazione telematici, i quali rendono sovente difficile adeguare la rigidità della *littera legis* alla immaterialità del mondo virtuale.

Alla stregua di tale impostazione, la fattispecie di cui al terzo comma dell'art. 600-ter c.p. presupporrebbe una condotta di comunicazione con un numero indeterminato di persone, che l'uso di *internet* non potrebbe, di per sé solo, assicurare.

Il Supremo Collegio ha pertanto statuito che, ai fini dell'integrazione del reato *de quo* è necessario che il soggetto attivo « metta a disposizione » le immagini pornografiche in un sito a chiunque accessibile, in assenza dell'instaurazione di un « dialogo privilegiato » con l'interlocutore, oppure invii tale materiale ad un gruppo o lista di discussione, da cui chiunque possa « scaricarlo », ovvero, anche inviandolo ad indirizzi di persone determinate, ma in successione, realizzi una serie di conversazioni private con (e, pertanto, di « cessioni » a) diverse persone.

La conclusione cui giunge tale orientamento ermeneutico, espressamente richiamato e condiviso dalla pronuncia in esame rende, pertanto, possibile distinguere le seguenti ipotesi, suscettibili di verificarsi nel contesto di comunicazioni a contenuto pedo-pornografico via *Internet*:

— qualora il materiale illecito (ad esempio: immagini e video) sia trasmesso — mediante una sorta di offerta *in incertam personam* — ad un sito liberamente accessibile da un numero indeterminato di persone, le quali possano scaricarne il contenuto, sarà applicabile la disciplina dettata dall'art. 600 ter, terzo comma, c.p. (relativa alle ipotesi di distribuzione, divulgazione e pubblicizzazione del materiale pornografico di cui al precedente comma primo, con qualsiasi mezzo, anche per via telematica);

— qualora il materiale sia allegato ad un'e-mail che venga inviata ad un numero *determinato* di persone, verrà in rilievo la disposizione di cui all'art. 600-ter, quarto comma, c.p.;

— quando il materiale venga inviato attraverso gruppi di discussione, *newsletters*, *chat-lines*, od altri meccanismi analoghi, si distingueranno le seguenti ipotesi: a) se la cessione è avvenuta nei confronti di uno o più soggetti determinati si rientrerà nell'ambito applicativo dell'art. 600-ter, quarto comma, c.p., che sanziona, con pene sensibilmente più lievi di quelle previste dal comma precedente, la condotta di « consapevole » cessione, anche a titolo gratuito, di materiale pornografico prodotto mediante lo sfruttamento sessuale dei minori degli anni diciotto; b) se lo strumento utilizzato si presenta aperto, cioè fruibile da un numero indeterminato di persone, verrà invece in rilievo la norma di cui all'art. 600-ter, terzo comma, c.p..

V, 11 dicembre 2002-3 febbraio 2003, n. 4900, in *Dir. Form.*, 2003, 387, con nota di M. FUMO, *Pedo-pornografia: prosegue l'actio finium della giurisprudenza tra le varie, incerte figure di reato*; nonché in questa *Rivista*, 2003, 793 ss., con nota di

F. RESTA, *Pornografia minorile: l'anticipazione dell'intervento penale ed il difficile bilanciamento tra interessi*, cui sia consentito il rinvio, per ulteriori approfondimenti e per i necessari richiami alla letteratura ed alla giurisprudenza sul punto.

Alla luce di tali osservazioni, i Giudici di legittimità hanno pertanto affermato l'insussistenza, con riferimento alla fattispecie concreta, non solo del delitto di cui al terzo comma dell'articolo in esame, ma anche di quello previsto dal comma successivo, difettando, nella condotta (di *mero prelevamento* di immagini a contenuto pedopornografico) contestata all'indagato, ogni elemento riconducibile all'attività di *cessione* consapevole di tale materiale⁷, ed *a fortiori* non essendo possibile ravvisarvi gli estremi della offerta *in incertam personam*, rilevante ai sensi del terzo comma dell'art. 600-ter.

L'unico reato astrattamente configurabile, in relazione alla fattispecie *sub judice*, sarebbe pertanto, ad avviso della Corte, quello di detenzione di materiale prodotto mediante lo sfruttamento (*lato sensu*) sessuale dei minori, di cui all'art. 600-*quater*, sussistendone quantomeno l'elemento oggettivo della condotta di acquisizione di detto materiale.

Sulla scorta di tali rilievi, la Corte osserva pertanto come dai risultati delle indagini possa evincersi a carico dell'indagato unicamente il *fumus* del delitto di detenzione di materiale pedopornografico, i cui elementi probatori non possono essere tuttavia desunti dall'attività di contrasto espletata, non essendo tale delitto (a differenza delle fattispecie di cui ai primi tre commi dell'articolo 600-ter c.p.) compreso nel novero dei reati per l'accertamento dei quali è consentito procedere alle operazioni di cui all'art. 14 L. 269/98.

In ragione della ritenuta non configurabilità, in relazione alla condotta dell'indagato, degli estremi di alcuno dei reati di cui ai primi tre commi dell'art. 600-ter c.p. (né, ed *a fortiori*, di quelli previsti dagli art. 600-bis, comma primo, e 600-*quinqies*, c.p.), ai quali *tassativamente* l'art. 14 della legge 269/98 limita la liceità delle operazioni ivi previste, ne consegue l'intrinseca *illiceità* dell'attività di contrasto espletata, da ciò derivandone l'inutilizzabilità, ai sensi dell'art. 191 del codice di rito, degli elementi probatori attraverso la medesima acquisiti.

La radicale inutilizzabilità delle prove così raggiunte appare pertanto sufficiente a precludere la configurabilità del *fumus* di alcun reato a carico dell'indagato, e ciò anche a prescindere dal (pur esatto) rilievo della difesa, a tenore del quale la circostanza che l'attività di contrasto fosse stata nella specie eseguita da una società privata — e non invece dal personale appartenente all'Organo del Ministero dell'Interno per la sicurezza e la regolarità dei servizi di telecomunicazione, come prescritto dall'art. 14, secondo comma, L. 269/98 — implicherebbe per ciò solo l'*illiceità* di tutte le operazioni disposte, e di conseguenza l'inutilizzabilità di ogni elemento di prova con le medesime acquisito.

Ogni contraria interpretazione si risolverebbe invero nella utilizzazione del decreto di sequestro in qualità di strumento di *acquisizione* della *notitia criminis*, e non, come invece dovrebbe essere, quale mero mezzo di *ricerca della prova*, rispetto ad una *notitia criminis* già acquisita, nei confronti dell'indagato.

⁷ Né dagli atti emergerebbe, ad avviso della Corte, la sussistenza di alcuno « scambio » di detto materiale a contenuto pedopornografico — come invece sostenuto dalla Pubblica Accusa — essendosi l'in-

dagato limitato a meramente *prelevarlo* dal sito « civetta », senza cederne a sua volta altro, neppure quale « corrispettivo » di quanto acquisito.

Con tali osservazioni, i Giudici di legittimità recisamente censurano gli argomenti addotti dal Pubblico Ministero a motivo dell'impugnazione, volti a sostenere come nella specie non si trattasse di valutare la legittimità dell'attività di contrasto, da cui si erano desunti elementi probatori a carico dell'indagato, bensì della diversa questione, relativa all'utilizzabilità, nell'ambito del procedimento stralcio, di atti acquisiti nel procedimento originario; ipotesi alla quale si sarebbe dovuta applicare, ad avviso della Pubblica Accusa, la disciplina generale in materia di utilizzabilità degli atti e di presupposti dei provvedimenti di perquisizione e di sequestro.

In altri termini, la regolarità e la legittimità della procedura di espletamento dell'attività di contrasto rileverebbero, a giudizio del ricorrente, unicamente nel procedimento originario e non anche in quello stralcio, stante l'applicazione analogica della disciplina dettata in materia di intercettazioni telefoniche, ed in particolare a motivo del rilievo che, qualora le registrazioni di intercettazioni telefoniche rappresentino non una conversazione *relativa ad* un fatto di reato, bensì una comunicazione essa stessa integrante la condotta del reato addebitato, la loro acquisizione al processo sarebbe soggetta alla disciplina relativa all'uso processuale del corpo del reato, dovendosi tali registrazioni considerare alla stregua di « cose sulle quali il reato è stato commesso », con conseguente inapplicabilità delle limitazioni di cui all'art. 270 c.p.p.

Con un'argomentazione ineccepibile il Supremo Collegio rileva come la tesi accusatoria si fondi su di un'inammissibile equiparazione tra la disciplina relativa all'attività di contrasto di cui all'art. 14 L. 269/98 e quella concernente l'utilizzabilità, anche in procedimenti diversi da quello in cui siano state disposte, delle intercettazioni telefoniche e telematiche; assimilazione che appare preclusa *in radice*, a motivo delle ben diverse caratteristiche e potenzialità di incisione su beni costituzionalmente tutelati che presentano tali tipi di attività, sol che si consideri come nella prima, a differenza che nella seconda, si sia in presenza di una attività di *provocazione*, condotta sotto copertura, che è autorizzata e *resa lecita* esclusivamente nei limiti e per l'accertamento dei reati per i quali è *tassativamente* consentita, ogni contraria interpretazione dovendo pertanto essere disattesa, al fine di evitare possibili censure di illegittimità costituzionale.

L'art. 14 L. 269/98 non consente, infatti, l'espletamento di attività di contrasto da parte di un « agente provocatore » operante sotto copertura, al fine di conseguire elementi di prova in ordine al reato di cui all'art. 600-*quater* c.p., per cui la totale inutilizzabilità degli elementi probatori concernenti tale delitto, eventualmente acquisiti, resta ferma « a prescindere dalle origini e dalle vicende procedurali e non può ovviamente venire meno per il solo fatto — del tutto casuale ed irrilevante — che il procedimento per il reato di cui all'art. 600-*quater* c.p. prenda origine da uno stralcio effettuato in un diverso procedimento ».

Del resto, come opportunamente rileva la Suprema Corte, l'adesione agli assunti della Pubblica Accusa avrebbe l'effetto di avallare una prassi abnorme, tesa a sanare eventuali elementi di illiceità delle attività d'indagine affidate ai soggetti delegati dall'autorità giudiziaria, ai sensi dell'art. 14 l.cit., mediante una mera operazione di stralcio « a totale discrezione (se non ad arbitrio) del Pubblico Ministero ».

Né d'altro canto potrebbe ritenersi, come invece sostiene il ricorrente, che non sussista alcun limite all'esperibilità del sequestro del materiale

illegittimamente detenuto *ex art. 600-quater*, a prescindere dalla fonte informativa dalla quale si abbia avuto contezza del possesso — come ad esempio nell'ipotesi di rinvenimento di materiale pedopornografico nel corso di perquisizione diretta alla ricerca di armi o droga — in quanto si tratterebbe di corpo del reato.

Ed invero, le due situazioni non appaiono affatto assimilabili, non trattandosi, nel caso di specie, di una comune attività investigativa della polizia giudiziaria, finalizzata all'accertamento di un reato, e durante la quale emergano elementi di prova in ordine ad un differente reato, ma invece della realizzazione, da parte dell'*agent provocateur*, di un fatto altrove previsto quale reato, autorizzato e reso lecito unicamente alle condizioni (assenti nel caso in esame) dettate dalla relativa disciplina; attività di contrasto divenuta peraltro *illecita* nel momento in cui è stata espletata per l'accertamento di reati diversi da quelli tassativamente previsti dalla legge.

Non potrebbe infine, ad avviso della Corte, configurarsi il materiale sequestrato alla stregua di corpo del reato, la stessa inutilizzabilità degli elementi probatori — acquisiti mediante l'attività di contrasto illegittima — precludendo finanche l'astratta ipotizzabilità della sussistenza del *fumus* di alcun reato.

4. IL FUMUS DEL REATO

In ragione dei limiti oggettivi della questione rimessa alla Corte — chiamata invero a pronunciarsi in ordine alla legittimità del decreto di sequestro emesso dal Pubblico Ministero, con riferimento alla quale rilevava in via preliminare la carenza del presupposto inerente la sussistenza del *fumus* del reato contestato, carenza derivante dall'intrinseca *illiceità* dell'attività di contrasto, con conseguente *inutilizzabilità*, rilevabile d'ufficio in qualsiasi stato e grado del procedimento, degli elementi di prova attraverso la medesima acquisita — la stessa non poteva, ovviamente, soffermarsi sul punto (non rilevante in sede di legittimità, ma unicamente di merito), concernente la sussistenza dell'elemento soggettivo del reato in esame, questione la cui soluzione sarebbe invece stata di estremo interesse, in considerazione delle peculiarità della fattispecie concreta.

Ed invero, come osservato, sia pure *incidenter tantum*, dalla difesa, la sussistenza, in capo all'agente, del dolo diretto richiesto dalla fattispecie di cui all'art. 600-*quater* c.p., sarebbe esclusa dalle caratteristiche e dalle concrete modalità di espletamento dell'attività di contrasto posta in essere dall'*agent provocateur*, « approntata non tanto per *monitorare*, quanto per *provocare* attivamente e — potenzialmente — confondere gli utenti che si collegavano ad alcuni sospetti canali MIRC [*main internet relay chat*] », in quanto consistente nell'inoltro « ogni cinquanta secondi, di un'offerta pubblicitaria in inglese e senza alcun riferimento alla pedopornografia », dal contenuto assolutamente generico, ed altresì idoneo ad « allettare e confondere pressoché la totalità degli utenti *internet* italiani non interessati a materiale pedopornografico »; circostanza peraltro confermata dal fatto che i *files* scaricati dall'indagato recavano « nomi comunissimi, assolutamente generici, tutt'altro che inequivocabili e — comunque — in nessun modo riconducibili alla pedopornografia ».

Orbene, le effettive modalità di realizzazione della fattispecie concreta precluderebbero, a nostro avviso, la configurabilità, in capo all'agente,

dell'elemento psichico richiesto dal reato di cui all'art. 600-*quater*, sol che si consideri come la condotta dell'indagato potrebbe se mai rilevare in termini di colpa cosciente, ovvero, a tutto voler concedere, di dolo eventuale (insufficiente ai fini dell'integrazione del tipo), potendosi al più ritenere che l'indagato abbia « accettato il rischio » che i documenti da lui stesso scaricati avessero un contenuto pedopornografico, ma apparendo oltremodo arduo dimostrarne la consapevolezza in ordine alla peculiare provenienza (*id est*, alla loro derivazione da attività di sfruttamento sessuale di minori).

Un elemento in favore di tale (eventuale) consapevolezza potrebbe invece trarsi qualora, in sede di consulenza tecnica, sia raggiunta la prova in ordine al carattere *volontario* dell'attività di navigazione posta in essere dall'agente, ed alla *finalizzazione* della stessa all'*acquisizione* (ricoducibile all'attivazione di una peculiare procedura telematica, idonea ad effettuare il *download*) di materiale che si sappia essere stato prodotto mediante lo sfruttamento sessuale di soggetti minori degli anni diciotto.

Tale esito sarebbe al contrario univocamente precluso dall'eventuale dimostrazione che il materiale illecito presente all'interno del *personal computer*, ed acquisito in seguito a navigazione su *internet*, non costituisca il risultato di una volontaria attività, finalizzata alla detenzione di materiale (della cui origine illecita si abbia peraltro consapevolezza), ma rappresenti invece la mera « traccia » dell'attività di navigazione, presente nella *directory* temporanea dei *files* di *internet*.

Ed invero, già la mera visualizzazione di un sito *internet* implica, di per sé, l'*automatica* memorizzazione del *file* in oggetto nell'apposita cartella del *personal computer* dell'utente, ovvero nella *directory* temporanea dei *files* di *internet*, pur in assenza, pertanto, della realizzazione, da parte del soggetto attivo, di atti finalizzati all'acquisizione del materiale in parola⁸.

Da quanto osservato appare pertanto possibile evincere come ogni interpretazione volta a sussumere condotte in tal senso caratterizzate, nell'alveo di applicabilità della norma di cui all'art. 600-*quater*, ne determinerebbe un'inammissibile estensione analogica *in malam partem*, al di fuori, cioè, della sussistenza del requisito del dolo diretto, richiesto dalla *littera legis*, e che presuppone notoriamente, in capo all'agente, la (volontà e la) rappresentazione, in termini di certezza, degli elementi costitutivi della fattispecie incriminatrice⁹.

L'impostazione appena criticata implicherebbe pertanto un'indebita estensione dell'alveo applicativo della norma incriminatrice in esame, così di fatto imponendo (presumibilmente al di là e contro la *voluntas legislatoris*¹⁰), un generalizzato e pervicace divieto di accesso ai siti di na-

⁸ Profilo acutamente sottolineato da P. CORDERO, *Considerazioni in tema di detenzione di materiale pedo-pornografico*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 1168.

⁹ In tal senso, vedansi, per tutti, nella manualistica, G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, 4^a ed., Bologna, 2002, 328.

¹⁰ L'*iter* parlamentare dell'approvazione di tale norma si presenta come uno

tra i più complessi, nell'ambito dei lavori preparatori della legge in esame. La disposizione non era infatti contenuta nel testo del progetto licenziato in prima battuta dal Senato, ma venne successivamente introdotta dalla Camera, in seno ad un dibattito nel quale non sono mancate note critiche ed esternazioni di giustificate perplessità, da parte di esponenti non solo della opposizione (di allora), ma anche della

tura pedopornografica. In altri termini, un nuovo proibizionismo all'interno dell'evanescente (e pretesamente anomica) realtà digitale.

L'importanza, sotto il profilo dommatico e prasseologico, della sentenza in commento, si radica invero proprio lungo il crinale del vincolo, assiomaticamente stabilito da un'applicazione *non-chalant* della disciplina di cui all'art. 14 L. 269/98, tra le attività di contrasto ivi previste, e l'accertamento del delitto di detenzione di materiale pedopornografico, (che si sappia essere) derivante dallo sfruttamento sessuale di minorenni.

L'affermato divieto di utilizzabilità degli elementi probatori — eventualmente rinvenuti per mezzo dell'espletamento di un'attività di contrasto, divenuta *illecita* in ragione della medesima sua finalizzazione all'accertamento di reati *diversi* da quelli tassativamente elencati al citato art. 14 — esplica tutta la sua valenza euristica nell'impedire che l'*under-cover activity* si presti ad un'indebita ingerenza nella sfera privata, mediante un'irragionevole estensione dell'ambito applicativo di una norma incriminatrice, di per sé non del tutto scevra da profili di dubbia legittimità costituzionale.

Ma vediamo, più in dettaglio, i tratti essenziali della fattispecie in esame.

5. LA FATTISPECIE DI DETENZIONE DI MATERIALE PEDOPORNOGRAFICO: PROFILI PROBLEMATICI.

Appare innanzitutto opportuno premettere come l'Azione comune adottata dal Consiglio dell'Unione europea per la lotta contro la tratta degli esseri umani e lo sfruttamento sessuale dei bambini del 24 febbraio 1997 — la quale rappresenta la *legal basis*, di ascendenza comunitaria, che ha orientato il nostro legislatore del 1998 — pur nell'intento di stabilire regole comuni e migliorare la cooperazione giudiziaria, al fine di rendere più efficace la lotta contro le organizzazioni criminali internazionali dedite ad ogni forma di sfruttamento sessuale dei bambini, prescriva l'obbligo, in capo agli Stati membri, di prevedere sanzioni penali « effettive, proporzionate e dissuasive » per le varie ipotesi criminose, da noi disciplinate dalla L. 269/98, tranne per la condotta di mera detenzione di materiale pornografico¹¹.

Parimenti, il *draft* per un Protocollo sulla vendita di minori, la prostituzione e la pornografia minorile, oggetto di studio da parte del Gruppo di

stessa maggioranza. In tal senso vedansi, ad esempio, gli interventi dell'On. Pecorella, nella seduta del 23 luglio 1998, della Commissione Giustizia della Camera dei deputati, e del Sen. Fassone, nella seduta del 25 novembre 1997, della Commissione Giustizia del Senato. I resoconti delle sedute delle varie Commissioni parlamentari sono pubblicati sul sito ufficiale del Senato della Repubblica: www.senato.it.

¹¹ Sul punto, appare doveroso rilevare come, diversamente da quanto previsto in sede comunitaria, già la Dichiarazione

finale della Conferenza di Stoccolma, al § 4, enunciasse, tra gli obblighi che gli stati si impegnavano ad assumere, l'introduzione di norme di legge che sanzionassero la condotta di « *possession de matériel pornographique mettant en scène des enfants* ». La soluzione italiana è andata certamente oltre gli impegni assunti in sede internazionale, dal momento che la citata Dichiarazione non prescriveva espressamente l'obbligo di sanzionare *penalmente* la condotta di detenzione di materiale pedopornografico.

Lavoro della Commissione per i diritti umani dell'ONU, nel quadro di una precisazione ed attuazione dei principi della Convenzione sui diritti del Fanciullo del 1989, contiene talune riserve in ordine alla questione in analisi, in ragione della problematicità della criminalizzazione della mera detenzione di materiale pedopornografico¹².

Tuttavia, il legislatore italiano ha ritenuto¹³ di dover introdurre, all'art. 600 *quater* c.p., una norma *ad hoc*, diretta a sanzionare — con

¹² Rileva autorevole dottrina come anche la fattispecie incriminatrice della condotta di detenzione di materiale pornografico concernente minori, introdotta nello *StGB* nel 1973 al § 184, comma quinto, si configuri in termini più ristretti rispetto all'omologo italiano, dal momento che il materiale pornografico « deve avere ad oggetto « abusi sessuali nei confronti dei fanciulli » e, inoltre, deve essere riprodotto un « avvenimento reale », nonché la sanzione, soprattutto quella detentiva, risulta assai più lieve, essendo sino ad un anno di reclusione » (così, A. MANNA, *Profili problematici della nuova legge in tema di pedofilia*, in *Ind. pen.*, 1999, 54). Sottolinea, peraltro acutamente l'A., come la tutela della salute psico-fisica del minore, accordata dalla norma italiana, per quanto di primaria importanza, avrebbe forse dovuto essere oggetto di un più ponderato bilanciamento con i beni giuridici, non meno rilevanti, confliggenti con la prima e ad essa sacrificati. Tale assiomatica selezione e gerarchizzazione dei beni giuridici coinvolti nella fattispecie incriminatrice sembra ricordare peraltro, come rileva l'A., « il fenomeno, tanto deprecato, dei c.d. obblighi costituzionali di tutela penale », pur dovendosi apprezzare il ricorso, operato all'interno della medesima norma in chiave mitigatrice, all'avverbio « consapevolmente » — diretto ad escludere la rilevanza del mero dolo eventuale — ed al riferimento allo sfruttamento sessuale dei minori, quale sorta di reato presupposto, così da « escludere la sussistenza del reato quantomeno nel caso in cui il materiale costituisca il risultato della personale attività del detentore » (*ibidem*, 52). Sul carattere di *extrema ratio* dell'intervento penale, cfr. W. HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechen*, Frankfurt a. M., 1980, *passim*.

¹³ In ordine alla scelta, operata dal legislatore italiano, di punire anche il consumatore dei prodotti dello sfruttamento dei minori, osserva A. CADOPPI, Art. 1, in *Id.*, (a cura di), *Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, Padova, 1999, 442, come pur riconducendo il fenomeno pedofilo nell'al-

veo delle perversioni sessuali, dei vizi *lato sensu* intesi, non potrebbero comunque applicarsi al caso in esame gli stilemi liberali del diritto penale quale *extrema ratio*, ispirato ad una concezione laica dei beni degni di tutela, nonché del principio di offensività, i quali impongono al legislatore « di astenersi dalla repressione penale delle « devianze sessuali » come tali », tanto più in considerazione del fatto che esse rappresentano delle, sia pur patologiche, forme di esercizio di fondamentali diritti di libertà dell'individuo, « tra cui, in *subjecta materia*, quello, di rilevanza costituzionale della libertà sessuale ».

Ed infatti, osserva acutamente l'A. come appaia non giustificabile un intervento penale teso a reprimere dette « devianze », nella misura in cui esse « non provochino vittime in carne ed ossa — saremmo nell'ambito dei c.d. *victimless crimes* — », e dunque sinché non ledano « ben afferrabili beni giuridici diversi dalla mera « moralità pubblica » o da simili fumosi « valori » ». Del resto, la generale irrilevanza penale del vizio si giustifica sulla base della *ratio* dell'istituto del *consenso dell'avente diritto*: in presenza di una libera e consapevole autodeterminazione del soggetto attivo, la sua scelta viziosa non potrebbe configurarsi quale illecita sotto il profilo penale. Ma l'opportunità di non reprimere penalmente il mero danno a se stessi si riscontra unicamente nell'ipotesi concernente soggetti pienamente liberi di autodeterminarsi (in tal senso, A. CADOPPI, *op. cit.*, 444). Qualora, invece, il soggetto difetti — come si presume *juris et de jure*, e non senza ragione, nel caso del minore vittima di abusi e di ogni forma di sfruttamento — della capacità di autodeterminarsi in maniera libera e consapevole, deve ritenersi sottoposto « alla definizione del « danno » imposta dalla società, e non può procedere ad una ridefinizione « personale » di tale nozione, tale da porlo al riparo da interferenze da parte dell'ordinamento » (*ibidem*). Ed inoltre, pur riconoscendo a detti fenomeni devianti il carattere di forme di esercizio, sia pure *sui generis*, della libertà sessuale, non può non rilevarsi come tali « vizi » implicino, nel momento della loro fruizione,

pene che non esiteremmo a definire draconiane¹⁴, e che peraltro accomunano due condotte alquanto diverse tra loro in punto di *Handlungswert*¹⁵ — la condotta di ogni persona (diversa da quelle che abbiano concorso nello sfruttamento sessuale del minore¹⁶) che si procuri ovvero «disponga»¹⁷ di materiale a contenuto pedopornografico, che si sappia derivare da attività di sfruttamento (*lato sensu*) sessuale del minore.

il coinvolgimento di minori, i quali, poiché ritenuti non pienamente capaci di autodeterminazione, necessitano di una pervicace protezione, tale da prevalere sul confliggente diritto alla libertà sessuale del pedofilo. Proprio in ragione del fatto che la disposizione *de qua* punisce non il «vizio in sé», ma il vizio idoneo a ledere il delicato sviluppo psichico del minore, potrebbe secondo Cadoppi ritenersi legittima, nonché opportuna la scelta del legislatore italiano di sanzionare penalmente la condotta del «consumatore finale», tanto più in considerazione della necessità di adottare un'opzione di politica criminale idonea a stroncare *in radice* una domanda altrimenti suscettibile di divenire fortemente criminogena.

¹⁴ Si consideri come la norma in esame preveda la pena della reclusione fino a tre anni (benché in alternativa con la multa), cui accedono, *ex lege*, le misure di cui all'art. 600-*septies*, e, precisamente: la confisca, nelle forme di cui all'art. 240 c.p.; la chiusura degli esercizi la cui attività risulti finalizzata ai delitti di cui agli artt. 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quater* e 600-*quinquies*; nonché la revoca della licenza d'esercizio o della concessione o dell'autorizzazione per le emittenti radiotelevisive. In proposito, appare peraltro opportuno rilevare come il ddl, approvato in data 7 novembre 2003 dal Consiglio dei Ministri, (su cui vedasi, più ampiamente, *infra*), preveda, per la fattispecie in esame, la comminatoria della pena della reclusione, congiuntamente alla multa.

¹⁵ La condotta sostanziantesi nel «procurarsi» materiale derivante dallo sfruttamento sessuale di minori, in quanto implicante una relazione fisica con l'oggetto illecito, è caratterizzata da un più pregnante disvalore rispetto a quella consistente nella mera «disposizione», che appare idonea a configurare le più evanescenti e sfumate ipotesi nelle quali l'agente possa utilizzare il medesimo materiale, pur non avendone la *materiale* disponibilità, e certamente si attaglia ai casi di possesso virtuale.

¹⁶ L'incriminazione in parola riveste, invero, carattere residuale rispetto a quelle previste dall'art. 600-*ter* c.p., in conformità al principio del *ne-bis in idem* sostanziale, in quanto la detenzione si

configura quale naturale presupposto delle condotte sanzionate dalla suddetta disposizione, nelle quali pertanto è assorbita. In tal senso depone infatti la clausola di sussidiarietà posta in apertura, il cui tenore, oltre che sancire la valenza speciale ed assorbente dei più gravi delitti configurati sotto la rubrica «pornografia minorile», sì da escluderne il concorso, appare avvincere la condotta in esame alla previa commissione di uno dei predetti reati, così richiedendo, ai fini dell'integrazione della fattispecie di cui all'art. 600-*quater* c.p., l'indefettibile presupposto che il materiale *de quo* rappresenti il prodotto di uno degli illeciti previsti dall'art. 600-*ter*, delineandone così il tipo «alla stregua di una variante applicativa del reato di ricettazione» (così, V. SANTORO, *Mano pesante sul turismo sessuale infantile*, in *Guida al dir.*, 1998, n. 33, 49); analogamente, ravvisa profili di similitudine tra le due fattispecie in questione, Ba. ROMANO, *Repressione della pedofilia e tutela del minore sessualmente sfruttato nella legge 269 del 1998*, in *Dir. fam. pers.*, 1998, 1567. Precisa tuttavia opportunamente O. DI GIOVINE, *op. cit.*, 545, come il reato in esame presenti una diversa configurazione dell'elemento psichico, rispetto alla fattispecie di ricettazione, di talché, in presenza del requisito soggettivo del dolo di profitto, sarà configurabile unicamente la fattispecie di cui all'art. 643 c.p..

¹⁷ Termine che, non implicando una relazione fisica con l'oggetto, sembra attagliarsi alle ipotesi, più evanescenti e sfumate, di possesso «virtuale» (in tal senso, V. SANTORO, *op. loc. ult. cit.*, nonché O. DI GIOVINE, *op. loc. ult. cit.*; *contra*: E. VENAFRO, *Art. 4*, in *Leg. Pen.*, 1999, 90 ss., la quale invece ritiene che la condotta di procacciamento si riferisca essenzialmente all'ipotesi di acquisizione di detto materiale mediante *internet*, laddove, al contrario, la disposizione indicherebbe, con un'accezione invero più ampia, ogni situazione giuridica tale da ricondurre i medesimi oggetti nella sfera di *concreta* disponibilità del soggetto attivo, non richiedendosi la titolarità *uti dominus*, ma la mera sussistenza di un rapporto attuale ed immediato tra l'agente ed il materiale pedopornografico,

La norma descrive un reato a fattispecie mista, comprensivo di due condotte alternative, tuttavia accomunate dal riferimento ad un oggetto intrinsecamente illecito, che rappresenti il prodotto di un impiego (condotto con qualsiasi modalità) del minore, diretto a soddisfare pulsioni di natura sessuale proprie, ovvero altrui, e tale da implicare un approfittamento, a fini non necessariamente di lucro¹⁸, della posizione di naturale debolezza del minore stesso.

Ed invero, pur senza cedere alla fallacia intenzionalistica propria di ogni interpretazione « soggettiva » della legge quale espressione esclusiva della *voluntas legislatoris*, non può sottacersi come l'inciso « materiale pornografico prodotto mediante lo sfruttamento sessuale dei minori degli anni diciotto », sia stato introdotto nel testo della norma, in seguito ad un rilievo dell'On. Corleone¹⁹, in sostituzione dell'originario « materiale pornografico avente per oggetto minori degli anni diciotto », in quanto idoneo a delineare, in maniera più pregnante di quest'ultimo, il requisito di illiceità dell'oggetto materiale nell'ipotesi di mera disposizione, altrimenti espressiva di una valenza criminologica troppo sfumata²⁰.

Il riferimento alla provenienza del materiale da una previa attività di sfruttamento del minore contribuirebbe, invece, ad ancorare in maniera più profonda le (altrimenti) neutre fattispecie al delitto presupposto, così (anche se solo in parte) colmando la distanza tra le prime ed il bene giuridico tutelato.

Tuttavia, nello sforzo di limitare l'(altrimenti eccessiva) latitudine applicativa della norma incriminatrice in esame, e sulla base di una lettura « economicista » della condotta sanzionata dal primo comma dell'art. 600-ter c.p., cui l'elemento normativo dello « sfruttamento sessuale dei minori », di cui all'art. 600-quater c.p. rinvierebbe, si è sostenuta l'irrilevanza, ai fini dell'integrazione del tipo, dell'ipotesi di detenzione di materiale pedopornografico derivante dalla produzione artigianale, realizzata dal medesimo detentore, a fini privati e non lucrativi²¹.

sostanzianti in una posizione dalla quale derivi la possibilità di un sollecito uso. Sottolinea infine P. PITTARO, *Le norme di diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 1227, come la latitudine semantica del concetto di procacciamento ammetta qualsiasi modalità di realizzazione, anche in via telematica).

¹⁸ Fermo restando che debba comunque risultare irrilevante, ai fini della sussistenza dell'elemento obiettivo della fattispecie in parola, che la condotta di sfruttamento rivesta carattere occasionale, ovvero sia inserita in un più ampio contesto imprenditoriale. Se il disvalore della fattispecie si ancora infatti proprio al nesso di derivazione del prodotto dallo sfruttamento del minore, appare allora evidente come, benché occasionale, un impiego del minore tale da ridurlo alla stregua di mero strumento di soddisfazione egoistica di pulsioni (*lato sensu*) sessuali dell'agen-

te, appaia idoneo a fondarne l'*Handlungsunwert*. In senso analogo, vedasi, ad es., E. VENAFA, *op. cit.*, 90, la quale osserva altresì come la detenzione di materiale pornografico che rappresenti, in ipotesi, il rapporto sessuale, intrattenuto dall'agente con un/una *partner* ultrasedicenne consenziente, non appaia suscettibile di integrare la fattispecie in analisi. Essendo in tal caso il rapporto sessuale del tutto lecito, difetterebbe infatti il requisito, richiesto dall'art. 600-quater, dello *sfruttamento* del minore.

¹⁹ On. Corleone, intervento alla seduta della Commissione Giustizia della Camera, 28 luglio 1998, il cui testo è pubblicato al sito ufficiale della Camera dei deputati: www.camera.it.

²⁰ Così, giustamente, O. DI GIOVINE, *op. ult. cit.*, 544.

²¹ P. PITTARO, *Le norme, cit.*, 1227.

Ne deriverebbe, in tale prospettiva, la legittimità dell'acquisto, ovvero della detenzione, di materiale pedopornografico, prodotto personalmente a fini del tutto privati, ad uso per così dire « domestico »²².

Tuttavia, giusta l'interpretazione della fattispecie di cui al primo comma dell'art. 600-ter c.p. quale illecito di pericolo concreto, non necessariamente inquadrato in un'attività imprenditoriale²³, appare preferibile la conclusione diretta a ricondurre anche l'ipotesi di produzione artigianale nell'alveo della suddetta norma incriminatrice, di talché la detenzione del materiale così ricavato dovrebbe configurarsi quale mero *post factum* (non punibile) della condotta di sfruttamento del minore, peraltro in conformità con la clausola di sussidiarietà posta in apertura del testo dell'art. 600-quater c.p.

Se infatti la *ratio* della norma in esame deve essere individuata, alla stregua di un'interpretazione sistematica, nell'obiettivo di reprimere la fruizione del materiale derivante dallo sfruttamento sessuale dei minori, in quanto (anche indirettamente) collegata al mercato ed alla strumentalizzazione di tali soggetti, strutturalmente « deboli », deve allora escludersi dall'alveo applicativo della fattispecie in esame ogni condotta che non possa rappresentare un centro di possibile diffusione del materiale²⁴, né tantomeno un fattore di incremento della domanda del medesimo materiale illecito (si pensi, ad esempio, alla produzione « artigianale » di tale materiale, ad uso « domestico »).

Appare altresì possibile rinvenire un ulteriore elemento comune alle due fattispecie nel requisito psichico del dolo²⁵ — generico e diretto —

²² Così, seppure in termini dubitativi, anche V. SANTORO, *Mano pesante*, cit., 49; nonché C. RIVIEZZO, *Commento alla L. 3 agosto 1998, n. 269, norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù*, in *Gazz. giur.*, 1998, n. 33, 11.

²³ In questi termini, infatti, nella già ricordata sentenza del 31 maggio 2000, Bove, le Sezioni Unite hanno interpretato la norma di cui al primo comma dell'art. 600-ter quale fattispecie di pericolo concreto, mediante la quale l'ordinamento intende apprestare una tutela penale *anticipata* della libertà sessuale del minore, sanzionando i comportamenti prodromici i quali, anche se non necessariamente a fini di lucro, appaiono idonei a pregiudicarne la libera estrinsecazione della personalità, attraverso la reificazione del suo corpo.

²⁴ Tale rilievo appare peraltro idoneo a spiegare la ragione per la quale la fattispecie in esame non incrimina — a differenza invece di quanto avviene in relazione alla norma di cui all'art. 600-ter, primo comma, c.p. — la condotta sostanziantesi nell'assistere a spettacoli pornografici che coinvolgano i minori. Tale comportamento, infatti, benché idoneo ad incrementare, sul versante della domanda, lo sfruttamen-

to commerciale dei minori, non determina il pericolo di un'ulteriore diffusione del materiale illecito, da parte degli spettatori. In tal senso, cfr. E. VENAFRO, *op. cit.*, 91, *contra* L. PISTORELLI, *sub art. 600-quater*, in G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Codice penale commentato*, II, Milano, 1999, 3136, il quale ravvisa invece, seppur in termini dubitativi, nella scelta del legislatore — di non ricondurre nell'alveo applicativo della norma in esame anche la condotta di quanti assistano alle esibizioni pornografiche di cui al primo comma dell'art. 600-ter — un'ipotesi di disparità di trattamento, sulla base dell'assunto che anche la realizzazione di tali *performances* sottenda le medesime logiche di mercato, costituendo pertanto allo stesso modo un presupposto della lesione del bene tutelato.

²⁵ Con riferimento al contesto della realtà virtuale, deve osservarsi come la medesima sussistenza del requisito psichico del dolo diretto appaia inficiata nell'ipotesi di mero collegamento al sito *internet*, in assenza della volontà dell'agente di scaricare il materiale pedopornografico, il dolo diretto non attagliandosi al momento della mera *visione* di esso, ma invece al profilo della *disponibilità* del medesimo materiale. In tal senso, vedasi P. CORDERO, *op. cit.*, 1168.

funzionale ad escludere la configurabilità di un possibile dubbio (e, di conseguenza, del dolo eventuale), in ordine alla derivazione del materiale illecito dall'impiego, a fini sessuali, del minore, nonché in merito all'età del medesimo²⁶.

Quanto alla struttura delle distinte fattispecie in cui si dipana la norma in parola, si rileva come all'incriminazione della condotta di procacciamento²⁷ sia sottesa la finalità di reprimere la domanda di materiale pedopornografico, così spezzando l'ultimo anello della catena in cui si articola il mercato della pedofilia²⁸.

Il teleologismo di stampo preventivo, cui è improntata la norma, si disvela pertanto nella finalità di « disincentivare comportamenti devianti »²⁹ suscettibili di dare origine ad illeciti più gravi, non necessariamente di danno³⁰ dal momento che uno dei reati che il *délit-obstacle* tende a prevenire, sul versante dell'offerta, va individuato proprio nel delitto di « sfruttamento dei minori al fine di realizzare esibizioni pornografiche o di produrre materiale pornografico », di cui al primo comma dell'art. 600-ter c.p., il quale, come più volte ricordato, deve intendersi, sulla scorta della pronuncia delle Sezioni Unite della Suprema Corte³¹, di *pericolo* concreto.

Tale rilievo induce pertanto a configurare l'illecito procacciamento di materiale pedopornografico alla stregua di fattispecie di pericolo indiretto³², ove la *Vorfeldkriminalisierung* arretra ad uno stadio anteriore alla stessa esposizione a pericolo del bene tutelato³³, incriminando condotte meramente prodromiche (non già ad una lesione *tout court*, ma invece) ad una situazione, a sua volta pericolosa per l'oggettività giuridica di riferimento.

La dottrina criminologica non ha infatti mancato di rilevare come, nell'ambito del circuito « pedofilo », il materiale pornografico abbia assunto

²⁶ Osserva, in proposito, Ba. ROMANO, *op. cit.*, 1567, come l'avverbio « consapevolmente », previsto dalla formulazione della norma in parola, se da un lato contribuisce a selezionare le condotte rilevanti sulla base del requisito della consapevolezza della provenienza criminosa del materiale oggetto di detenzione, dall'altro potrebbe astrattamente lasciar residuare la contravvenzione di cui all'art. 712 c.p., che sanziona l'ipotesi di c.d. incauto acquisto.

²⁷ Con riferimento alla quale il reato assume carattere istantaneo, ad effetti permanenti.

²⁸ Sottolinea, in proposito, P. CORDEIRO, *op. cit.*, 1169, come l'incriminazione della mera detenzione appaia funzionale ad *ostacolare* la circolazione del materiale pedopornografico proveniente da Paesi con i quali non vi siano accordi di collaborazione giudiziaria, dal momento che in tale ipotesi sarebbe estremamente difficile individuare gli autori della condotta di diffusione di materiale pornografico avente ad oggetto minori.

²⁹ Così O. DI GIOVINE, *op. cit.*, 542.

³⁰ Come invece ritiene O. DI GIOVINE, *op. loc. ult. cit.*.

³¹ Cass., SS.UU., 31 maggio 2000, Bove, in *Cass. Pen.*, 2001, 427, cit.

³² Nell'accezione accolta, ad esempio, da G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 1995, 232 ss..

³³ Da individuarsi, pur sempre, nell'integrità psico-sessuale del minore, e nella garanzia del corretto e fisiologico sviluppo della personalità dello stesso, ancora in formazione e pertanto suscettibile di essere (gravemente, se non irreversibilmente) incisa dal contatto con esperienze, oltre che non volute né pienamente comprensibili per il minore, altresì estranee — per intensità degli effetti e per il grado di coinvolgimento emotivo che esse determinano — alla fase esistenziale da lui vissuta. In tal senso depone altresì il requisito di necessaria derivazione del materiale pornografico da una previa condotta di *sfruttamento* del minore, come tale idonea a ridurre lo stesso a mero strumento della soddisfazione di pulsioni sessuali altrui o proprie dello stesso agente, con la conseguente reificazione della sua *persona*.

storicamente valenza e funzioni tali da superare il momento della mera gratificazione *voyeuristica*.

Le fotografie ed i filmati aventi ad oggetto minori, ritratti in contesti «pornografici»³⁴, vengono infatti utilizzati quale «merce di scambio per creare una rete di comunicazione con tutte le persone che condividono i loro [dei pedofili] stessi interessi e, indirettamente, come “lasciapassare telematico” per capire, in pratica, se si sono realmente imbattuti in un loro simile (*sic!*) o se si tratta, viceversa, di un elemento ostile o semplicemente curioso»³⁵.

Si è anche sottolineato — con toni invero non privi di enfasi — come la ripresa video-cine-fotografica di minori, ritratti nel corso di rapporti sessuali tra loro e con adulti, appaia finalizzata, quantomeno per continuità storica, all'ulteriore appagamento degli istinti di numerosi soggetti, i quali, dalla mera visione di tale materiale, «facilmente introducibile nei pervii canali del mercato pornografico internazionale, traggono stimolo incessante a soddisfare la propria *perversione* pedofila ovvero che, per problematiche non risolte della loro *personalità*, trovano nella pedofilia una *illusoria e tragica* soluzione dei propri problemi»³⁶, osservandosi altresì come i «pedofili raccolgano materiale di pornografia infantile (...) per favorire l'eccitazione, per legittimare le loro azioni, per estorcere ai bambini la promessa del *silenzio* e a fini di ricatto, per indebolirne le inibizioni e per facilitarne la seduzione, quindi *banalizzarne* il rapporto sessuale tra bambini ed adulti»³⁷.

Anche in sede di lavori parlamentari si è sostenuta la *necessità* di incriminare la condotta di detenzione del materiale pedopornografico, sulla base dell'assunto secondo cui «chi detiene instaura una qualche forma di *complicità*, o di *concorso* con il crimine pregresso; e quella complicità costituisce condizione determinante per l'esistenza e lo sviluppo del mercato fondato su quello stesso crimine», da ciò assiomaticamente affermando che «chi detiene partecipa successivamente al crimine principale; e concorre, sia pure dal fondo della sua cameretta, a quel danno inestimabile che è appunto la lesione della dignità della persona in carne ed ossa, oggetto degli atti sessuali riprodotti»³⁸.

³⁴ In merito alla polivalenza semantica di tale elemento normativo, sia consentito il rinvio, anche per gli opportuni riferimenti alla dottrina ed alla legislazione straniera, al nostro *Pornografia minorile: l'anticipazione dell'intervento penale ed il difficile bilanciamento tra interessi*, cit., 825 ss.. Appare peraltro opportuno sottolineare come l'art. 1 della Decisione Quadro 2004/68/GAI, del 22 dicembre 2003, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea del 20 gennaio 2004, attribuisca la qualifica di pedopornografico al materiale che ritragga o rappresenti visivamente «un bambino reale implicato o coinvolto in una condotta sessualmente esplicita, fra cui l'esibizione lasciva dei genitali o dell'area pubica; una persona reale che sembri un bambino, implicata o coinvolta nella suddetta condotta; ovvero l'immagine rea-

le di un bambino inesistente implicato o coinvolto nella suddetta condotta».

³⁵ Così, STRANO, *Uno studio clinico e criminologico dei pedofili* on-line, Relazione al Congresso internazionale della Società Italiana di Psicopatologia, Roma, 26 febbraio 2003, pubblicata in *Psychomedia Telematic Review*, www.psychomedia.it.

³⁶ In questi termini, così fortemente stigmatizzanti, si esprime P. FORNO, *Valutazioni e osservazioni critiche con riferimento alla tutela dei minori*, in *Minori giustizia*, 1995, n. 4, 34 ss. (corsivi aggiunti).

³⁷ E. KARLEN, *Relazione introduttiva alla proposta di legge Ecpat-Italia*, il cui testo può leggersi in M. GATTONI, *Norme contro lo sfruttamento sessuale di bambini*, in AA.VV., *Minori e sessualità. Vecchi tabù e nuovi diritti*, Milano, 1999, 269.

³⁸ In tal senso si è espresso il Sen. Lui-

6. DELLA FUNZIONE POLITICO-CRIMINALE DEL *TÄTERSTRAFRECHT*.

Da tali rilievi emerge pertanto il vincolo funzionale — potenzialmente instaurabile, ed assunto alla base della *ratio* dell'incriminazione di cui all'art. 600-*quater* — tra l'ipotesi di procacciamento del materiale derivante dallo sfruttamento sessuale del minore e la realizzazione di ulteriori comportamenti devianti; in particolare, della condotta di distribuzione, divulgazione o pubblicizzazione, di cui al terzo comma dell'art. 600-*ter*.

Di contro, la ben più neutra condotta — alternativa a quella, già descritta, del procacciamento — di « disposizione » del materiale pedopornografico³⁹, nella misura in cui prescinde da ogni tipo di relazione fisica con l'oggetto illecito⁴⁰, rischia di risolversi in una « fattispecie di mera disobbedienza, sguarnita di oggettività giuridica »⁴¹, la cui condotta presenta un'eccessiva distanza rispetto al bene giuridico di riferimento⁴².

La struttura dell'incriminazione rappresenta, del resto, un *novum* rispetto ai canoni che contraddistinguono la normativa codicistica in materia di pubblicazioni oscene, le disposizioni di cui agli artt. 528 e 725 c.p. limitandosi invero a sanzionare la condotta di quanti producano, vendano od esponano *al pubblico* tale materiale, senza tuttavia giungere a reprimere il comportamento (leggasi: la propensione personale⁴³) di colui il quale meramente ne fruisca, dando luogo così ad una condotta i cui effetti si esauriscano esclusivamente nella sfera giuridica del detentore stesso.

In proposito, si è osservato come il materiale pedopornografico non possa assolutamente essere equiparato — quanto a disvalore sociale, prima ancora che penale — alle rappresentazioni pornografiche comuni, la cui detenzione è punibile, ai sensi dell'art. 528 c.p., solo se finalizzata a scopi di commercio e distribuzione, in quanto « funzionando come vera e propria *droga psichica*, induce nel fruitore *bisogni* che possono essere soddisfatti esclusivamente attraverso la commissione dello stesso genere di crimini »⁴⁴.

L'assunto, assiomatico benché *tranchant*, sottende tuttavia, a nostro avviso, una vera e propria *petitio principii*, una sorta di presunzione dell'atteggiamento interiore dell'agente e della sua propensione ad assumere comportamenti devianti in conseguenza del mero *contatto* (anche virtuale)

gi Manconi, nel suo intervento alla seduta del 12 dicembre 1997 della Seconda Commissione del Senato, il cui testo è reperibile al sito ufficiale del Senato della Repubblica: www.senato.it.

³⁹ In relazione alla quale il reato assume natura permanente, la cui consumazione coincide con la cessazione della detenzione.

⁴⁰ Appare comunque possibile espungere, dall'alveo applicativo della norma in esame, la condotta di quanti si limitino a visitare siti *internet* senza tuttavia scaricare documenti, dal momento che la mera osservazione del materiale pedopornografico, difettando in tal caso il momento in cui « si viene a godere del materiale anche senza averne il possesso,

ovvero si detiene », (così P. CORDERO, *op. cit.*, 1168) non appare sufficiente ad integrare gli estremi della fattispecie obiettiva in parola.

⁴¹ Così, testualmente, O. DI GIOVINE, *Art. 600-quater*, cit., 543.

⁴² Sottolinea tale profilo, in particolare, A. MANNA, *Profili problematici della nuova legge in tema di pedofilia*, cit., 47.

⁴³ Così, lucidamente, E. VENAFA, *op. cit.*, 88.

⁴⁴ In questi termini, in una prospettiva *de jure condendo*, si esprimeva, già nel 1995, P. FORNO, *op. cit.*, 35, giungendo pertanto ad auspicare l'incriminazione (non solo della produzione, ma altresì) della mera detenzione del materiale pedopornografico.

con il materiale illecito — pericoloso *fruit of the poisoned tree* — ; il che, benché suscettibile di verificarsi in casi marginali, non potrebbe comunque essere elevato a regola, né tantomeno a conseguenza « fisiologica » e necessitata della mera detenzione di detto materiale, tale da legittimare una così avanzata anticipazione dell'intervento penale⁴⁵.

Tali incriminazioni sottendono invero la pericolosa ed illiberale pretesa — tipica delle teorie che attribuiscono al diritto penale una funzione propulsivo-evolutiva — di « monopolizzare anche la concezione dell'etica sessuale e di imporla coercitivamente ai cittadini, confondendo, in tal modo, i compiti “promozionali” del democratico Stato sociale di diritto con quelli moraleggianti di uno Stato etico di ascendenza hegeliana »⁴⁶, nel quale il diritto penale si configurerebbe alla stregua di strumento di « palingenesi sociale » e di « pedagogia collettiva »⁴⁷.

Un ulteriore rischio sotteso a tale tecnica normativa è, tra l'altro, quello di introdurre, (quantomeno) nella percezione sociale, un'ingiustificata equiparazione tra il mero detentore del materiale pedopornografico (di cui, in ipotesi, egli potrebbe disporre anche solo come oggetto di studio, al fine, ad esempio, di condurre una ricerca sociologica o psicanalitica su tali fenomeni) ed il soggetto « affetto » da quella particolare parafilia che, a livello nosografico, si caratterizza quale condizione di attrazione sessuale per individui in età pre-puberale, nei termini di « compulsiva ed obbligata dipendenza da uno stimolo personalmente e socialmente inaccettabile, percepito o immaginato, per il conseguimento ed il mantenimento dell'eccitazione sessuale e/o dell'orgasmo »⁴⁸.

Si consideri altresì come le norme contenute nella legge 269/98 vengano sovente definite « norme antipedofilia »⁴⁹.

La circostanza che, tuttavia, tale legge incrimini *anche* comportamenti ed autori ben diversi dai « pedofili », rappresenta a nostro giudizio un profilo che non può essere trascurato, se si vuole davvero mantenere un minimo « criticismo metodologico » nello studio di un modello (da « crociata ») di diritto penale dalle evidenti finalità simbolico-espressive⁵⁰.

Del resto, la circostanza che la condotta prevista dall'art. 600-*quater* — esaurienti nella mera relazione (evanescente perché non fisica, ed altresì *statica*, non implicando alcun movimento del materiale) tra agente ed oggetto illecito — sia non solo svincolata dal requisito del *possesso*⁵¹, ma

⁴⁵ In proposito, si domanda giustamente L. MONACO, *op. cit.*, 1958: « Scontata ormai l'arcimatura incriminazione — leggasi: a furor di popolo — del fruitore di prostituzione “comune”, quale argine impedirà al diritto penale odierno — così perduto invaghito di strategie politico-criminali tanto sofisticate quanto i ben noti “bombardamenti a tappeto” — di interessarsi a *tutti* i comportamenti privati sintomatici di orientamenti devianti? ».

⁴⁶ G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume*, Padova, 1984, 25.

⁴⁷ Le espressioni tra virgolette sono mutuare da G. FIANDACA, *Controllo di razionalità e legislazione penale*, in ID., *Il di-*

ritto penale tra legge e giudice, Padova, 2002, 91.

⁴⁸ BONIFAZI-MACRÌ, *Pedofilia: aspetti clinici e psicosociali*, in C. SERRA (a cura di), *Proposte di criminologia applicata 2002*, Milano, 2002.

⁴⁹ Significativi appaiono, in proposito, i titoli di taluni saggi inerenti la materia in esame: A. CADOPPI (a cura di), *Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, cit.; Ba. ROMANO, *Repressione della pedofilia e tutela del minore sessualmente sfruttato nella legge 269 del 1998*; cit..

⁵⁰ Acutamente sottolineate, *ex plurimis*, da A. MANNA, *Profili*, ecc., cit., 50.

⁵¹ Sottolinea efficacemente O. DI GIO-

anche descritta in maniera assolutamente sfumata e priva di indici di una possibile caratterizzazione in termini di pericolosità (anche indiretta), induce a ritenere che la fattispecie in parola non possa nemmeno configurarsi alla stregua di reato ostativo, dovendosi invece individuare la *ratio* nella volontà di reprimere un « tipo » d'autore⁵².

La disposizione in esame sembra delineare invero un « reato da *status* », fondato su una presunzione di anormalità sessuale del soggetto, nella misura in cui è l'*animus* del detentore a connotare d'illiceità la condotta, il carattere pornografico dell'oggetto non discendendo « dalla rappresentazione in sé, bensì dalla qualità del detentore/circolatore. In altri termini le foto di bambini in una rivista destinata alle madri (...) sono lecite; se invece sono in mano ad un soggetto di cui si sospetta la perversione sessuale costituiscono il *corpo del reato* »⁵³.

La norma in parola assolverebbe così — nel sistema delineato dal legislatore, e che mira sostanzialmente a criminalizzare « una diversa percezione dell'esperienza sessuale (...) la quale è, in primo luogo, intellettuale e solo derivativamente fattuale »⁵⁴ — alla funzione di privare il soggetto « pedofilo » — in quanto malato, e pertanto bisognoso della sanzione *terapeutica* dell'astinenza visiva — dell'oggetto figurativo del suo desiderio.

Tale ricorso ai deprecati modelli del *Täterstrafrecht*⁵⁵, nonché la valenza assunta, nella costruzione della fattispecie, dall'elemento della *Ge-*

VINE, *op. cit.*, 545, come con l'incriminazione di siffatta condotta, caratterizzata da assoluta staticità, il legislatore si sia spinto addirittura oltre i confini del « possesso » di cui all'art. 707, proprio in quanto il « disporre » « prescinde (...) da un rapporto materiale con la cosa, e sembra conferire rilievo anche alle sfumate condotte di possesso virtuale ».

⁵² Così, O. DI GIOVINE, *op. cit.*, 543, la quale, giustamente, ravvisa la dubbia legittimità costituzionale della norma in esame. Già in sede di lavori parlamentari, del resto, era stato rilevato, dal Sen. Fassone (seduta del 25 novembre 1997, della Commissione Giustizia del Senato, in *www.senato.it*) come la disposizione apparisse suscettibile di prestarsi, nella prassi, ad un'utilizzazione in chiave di norma-grimaldello. Tuttavia, anche in relazione alla più pregnante — in quanto presupponente una relazione fisica con l'oggetto illecito — condotta di « detenzione », *tout court*, descritta nel testo del disegno di legge originario (ddl AS 2625), prevalse l'opinione che si trattasse di incriminazione giustificata (*côte que côte*, aggiungeremmo), dalla natura strumentale della fattispecie, rispetto alla commissione di illeciti ben più gravi, e peraltro di (altrimenti) arduo accertamento. In tal senso vedasi, ad esempio, l'intervento dell'On. Siniscalchi, alla seduta dell'11 settembre 1996, della Commissione Giustizia della Camera.

⁵³ Così, autorevolmente, V. ZENO ZEN-

COVICH, *Il corpo del reato: pornografia minorile, libertà di pensiero e cultura giuridica*, in *Pol. Dir.*, 1998, 645 (corsivi aggiunti).

⁵⁴ V. ZENO ZENCOVICH, *Il corpo del reato*, *cit.*, 646.

⁵⁵ Tema sul quale non può che rinviarsi alle raffinate osservazioni di A. BARRATTA, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale. Lineamenti di una teoria del bene giuridico*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, Milano, 1990, 19 ss., e, quivi, spec. 33 ss.. In argomento, vedansi, altresì, nella dottrina italiana, per una lettura « garantista » del processo di soggettivizzazione della figura del delitto, G. BETTIOL, *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, 3 ss.; nella letteratura straniera, in merito all'influenza esercitata, nel processo di applicazione delle norme incriminative, dal *second code*, in cui rilevano innanzitutto i criteri soggettivi di ascrizione di responsabilità, a prescindere dalla formulazione, in termini più o meno oggettivi, delle fattispecie di riferimento, cfr. K. D. OPP, *Zur Anwendbarkeit der Soziologie im Strafprozeß*, in *Kritische Justiz*, 3, 1970, 383 ss.; D. PETERS, *Richter im Dienst der Macht*, Stuttgart, 1973, 24; G. SMAUS, *Das Strafrecht und die Kriminalität in der Alltagssprache des deutschen Bevölkerung*, Opladen, 1989; nonché C. SCHÖNBORN-G. FRÖHLICH-W. LILL, *Der Prozeß der Kategorisierung einer Person als*

sinnung dell'autore — di cui sarebbe *sintomatica* la mera detenzione del materiale pedopornografico — trasferisce il concetto di antigiuridicità e le tecniche di imputazione della responsabilità penale dai requisiti dell'azione a quelli dell'autore.

Il soggetto è pertanto concepito come fonte di costante pericolo per i beni giuridici da tutelare (ad ogni costo), un potenziale nemico sulla cui esigenza di neutralizzazione vengono combattute crociate da parte della propaganda politico-criminale.

In nome del bene giuridico di riferimento⁵⁶, cui attenterebbe costantemente il « nemico », viene legittimato l'abbandono dei limiti oggettivi del comportamento, e la penetrazione, da parte del controllo penale, sino nella sfera delle intenzioni e delle inclinazioni personali⁵⁷, dove neanche il Leviatano di Hobbes sembrava potesse arrivare.

L'ambito dei reati connessi allo sfruttamento sessuale dei minori sembra connotarsi proprio in tal senso, nella misura in cui costruisce un tipo normativo d'autore (*rectius*: di nemico), pretesamente portatore di un illimitato rischio dinanzi al quale sarebbe legittimo, anzi *dovuto*, un sensibile indebolimento di ogni tipo di garanzie.

D'altro canto, il senso di impotenza pretesamente ingenerato, nella percezione sociale, dal « pedofilo », appare funzionale al rafforzamento del bisogno (emotivo) di ordine e di una risposta pervicace e dura da parte dello Stato, così fungendo da fattore di coalizzazione dei cittadini attorno al potere costituito⁵⁸.

Appare infine opportuno sottolineare come tale tendenza all'anticipazione dell'intervento penale — anche a fronte di condotte le quali (presentando una distanza eccessiva rispetto all'oggettività giuridica di riferimento, sono intrinsecamente inidonee a porre, anche indirettamente, in pericolo il bene dichiaratamente tutelato, e) vengono criminalizzate solo in quanto *sintomatiche* di una condotta deviante — emerge e si enfatizza, in maniera francamente preoccupante, nell'ambito di un disegno di legge approvato dal Consiglio dei ministri in data 7 novembre 2003, ed attualmente all'esame del Parlamento⁵⁹.

Ed invero, tale disegno di legge arriva addirittura ad incriminare — con la pena della reclusione, congiuntamente alla multa — anche la condotta di detenzione di materiale prodotto « utilizzando persone che sembrano essere minori »; ovvero avente ad oggetto « *realistiche* immagini *virtuali* » (si passi l'ossimoro!) di minori⁶⁰.

Krimineller — Eine experimentelle Untersuchung, in *Kriminologisches Journal*, X, 1978, 229-238.

⁵⁶ Rileva in proposito, lucidamente, L. MONACO, *op. loc. ult. cit.*, come la nobiltà degli scopi di tutela sia stata sovente strumentalizzata da « ideologie penali il cui nefasto retaggio non è purtroppo estinto ».

⁵⁷ A. BARATTA, *op. cit.*, 34.

⁵⁸ D. GARLAND, *La cultura del controllo*, Milano, 2004, 239.

⁵⁹ Il testo del ddl, recante « disposizioni in materia di lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornogra-

fia anche a mezzo internet », è pubblicato sul sito ufficiale del Consiglio dei Ministri: www.governo.it.

⁶⁰ Come può evincersi dalla Relazione di accompagnamento al disegno di legge in parola, tale intervento normativo è dichiaratamente volto ad implementare le indicazioni espresse dal *draft* di decisione-quadro presentato dalla Commissione al Consiglio dell'Unione Europea già nel gennaio 2001, ed in ordine al quale era stato raggiunto un accordo politico nel corso del Consiglio GAI del 14/15 ottobre 2002. La decisione quadro in parola (decisione quadro 2004/68/GAI, relativa

La scelta viene motivata con riferimento alla potenzialità criminogena di tale materiale che, dunque, per essere semplicemente detenuto, sembra riflettere il suo disvalore sulla condotta — del tutto neutra ed inoffensiva per l'integrità psico-sessuale di un soggetto che qui, davvero, non esiste (o se esiste, non è minore) — dell'autore.

In tali ipotesi manca in origine, invero, anche quel (potenzialmente perché presupposto dalla stessa norma incriminatrice, *juris et de jure*) effettivo rapporto di sfruttamento del minore, il cui bisogno di rispetto come *persona*, e non come strumento, appare l'unica (ancorché *minima*) condizione idonea a conferire una parziale, e pur sempre problematica, legittimazione alla fattispecie di cui all'attuale art. 600-*quater* c.p.

7. LA DISCIPLINA DELLE ATTIVITÀ DI CONTRASTO DI CUI ALL'ART. 14 L. 269/98.

Dai rilievi sin qui svolti emerge pertanto come le fattispecie di detenzione di materiale pedopornografico presentino profili di dubbia legittimità costituzionale, in ragione non solo del *vulnus* al principio di *precisione*⁶¹ della norma incriminatrice (determinato in particolare dalla scarsa tipizzazione legislativa delle condotte di procacciamento e disposizione di materiale pedopornografico⁶²), ma altresì dall'irragionevolezza del bilanciamento operato dal legislatore, tra la tutela (assoluta ed incondizionata) della libertà psico-sessuale del minore, da un lato; e la libertà di espressione, nonché il diritto alla *privacy* dei consociati, dall'altro; reagendo con la sanzione criminale — nella forma di una vera e propria se-

alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Comunità Europea n. 13/44 L. del 20 gennaio 2004) è stata poi approvata, senza modificazioni, in data 22 dicembre 2003 dal Consiglio dell'Unione Europea, essendo stata sciolta l'unica riserva di esame parlamentare, presentata dalla Svezia. Essendosi pertanto formato un completo accordo politico, in ordine al testo della decisione-quadro da approvare, già nell'ottobre 2002, il Consiglio dei Ministri italiano, in sede di lavori preparatori del d.d.l. in analisi, ha potuto tenere conto delle indicazioni espresse in sede comunitaria, al fine di adeguare la normativa italiana ai parametri sopranazionali. In merito alla controversa questione degli « obblighi comunitari » di tutela penale sia tuttavia consentito rinviare al nostro *Le sanzioni amministrative e la modulazione dell'intervento punitivo*, in V. ZENO-ZENCOVICH, (a cura di) *Il codice dei dati personali: temi e problemi*, di prossima pubblicazione, p. 12 ss. (del dattiloscritto).

⁶¹ Nell'accezione accolta da G. MARI-NUCCI-E. DOLCINI, *Corso*, cit., 57.

⁶² Si consideri altresì che la norma in esame — come del resto tutte le fattispecie introdotte, nel corpus codicistico, dalla no-

vella legislativa del 1998 — non definisca la nozione di materiale « pornografico », rilevante ai fini dell'integrazione della fattispecie. È così rimesso alla discrezionalità del giudice l'arduo compito di definire un concetto semanticamente polivalente, il che comporta un possibile *vulnus* al principio di certezza del diritto; principio la cui rilevanza è stata mirabilmente sottolineata già da Gustav RADBRUCH, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, Gottingen, 1947, 78. L'A. assegna, invero, proprio alla certezza del diritto, un valore fondamentale all'interno della gerarchia assiologica del moderno *Rechtsstaat*, nei limiti in cui non confligga con la giustizia, dal momento che « Il conflitto tra giustizia e certezza del diritto dovrebbe potersi risolvere nel senso che il diritto positivo, garantito da statuto e potere, ha la preminenza anche quando è, nel suo contenuto, *ingiusto e inadeguato*, a meno che il conflitto tra la legge positiva e la giustizia raggiunga una misura così *intollerabile* da far sì che la legge, quale « *diritto ingiusto* », debba cedere alla giustizia » (corsivo nostro). In argomento, si rinvia alla raffinata opera di G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale*, Milano, 2001, *passim*, nonché, volendo, alla nostra recensione, in *Ind. pen.*, 2003, 867 ss..

gregazione punitiva dell'autore — a condotte le quali, lungi dal ledere o dall'espore a pericolo *concretamente* un soggetto « in carne ed ossa », appaiono (quando non meramente *sintomatiche* di un *vicious behaviour*), solo *potenzialmente pericolose* per l'oggettività giuridica di riferimento⁶³, rispetto alla quale, comunque, il comportamento incriminato presenta una distanza francamente eccessiva.

Dalla considerazione della dubbia legittimità costituzionale della fattispecie di cui all'art. 600-*quater* e della sua ampia latitudine applicativa — a fronte dell'incriminazione di una condotta il cui disvalore appare assai poco pregnante — può pertanto comprendersi la ragione per la quale il legislatore — pur nel più generale intento di reprimere nella maniera più pervasiva le « nuove forme di schiavitù » in cui si sostanziano le condotte (asseritamente) pericolose per il bene giuridico « categoriale », tutelato dalle norme introdotte dalla novella del 1998, e da esse incriminate — abbia escluso tale delitto dal novero di reati, per il perseguimento dei quali si *rendono lecite* le attività di contrasto, di cui all'art. 14 L. 269/98.

Come espressamente affermato dalla Corte regolatrice nella sentenza in esame, la natura eccezionale di tali attività investigative, e la loro idoneità ad incidere sensibilmente su diritti e libertà costituzionalmente tutelati, nonché l'intima contraddizione (*rectius*: l'intrinseca illegittimità, in linea di principio e nel contesto ordinamentale di un *Rechtstaat*⁶⁴) sottesa a tali ipotesi di provocazione e/o partecipazione al reato da parte di organi statali, precludono ogni applicazione analogica della disciplina prevista per le suddette attività di contrasto, le quali, ove disposte per l'accertamento di reati diversi da quelli *tassativamente* enunciati dal citato art. 14, presentano carattere intrinsecamente *illecito*.

La rilevanza del *dictum* espresso dai giudici di legittimità va ben oltre la statuizione (già, di per sé, importante) dell'inutilizzabilità, rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del processo, ai sensi dell'art. 191 c.p.p., delle prove acquisite attraverso attività di contrasto illegittime, sottendendo, invece, un'interpretazione dell'istituto tale da indurre a più ampie ed importanti riflessioni di carattere gius-politico.

Sul punto, tuttavia, s'impone una precisazione.

La previsione, nei commi primo e secondo dell'art. 14 della legge 269/98, di strumenti investigativi eccezionali, nonché della possibilità di derogare ai limiti temporali, previsti dal codice di rito in via ordinaria, in materia di arresto, cattura e sequestro, risponde alla finalità di potenziare — ricorrendo ad istituti⁶⁵ che meglio si attagliano alla legislazione d'emergenza — i profili di effettività della repressione penale, privilegiandone la dimensione funzionalistica, a netto detrimento della *Wertrationalität*, che dovrebbe invece rappresentare momento ineludibile del moderno diritto criminale.

⁶³ Così, autorevolmente, A. MANNA, *Profili problematici, ecc.*, cit., 51.

⁶⁴ In senso analogo, C. DE MAGLIE, *Gli « infiltrati » nelle organizzazioni criminali: due ipotesi di impunità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 1069. In argomento, vedasi anche, della stessa, ID., *L'agente provocatore. Un'indagine dommati-*

ca e politico-criminale, Milano, 1991, *passim*.

⁶⁵ Istituti i quali, con le debite differenze, fanno il loro ingresso nel nostro ordinamento, già in materia di traffico di stupefacenti (artt. 97 e 98 d.p.r. 309/90) e di attività di riciclaggio (art. 12-*quater* d.l. 306/92, convertito in L. 356/92).

La disciplina di cui al citato art. 14 legittima invero gli ufficiali di polizia giudiziaria delle strutture specializzate per la repressione dei delitti sessuali o per la tutela dei minori, ovvero di quelle istituite per il contrasto dei delitti di criminalità organizzata (comma primo); nonché l'Organo del Ministero dell'interno per la sicurezza e la regolarità dei servizi di telecomunicazione (comma secondo), a realizzare, in presenza di determinati presupposti⁶⁶, attività di indagine che presentano una duplice valenza giuridica, nella misura in cui costituiscono atti investigativi ed al contempo condotte (astrattamente) punibili, in quanto corrispondenti al contenuto di altrettante norme incriminatrici.

Precisamente, l'attività di acquisto simulato di materiale pornografico — di cui deve essere data immediata comunicazione all'autorità giudiziaria, la quale può, con decreto motivato, differirne il sequestro sino alla conclusione delle indagini — integra la prima delle due fattispecie alternative di cui all'art. 600-*quater* c.p., consistente nel procacciamento di materiale pornografico prodotto mediante lo sfruttamento sessuale di minori, non potendo invece configurare la diversa condotta sanzionata dal secondo comma dell'art. 600-*ter* c.p., poiché l'attività di contrasto di cui al primo comma dell'art. 14 L. 269/98, in quanto funzionale al potenziamento della repressione dei delitti ivi richiamati, mediante una più penetrante investigazione, non può essere strutturalmente caratterizzata (come invece richiede la suddetta norma incriminatrice) da indici fattuali, idonei ad esprimerne l'inserimento in un contesto (*lato sensu*) imprenditoriale⁶⁷.

In ordine all'attività di intermediazione di cui al primo comma dell'art. 14 L. 269/98, si rileva come essa, in quanto idonea ad agevolare un contatto — esistente, sia pure solo a livello embrionale — tra soggetti intenzionati a scambiarsi materiale pedopornografico, rivesta carattere concorsuale rispetto ai reati commessi dalle persone poste in contatto: l'intermediazione rappresenterebbe, cioè, il contributo causale⁶⁸ alla realiz-

⁶⁶ Si richiede infatti, oltre alle qualifiche soggettive appena richiamate, la «previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria» (comma primo), ovvero la «richiesta dell'autorità giudiziaria, motivata a pena di nullità» (comma secondo). Rileva in proposito O. FORLENZA, *Polizia giudiziaria, ecco i nuclei specializzati*, in *Guida al dir.*, 1998, n. 33, 57, come la commistione polizia-autorità giudiziaria, pur motivata da una comprensibile scelta prudenziale del legislatore, possa tuttavia «per un verso porsi come un obiettivo motivo di intralcio e ritardo alla dinamica delle indagini» e per altro verso determinare «una non sempre vantaggiosa confusione di ruoli tra pubblico ministero e polizia giudiziaria». L'attività di cui al primo comma dev'essere altresì funzionale «al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine ai delitti di cui agli articoli 600-*bis*, primo comma, 600-*ter*, commi primo, secondo e ter-

zo, e 600-*quinqües* c.p.»; laddove, invece, l'attività di cui al secondo comma dell'art. 14 deve essere finalizzata al «contrasto dei delitti di cui agli articoli 600-*bis*, primo comma, 600-*ter*, commi primo, secondo e terzo, e 600-*quinqües* c.p.».

⁶⁷ In senso analogo, C. DI BUGNO, *Art. 14*, in *Leg. Pen.*, 1999, 151.

⁶⁸ M. ZANCHETTI, voce *Ricettazione*, in *Dig. Disc. pen.*, XII, 1997, 178, ha individuato, nell'autonoma previsione di una condotta di *intromissione nel far acquistare*, nell'ambito della ricettazione, la volontà del legislatore di anticipare, per la condotta di intromissione, la soglia di punibilità al livello del tentativo, di talché «un'attività di mediazione idonea a far sì che altri ricetti un bene proveniente da reato è punita, per il mediatore, come ricettazione consumata, anche qualora il bene non esca mai dal possesso dell'autore del reato base».

zazione delle fattispecie delittuose poste in essere da chi ceda e da chi riceva⁶⁹ il materiale suddetto⁷⁰.

Il primo comma dell'art. 14 consente altresì agli ufficiali di polizia giudiziaria delle strutture specializzate per la repressione dei delitti sessuali o per la tutela dei minori, di *partecipare* alle iniziative turistiche (« finalizzate alla fruizione di attività di prostituzione a danno di minori o comunque comprendenti tale attività »), la cui organizzazione o propaganda è incriminata dall'art. 600-*quinquies*. Il ricorso al termine « partecipare » appare indicare la necessità che l'attività consentita agli ufficiali di p.g. *acceda*, in termini concorsuali, ad iniziative turistiche cui prendano parte anche soggetti non autorizzati, dovendosi pertanto ritenere illecita ogni iniziativa realizzata unicamente da *under cover agents*, pur se finalizzata ad attirare privati, allo scopo di « assicurarli alla giustizia ».

Tra le attività sotto copertura, richieste dall'autorità giudiziaria all'Organo del Ministero dell'interno per la sicurezza e la regolarità dei servizi di telecomunicazione, ed occorrenti al « contrasto dei delitti di cui agli artt. 600-*bis*, primo comma, 600-*ter*, commi primo, secondo e terzo, e 600-*quinquies* c.p. », il secondo comma dell'art. 14 contempla l'attivazione di siti nelle reti, la realizzazione o la gestione di aree di comunicazione o scambio su reti o sistemi telematici, nonché la partecipazione ad esse. Il vincolo funzionale tra la realizzazione di aree e siti e la prospettiva di acquisire elementi di prova concernenti i delitti (richiamati dalla norma di disciplina, quali limite teleologico di esperibilità di tali operazioni) di induzione alla prostituzione, commercio di materiale pornogra-

⁶⁹ Come acutamente rileva C. DI BUGNO, *op. cit.*, 152, il momento della cessione appare suscettibile di rilevare diversamente a seconda delle modalità con le quali si estrinsechi: ove, infatti, avvenga nel più ampio contesto di un'attività *lato sensu* imprenditoriale, esso integrerà la fattispecie di cui al secondo comma dell'art. 600-*ter* c.p.; in assenza di tale indice fattuale, invece, la medesima condotta rileverà ai sensi del quarto comma dello stesso articolo di legge, che incrimina il comportamento di chi consapevolmente ceda ad altri, anche a titolo gratuito, materiale pedopornografico. Simile alternativa si pone anche per la condotta (speculare a quella testè descritta) di ricezione, dovendosi pertanto concludere che, ove essa rappresenti un'attività inserita in un più ampio contesto (*lato sensu*) commerciale, integrerà gli estremi della fattispecie di cui al secondo comma dell'art. 600-*ter* c.p.; in mancanza di tale caratterizzazione, invece, la condotta di ricezione apparirà idonea a configurare la fattispecie di procacciamento di materiale pedopornografico, sanzionata dall'art. 600-*quater* c.p.. Alla luce di tali rilievi, appare pertanto doveroso osservare come, potendo l'attività di contrasto in parola definirsi tale solo in quanto accessoria a reati suscettibili di essere realizzati

dai soggetti messi in contatto, il contributo causale dell'agente rileverebbe in relazione a condotte sanzionate da norme diverse. Pertanto — a prescindere dall'ipotesi in cui la mediazione si espliciti in favore di soggetti, dagli atti dei quali possa evincersi l'esistenza di una (sia pur rudimentale) struttura organizzativa, potendo allora ricondursi l'attività di contrasto (a titolo di concorso) alla norma di cui al secondo comma dell'art. 600-*ter* — l'*under cover activity* rileverà alla stregua di due diverse disposizioni, sostanzandosi infatti in un contributo causale ai diversi reati commessi dai due soggetti (per il cedente si tratterà infatti di una condotta suscettibile nell'alveo applicativo dell'art. 600-*ter*, comma quarto; laddove, invece, per il ricevente rileverà la norma di cui all'art. 600-*quater*). A risolvere le possibili antinomie, dovrebbe allora ricorrere il sistema di clausole di sussidiarietà poste in apertura delle norme di nuovo conio, dovendosi così ritenere che l'attività di contrasto possa sussumersi, mediante la clausola estensiva dell'art. 110 c.p., nell'alveo applicativo del quarto comma dell'art. 600-*ter* (o del secondo comma del medesimo articolo di legge, in presenza di un'attività imprenditoriale del cedente).

⁷⁰ Così, C. DI BUGNO, *op. loc. ult. cit.*.

fico ed organizzazione o propaganda di iniziative turistiche, induce a ritenere che tali aree virtuali — per risultare appetibili a possibili autori dei crimini suddetti — debbano contenere (e soprattutto offrire) materiale di carattere pedopornografico. Evidente come tali condotte — a seconda delle diverse modalità con le quali vengano in concreto espletate — appaiano astrattamente riconducibili alle fattispecie di commercio⁷¹, diffusione o cessione di materiale pedopornografico (art. 600-ter, rispettivamente: commi secondo, terzo e quarto, c.p.).

8. SEMANTICHE DELLA PROVOCAZIONE.

Dal breve *excursus* delle attività di contrasto introdotte con la novella del 1998, emerge *ictu oculi* la radicale diversità delle stesse rispetto alle classiche ipotesi di infiltrazione nel tessuto criminale, o di attività di istigazione qualificata poste in essere dall'« agente provocatore »⁷² — nelle forme che il nostro ordinamento prevede, in particolare, in materia di traffico di stupefacenti e di criminalità organizzata — sol che si consideri come le attività di cui all'art. 14 comprendano non solo casi di istigazione, da parte dell'*agent provocateur*, alla commissione di reati, ma altresì ipotesi (si pensi, ad esempio, all'attivazione di siti civetta, che integra il reato di cui all'art. 600-ter, terzo comma, c.p.), nelle quali i soggetti autorizzati realizzano *autonomamente* una condotta altrove prevista come delitto.

In dette ipotesi sarebbe certamente inapplicabile il paradigma giurisprudenziale, alla cui stregua la non punibilità del soggetto autorizzato incontrerebbe un limite ontologico nella circostanza che la sua attività non si risolva in altro che nell'osservazione, nel controllo e nel contenimento delle altrui azioni illecite⁷³, dovendosi pertanto rinvenire altrove il fondamento tanto della non punibilità dei soggetti che fomentino reati per « prevenirli », quanto della legittimità della violazione, da parte dell'investigatore, dell'affidamento — ingenerato in chi entri in contatto con il primo — di trovarsi dinanzi ad un « complice ».

Valorizzando il requisito — assente nella disciplina delle attività investigative in tema di stupefacenti e riciclaggio — della necessaria, preventiva, autorizzazione dell'autorità giudiziaria, al fine di espletare le strategie di contrasto di cui al primo comma dell'art. 14 della legge 269/98, (o della richiesta motivata dell'autorità giudiziaria, nel caso previsto dal se-

⁷¹ In quanto la medesima predisposizione (sottintesa dalle attività di cui al secondo comma dell'art. 14) di determinate apparecchiature e l'attività gestoria in sé, sono indici della (sia pur rudimentale) struttura organizzativa, richiesta ai fini dell'integrazione della fattispecie di cui al secondo comma dell'art. 600-ter c.p..

⁷² Figura che originariamente si riteneva comprendesse ogni concorrente « che induce altri a commettere un reato, sia attraverso un'attività di carattere psichico, sia attraverso la partecipazione materiale, tipica o atipica, alla commissione

del fatto, spinto dal movente di denunziare, o far cogliere in flagranza, o comunque far scoprire il provocato da parte dell'autorità » (G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Milano, 1973, 223), per poi ampliarsi sino ad indicare anche ipotesi nelle quali l'agente provocatore assuma la veste di soggetto passivo del reato (come nel caso della truffa), ovvero si « infiltro » in un'organizzazione criminale al fine di scoprirne la struttura ed i partecipanti.

⁷³ In tal senso cfr., di recente, Cass., Sez. I, 14 aprile-19 maggio 1999, n. 6302, Jacovone, in *Cass. pen.*, 2000, p. 3298.

condo comma del medesimo articolo di legge) si è sostenuto il carattere d'intrinseca *legittimità* delle attività di contrasto ivi disciplinate⁷⁴.

In tale prospettiva, invero, il controllo giudiziario — esercitato con la richiesta motivata ovvero con l'autorizzazione — in quanto volto a certificare l'idoneità dell'attività di contrasto all'acquisizione di elementi di prova in ordine a taluni delitti, ne fonderebbe (*per ciò solo*) la legittimità, attribuendo a tali attività la natura di atti d'indagine autorizzati⁷⁵.

In altri termini, il collegamento funzionale tra controllo giudiziario preventivo e attività di contrasto autorizzata consentirebbe di ravvisare in tale strategia investigativa (che non esiteremmo a definire di *inquisizione non soave*)⁷⁶ un momento espressivo di una funzione, o, più precisamente, di un'« attività pubblica regolamentata », tale, pertanto, da configurare la condotta dell'*agent provocateur* in termini di atipicità rispetto alla fattispecie incriminatrice⁷⁷.

L'argomento, a nostro avviso, proverebbe troppo. Ed invero, tale prospettiva soffrirebbe di una sorta di fallacia metodologica, nel momento in cui attribuisce il carattere escludente la tipicità ad un elemento — la previa autorizzazione, ovvero la richiesta motivata dell'autorità giudiziaria — che di per sé non appare idoneo a fornire un adeguato controllo in ordine alla legittimità ed adeguatezza, ai fini probatori, di attività (ancora) da espletare — e pertanto suscettibili di assumere una dinamica non facilmente prevedibile *ex ante* — e sovente (è in particolare, ma non solo, il caso delle strategie di cui al comma secondo dell'art. 14) svincolate da una *notitia criminis* già acquisita; presupposto che rappresenterebbe, invece, un necessario (ancorché non sufficiente) limite teleologico al potere attribuito agli investigatori.

Come acutamente osservato, proprio in quanto la necessità della previa autorizzazione confligge con il dinamismo e l'imprevedibilità delle esigenze connesse all'attività di indagine, verosimilmente prevarrà, nella prassi, un'interpretazione dell'art. 14 come norma che consenta di rilasciare l'autorizzazione non già motivatamente ed in relazione ad episodi specifici, ma in forma preventiva e generica, come una delle possibili modalità delle indagini da compiersi; in ultima analisi, « una tipica norma della quale la prassi determinerà l'aggiramento »⁷⁸.

Si potrebbe allora tentare di rinvenire il fondamento giuridico della non punibilità del provocatore sul terreno della colpevolezza, sulla base del-

⁷⁴ Sostiene tale tesi, in particolare, e peraltro con argomenti efficaci, C. DI BUGNO, *op. cit.*, 161.

⁷⁵ In tal senso deporrebbe, secondo C. DI BUGNO, *op. loc. ult. cit.*, il rilievo secondo cui la Corte di Strasburgo, nell'*affaire Teixeira de Castro* (sentenza 9 agosto 1998, pubblicata in *www.interlex.it*) ha individuato proprio nel controllo *ex ante* dell'autorità giudiziaria il requisito idoneo ad escludere che le attività di contrasto così disciplinate appaiano lesive dei diritti fondamentali dell'uomo. Tuttavia, l'escludere la lesione dei diritti fondamentali dell'uomo non significa ancora affermare la compatibilità di tale istituto con

i principi essenziali dello Stato sociale di diritto.

⁷⁶ Parafrasando il titolo del noto saggio di T. PADOVANI, *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di « ravvedimento »*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 532 ss., altresì ripreso da S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2^a ed., Napoli, 1997, 143 ss., per l'intitolazione di un capitolo (il sesto) del suo saggio.

⁷⁷ C. DI BUGNO, *op. cit.*, 163.

⁷⁸ O. FORLENZA, *Polizia, ecc., cit., loc. ult. cit.*

l'assunto che egli agisca in assenza di dolo, finalizzando anzi la propria azione al precipuo scopo di assicurare i colpevoli alla giustizia.

Tale conclusione potrebbe attagliarsi alle ipotesi di compartecipazione nel reato, nelle quali l'esclusione del dolo si fonderebbe sul rilievo che il provocatore, pur istigando al reato consumato, persegua in realtà il solo tentativo, che verrebbe poi integrato dal comportamento dell'istigato, il quale eserciterebbe invece il dominio diretto sul reato⁷⁹.

Tuttavia, a prescindere dalla dubbia legittimità dommatica di tale impostazione — che ammette, tra l'altro, un concetto di dolo istigatorio eccessivamente ampio, poiché tra la condotta del provocatore e l'effettiva realizzazione del reato si insinuerebbe l'«impalpabile ed imprevedibile elemento dell'azione dell'esecutore materiale»⁸⁰ — deve osservarsi come, nella disciplina di cui all'art. 14 L. 269/98, assumano invece più marcato rilievo i casi nei quali la condotta dell'investigatore integri autonomamente una fattispecie delittuosa monosoggettiva, come avviene, ad esempio, nell'ipotesi di attivazione di siti «civetta», che configura già, di per sé, il reato di cui al terzo comma dell'art. 600-ter c.p..

Inoltre, il summenzionato art. 14 prevede l'esperibilità del simulato acquisto di materiale pedopornografico anche in relazione a finalità di accertamento del reato di induzione alla prostituzione, di cui all'art. 600-bis c.p..

Orbene, in tal caso il simulato acquisto, inidoneo ad acquisire elementi probatori utili alla ricostruzione del delitto di cui all'art. 600-bis, si presenta come meramente strumentale e prodromico alle future attività di indagine, potendo servire all'agente, se mai, al solo fine di consolidare l'affidamento, ingenerato nel terzo, circa la propria posizione di «complice».

Ma vi è di più.

La disciplina prevista dalla novella del 1998, in tema di attività di contrasto, ammette la possibilità di strategie le quali, in casi peraltro non marginali, non sono intrinsecamente idonee a perseguire finalità (non già preventive, ma neppure) repressive.

Ed invero — come dimostra il caso posto all'attenzione del Supremo Collegio nella sentenza in commento — le condotte più frequentemente indotte dalle attività di contrasto sono quelle di cessione ovvero di procacciamento di materiale pedopornografico (artt. 600-ter, ultimo comma, e 600-quater c.p.), le quali, però, non possono essere provate dai risultati delle suddette attività (che pertanto restano inutilizzabili), ostandovi il divieto di cui all'art. 14 L. 269/98.

Dovrebbe allora ammettersi l'assenza del dolo in capo all'agente, anche in ipotesi, le quali scontano in partenza la possibilità che la lesione (o la esposizione a pericolo) del bene giuridico — connessa alla commissione, da parte dell'investigatore, di una condotta astrattamente configurabile come reato — non sia neppure idonea a perseguire fini generalpreventivi, ma, al contrario, induca effetti criminogeni (è infatti la stessa logica posta alla base delle incriminazioni di cui agli artt. 600-ter e 600-quater ad

⁷⁹ C. DE MAGLIE, *Premesse allo studio dell'agente provocatore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 285.

⁸⁰ F. MEZGER, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 3ª ed., Berlin-München, 1949, 436.

assumere che la diffusione, oltre che la mera detenzione di materiale pedopornografico, induca *pericolosi* effetti criminogeni)? Ci sembra francamente eccessivo.

Le medesime conclusioni dovrebbero, *a fortiori*, trarsi anche a seguito del tentativo di ricondurre l'istituto in parola sullo scivoloso terreno della *Sozialadäquanz*, sia che si riferisca il requisito dell'adeguatezza sociale alla tipicità — secondo l'originaria tesi welzeliana⁸¹ — dovendosi così ritenersi socialmente adeguata e pertanto non tipica la condotta del provocatore, per lo scopo di difesa che perseguirebbe il suo agire; sia che lo si riferisca all'antigiuridicità⁸², operando allora esso quale scriminante ultralegale di natura personale, tale da legittimare le sole condotte tese alla difesa dell'ordinamento. Oltretutto, la tesi dell'adeguatezza sociale della condotta dell'agente provocatore — in quanto intrinsecamente conforme ai valori etico-sociali e realizzata in coerenza con i mezzi e gli scopi che in un dato momento storico orientano lo svolgersi della vita collettiva e ne condizionano lo sviluppo — appare un'autentica *petitio principii*, nella misura in cui presuppone assiomaticamente proprio ciò che si deve (tentare di) dimostrare.

Si dovrebbe allora tentare di applicare alle ipotesi di attività di contrasto, di cui all'art. 14 L. 269/98⁸³, il paradigma delle scriminanti, *sub specie* dell'adempimento del dovere, benché nella disciplina del 1998 manchi l'inciso — per certi versi vincolante — «fermo quanto disposto dall'art. 51 c.p.», che in materia di stupefacenti e riciclaggio ha indirizzato, pur non senza contrasti, la dottrina verso tale categoria dommatica.

Nonostante suddetta mancanza, tale inquadramento appare tuttavia idoneo a sottolineare come alla base dell'istituto delle attività di contrasto debba rinvenirsi un'ipotesi di bilanciamento, operata *ex ante* dal legislatore, tra confliggenti interessi, tale da elidere l'astratta antigiuridicità del fatto, e da autorizzare invero la lesione di libertà e beni individuali e metaindividuali, al fine di tutelare interessi collettivi, evidentemente ritenuti prevalenti⁸⁴.

Ad una tale impostazione sembra del resto aderire l'argomentazione proposta dai Giudici di legittimità nella pronuncia in commento, ove si afferma che l'antigiuridicità delle attività di contrasto — solo eccezionalmente esclusa in presenza dei requisiti *tassativamente* previsti dalla disciplina di cui all'art. 14 L. 269/98 — sarebbe invece suscettibile di riespandersi in assenza dei suddetti presupposti, così viziando *per relationem* anche gli elementi probatori eventualmente acquisiti mediante l'attività espletata al di fuori dei limiti normativi; la quale, pertanto, dovrebbe ritenersi *illicita*.

⁸¹ H. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 4^a ed., 1954, Berlin, 50 ss..

⁸² ROEDER, *Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos und ihr systematischer Standort in Verbrechensaufbau*, Berlin, 1969, 13 ss..

⁸³ Quando non le si voglia invece ricondurre all'indistinto *genus* delle cause di punibilità, ovvero a quelle ipotesi,

espressive di scelte di opportunità politico-criminale, afferenti a quel «quarto» elemento del reato, la cui elaborazione dommatica è stata mirabilmente ricostruita da G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso*, cit., 282 ss..

⁸⁴ D. PULITANÒ, *Coazione a fin di bene e cause di giustificazione*, in *Foro it.*, 1985, II, c. 445.

9. L'OSSIMORO DELLA PROVOCAZIONE PREVENTIVA.

Tuttavia il medesimo fine, perseguito dal Supremo Collegio, di ricondurre la prassi al rigore della disciplina normativa, censurandone ogni tentativo di evaderne surrettiziamente i limiti, e lo stesso richiamo alla natura eccezionale (rispetto ai principi dell'ordinamento) dell'istituto in parola, suscettibile di incidere così pesantemente su beni e libertà costituzionalmente garantiti, induce a riflettere in ordine alla ragionevolezza del bilanciamento — effettuato dal legislatore del 1998, in una prospettiva di *Realpolitik*, tipica della legislazione d'emergenza — tra l'interesse all'effettività dell'azione repressiva, e la confliggente esigenza del rispetto delle essenziali garanzie individuali, la cui tutela rappresenta il fine primario di ogni *Rechtsstaat*.

Alla luce di tali rilievi, e con specifico riferimento alle attività di contrasto disciplinate dall'art. 14 della legge 269, appare allora opportuno osservare come esse possano essere esplicate anche (e soprattutto) nei confronti di soggetti sino a quel momento insospettati.

Ed invero, nei casi di creazione di aree e siti — che, per la loro stessa natura, appaiono idonei non tanto a ricercare le prove di un reato già descritto in una *notitia criminis*, quanto, invece, a stimolare la commissione di taluni delitti — una tale notizia, lungi dal configurarsi quale presupposto legittimante, sembra al contrario rappresentare il fine perseguito dagli investigatori⁸⁵.

Orbene, si consideri in proposito come, proprio nell'assenza di un significativo quadro indiziario a carico del provocato, la giurisprudenza tedesca abbia ravvisato un'ipotesi di *eccesso di potere da parte dello Stato*, tale da imporre al giudice una riduzione infra-edittale della pena eventualmente da irrogarsi⁸⁶.

Tali rilievi inducono pertanto ad un ripensamento della compatibilità dell'istituto della « profilassi provocatoria » — qualunque sia il fondamento dommatico che voglia ascrivervene — con i principi dello Stato di diritto, e soprattutto con i limiti pregiudiziali (perché in primo luogo etico-politici e sociali) delle strategie d'indagine.

La questione ci riporta sul terreno della *querelle* sviluppata, in Germania, attorno al fondamento della non punibilità delle *V-Leute* o *Vertrauen-Personen*⁸⁷ (agenti di polizia infiltrati nelle organizzazioni criminali, al fine di operare in qualità di confidenti nonché di veri e propri

⁸⁵ Si pensi, ancora una volta, ai siti « civetta », idonei ad attirare la generalità degli utenti dell'*internet*, i quali, anche se non interessati alla pedopornografia, potrebbero comunque accedervi per errore, o per mera curiosità. Per analoghi rilievi, cfr. C. Di BUGNO, *op. cit.*, 159.

⁸⁶ La questione, qui soltanto accennata, sarà tra breve trattata in maniera più approfondita.

⁸⁷ Sottolinea C. DE MAGLIE, *Premesse*, *cit.*, 271, come l'espressione idiomatica abbia natura controversa. Generalmente si legge la « V » come *Vertrauen* (di fiducia,

da cui *Vertrauen Personen*, quali persone di fiducia, confidenti), ovvero, con analogo significato, la « V » starebbe per *Verbindung* (di collegamento). Si propone tuttavia anche una lettura più « sottile », più « maliziosa », secondo cui la « V » indicherebbe il termine *Verrat-Verraten* (tradimento, tradire), rilevandosi come davvero in tal caso « l'anfibologia del significante "tradisca" l'ambiguità del significato! ». In argomento si veda altresì K. LÜDERSEN, *Verbrechensprophylaxe durch Verbrechensprovokation?*, in *Festschrift für Karl Peters*, Tübingen, 1974, 349 ss..

provocatori di reati) da un lato; e della punibilità del provocato, dall'altro.

Nonostante il riconoscimento della « manipolazione autolesionistica » che la volontà del provocato avrebbe subito ad opera dell'agente, la giurisprudenza tedesca ne ha ravvisato la punibilità sulla base del ricorso alla categoria del *dolus generalis*; secondo l'assunto, cioè, che il provocato, poiché si è lasciato istigare allo specifico reato commesso, avrebbe manifestato una generale *propensione* alla commissione di *quel tipo* di reato, che avrebbe potuto comunque realizzare anche a prescindere dall'istigazione del *V-Mann*⁸⁸.

In aperta critica a tale autentica *fiction doli*, costruita invero sul paradigma della colpevolezza per la condotta di vita (*Lebensführungsschuld*), la dottrina tedesca ha denunciato l'illegittimità — nel contesto ordinamentale dello Stato sociale di diritto, che assegna valore primario alla tutela della personalità umana — di ogni tentativo, da parte delle istituzioni statuali, di manipolare le coscienze, fomentandone gli atteggiamenti (solo) *potenzialmente* devianti, a fini di profilassi sociale⁸⁹.

La presenza di un *V-Mann* nella concreta realizzazione del fatto criminoso assurgerebbe pertanto al rango di preclusione processuale (*Verfahrenshindernis*), in ragione non solo della violazione, altrimenti inevitabile, delle norme costituzionali di cui agli artt. 1, 2 e 20 GG, ma altresì « perché lo Stato decadrebbe dalla titolarità della pretesa punitiva (*Strafanspruch*) per la tacita rinuncia insita nel suo contraddittorio agire: fomentare reati per prevenirli (principio di derivazione nordamericana, del *venire contra factum proprium*) »⁹⁰.

Un ulteriore riferimento normativo per la tesi della presenza dell'agente provocatore quale causa di improcedibilità, operante a favore del provocato, è stato altresì rinvenuto nell'applicazione analogica della norma di cui al §136 a) *StPO* (vecchio testo), la quale — nel vietare, come metodo inquisitorio proibito (*Verbotene Vernehmungsmethode*) l'uso del raggiro (*Täuschung*) — sancirebbe il divieto, per il giudice, di utilizzare una prova « non consentita » (*Beweisverwertungsverbot*), in quanto acquisita, appunto, mediante un raggiro⁹¹.

L'esito è sorprendentemente analogo a quello raggiunto dalla Suprema Corte nella pronuncia in commento, sebbene nel nostro caso l'inutilizzabilità della prova si faccia derivare da una modalità non consentita — perché disposta al di fuori dei casi tassativamente previsti dalla relativa disciplina — di espletamento di un'attività in sé ritenuta legittima,

⁸⁸ Per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali, nonché per un'efficace critica al concetto di « *Gesamtvorsatz* », cfr. K. LÜDERSSEN, *Verbrechensprophylaxe durch Verbrechensprovokation?*, cit., 359.

⁸⁹ In tal senso, C. DE MAGLIE, *Premesse, ecc.*, cit., loc. ult. cit..

⁹⁰ C. DE MAGLIE, op. loc. ult. Cit..

⁹¹ Così, in particolare, K. LÜDERSSEN, *Verbrechensprophylaxe*, cit., 371. La giurisprudenza tedesca ha, seppure solo in parte, recepito le indicazioni della dottrina, giungendo a distinguere, in particola-

re, le ipotesi nelle quali la provocazione sia attuata al fine di acquisire la prova decisiva per la condanna di un soggetto già fortemente indiziato, da quelle finalizzate a verificare il contenuto di una *notitia criminis* già di per sé dotata di autonomo fondamento, da quelle, infine, sostanzianti nell'istigazione di un soggetto sino a quel momento insospettato. La prassi tedesca ha ravvisato unicamente in tale ultimo caso un eccesso di potere da parte dello Stato, tale da imporre al giudice una riduzione in fraedittale della pena.

laddove, invece, la valenza euristica (e garantista) della costruzione dommatica della dottrina tedesca va individuata proprio nell'affermazione dell'*intrinseca illiceità* di un istituto il quale, sia pure al fine di prevenire la devianza, consenta agli organi statali di indurre i cittadini alla commissione di delitti.

Ed invero, con simili strategie di contrasto lo Stato, provocando il cittadino alla commissione di delitti che esso stesso altrove sanziona (nel nostro caso, peraltro, con pene draconiane), viola *in primis* il principio di legalità dei reati e delle pene, alla cui stregua la finalità di prevenzione generale non può essere perseguita che con i mezzi della pena e del diritto criminale, i quali intervengono soltanto *in seguito* alla commissione di un illecito, a fini preventivi⁹².

Nel momento in cui, invece, l'azione penale mira ad acquisire la prova di reati ancora da commettere, il diritto criminale abdica alla sua funzione strumentale, rendendo la pena, da (terribile, ma pur sempre necessario) mezzo, il *fine* primario del sistema penale.

Ed inoltre, la compartecipazione di organi statali alla commissione del reato, attuata mediante un'autentica manipolazione della libera autodecisione del provocato, nella misura in cui inficia il carattere di « fatto proprio » della condotta di questi, infrange il fondamentale *Schuldprinzip*, alla cui stregua ciascuno non può che rispondere *per e nella misura* del fatto proprio.

10. DIVERSITÀ, PENA E DEVIANZA.

La circostanza che tale pericolosa abdicazione del sistema penale dalla sua funzione strumentale, e che la pretesa — assunta alla base della disciplina delle attività di contrasto — che lo Stato possa legittimamente *prevenire* la devianza, *provocandola*, siano attuate in nome della efficienza dell'azione repressiva, non dovrebbe sorprendere più di tanto, sol che si consideri il peculiare settore criminale interessato da tale degenerazione sistemica.

Quello dello sfruttamento sessuale dei minori (o, come suol dirsi, sebbene impropriamente, della « pedofilia »), rappresenta un terreno nel quale la nostra legislazione penale — ma analoghi rilievi possono addursi in relazione al diritto internazionale pattizio o comunitario — rivela, in maniera sempre più accentuata, il suo carattere simbolico-espressivo, evidente nella finalizzazione del precetto penale a placare, nella percezione psicologica collettiva, il *Sicherheitsgefühl*, sapientemente orchestrato da certa propaganda politica.

L'ideologia penale sembra pertanto stenti a liberarsi dal « mito durkheimiano di una coscienza sociale che integra tutti i membri di una società, in particolare nel momento della violazione delle norme »⁹³, e la po-

⁹² In tal senso, acutamente, C. DE MALLIE, *Gli « infiltrati » nelle organizzazioni criminali: due ipotesi di impunità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 1071.

⁹³ Così, con la consueta eleganza, A. BARATTA, *Principi del diritto penale mini-*

mo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale, in *Il diritto penale minimo. La questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo*, numero speciale di *Dei delitti e delle pene*, 1985, 457.

litica criminale, specie in settori nevralgici per impatto emotivo e sociale, alimenta questo bisogno di *esorcismo penale*.

Il sistema penale attuale — ed il settore inerente la tutela penale dei minori in particolare — sembra configurare sempre di più il diritto criminale come strumento di stabilizzazione sociale, di orientamento dell'azione e di istituzionalizzazione delle aspettative, il cui formalismo non rappresenta più il kelseniano criterio garantistico idoneo ad assicurare l'indipendenza della coscienza etico-politica individuale dalla valutazione giuridica, ma diviene piuttosto un principio funzionalistico che rende irrilevante e neutralizza quella distanza⁹⁴.

Questo comporta un pericoloso spostamento dei criteri di ascrizione della responsabilità al soggetto, dal momento della cosciente e volontaria produzione di un evento lesivo di determinati beni giuridici, a quello del disvalore funzionale della espressione simbolica di infedeltà nei confronti dei valori sanciti dall'ordinamento positivo, con un sensibile scivolamento verso una radicale desoggettivizzazione del singolo rispetto al sistema.

In tali contesti, ove la dissimulata funzione del diritto penale sembra essere unicamente quella della orchestrazione del consenso sociale, ed in cui la violenza della pena rischia di divenire sempre più terribile ed *inutile*, s'impone pertanto l'esigenza di riconoscere i limiti e la necessaria strumentalità del diritto penale, all'interno di un sistema che conceda alla devianza ed alla *diversità* « il massimo spazio compatibile con le esigenze minime dell'ordine dei rapporti sociali »⁹⁵.

FEDERICA RESTA

⁹⁴ A. BARATTA, *La teoria della prevenzione integrazione. Una « nuova » fondazione della pena all'interno della teoria si-*

stemica, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, 7.

⁹⁵ A. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo*, cit., 458.