

CASSAZIONE

V SEZ. PENALE

3 FEBBRAIO 2003

PRESIDENTE: MARRONE

RELATORE: COLAJANNI

RICORRENTE: T.C.

Pornografia minorile

- Distribuzione, divulgazione o pubblicizzazione di materiale pornografico
- Esclusione • Fattispecie relativa all'uso di una *chat line* • Cessione di materiale pornografico
- Condizioni

Perché si concretizzi il reato di divulgazione o distribuzione di materiale pornografico occorre che l'agente inserisca le foto pornografiche minorili in un sito accessibile a tutti, al di fuori di un dialogo « privilegiato », o le invii ad un gruppo o lista di discussione, da cui chiunque le possa scaricare, o le invii bensì ad indirizzi di persone determinate ma in successione, realizzando una serie di cessioni multiple a diverse persone; non è sufficiente l'invio a singoli soggetti, anche per via telematica.

Con l'ordinanza sopra menzionata è stato rigettato l'appello avverso il provvedimento di rigetto dell'istanza di remissione in libertà di T. C., indagato per il reato di cui all'articolo 600-ter terzo comma e 81 c.p. per avere ripetutamente — l'attività durava da quasi un anno — e per via telematica, operando con il nickname « tcbx », distribuito o comunque divulgato materiale pornografico avente ad oggetto minori di diciotto anni ritratti nel corso di rapporti sessuali tra loro e con adulti, cedendolo nel corso di tali attività ad ufficiali di p.g. del compartimento di polizia postale e delle telecomunicazioni « Veneto », che agivano sotto copertura: secondo il Tribunale, il fatto che con il sistema della chat line, che non prevede una divulgazione a tutti i presenti, « l'interlocutore via internet debba di volta in volta mostrarsi interessato a quel prodotto e accettare di ricevere e scambiare le foto, non è incompatibile con il concetto di divulgazione, atteso che in detto colloquio “privilegiato” l'interlocutore è sconosciuto, può essere potenzialmente costituito nella realtà fisica (non virtuale) da un gruppo di persone (nel caso in esame, ad esempio, erano almeno due gli agenti sotto copertura), delle quali non è dato conoscere nulla, nemmeno l'età ».

Una violazione dell'articolo 600-ter c.p. in relazione all'articolo 129 c.p.p. è colta dal ricorrente in tale concetto di divulgazione, che, esteso alla trasmissione « direct client to client », comprenderebbe anche il caso, escluso invece da Cassazione 5397/02, dell'invio di un singolo messaggio ad un singolo indirizzo di posta elettronica. D'altro canto, il C. nega di aver ammesso che « l'attività durava da quasi un anno », come riferito nell'ordinanza, avendo piuttosto affermato di essersi interessato alla pornografia « tra adulti » dall'inizio dell'anno e che la trasmissione di immagini « pedofile » era avvenuta soltanto per i due episodi di cui al capo di imputazione: nel fatto è, quindi, da ravvisarsi la fattispecie prevista dal quarto comma, e non dal terzo, dell'articolo 600-ter c.p. con conseguente illegittimità dell'arresto.

Il ricorso è fondato in diritto, ancorché si imponga un nuovo esame del fatto alla luce dei principi che qui si formulano.

Posto che l'ordinanza dà per « pacifico che le trasmissioni dei files contenenti immagini pornografiche sono avvenute su richiesta di chi si è messo per via informatica in “dialogo privilegiato” con il C. », è da escludere che tale trasmissione diretta tra due utenti, i quali devono essere necessaria-

mente d'accordo sulla trasmissione del materiale, configuri senz'altro una divulgazione o distribuzione ai sensi del terzo comma della norma citata. Ed invero tali attività implicano la comunicazione con un numero indeterminato di persone (Cassazione 2842/00, ced 216880; 2421/2000, ced 217214; 5397/2002, ced 221337), quale l'uso del veicolo internet non vale di per sé ad assicurare.

Né ad integrare il numero indeterminato di persone è sufficiente la considerazione che esso possa annidarsi in un nickname, perché — anche a prescindere dall'onere della prova, che l'accusa non può assolvere con la mera evocazione di tale possibilità — altrimenti verrebbe ad ipotizzarsi il delitto in esame — piuttosto che, come ritenuto da Cassazione ult. cit., quello più lieve, di cui al quarto comma — anche nel caso dell'invio della foto, allegata ad un messaggio di posta elettronica, ad un indirizzo determinato, dietro il quale ugualmente potrebbe allocarsi una pluralità di persone. Perché vi sia divulgazione o distribuzione occorre, invece, che l'agente inserisca le foto pornografiche minorili in un sito accessibile a tutti, al di fuori di un dialogo « privilegiato », o le invii ad un gruppo o lista di discussione, da cui chiunque le possa scaricare, o le invii bensì ad indirizzi di persone determinate ma in successione, realizzando cioè una serie di conversazioni private (e, quindi, di cessioni) con diverse persone (come nella specie contestato all'indagato, ma da questi negato). Di conseguenza, quando la cessione avvenga, come nel caso in esame, attraverso un canale di discussione (cosiddetta chat line), è necessario verificare, al fine della contestazione dell'ipotesi del terzo comma, se il programma consenta a chiunque si colleghi la condivisione di cartelle, archivi e documenti contenenti le foto pornografiche minorili, in modo che chiunque possa accedervi e, senza formalità rivelatrici di una sua volontà specifica e positiva, prelevare direttamente le foto. Laddove, invece, il prelievo avvenga solo a seguito della manifestazione di volontà dichiarata nel corso di una conversazione privata, si versa nell'ipotesi più lieve di cui al quarto comma.

L'ordinanza dev'essere, pertanto, annullata con rinvio per nuovo esame al tribunale, che si uniformerà ai principi di diritto enunciati.

P.Q.M. — La Corte di cassazione annulla l'ordinanza impugnata con rinvio al Tribunale di Trieste per nuovo esame.

***PORNOGRAFIA MINORILE:
L'ANTICIPAZIONE
DELL'INTERVENTO PENALE
ED IL DIFFICILE
BILANCIAMENTO TRA
INTERESSI***

1. I PRECEDENTI GIURISPRUDENZIALI
IN TEMA DI PORNOGRAFIA MINORILE
ON-LINE.

Il caso sottoposto all'esame della Suprema Corte, conclusosi con la sentenza che nella presente sede si annota, concerneva la legittimità dell'ordinanza di rigetto dell'appello, avverso il provvedimento di rigetto dell'istanza di remissione in libertà del ricorrente, indagato per il reato di cui al terzo comma del-

l'art. 600-ter e 81 c.p., per avere « distribuito, o comunque divulgato », per via telematica, materiale pornografico avente ad oggetto minori di di-

ciotto anni ritratti nel corso di rapporti sessuali tra loro e con adulti, cedendolo nel corso di tali attività ad ufficiali di polizia giudiziaria agenti sotto copertura.

Il Tribunale aveva ritenuto compatibile con il concetto di divulgazione l'invio del predetto materiale mediante *chat line*, sebbene tale sistema non preveda una divulgazione a tutti gli operatori connessi, ma necessiti invece, al fine di permettere il suddetto scambio, di una accettazione da parte dell'interlocutore via Internet.

L'argomentazione del Tribunale si fonda sull'assunto secondo cui tale colloquio « privilegiato » presenti la peculiarità di celare all'agente l'identità dell'interlocutore, dietro un *nickname*, che nella realtà fisica — non virtuale — potrebbe corrispondere ad una pluralità di persone, delle quali non si possa conoscere nulla, nemmeno l'età.

Poiché l'ordinanza di rigetto dell'appello ritiene accertato che la trasmissione dei *files* contenenti immagini pornografiche fosse avvenuta su richiesta di chi aveva instaurato un « dialogo privilegiato » con il ricorrente, secondo i giudici di legittimità dovrebbe escludersi che tale trasmissione « *direct client to client* », nella quale gli interlocutori devono pertanto essere necessariamente d'accordo sulla trasmissione del materiale, configuri *ex se* un'ipotesi di divulgazione o distribuzione ai sensi del terzo comma della norma in parola.

Tale disposizione, infatti, presuppone 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 », oppure, anche inviandolo ad indirizzi di persone determinate, ma in successione, realizzi una serie di conversazioni private (e, pertanto, di « cessioni ») con diverse persone.

La conclusione cui giunge la 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*, o 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 me-

dante 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 in rilievo la norma di cui all'art. 600-ter, terzo comma, c.p.

La precisazione appare di non scarso rilievo pratico, soprattutto in considerazione delle incertezze applicative determinate dal dettato normativo, certamente non *cristal clear*, nonché delle soluzioni giurisprudenziali, sovente contraddittorie, proposte sul tema.

Ed infatti, da un'analisi dei (pochi) precedenti sul tema, non sembra potersi evincere un orientamento ermeneutico del tutto univoco in ordine alle questioni appena accennate.

La prima pronuncia, emessa dalla Terza Sezione della Suprema Corte in data 27 aprile 2000¹, verteva sull'applicabilità dei commi terzo e quarto dell'art. 600-ter, all'ipotesi di divulgazione e pubblicizzazione di materiale pornografico mediante l'uso di mezzi telematici (*e-mail* e *chat-lines*), nonostante fosse stata raggiunta la prova della destinazione della comunicazione ad una determinata e predefinita cerchia di persone.

La Suprema Corte ha statuito pertanto che deve ritenersi sussistente la condotta di distribuzione, rilevante ai fini dell'applicabilità del terzo comma dell'art. 600-ter, in tutti i casi di invio, consegna o « diffusione fisica » del materiale pornografico ad un novero — predefinito o meno — di destinatari.

Siffatta conclusione presuppone evidentemente una interpretazione analogica² della disposizione di cui all'art. 600-ter: secondo i giudici di legittimità, con tale previsione, il legislatore avrebbe inteso subordinare alla medesima disciplina tanto le condotte (di divulgazione e pubblicizzazione) intrinsecamente rivolte ad una pluralità indistinta di persone, quanto quelle (di distribuzione) caratterizzate dalla destinazione a soggetti predeterminati o comunque singolarmente individuabili.

Nella stessa sentenza si è inoltre precisato che l'ambito applicativo della norma di cui al comma quarto dell'art. 600-ter, deve ritenersi residuale e sussidiario rispetto alla portata delle ipotesi delittuose di cui ai precedenti commi della medesima disposizione, e comprensivo delle condotte di cessione, a qualunque titolo effettuate, che siano del tutto occasionali.

Sostanzialmente conforme appare l'interpretazione fornita dalla medesima Sezione, con la sentenza emessa in data 13 giugno 2000³. In tale occasione il Supremo Collegio, ribadendo la natura sussidiaria — rispetto a quella delle ipotesi di cui ai commi precedenti — della fattispecie di cessione occasionale di materiale pornografico, di cui al quarto comma dell'art. 600-ter, ha osservato come, la condotta di distribuzione — rilevante ai sensi del terzo comma della medesima disposizione, e che si configura quale forma peculiare di commercializzazione — debba ritenersi integrata dalla « diffusione fisica » del materiale pornografico mediante l'invio ad un novero, definito o meno, di destinatari. Si è altresì rilevato come le ipotesi di divulgazione e pubblicizzazione, sanzionate dall'art.

¹ Cass., Sez. III, 27 aprile-19 giugno 2000, n. 1762, Faedda, in *Cassazione Penale*, 2002, p. 1041.

² Ma sul punto, qui volutamente trascurato, dovremo tornare più avanti.

³ Cass., Sez. III, 13 giugno-24 agosto 2000, n. 2421, Tedde, in *Cassazione penale*, 2002, p. 1043.

600-ter, terzo comma, presuppongano sia che la condotta sia destinata a raggiungere una serie indeterminata di persone, con le quali l'agente abbia stabilito un rapporto di comunicazione, sia un mezzo di diffusione accessibile ad una pluralità di soggetti. Nel caso di specie, sulla base di siffatte premesse, la Suprema Corte ha ritenuto che integrasse il delitto di cui all'art. 600-ter, comma terzo, c.p., l'aver veicolato immagini pornografiche aventi ad oggetto minori, attraverso Internet.

In linea di continuità con l'orientamento interpretativo espresso dalle pronunce appena richiamate, si pone la sentenza emessa in data 14 luglio 2000, sempre dalla Terza Sezione⁴, la quale ha statuito che, ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 600-ter, comma terzo, c.p., se da una parte non è sufficiente la cessione del materiale pornografico a singoli soggetti, dall'altra basta che, indipendentemente o meno dalla sussistenza del fine di realizzare esibizioni pornografiche o di produrre il relativo materiale, esso venga propagato ad un numero indeterminato di destinatari, come, ad esempio, si verifica nel caso in cui venga effettuata la cessione a più persone di fotografie pornografiche aventi ad oggetto minori mediante l'uso di una *chat-line* (sistema di comunicazione in tempo reale che consente agli utenti di scambiarsi messaggi ed altre informazioni in formato digitale e che si struttura quale sorta di spazio virtuale, suddiviso in stanze (canali) nelle quali i diversi soggetti possono dialogare).

2. L'OPZIONE ERMENEUTICA CENSURATA DALLA SENTENZA CABRINI: OVVERO, DEL DIVIETO DI ANALOGIA *IN MALAM PARTEM* IN MATERIA PENALE.

La soluzione esegetica avanzata dalle pronunce appena richiamate, e sostenuta dal Tribunale di Trieste nell'ordinanza annullata dalla sentenza della Cassazione, che in questa sede si annota, lungi dal rappresentare una interpretazione estensiva teleologica, configura un'ipotesi di *Rechtsfindung* di tipo analogico, certamente inammissibile in quanto diretta *in malam partem*.

Invero, nei precedenti giurisprudenziali citati, a fronte della evidente riconducibilità della fattispecie *sub judice* all'ipotesi prevista dal quarto comma dell'art. 600-ter — in ragione della destinazione individuale della cessione contestata, nonché del carattere « privilegiato » ed esclusivo della conversazione intrattenuta dai ricorrenti — si è invece fatto ricorso alla disposizione di cui al terzo comma della medesima norma — con effetto notevolmente peggiorativo della situazione del reo, dal momento che tale ultima disposizione prevede un trattamento sanzionatorio ben più grave rispetto ai limiti edittali di pena contemplati dal quarto comma —, eludendo, pertanto, l'applicazione della disciplina dal legislatore ritenuta più idonea a regolare l'ipotesi di cessione, *in certam personam*, di materiale pornografico.

Il carattere propriamente analogico — e non meramente estensivo — di tale procedimento ermeneutico appare evidente, dal momento che — atte-

⁴ Cass., Sez. III, 14 luglio-27 settembre 2000, n. 2842, Salvalaggio, in *Cassazione penale*, 2001, p. 3432.

nendosi al criterio discrezionale suggerito dalla Suprema Corte⁵ — la soluzione proposta non sembra affatto rientrare nell'alveo dei possibili significati letterali del dettato normativo applicato, giungendo invece a forzare i limiti di tipicità prefissati dal legislatore, e determinando, pertanto, un inammissibile *vulnus* al principio di precisione della norma penale⁶, nonché alla *ratio* di garanzia della libertà individuale, sottesa al principio del *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, del quale il divieto di analogia rappresenta « una delle più importanti proiezioni »⁷.

L'opzione ermeneutica — adottata dalle pronunce di legittimità precedenti a quella in commento, nonché dall'ordinanza del Tribunale di Trieste, annullata, appunto, dalla sentenza Cabrini — proprio in quanto diretta a sussumere all'interno delle nozioni di « divulgazione », o, comunque, di « distribuzione » di materiale pedo-pornografico⁸, di cui al terzo comma dell'art. 600-ter c.p., la condotta di cessione individuale del medesimo materiale — palesemente priva della natura « divulgativa », intrinseca alla condotta di comunicazione *in incertam personam*, la peculiare diffusività della quale, ridondando in una ben maggiore idoneità lesiva dell'illecito nei confronti dell'oggettività giuridica tutelata, ne spiega il trattamento sanzionatorio, decisamente più grave rispetto all'ipotesi di cui al quarto comma — appare sconfinare ben oltre la massima estensibilità esegetica del dettato normativo in parola.

Se, infatti, da Kaufmann in poi, la natura « circolare »⁹ dell'operazione sussuntiva, nella quale si concreta l'applicazione del diritto, pare essere ormai un dato condiviso in dottrina¹⁰, con il conseguente riconoscimento del carattere particolarmente sfumato del confine tra interpretazione

⁵ Cfr. Cass., sent. 3 luglio 1991, pubblicata ne *Il Foro italiano*, 1992, II, p. 146.

⁶ Per riprendere la terminologia utilizzata da G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, I, Milano, 1999, p. 57.

⁷ Così G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, 4ª ed., Bologna, 2001, p. 94.

⁸ Il ricorrente era, infatti, indagato, per avere « ripetutamente (...) distribuito, o comunque divulgato materiale pornografico avente ad oggetto minori di diciotto anni ».

⁹ Nel senso che il fatto dedotto in giudizio — o, comunque, l'ipotesi particolare considerata — viene sussunto all'interno dell'area di significato della fattispecie legale in virtù di un loro confronto valutativo, che consenta di desumere, dalle peculiari caratteristiche del fatto storico, la certa assimilabilità dello stesso al nucleo centrale della fattispecie astratta (così, Arth. KAUFMANN, *Über den Zirkelschluss in der Rechtsfindung*, in *Beiträge zur juristischen Hermeneutik*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1984, pp. 65-77). L'A. arriva, peraltro, a contestare l'opinione metodologica tradizionale, secondo la quale sussiste-

rebbe una differenza qualitativa tra interpretazione estensiva teleologica ed analogia, sulla base del rilievo — difficilmente contestabile — secondo il quale l'intima natura dell'interpretazione, sulla quale si fonda ogni forma di applicazione e concretizzazione del diritto — in quanto, per dirla con Heidegger, *adaequatio* tra *Sein* e *Sollen* — si configura alla stregua di un giudizio sostanzialmente analogico, tra eventi reali da disciplinare e dato normativo, nel quale assume un rilievo determinante la componente assiologica, nonché l'elemento della precomprensione, (sul punto, cfr. Arth. KAUFMANN, *Analogie und « Natur der Sache »*, *Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, Heidelberg, 1982, *passim*).

¹⁰ Cfr., ad es., G. FIANDACA-E. MUSCO, *op. loc. ult. cit.*; F. RAMACCI, *Istituzioni di diritto penale*, Torino, 1992, p. 141; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Artt. 1-84, Milano, 1987, p. 45; G. ZACCARIA, *L'analogia come ragionamento giuridico*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1989, 1535 ss.; F.C. PALAZZO, voce *Legge penale*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, 1993, vol. VII, p. 363.

estensiva ed analogia, rimane, tuttavia, imprescindibile, la necessità di distinguere tra i predetti procedimenti ermeneutici¹¹, specialmente in materia penale¹², in ragione del divieto di analogia, in tale settore vigente, e desumibile non solo dall'espressa previsione di cui all'art. 14 delle disposizioni sulla legge in generale, premesse al codice civile del 1942, ma anche dagli artt. 1 e 199 c.p., dall'art. 1 della l. 689/1981 — per quanto concerne il diritto amministrativo punitivo non disciplinare —, nonché dalle norme costituzionali di cui agli artt. 25¹³, commi secondo e terzo, e 13, comma secondo¹⁴.

¹¹ Cfr. M. BOSCARRELLI, *Analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale*, Palermo, 1955, il quale, pur considerando l'analogia alla stregua di una peculiare forma di interpretazione, e negando, pertanto, l'esistenza di un *tertium genus* di procedimento ermeneutico (ovvero, l'autointegrazione dell'ordinamento giuridico mediante il ricorso all'*analogia legis*), afferma la necessità di una distinzione tra analogia ed interpretazione estensiva. Anche il Supremo Collegio ha avuto modo di rilevare come il ricorso all'interpretazione analogica sia « del tutto estraneo ai compiti del giudice penale » (Cass., SS.UU., sent. 26 maggio 1984, Sommella, ne *La giustizia penale*, 1984, II, c. 616 ss.).

¹² Sottolinea il carattere « interstiziale » — cui corrisponde l'espressione tedesca *Kriminalpolitik im kleinen* — della « politica interpretativa del giudice », parallelo, peraltro, alla natura tipicamente « frammentaria » della normativa penale, G. FIANDACA, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale*, ne *Il Foro italiano*, 2000, V, c. 137, al quale si rinvia per la dettagliata analisi delle proposte, avanzate in dottrina e discusse in sede di Bicamerale, dirette ad istituire un organo di controllo, deputato alla censura delle interpretazioni penali analogiche *in malam partem*, o, comunque, ad introdurre un divieto costituzionale espresso di interpretazione, non solo analogica, ma anche « estensiva » delle norme penali.

¹³ Come autorevolmente osservato (da G. VASSALLI, voce *Analogia nel diritto penale*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, 1993, vol. I, p. 162), la formulazione di tale norma, oltre che sintetica — l'assenza del riferimento all'espressa predeterminazione legale dei reati e delle pene, figurante invece nell'art. 1 c.p., dovendosi ricondurre alla particolare enfattizzazione, operata dal secondo comma dell'art. 25 Cost., di quell'aspetto del principio di stretta legalità, rappresentato dal divieto di retroattività delle norme incriminative — appare « pregnante », in quanto sancisce, con riferimento ad ogni norma

che introduca una pena, i principi di riserva assoluta di legge, di irretroattività, di tassatività e di determinatezza. L'A. giunge a siffatta conclusione argomentando, peraltro, dalle peculiari circostanze storico-politiche nelle quali nasceva la Carta Fondamentale, la considerazione delle quali porta certamente ad escludere che il legislatore costituente volesse fare « in un certo senso, un passo indietro rispetto ai contenuti chiarissimi dell'art. 1 c.p. e dell'art. 14 delle preleggi, che sempre erano stati citati come consacrazioni solenni del principio “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” e che, secondo alcuni scrittori, già facevano parte della nostra costituzione materiale ».

Parimenti, ad avviso di Giuliano Vassalli, la costituzionalizzazione del divieto di analogia potrebbe evincersi dal disposto di cui all'art. 13, secondo comma, della Carta Fondamentale, al quale, analogamente, dovrebbe riconoscersi il carattere di disposizione « pregnante », la quale, oltre a sancire la riserva di giurisdizione e la riserva di legge, riafferma il divieto di analogia, per quanto attiene alle sanzioni penali comportanti restrizione della libertà personale — e, quindi, per i reati che le stesse presuppongono —, dal momento che, nel vietare qualsiasi restrizione della libertà personale se non « nei soli casi e nei modi previsti dalla legge », richiama proprio il principio di tassatività, il quale esclude necessariamente « il ricorso all'analogia » (*ibidem*).

Anche nella Germania Federale è sorta un'analogia *querelle*, in ordine al dettato normativo di cui al § 103 della Costituzione di Bonn, poi letteralmente riprodotto nel § 1 dello *StGB*. Sebbene in nessuno dei due testi figuri l'avverbio « espressamente », la dottrina maggioritaria afferma il carattere costituzionale del divieto di analogia per le norme penali, *stricto sensu* intese (in argomento cfr., per tutti, V. KREY, *Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht*, Berlin, 1977, p. 200 ss.).

¹⁴ In tal senso, cfr. G. VASSALLI, *op. loc. ult. cit.*, vol. I, p. 158.

Ed invero, se a lungo si è discusso in ordine alla possibilità di ricorrere all'analogia *in bonam partem*, con riferimento, cioè, alle norme favorevoli al reo — giungendosi, peraltro, da parte della dottrina prevalente, ad affermare la legittimità di un'interpretazione analogica in relazione alle norme favorevoli al reo, che possano ritenersi non eccezionali, in quanto dirette a disciplinare situazioni generali, nelle quali possa versare chiunque, in presenza di determinati presupposti; dovendosi, invece, riconoscere il carattere di norme eccezionali, in quanto tali insuscettive di applicazione analogica, alle disposizioni che introducano una disciplina che deroghi, rispetto a casi particolari, « alla efficacia potenzialmente generale » di una o più norme¹⁵ — il divieto di analogia *in malam partem* appare, invece, imposto dal principio di garanzia della libertà individuale, da possibili abusi ad opera tanto del potere giudiziario, quanto del potere esecutivo — presidio sotteso alle norme appena citate, ed in particolare all'art. 25, commi secondo e terzo Cost. — e deve, pertanto, ritenersi illegittima ogni interpretazione estensiva « *unzulässig übertrieben* »¹⁶, che ridondi a sfavore del reo.

Di tal fatta appare la soluzione interpretativa posta a fondamento dell'ordinanza annullata dalla sentenza Cabrini — peraltro conforme ad un orientamento ermeneutico ricorrente, come già osservato, nelle pronunce di legittimità — e tanto più inammissibile in quanto, a tacer d'altro, carente del presupposto fondamentale di ogni forma di interpretazione analogica; ovvero, l'esistenza di una lacuna¹⁷, o, per dirla con Brunetti, di un « caso dubbio »¹⁸, in conseguenza della quale sorga l'esigenza di ricorrere ad un procedimento di « autointegrazione » dell'ordinamento.

Ed invero, il fatto storico dedotto in giudizio, concernente, appunto, la condotta di cessione *in certam personam* di materiale pornografico, rappresenta la proiezione, nella realtà effettuale, dell'ipotesi astratta, disciplinata dalla norma di cui all'art. 600-ter, quarto comma, c.p..

Pertanto, a prescindere da ogni profilo attinente al *vulnus*, operato da tale opzione ermeneutica, al divieto di analogia *in malam partem*, e quindi, di riflesso, ai principi di stretta legalità e di precisione della norma penale, l'applicazione analogica della ben più grave disciplina di cui al comma terzo dell'art. 600-ter c.p., appare in primo luogo irragionevole ed ingiustificata — data, appunto, l'esistenza di una norma, peraltro più favorevole al reo, specificamente dettata al fine di regolare l'ipotesi concretamente dedotta in giudizio — oltre che irrispettosa del fondamentale criterio interpretativo sistematico, il quale impone, appunto, di leggere il significato di una norma in connessione sistematica con le diverse disposizioni di legge dell'ordinamento, prima di ricorrere a quel procedimento di autointegrazione dello stesso, in cui si sostanzia l'*analogia legis*

¹⁵ Così G. FIANDACA-E. MUSCO, *op. cit.*, p. 97; in senso analogo, cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 1985, p. 84 ss.; M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, 1951, p. 84 ss.; nonché, seppure in una posizione più problematica, E. MORSELLI, *Analogia e fattispecie penale*, ne *L'indice penale*, 1990, n. 3, p. 505 ss.

¹⁶ W. HASSEMER, *Tatbestand und Typus*, Muenchen, 1981, p. 165.

¹⁷ Intesa come assenza di una norma giuridica positiva e vigente, idonea a disciplinare in via diretta il fatto dedotto in giudizio.

¹⁸ Cfr. BRUNETTI, *Le fonti e la funzione del dubbio nella giurisprudenza*, in *Giurisprudenza italiana*, 1923, II, 4, p. 1.

(nel caso di specie, si trattava, addirittura, di considerare semplicemente il comma successivo a quello ritenuto applicabile!).

In tal modo, non solo si determina la surrettizia elusione dell'applicazione, ad un'ipotesi chiaramente sussumibile all'interno della disciplina prevista dal quarto comma, di detta disposizione, ma si paventa inoltre il rischio — che si sarebbe ineluttabilmente verificato, qualora un simile orientamento ermeneutico si fosse consolidato, in seno alla giurisprudenza di legittimità — di precludere, *pro futuro*, ogni possibilità di applicazione della norma *de qua*, dal momento che persino la condotta di cessione individuale, per via telematica, di materiale pedo-pornografico verrebbe riportata all'interno dell'alveo della disciplina di cui al terzo comma dell'art. 600-ter c.p.

3. LA DIVERGENZA TRA « VOLUTO E REALIZZATO » NELL'ARGOMENTAZIONE PROPOSTA DAL TRIBUNALE DI TRIESTE.

La decisione del Tribunale di Trieste si può, allora, spiegare — per quanto, si ribadisce, non legittimare, né, in alcun modo, condividere — con riferimento, da un lato, alla peculiare *modalità* di realizzazione della condotta contestata all'indagato, e, dall'altro, alle finalità simbolico-espressive, cui, in parte, risponde l'intervento normativo che, nel 1998, ha introdotto, all'interno del *corpus* codicistico, le disposizioni in esame¹⁹.

Per quanto concerne il primo profilo, giova sottolineare come la condotta contestata all'indagato, consistesse nella cessione di materiale pedo-pornografico all'interlocutore di una conversazione intrattenuta, dal medesimo ricorrente, nell'ambito di una *chat-line*. Com'è noto, tale canale telematico rende possibile la comunicazione tra due o più utenti, la cui identità *virtuale* è rappresentata da un *nickname* — una sorta di pseudonimo —, evidentemente suscettibile di celare non solo la fisica e reale identità dell'interlocutore, ma, ad onta di qualsiasi sua dichiarazione contraria, finanche l'età dello stesso, nonché la circostanza dell'eventuale partecipazione, alla conversazione, di una pluralità di persone, tutte fingendosi l'unico soggetto, titolare del *nickname* prescelto.

Accentuando proprio la componente « aleatoria » immanente ad ogni conversazione telematica — che, per quanto presuntivamente rivolta ad un interlocutore determinato, del quale si conosca (*rectius*: si creda, incolpevolmente, di conoscere) perfettamente l'identità, è invece suscettibile di instaurarsi con uno o più soggetti del tutto sconosciuti, potenzialmente anche minori — il Tribunale di Trieste ha, pertanto, inteso « stigmatizzare », con la ritenuta applicabilità della più grave previsione di cui al terzo comma dell'art. 600-ter c.p., la condotta dell'indagato, il quale, pur confidando nella veridicità delle dichiarazioni resegli dall'interlocutore, in ordine alla propria età, nonché alla propria identità, avrebbe « imprudentemente » creduto di porre in essere una condotta di cessione individuale, « accettando », invece, ad avviso del giudice di prime cure, il ri-

¹⁹ Tratteremo tale ultimo profilo nel prossimo paragrafo.

schio che la propria conversazione potesse essere, in realtà, intrattenuta con uno o più minori, e che il materiale illecito, da lui ceduto, potesse essere fruito da una « pluralità indeterminata » di persone.

Siffatta conclusione appare radicalmente inammissibile, in primo luogo perché idonea a frustrare il legittimo affidamento, riposto dal ricorrente, nella veridicità di quanto dichiarato dal suo interlocutore, in ordine alla propria identità.

Come opportunamente osservato²⁰, mutuando la teoria civilistica dell'affidamento, alla cui stregua la dichiarazione negoziale « non può essere intesa nel senso che le attribui l'autore, se questo senso non è quello in cui può essere intesa, secondo il suo tenore, dal destinatario o altresì da terzi, quando anche costoro siano interessati alla dichiarazione »²¹, si potrebbe accertare la natura divulgativa della condotta contestata — requisito imprescindibile ai fini dell'applicazione della disciplina di cui al terzo comma dell'art. 600-ter c.p. — sulla base di un giudizio di compatibilità di detta finalità di diffusione, con lo strumento tecnico di volta in volta prescelto.

Qualora, infatti, il canale telematico utilizzato — nella specie, un sistema di *chat-line*, quale mezzo che consenta di intrattenere una conversazione « privilegiata » *on-line* — appaia oggettivamente inidoneo a realizzare il fine divulgativo della comunicazione, e della contestuale cessione di materiale illecito, dovrebbe escludersi *in radice* l'applicabilità del terzo comma dell'art. 600-ter c.p., se è vero, com'è vero, che tale disciplina concerne un illecito *di modalità* di lesione, dal momento che, a fronte della medesima oggettività giuridica tutelata, il maggiore disvalore dell'illecito ivi incriminato, rispetto a quello regolato dal comma successivo, si radica proprio nella modalità di realizzazione della condotta, particolarmente pervasiva nella prima ipotesi, dagli effetti più circoscritti, nella seconda.

Inoltre, assai criticabile appare la lettura, effettuata dal Tribunale di Trieste, del dolo generico, richiesto ai fini dell'integrazione del reato di pornografia minorile, di cui al terzo comma dell'art. 600-ter, in chiave di dolo eventuale, laddove si incrimina la condotta dell'indagato sulla base della presunta sua « accettazione del rischio » che il materiale illecito, dallo stesso ceduto ad un soggetto celato dietro ad un *nickname*, potesse in realtà essere oggetto di fruizione da parte di « una pluralità indeterminata » di persone.

In via preliminare, giova sottolineare come l'elemento soggettivo richiesto dall'ipotesi di cui al terzo comma non escluda *in radice* l'ammissibilità del dolo eventuale, come pare potersi evincere, argomentando *a contrario*, dal confronto della formulazione della disposizione in esame, con quella di cui al comma successivo, che richiede espressamente la consapevolezza²².

Alla luce di tali premesse, deve certamente ritenere che il dolo generico richiesto dalla fattispecie *de qua*, presupponendo la comune rappre-

²⁰ Da F.G. CATULLO, *Commento alla sentenza della Cassazione n. 4900 del 3 febbraio 2003*, in www.lexfor.it.

²¹ Così F. SANTORO-PASSERELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989, 9ª ed., p. 229.

²² In tal senso, cfr. O. DI GIOVINE, *Commento all'art. 600-ter*, in G. LATTANZI-E. LUPO, *Codice penale. Rassegna di dottrina e di giurisprudenza*, Milano, 2003, p. 538.

sentazione e volizione degli elementi costitutivi del fatto tipico, debba investire tanto la natura pornografica²³ del materiale immesso in circolazione, quanto il carattere « divulgativo » della condotta posta in essere, che definisce *in re ipsa* il disvalore dell'illecito incriminato.

Per quanto attiene al primo profilo, appare opportuno rilevare come, nonostante la formulazione « finalistica » della norma — il « materiale pornografico di cui al primo comma » essendo identificato dalla circostanza che la sua produzione rappresenta il *fine* dello sfruttamento minore — « esso viene qui assunto quale elemento del fatto, e deve perciò rientrare, come tale, nell'oggetto del dolo dell'agente, senza che una siffatta formulazione linguistica possa far pensare ad un'ipotesi di fattispecie a dolo specifico »²⁴. Tale elemento normativo appare, pertanto, dedotto all'interno del tipo per il contenuto oggettivo della nozione richiamata dalla legge, e, per quanto introdotto da un nesso teleologico, esso non si riflette in alcun modo sulla condotta dell'agente.

In ordine al secondo profilo²⁵, e con particolare riferimento alla tesi sostenuta dal Tribunale di Trieste, deve osservarsi come, pur ammettendo la rilevanza del dolo eventuale, ai fini dell'integrazione degli estremi del delitto di cui al terzo comma dell'art. 600-ter, non sembri potersi prescindere dalla circostanza che l'agente, ponendo in essere una condotta diretta da altri scopi, si rappresenti la concreta possibilità di realizzare l'azione incriminata, e, nonostante ciò, agisca, accettando tale rischio²⁶.

Pur accedendo ad una siffatta, estesa, concezione del dolo eventuale, proposta dalle Sezioni Unite della Suprema Corte, resta ineliminabile il requisito della prospettazione della realizzazione della condotta incriminata, in un'ottica di ragionevole probabilità, pena un'inammissibile degradazione di tale elemento soggettivo a mera colpa cosciente.

Se, infatti, come autorevolmente osservato²⁷, lo stato di dubbio non esclude il dolo, giacché — qualora l'agente si rappresenti la ragionevole possibilità della realizzazione della condotta criminosa, il rimprovero che gli si muove non è di aver agito « con leggerezza », bensì di essersi volontariamente determinato ad una condotta, nonostante la previsione di porre in essere un illecito penale — ontologicamente diverso appare, invece, l'atteggiamento psicologico di colui il quale, pur prevedendo la

²³ Ma sul punto, qui soltanto accennato, ci riserviamo di tornare tra breve.

²⁴ Così, testualmente, L. PICOTTI, *Commento all'art. 3 l. 269/1998*, in A. CADOPPI (a cura di), *Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, Padova, 1999, p. 562.

²⁵ La letteratura, sul tema, è sterminata. Limitandoci alle trattazioni vertenti, in particolare, sui profili da noi appena accennati, si rinvia a PROSDOCIMI, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993, *passim*; CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999, *passim*; G. FORTE, *Dolo eventuale*

tra divieto di interpretazione analogica e incostituzionalità, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2000, p. 820.

²⁶ Parafrasando l'argomentazione proposta nella nota pronuncia emessa dalle Sezioni Unite della Suprema Corte, in data 14 febbraio 1996, ric. Mele, pubblicata in *Casazione penale*, 1996, p. 2505, n. 1419. Tale impostazione riprende chiaramente l'orientamento, sul punto, espresso da M. GALLO, voce *Dolo (Diritto penale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIII, Milano, 1964, p. 768.

²⁷ Da M. GALLO, *op. loc. ult. cit.* Per analoghi rilievi, cfr., di recente, E. DI SALVO, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Casazione penale*, 2003, p. 1932 ss., n. 541.

medesima possibilità, agisca nella piena convinzione che essa non si verificherà, confidando nella propria abilità o nell'incidenza di elementi estrinseci.

In tale ultima ipotesi pare concretarsi il paradigma della colpa cosciente, caratterizzato da una previsione astratta, che « si evolve nel superamento del dubbio e si risolve in una previsione negativa » in merito al realizzarsi della condotta tipica (od al verificarsi dell'evento, nei reati di evento)²⁸. L'imputazione dolosa, sia pure a titolo di dolo eventuale, sta e cade, pertanto, con il requisito dell'accettazione del rischio, ed infatti, l'attribuzione alla volontà del reo della realizzazione di una condotta che, per quanto prevista come possibile, venga dallo stesso esclusa sulla base dell'affidamento nella propria abilità, o nell'intervento di fattori estrinseci, non pare potersi effettuare se non in virtù di un affievolimento del dolo in una mera *fiction juris*.

Come acutamente rilevato²⁹, « non può sfuggire come appaia distonica rispetto alla *ratio* dell'art. 43 c.p. l'attribuzione all'espressione « secondo l'intenzione » (...) di un ambito semantico di così ampia latitudine da ricomprendere una gamma di atteggiamenti psicologici del tutto eterogenei tra loro »: da quello di chi si sia determinato ad agire in vista di un certo accadimento, coincidente con il fatto tipico, a quello di chi, mirando a tutt'altro, si sia prospettato una data eventualità, non l'abbia ritenuta probabile confidando nelle proprie capacità, od in eventi esterni, ed abbia agito.

In tal modo, si determina un'eccessiva dilatazione dell'alveo di rilevanza del dolo, che verrebbe ad includere ipotesi nelle quali il coefficiente psicologico sotteso alla condotta « non sembra giustificare l'accostamento sanzionatorio a fattispecie caratterizzate da una volontà criminosa di ben più corposa intensità »³⁰.

Ciò premesso, non sembra in alcun modo ammissibile la possibilità, avanzata dal Tribunale di Trieste, nel caso che ci occupa, di configurare l'elemento psicologico sotteso alla condotta dell'indagato in termini di dolo eventuale, e neppure in termini di colpa cosciente, a prescindere dall'espressa previsione del dolo, da parte della norma di cui all'art. 600-ter c.p., che escluderebbe un'imputazione, per il delitto ivi disciplinato, a titolo colposo.

Invero, la condotta dell'indagato, consistente nella cessione di materiale pedo-pornografico nell'ambito di una conversazione *on-line* « privilegiata », in quanto rivolta ad un destinatario specifico e predeterminato, esclude la prospettiva, da parte dell'agente, della possibilità di porre in essere, con tale azione, il fatto tipico di cui al terzo comma della citata disposizione codicistica, caratterizzato dalla peculiare ampiezza dello spettro di diffusione, immanente alla dazione, del medesimo materiale, *in incertam personam*.

Ed infatti, può ragionevolmente ritenersi che l'agente, sulla base del legittimo affidamento, da lui riposto, nella veridicità delle dichiarazioni

²⁸ Così E. DI SALVO, *op. ult. cit.*, p. 1935.

²⁹ Da E. DI SALVO, *op. ult. cit.*, p. 1939.

³⁰ Così, testualmente, E. DI SALVO, *op. loc. ult. cit.*

fornitegli dall'interlocutore, in ordine alla propria identità, abbia escluso *in radice* la possibilità che dietro al *nickname* cui aveva inviato il materiale illecito, potesse celarsi una « pluralità indeterminata » di persone, presupposto indispensabile ai fini dell'integrazione della condotta di cui al terzo comma dell'art. 600-ter c.p.

Appare pertanto evidente come il coefficiente psicologico sotteso alla condotta contestata non possa, in alcun modo, essere ricondotto al paradigma fenomenologico della divergenza tra volontà e realizzazione, dovendosi, invece, escludere la riferibilità psichica del fatto contestato all'agente, sol che si consideri l'assoluta inidoneità del mezzo prescelto, nella specie, per la comunicazione, a « diffondere » il materiale immesso *on-line*.

4. PEDOFILIA ON-LINE: OVVERO, DELLA VALENZA « SIMBOLICO-ESPRESSIVA » DEL DIRITTO PENALE.

Come accennato in precedenza, l'opzione ermeneutica proposta dal Tribunale di Trieste — giustamente censurata dai giudici di legittimità, con la sentenza in esame —, presenta risvolti francamente preoccupanti sotto il profilo individual-garantistico, nonché per quanto concerne l'estrinsecazione della libertà di comunicazione in rete, dal momento che determina l'applicabilità della disciplina dettata per l'ipotesi di « distribuzione, divulgazione, pubblicizzazione » di materiale pedo-pornografico — con l'aggravio sanzionatorio che ne consegue — anche alle condotte — caratterizzate da un disvalore palesemente minore — di mera cessione individuale del medesimo materiale, sebbene realizzate con il ricorso allo strumento telematico che, più di ogni altro, assicura la « riservatezza » della conversazione, ossia la *chat-line* che non consenta la condivisione di archivi, cartelle, documenti, in genere, del *software*.

L'accentuazione, implicita in tale soluzione esegetica, delle esigenze general-preventive, sottese alla disciplina in esame, a scapito della garanzia individuale, può forse essere spiegata con riferimento al contesto storico in cui fu emanata la legge 269/1998, che, com'è noto, ha introdotto nel *corpus* codicistico, tra l'altro, l'art. 600-ter, la stessa formulazione del quale reca traccia di tali contingenze.

Ma vediamo più in dettaglio.

La norma di cui al terzo comma dell'art. 600-ter, incrimina, tra l'altro, la condotta di chi, non avendo commesso uno dei fatti di cui al primo o al secondo comma, ossia non avendo sfruttato un minore degli anni diciotto al fine di realizzare esibizioni pornografiche o di produrre materiale pornografico e non avendo fatto commercio del detto materiale, con qualsiasi mezzo, *anche per via telematica*, distribuisce, divulga o pubblicizza il materiale pornografico di cui al primo comma della medesima norma.

L'espressa punibilità di condotte illecite realizzate (o realizzabili) per via telematica trova un importante precedente nella legge 23 dicembre 1993, n. 547, in materia di criminalità informatica, la quale contiene un articolato sistema di fattispecie incriminative e di norme estensive della punibilità, innestate all'interno del codice penale nella prospettiva di punire fatti commissibili (anche) via internet.

L'enfatizzazione della possibilità di realizzazione della condotta tipica anche per via telematica³¹ pare assumere, nel contesto fortemente emozionale³² sotteso alla redazione della norma *de qua*, una spiccata valenza simbolico-espressiva, forse sproporzionata rispetto alla sua effettiva portata giuridica e possibilità di incidenza pratica, « ma certamente correlata alle preoccupazioni (...) che ruotano attorno alla “diabolica” congiunzione fra utilizzo della rete e pedofilia³³, quasi che la pervasiva, e, perciò, anche minacciosa presenza della prima possa introdurre la seconda nella quotidiana vita privata degli ignari utenti »³⁴.

Come autorevolmente osservato, tuttavia, alla specificazione dei mezzi di commissione del reato potrebbe attribuirsi la precipua funzione di fornire una 'interpretazione autentica' del concetto normativo di 'materiale pornografico', sul quale s'incentrano le diverse fattispecie incriminatrici contemplate dalla norma in esame³⁵.

In tal senso, dovrebbe accogliersi una interpretazione di tipo teleologico-funzionale della citata espressione, tale da ricomprendere non tanto una peculiare tipologia di oggetti materiali o figurativi intrinsecamente illeciti — dovendo anzi restare il momento della loro fruizione una determinazione interna alla sfera privata del singolo, come tale irrilevante a fini penali, secondo il noto brocardo *cogitationis poenam nemo patitur* —

³¹ Tale specificazione appare, infatti, se non superflua, quantomeno sovrabbondante, essendo sussumibile all'interno dell'onnicomprensiva espressione « con ogni mezzo », che la precede nel testo della disposizione in esame.

³² Alimentato soprattutto da drammatici fatti di cronaca di poco precedenti i lavori preparatori della legge 269.

³³ Come dimostrano i fatti di cronaca, Internet rappresenta per i pedofili uno strumento per reperire indirizzi di « paradisi del sesso » ben più espliciti rispetto alle pubblicità allusive del turismo sessuale, fruendo altresì, per la soddisfazione di pulsioni certamente patologiche, di un mezzo che, ad un costo di scarso rilievo, offre immagini sempre nuove ed in quantità inimmaginabile (impressionante la notizia che per entrare in un sito del genere si dovesse portare una « dote » di diecimila foto!).

La creazione di un siffatto sistema per tali « comunità » ha contribuito, al livello dell'inconscio dei predetti soggetti, ad eliminare ogni « superegotica » remora all'abituale ricorso al soddisfacimento pulsionale di tipo pedofilo. A ciò si è indubbiamente incrociato « il bisogno, proprio di ogni perversione, di tendere alla autogiustificazione, rimuovendo attraverso la presenza organizzativa ed una pratica ossessiva e abituale i propri sensi di colpa. L'utilizzo di canali di diffusione telematica può infine avere rappresentato una strategia di una minoranza pedofila per raggiungere, attraverso la neutralità della nuova tecno-

logia, degli obiettivi più generali di legittimazione, cercando di acquistare progressivamente il diritto ad una visibilità che nella nostra epoca le è ancora negata » (P. PAZÈ, *Lo sfruttamento sessuale del bambino come nuova forma di riduzione in schiavitù*, in *Minori giustizia*, 1998, n. 2, p. 3.).

Peraltro, come osservato da C. SERRA, *Pedofilia e Internet: caratteristiche e spunti di ricerca*, ivi, 2001, n. 2, p. 61, i *computer crimes* si caratterizzano, tra l'altro, per un adescamento della vittima non violento e difficilmente smascherabile, e per una percezione della stessa quale « spersonalizzata » e astratta, ragione che ne riduce la possibilità di instaurazione di un eventuale rapporto empatico, e che sarebbe invece suscettibile di causare nell'autore un indebolimento dei freni inibitori, con « conseguente passaggio all'atto nella convinzione dell'inesistenza della vittima in quanto fisicamente costituita ».

³⁴ Citando L. PICOTTI, *op. cit.*, p. 536, il quale rileva inoltre come anche in sede di lavori preparatori della legge 269 emergesse chiaramente una netta sproporzione tra il contenuto, circoscritto e tuttavia non precisamente definito, delle formulazioni proposte e l'enfasi, con cui i relatori dei diversi progetti di legge rimarcavano la centralità della previsione di una autonoma fattispecie incriminatrice della diffusione e dello scambio via Internet di informazioni e materiale pornografico inerente a minori.

³⁵ L. PICOTTI, *op. cit.*, p. 550.

quanto piuttosto le condotte risolventesi nello sfruttamento e nella reificazione della persona del minore, che tali oggetti presuppongono o comunque incentivano, secondo il reciproco gioco della domanda e dell'offerta che caratterizza la logica di mercato.

In tale prospettiva, la *ratio* dell'incriminazione *de qua* verrebbe espletata dalla altrimenti superflua clausola « con qualsiasi mezzo », enfatizzando la possibilità che la condotta tipica si realizzi a prescindere dalla natura materiale dell'oggetto, essendo invece a ciò sufficiente l'idoneità dello stesso ad essere divulgato ad una pluralità di destinatari.

L'ampiezza dell'oggetto della distribuzione, divulgazione e pubblicizzazione illecite trova dunque un espresso limite esegetico nella clausola di riserva che apre il capoverso in parola — la quale determina l'assorbimento nell'alveo della fattispecie di cui al primo comma dell'art. 600-ter delle condotte di trasmissione di esibizioni o materiali prodotti dallo stesso agente, mediante il diretto sfruttamento di minori — nonché nell'ambito di rilevanza della disciplina di cui al quarto comma della medesima norma, che deve ritenersi applicabile, appunto, alle condotte di cessione di detto materiale, inidonee a caratterizzarsi in termini « divulgativi », qualora realizzate con mezzi telematici inidonei a raggiungere « una pluralità indeterminata di soggetti ».

5. IL SIGNIFICATO DEL *REVIREMENT* OPERATO DALLA SENTENZA IN ESAME.

Da quanto appena osservato, appare possibile rilevare come la sentenza Cabrini, sottolineando la sostanziale diversità tra la trasmissione telematica di materiale pornografico realizzata attraverso un sito potenzialmente accessibile a chiunque — e dal quale chiunque possa effettuare il *download* di immagini o scritti illeciti — e l'invio del medesimo materiale in una *chat-line*, abbia operato un netto *revirement* rispetto all'orientamento condiviso dalle precedenti pronunce, cui si accennava sopra, rimarcando come la differenza tra le fattispecie di cui al terzo e quarto comma dell'art. 600-ter c.p. consista essenzialmente nello *spettro di diffusione* del materiale incriminato.

Ma vi è di più.

Con la sentenza che qui si annota, la Suprema Corte ha affermato la necessità di accertare in concreto, pur in presenza di una condotta di trasmissione mediante *chat-line*, se si sia verificata un'offerta *in incertam personam* del materiale pornografico avente ad oggetto minori, e cioè se la *modalità tecnica* prescelta consentisse ad un qualsiasi utente di collegarsi e fruire del materiale immesso in rete (accertamento che, nel caso di specie, veniva ovviamente demandato al giudice di rinvio).

Le implicazioni pratiche di tale 'precisazione' appaiono di non poco momento³⁶.

³⁶ In argomento, osserva C. RUSSO, *Primi orientamenti dei giudici di legittimità in materia di pedofilia: soluzioni compromissorie o aporie interpretative?*, ne *Il Foro italiano*, 2000, II, c. 685, come l'uso di categorie civilistiche, al fine di chiarire la distin-

zione tra la nozione di cessione — la quale, in diritto civile, presuppone, a differenza della divulgazione, un accordo tra due o più soggetti determinati — e quella di divulgazione, condurrebbe ad aporie interpretative di non facile soluzione. Ed infatti, ciò

Ed infatti, qualora il giudice di rinvio accerti che la trasmissione del materiale, effettuata secondo una peculiare modalità tecnica prescelta dall'agente, presupponeva un dialogo 'privilegiato' tra il soggetto attivo ed un determinato interlocutore, tale da escludere l'accesso al flusso telematico ad ogni altro utente della rete, dovrà ritenersi applicabile la disciplina di cui al quarto comma dell'art. 600-ter, configurandosi pertanto la condotta *de qua* alla stregua di mera *cessione*, a qualunque titolo effettuata, di materiale pornografico.

Al contrario, nel caso in cui si accerti che il canale di trasmissione prescelto si presentava come fruibile da parte di chiunque, dovrà qualificarsi tale condotta nei termini di « divulgazione, o comunque pubblicizzazione » del materiale illecito, destinata ad una pluralità indefinita di soggetti, con conseguente applicabilità della disciplina di cui al terzo comma dell'art. 600-ter c.p.

Appare peraltro opportuno sottolineare come un'impostazione interpretativa orientata in tal senso, fosse stata già proposta dalla pronuncia D'Amelio, emessa dalla Terza Sezione del Supremo Collegio, in data 3 dicembre 2001³⁷, nella quale si affermava la sussistenza del delitto di cui al terzo comma dell'art. 600-ter c.p., nell'ipotesi in cui l'agente inserisca foto pornografiche aventi ad oggetto minori in un sito *web* accessibile a chiunque, ovvero le propaghi attraverso *usenet*, inviandole ad un gruppo o lista di discussione, da cui qualsiasi utente le possa poi scaricare; dovendosi al contrario ritenersi configurabile l'ipotesi più lieve di cui al comma quarto della medesima disposizione, qualora il soggetto invii tali immagini ad una persona determinata, allegandole ad un'e-mail, di modo che solo il destinatario possa prelevarle.

Nella pronuncia in esame si precisa, inoltre, che non può ritenersi sufficiente, per la sussistenza del delitto di cui al terzo comma dell'art. 600-ter c.p., la mera circostanza che le foto pornografiche di minori siano veicolate attraverso la rete Internet, dovendosi invece verificare se il programma utilizzato consenta ad ogni utente il quale vi acceda la condivisione di cartelle, archivi, documenti.

Nel caso di specie, al contrario, l'indagato aveva utilizzato, per l'invio di materiale pedo-pornografico, un *software* idoneo a controllare, ed eventualmente interdire l'accesso da parte di terzi al proprio *server*, escludendo pertanto la possibilità di una indiscriminata fruizione dei propri documenti in mancanza di un suo previo consenso, potendo invece cedere al singolo interlocutore unicamente il materiale predeterminato, da lui stesso prescelto.

Da tali considerazioni, la Suprema Corte deduceva l'impossibilità di configurare, nella fattispecie esaminata, un'ipotesi di divulgazione o pub-

premesse, si dovrebbe ritenere che, qualora un soggetto invii ad un sito *web* materiale illecito, si configuri una proposta gratuita di acquisto, intesa come offerta al pubblico, con la conseguenza che si perfezionerebbe una cessione nell'ipotesi in cui un terzo fruisca del materiale immesso in rete, accettando così l'offerta. Appare evidente l'incoerenza di tale soluzione, sol che si consideri

che in tal modo sussisterebbe divulgazione quando ancora il materiale pornografico non sia stato attinto da alcuno, mentre si configurerebbe la ben più lieve ipotesi di cessione nel caso in cui uno o più utenti della rete apprendano detto materiale.

³⁷ Cass., Sez. III, 3 dicembre 2001-11 febbraio 2002, n. 5397, D'AMELIO, in *Diritto penale e processo*, 2002, n. 4, p. 458.

blicizzazione ai sensi del terzo comma dell'art. 600-ter c.p., ravvisandovi invece gli estremi per l'applicabilità della più tenue disciplina di cui al quarto comma dello stesso articolo di legge.

6. LE NOZIONI DI « DISTRIBUZIONE, DIVULGAZIONE, PUBBLICIZZAZIONE », DI CUI AL TERZO COMMA DELL'ART. 600-TER: PROFILI ESEGETICI.

Le conclusioni cui sono giunte le due più recenti pronunce, appena richiamate, devono ritenersi pienamente condivisibili, e lodevole appare lo sforzo, operato in quelle sedi, di circoscrivere l'ambito applicativo di una fattispecie, quale quella di cui al terzo comma dell'art. 600-ter c.p., dai caratteri alquanto sfumati, restituendole, in via esegetica, quel *minimum* di precisione che il principio di stretta legalità impone, in primo luogo, al legislatore penale.

Analogo tentativo definitorio è stato peraltro compiuto in dottrina, mediante la precisazione dei criteri interpretativi necessari all'esatta configurazione delle fattispecie introdotte, nel codice penale, dall'art. 3 della novella dell'agosto 1998.

In ordine alla fattispecie di cui alla prima parte del terzo comma dell'art. 600-ter c.p., si è osservato³⁸ come la nozione di 'divulgazione' compaia, nell'originario sistema codicistico, unicamente nel contesto di gravi delitti contro la personalità internazionale dello Stato, quali il procacciamento di notizie *riservate* — ma distinte da quelle 'segrete', dal momento che l'art. 256, terzo comma, c.p., ne vieta unicamente la « divulgazione » —; ovvero lo spionaggio e la rivelazione delle medesime, delle quali sia stata peraltro vietata la divulgazione (rispettivamente, artt. 258 e 262 c.p.).

In tali contesti, nei quali i fatti di reato si consumano già con il mero procacciamento (arg. ex artt. 258 e 262 c.p.), ovvero con la rivelazione delle notizie, sia pur ad un singolo destinatario, la nozione di 'divulgazione', lungi dal tipizzare *ex se* la condotta, riveste invece funzione indicativa del contenuto del precetto extra-penale, che definisce il novero delle notizie protette.

Nella struttura di dette fattispecie, appare evidente la volontà del legislatore di anticipare l'intervento penale al momento della realizzazione di condotte che determinino il *pericolo* di non poter più controllare l'ambito di diffusione della notizia protetta; la divulgazione, pertanto, si configura alla stregua di *potenziale effetto temuto* di siffatte condotte.

Seppur con sostanziali affinità contenutistiche, si presenta alquanto diverso, rispetto ai casi appena evidenziati, l'uso della nozione di 'divulgazione' nella legislazione novellistica, ed in particolare nella fattispecie contravvenzionale di « divulgazione di stampa clandestina », di cui all'art. 663-bis c.p., introdotto dalla legge 4 marzo 1958, n. 127, che incrimina la condotta di chiunque, in qualsiasi modo, divulghi « stampe o stampati, pubblicati senza l'osservanza delle prescrizioni di legge sulla pubblicazione e diffusione della stampa periodica e non periodica ».

³⁸ Cfr. L. PICOTTI, *op. ult. cit.*, p. 544.

Una consolidata giurisprudenza di legittimità ha statuito che, in tali ipotesi, il concetto di divulgazione deve essere inteso come « circolazione o consegna nei confronti di più destinatari, non bastando la consegna ad una sola persona »³⁹.

Si è altresì aggiunto che tale reato — che deve ritenersi istantaneo — si consuma nel momento in cui lo stampato esca dalla « sfera di disponibilità dello stampatore, divenendo accessibile ad un numero indeterminato di persone: non nel momento successivo della 'diffusione' dello stampato stesso, essendo indifferente che più o meno ampia sia la cerchia delle persone cui lo stampato è destinato e che tali persone appartengano o meno ad una data categoria »⁴⁰.

In tale ipotesi, pertanto, la divulgazione, lungi dal configurarsi alla stregua di potenziale evento, temuto e successivo, conseguente a specifiche condotte prodromiche, si presenta quale elemento tipico della condotta, identificando invero il momento consumativo del reato.

Nella medesima prospettiva, la novella dell'agosto del 1998 intende qualificare la divulgazione di materiale pornografico alla stregua di elemento costitutivo della condotta — illecita *ex se*, e non in quanto prodromica ad un potenziale evento di danno — segnandone pertanto il momento consumativo.

In ordine alla nozione di « distribuzione e pubblicizzazione » di materiale pornografico, rilevante ai sensi del terzo comma dell'art. 600-ter, deve essere rilevare come tali condotte implicino un *quid pluris* — rispetto alla meno grave ipotesi, di cui al quarto comma, di mera cessione, singolarmente ed occasionalmente operata a terzi, anche a titolo gratuito — tale da giustificare il più severo trattamento sanzionatorio, ma pur sempre diverso dall'inserimento, di cui ai commi primo e secondo, della condotta in un contesto *lato sensu* imprenditoriale, escluso dalla clausola di sussidiarietà con la quale si apre il capoverso in esame.

A tal fine, utili spunti interpretativi potrebbero derivarsi dall'analisi esegetica del concetto di « pubblicizzazione », dal momento che la equiparazione, quanto al trattamento sanzionatorio, delle due condotte, dovrebbe ritenersi indice rilevante di una loro assimilazione sotto il profilo delle modalità di offesa, nonché della identità di *ratio* delle disposizioni che richiamano tali condotte.

Invero, la valenza semantica del termine 'pubblicizzazione' richiede una destinazione, ed una effettiva proiezione, verso il pubblico, della condotta dell'agente, che sia tale da raggiungere una sfera indeterminata di destinatari, con i quali il soggetto attivo stabilisca un reale — non già meramente potenziale — rapporto di comunicazione.

Analogamente, da un'analisi comparativa delle norme codicistiche — ad es., art. 528, primo e secondo comma; art. 663, primo comma, e 725 — che richiamano il termine 'distribuzione', pare doversi evincere una caratterizzazione di tale condotta, tale da implicarne una dimensione comunicativa rivolta verso una pluralità di destinatari, non neces-

³⁹ Così Cass., 76/132751, richiamata da C. RUBERTO, in F. CRESPI-F. STELLA-G. ZUCCALÀ, *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2^a ed., 1999, sub art. 663-bis, p. 1573.

⁴⁰ Cfr. Cass., 73/1143, cit. da C. RUBERTO, *op. cit.*, loc. ult. cit.

sariamente indeterminati, all'interno di un contesto « aperto » e non selettivo.

Se la distribuzione, di per sé, non deve ritenersi presupponga una serialità di atti, venendo invece in rilievo la destinazione della condotta ad una pluralità di destinatari, il carattere determinato⁴¹ del loro novero, in assenza di una espressa previsione normativa contraria, pare possa contribuire a distinguere la condotta in esame da quelle di divulgazione e pubblicizzazione⁴².

Invero, la relazione intersoggettiva che le tre modalità di condotta di cui all'art. 600-ter, terzo comma, prima parte, pongono in essere con una pluralità di soggetti — determinati, nel caso di distribuzione; indeterminati, nelle ipotesi residue — deve ritenersi indice della pericolosità concreta del fatto tipico, per il bene giuridico di riferimento.

Come autorevolmente osservato, la tutela del minore dallo sfruttamento di terzi a fini sessuali appare « minacciata dall'instaurarsi di un insieme di relazioni comunicative, in cui l'offerta di materiale pornografico o di notizie, che rispettivamente lo presuppongono o lo agevolano, raggiunge una pluralità di destinatari, interessati con alta probabilità (di qui il *pericolo concreto*) a detto sfruttamento »⁴³.

Tuttavia, la fattispecie *de qua* non presuppone il verificarsi di un evento di pericolo, quale potrebbe essere l'effettiva diffusione del materiale pedo-pornografico, perfezionandosi invece il fatto tipico nel momento in cui detto materiale, uscendo dalla sfera di disponibilità dell'agente, sia posto a disposizione di, (rendendosi pertanto accessibile a) più destinatari, anche determinati, non sussistendo la necessità di provarne l'avvenuta conoscenza da parte di questi ultimi.

7. LA LEGGE N. 269/1998 ED IL CONTESTO NORMATIVO INTERNAZIONALE DI RIFERIMENTO.

Per comprendere appieno la *ratio* della norma interpretata dalla sentenza in esame, appare tuttavia doveroso aggiungere talune considerazioni.

La disposizione di cui al terzo comma dell'art. 600-ter del codice penale è stata introdotta dalla l. 269/1998, all'origine della quale si pone l'impegno assunto dall'Italia con la *Convenzione sui diritti del fanciullo*, firmata a New York in data 20 novembre 1989, e ratificata con l. 27 maggio 1991, n. 176⁴⁴.

⁴¹ In senso contrario, cfr. L. PISTORELLI, in G. MARINUCCI-E. DOLCINI (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 1999, p. 3133, *sub* art. 600-ter, secondo il quale, per « distribuzione » deve intendersi la consegna ad una serie indeterminata di persone del materiale pornografico, « atteso che il termine sottende il concetto di fisica circolazione delle cose summenzionate ».

⁴² L'art. 1, secondo comma, lett. g) ed h) della legge 31 dicembre 1996, n. 675, in materia di tutela dei dati personali, ha definito il concetto di « comunicazione » come

« dare conoscenza dei dati ad uno o più soggetti determinati diversi dall'interessato » (lett. g), ed in quanto tale distinto dalla « diffusione » — nozione alla quale appaiono riconducibili le espressioni « distribuzione », « divulgazione » e « pubblicizzazione », di cui al terzo comma dell'art. 600-ter — che deve invece ritenersi rivolta a « soggetti indeterminati » (lett. h).

⁴³ L. PICOTTI, *op. cit.*, p. 549.

⁴⁴ Mostrando di recepire i principi della Convenzione di New York, il Parlamento Europeo ha adottato la Risoluzione 20/11/

In particolare, la norma di cui all'art. 34 del Trattato sancisce l'impegno degli Stati aderenti a proteggere il *fanciullo*⁴⁵ da ogni forma di violenza e sfruttamento sessuale, impedendo l'incitamento o la costrizione a dedicarsi ad attività sessuali illegali, lo sfruttamento della prostituzione minorile, anche ove finalizzato alla produzione di spettacoli o di materiale a carattere pornografico. Le disposizioni di nuovo conio mostrano peraltro di tenere conto delle indicazioni emerse in seno al primo Congresso mondiale contro lo sfruttamento sessuale dei bambini a fini commerciali, tenutosi a Stoccolma nell'agosto 1996, la cui dichiarazione finale viene espressamente richiamata⁴⁶.

Pur non contenendo espliciti riferimenti all'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, cionondimeno la l. 269/98 rappresenta un adeguato tentativo di adempiere agli obblighi assunti in tale sede⁴⁷.

L'atto del Consiglio persegue dichiaratamente lo scopo 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, ed in particolare, all'interno del titolo II, dedicato alle misure di diritto interno da adottare, prescrive l'obbligo in capo agli Stati di prevedere sanzioni penali « effet-

1997, che, alla lett. C - n. 5, condannava ogni forma di sfruttamento sessuale dei fanciulli, nonché la loro strumentalizzazione a fini sessuali, auspicando l'introduzione, da parte degli Stati membri, di interventi legislativi repressivi di dette condotte.

⁴⁵ La nozione di « fanciullo » (*child*, parola da noi tradotta ora con « bambino », ora con « fanciullo ») è stata esplicitata in sede di Convenzione, nel senso di comprendere « ogni essere umano al di sotto del diciottesimo anno di età, a meno che, secondo le leggi del suo Stato, non abbia raggiunto prima la maggiore età ». Sul punto, cfr. A. CADOPPI, *Art. 1 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, 426; nonché P. PITTARO, *A) Le norme di diritto penale sostanziale*, in *Diritto penale e processo*, 1998, 1223 nt. 6.

⁴⁶ La tutela penale dell'integrità psico-fisica del minore è stata recentemente rafforzata dalla previsione — operata dalla legge 30 luglio 2003, « Misure contro la tratta di persone » — di ipotesi di responsabilità dell'ente giuridico per la commissione di delitti contro la personalità individuale. Ed infatti, l'art. 5 della predetta legge, che inserisce all'interno del D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, l'art. 25-*quinqies*, prevede:

— a) per i delitti di cui agli artt. 600 (Riduzione o mantenimento in schiavitù o

servitù), 601 (Tratta di persone) e 602 (Acquisto e alienazione di schiavi), la sanzione pecuniaria da quattrocento a mille quote;

— b) per i delitti di cui agli artt. 600-*bis*, primo comma (Prostituzione minorile), 600-*ter*, primo e secondo comma (Pornografia minorile), e 600-*quinqies* (Iniziativa turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile), la sanzione pecuniaria da trecento a ottocento quote;

— c) per i delitti di cui agli artt. 600-*bis*, secondo comma, 600-*ter*, terzo e quarto comma, e 600-*quater* (Detenzione di materiale pornografico), la sanzione pecuniaria da duecento a settecento quote.

Si precisa, inoltre, che nei casi di condanna per uno dei delitti indicati *sub a)* e *b)*, si applicano all'ente le sanzioni interdittive di cui all'art. 9, comma secondo, D.Lgs. 231/2001, per una durata non inferiore ad un anno. Infine, se l'ente o una sua unità organizzativa vengono stabilmente utilizzati allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione dei reati di cui sopra, si applica la sanzione dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività (c.d. impresa intrinsecamente illecita, ai sensi del terzo comma dell'art. 16 del D.Lgs. 231/2001).

⁴⁷ In tal senso, si veda *amplius* G. SALBERINI, *Sfruttamento sessuale dei minori e tecnologie informatiche nella nuova legge sulla pornografia minorile*, reperibile al sito: <http://www.netjus.it>.

tive, proporzionate e dissuasive » per le varie ipotesi criminose, da noi disciplinate dalla l. 269/98, tranne per la condotta di mera detenzione del materiale pornografico⁴⁸.

Parimenti, il *draft* per un Protocollo sulla vendita di minori, la prostituzione e la pornografia minorile, oggetto di studio da parte del Gruppo di Lavoro della Commissione per i diritti umani dell'ONU, allo scopo di precisare e attuare i principi della Convenzione sui diritti del Fanciullo del 1989, contiene delle riserve in ordine a tale questione, in ragione della problematicità della criminalizzazione della stessa⁴⁹.

Tuttavia, il legislatore italiano ha ritenuto⁵⁰ di dover introdurre, all'art. 600-*quater* c.p., una norma *ad hoc*⁵¹, diretta a punire chi « consapevolmente si procura o dispone di materiale pornografico prodotto me-

⁴⁸ Sul punto, appare doveroso rilevare come, diversamente da quanto previsto in sede comunitaria, già la Dichiarazione finale della Conferenza di Stoccolma, al § 4, enunciava, 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 pornografico.

⁴⁹ Rileva autorevole dottrina come anche la fattispecie incriminatrice della condotta di detenzione di materiale pornografico concernente minori, introdotta nello *StGB* del 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 *Indice penale*, 1999, p. 54). Del resto, la norma in esame rappresenta una novità anche per l'ordinamento italiano. In proposito basti considerare che il medesimo codice Rocco, pur punendo talune condotte riconducibili alla nozione di « osceno » — per taluni aspetti intersecantesi con (per quanto non assimilabile *in toto* a) quella di « pornografico » — non sanzionava il mero possesso di materiale di questo tipo da parte di privati, in assenza di fine lucrativo. Ed infatti, l'art. 528 c.p. punisce unicamente le condotte finalizzate al commercio o alla distribuzione di scritti, immagini, disegni, oggetti osceni, non sanzionando, pertanto, la mera detenzione di tale

materiale « a fini di consumo personale » (in tal senso, G. MARINI, G. LA MONICA, L. MAZZA, *Commentario al codice penale*, Torino, 2000, p. 2910).

⁵⁰ Sulla base, peraltro, di suggerimenti in tal senso avanzati dall'*End Child Prostitution, Pornography and Trafficking in Children for Sexual Purposes* (ECPAT).

⁵¹ Come autorevolmente rilevato, la fattispecie *de qua* presenta una « eccessiva distanza tra la condotta ed il bene giuridico protetto, tanto da prefigurare una sorta di « delitto-ostacolo » ove l'anticipazione della tutela appare non facilmente giustificabile », facendo pensare ad un intervento legislativo in chiave simbolico-espressiva (così A. MANNA, *Profili problematici della nuova legge in tema di pedofilia*, cit., p. 51).

Sottolinea, peraltro acutamente l'A., come la tutela della salute psico-fisica del minore, accordata dalla norma in esame, per quanto di primaria importanza, avrebbe forse dovuto essere oggetto di un più ponderato bilanciamento con i beni giuridici, non meno rilevanti, configgenti 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*, p. 52). Sul carattere di *extrema ratio* dell'intervento penale, per tutti, nella letteratura tedesca, cfr. W. HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechen*, Frankfurt a. M., 1980, *passim*.

dianche lo sfruttamento sessuale dei minori»⁵² con la reclusione fino a tre anni, pur contemplando la facoltà per il giudice di graduare la pena giungendo, se del caso, a sostituire la reclusione con la multa fino a tre milioni⁵³.

8. LA *RATIO* ISPIRATRICE DELLA LEGGE 'CONTRO LA PEDOFILIA'.

La rilettura della fattispecie di pornografia minorile, operata, dalla sentenza Cabrini, in chiave di più pregnante offensività, richiedendosi espressamente l'idoneità del mezzo prescelto dall'agente, a realizzare una condotta caratterizzata in termini di diffusività, a fronte di un dettato normativo rigido, incentrato sulla pericolosità astratta della mera « messa a disposizione » del materiale derivante dallo sfruttamento dei minori, non pare potersi pienamente comprendere, qualora si prescindano dal-

⁵² Condivisibile dottrina sottolinea, in proposito, come la norma in oggetto si configuri come una sorta di « variante applicativa del reato di ricettazione » (cfr. P. PITTARO, *Le norme contro la pedofilia A) le norme di diritto penale sostanziale*, in *Diritto penale e processo*, 1998, p. 1227; nonché V. SANTORO, *Mano pesante sul turismo sessuale infantile*, in *Guida al diritto*, 1998, n. 33, p. 49).

⁵³ In ordine alla scelta, operata dal legislatore italiano, di punire anche il consumatore dei prodotti dello sfruttamento dei minori, osserva A. CADOPPI, *op. cit.*, p. 442, come pur riconducendo il fenomeno pedofilo nell'alveo delle perversioni sessuali, dei vizi *lato sensu* intesi, non potrebbero comunque applicarsi al caso in esame gli stileni 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 *subiecta 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 dirit-*

to: in presenza di una libera e consapevole autodeterminazione del soggetto attivo, la sua scelta viziosa non potrebbe configurarsi quale illecita sotto il profilo penale. 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.*, p. 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 » implichino, nel momento della loro fruizione, 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.

l'interpretazione sistematica della norma di cui al terzo comma dell'art. 600-ter c.p., alla luce della *ratio* dell'intervento normativo, che ha introdotto tale disposizione nel *corpus* codicistico.

Detta finalità può chiaramente evincersi già dal titolo della legge (« Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù »), nonché dalla collocazione sistematica⁵⁴ delle fattispecie incriminatrici di nuovo conio nel Titolo della parte speciale del codice penale dedicata ai delitti contro la persona, precisamente nella Sezione I del Capo III, in tema di reati contro la personalità individuale, immediatamente dopo l'art. 600, il quale, com'è noto, disciplina il delitto di riduzione in schiavitù.

L'oggettività giuridica delle fattispecie introdotte dalla novella del 1998 è infatti da rinvenirsi nella libertà morale individuale, intesa come *status libertatis*, « nel complesso delle manifestazioni che si riassumono in tale stato e la cui negazione comporta l'annientamento della stessa personalità dell'individuo »⁵⁵, analogamente al bene giuridico tutelato dalla norma di cui all'art. 600 c.p.⁵⁶, della quale le nuove disposizioni potrebbero rappresentare — secondo una parte della dottrina — una specificazione, « caratterizzata dalla peculiarità delle condotte tipizzate e dalla particolare qualifica dei soggetti passivi delle medesime »⁵⁷.

⁵⁴ Tale innesto delle fattispecie introdotte dalla legge 269 è stato definito dall'On. Anna Maria Serafini, nella sua relazione alla Commissione Giustizia della Camera, la soluzione più congrua « ad esprimere il reato che si compie nei confronti dell'integrità del minore ».

⁵⁵ Così, testualmente, L. PISTORELLI, in G. MARINUCCI-E. DOLCINI (a cura di), *Codice penale commentato*, cit., loc. ult. cit., p. 3129.

⁵⁶ Similmente, la Dichiarazione finale della Conferenza di Stoccolma qualifica lo sfruttamento sessuale dei bambini a fini commerciali nei termini di « una forma di coercizione e di violenza esercitata contro di loro, ed equivale al lavoro forzato e ad una forma moderna di schiavitù », evidenziando peraltro le *gravi conseguenze* che detto sfruttamento è suscettibile di apportare al complesso e delicato sviluppo del minore.

⁵⁷ Citando L. PISTORELLI, in G. MARINUCCI-E. DOLCINI (a cura di), *Codice penale commentato*, cit., loc. ult. cit. In senso contrario C. RIVIEZZO, *Commento alla l. 3 agosto 1998*, n. 269, in *Gazzetta giuridica*, 1998, n. 33, p. 6, osserva come la nozione di « riduzione in schiavitù » presenti talune caratteristiche tecnicamente assai diverse dalle fattispecie introdotte dalla legge 269, le quali « non richiedono quella condizione di soggezione assoluta che identifica lo stato di schiavitù; sono punite con pene edittali, nel massimo, meno elevate di quella di cui all'art. 600 c.p.; contengono alcune ipotesi

di reato minori, che addirittura presuppongono il mancato contatto con il minore (ad esempio, l'art. 600-*quater*).

Alla luce di tali premesse, l'A. conclude pertanto nel senso della configurabilità — ricorrendone le altre necessarie condizioni — di un eventuale concorso delle previsioni incriminatrici di nuovo conio con il delitto di riduzione in schiavitù, dal momento che tra le predette norme non potrebbe ritenersi sussistente un rapporto di specialità. Sul punto, appare doveroso richiamare le acute osservazioni critiche di V. ZENCOVICH, *Il corpo del reato: pornografia minorile, libertà di pensiero e cultura giuridica*, in *Politica del diritto*, 1998, n. 4, p. 638, il quale sottolinea come l'equiparazione — anche in termini di limiti edittali di pena — di talune forme di violenza in danno dei minori al delitto di cui all'art. 600 c.p. comporti « una generale svalutazione della nozione di "schiavitù": se tutto diventa "schiavitù", o una sua nuova forma, nulla è schiavitù. (...) per quanto si tratti di comportamenti gravemente lesivi di beni giuridici di primario valore, vi è una notevole differenza fattuale fra l'esercizio di una potestà su un soggetto che lo priva di ogni sua libertà, e lo sfruttamento, in ipotesi *una tantum*, per la realizzazione di un'opera di pornografia minorile ».

Appare significativo, peraltro, il fatto che lo Statuto della Corte Penale Internazionale distingua, all'interno della categoria dei crimini contro l'umanità, rispettiva-

Sul punto, osserva autorevole dottrina come la *chiave epistemologica di accesso* a siffatta equiparazione tra sfruttamento sessuale del minore a fini commerciali e riduzione in (condizione analoga alla) schiavitù dello stesso possa rinvenirsi nella ricostruzione esegetica di tale ultima nozione operata dalle Sezioni Unite della Suprema Corte⁵⁸, diretta ad enfatizzarne la *dimensione storico-culturale*, avvalorando in tal senso la possibilità di configurare la violazione della libertà sessuale del minore in termini di « *totale negazione (del valore) della libertà (...)* del minore stesso, sotto il profilo del tendenziale *annullamento (del valore) della sua personalità individuale* »⁵⁹.

In proposito, s'impone tuttavia una precisazione.

9. *EXCURSUS CRITICO-INTERPRETATIVO DELLA NOZIONE DI « SCHIAVITÀ ».*

Il fenomeno della schiavitù, in origine oggetto di previsione da parte del diritto bellico consuetudinario, e solo recentemente disciplinato da norme di diritto internazionale ascrivibili alla categoria dello *jus cogens*, ha visto la sua prima definizione in termini *stricto sensu* giuridici in occasione della Convenzione di Ginevra del 25 settembre 1926, la quale la identificava nel possesso di un uomo da parte di un altro, nonché nell'esercizio,

mente alle lett. c) e g) dell'art. 7, la fattispecie di « schiavitù », che potremmo definire 'semplice', o comunque 'aspecifica' da quella di « schiavitù sessuale ».

Tale indicazione non sembra, del resto, essere stata recepita neppure dalla recente legge « Misure contro la tratta di persone », approvata il 30 luglio 2003, il cui art. 1, recante modifiche all'art. 600 c.p., accomuna in un'unica fattispecie, *id est* quella di 'riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù', condotte eterogenee, quali il costringere la vittima a fornire « prestazioni lavorative o sessuali », ovvero costringerla all'accattonaggio, « o comunque a prestazioni che ne comportino lo sfruttamento ». La riduzione in schiavitù a fini sessuali, pertanto, lungi dal configurarsi nei termini di fattispecie autonoma, con una propria specifica disciplina, diviene una mera modalità di realizzazione della fattispecie « onnicomprensiva » incriminata dal novellato art. 600 c.p.

⁵⁸ Ci si riferisce a Cass., SS.UU., 20 novembre 1996, Ceric, in *Foro italiano*, 1997, II, c. 313, nella quale il Supremo Collegio ha avuto modo di sottolineare come « essendosi ormai tradotto il concetto di schiavitù in una nozione storica o culturale, il significato della locuzione normativa 'condizione analoga...' può essere determinativamente recepito dai destinatari del precetto penale, come descrittivo della condizione d'un individuo che — per via dell'attività esplicata da altri sulla sua persona — venga

a trovarsi (...) ridotto nell'esclusiva signoria dell'agente, il quale materialmente ne usi, ne tragga profitto e ne disponga, similmente al modo in cui (...) il "padrone", un tempo, esercitava la propria signoria sullo schiavo ». Nel senso di ritenere l'interpretazione appena riportata incompatibile con l'equiparazione tra sfruttamento sessuale dei minori a fini commerciali e delitto di riduzione in schiavitù, cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, *op. cit.*, *loc. ult. cit.*

Osserva inoltre Ba. ROMANO, *La tutela penale della sfera sessuale*, Milano, 2000, p. 243, come la nozione di schiavitù sia stata oggetto, in sede applicativa, di interpretazione estensiva, soprattutto in seguito alla declaratoria d'illegittimità costituzionale dell'art. 603 c.p. (plagio), da parte della sentenza della Consulta, n. 96, dell'8 giugno 1981.

⁵⁹ Così A. CADOPPI, *op. cit.*, p. 438, il quale sostiene la legittimità di detta equiparazione anche alla luce dell'aggravante di cui all'art. 600-sexies, u.c., secondo cui « Nei casi previsti dagli articoli 600-bis e 600-ter la pena è ridotta da un terzo alla metà per chi si adopera concretamente in modo che il minore degli anni diciotto riacquisti la propria autonomia e libertà ». Il rilievo è calzante, tuttavia non sembra facilmente superabile, ai nostri fini, la profonda differenza fattuale tra le fattispecie oggetto di equiparazione.

da parte del secondo sul primo, di tutti o alcuni degli attributi della proprietà. In ottemperanza agli obblighi assunti in sede internazionale, il legislatore italiano del 1930 ha previsto e disciplinato la fattispecie della riduzione in schiavitù all'art. 600 del codice penale. Tale disposizione è stata a lungo oggetto di una interpretazione sostanzialmente abrogatrice⁶⁰, dal momento che, tanto la dottrina quanto la giurisprudenza⁶¹, identificando le nozioni di « schiavitù » e « condizione analoga » con situazioni *de jure* costituite, giungevano a ritenere inconfigurabile detta fattispecie, non essendo nell'ordinamento italiano ammessa la schiavitù, pur in presenza di nuove, intollerabili forme di dipendenza e sfruttamento della persona, nelle quali sarebbe stato certamente impossibile ravvisare il positivo elemento di *Aufhebung*, da Hegel⁶² attribuito ad una peculiare fase della schiavitù, intesa a preparare l'emancipazione del soggetto « passivo ».

Siffatto indirizzo ermeneutico affondava le proprie radici nella dia triba, sorta in dottrina come in giurisprudenza, in ordine all'interpretazione della nozione di « condizione analoga alla schiavitù », di cui all'art. 145 del codice Zanardelli, in relazione alla quale si erano profilati due distinti orientamenti esegetici, l'uno teso a configurare la condizione analoga alla schiavitù quale condizione « di mero fatto »⁶³; l'altro, diretto ad ancorare tale nozione ad una situazione giuridicamente definita, nel tentativo di restituire alla fattispecie *de qua* un *minimum* di determinatezza⁶⁴.

Il codice Rocco distinse le ipotesi di riduzione in schiavitù e di plagio — pur attribuendo loro la medesima *ratio* — disciplinando, rispettivamente, *sub* art. 600 la condizione *de jure* analoga alla schiavitù, e *sub* art. 603 la condizione *de facto* analoga alla stessa.

Con la declaratoria d'illegittimità costituzionale dell'art. 603 c.p., la Corte Costituzionale⁶⁵ ebbe tuttavia modo di precisare come una corretta lettura di quanto statuito dalla Convenzione di Ginevra del 1926, nonché dalla Convenzione supplementare del 1956, in materia di abolizione della schiavitù, della tratta e delle istituzioni e pratiche analoghe alla schiavitù, imponesse di adottare una interpretazione adeguatrice e non restrittiva della nozione di « condizione analoga alla schiavitù », ricomprendendovi le situazioni di asservimento della persona umana, rese socialmente possibili « per prassi, tradizione e circostanze ambientali », in assenza di « alcun atto o fatto normativo che le autorizzi ».

Dal *dictum* della Consulta prese allora le mosse un *revirement* giurisprudenziale, teso a configurare la sussistenza della fattispecie di cui al-

⁶⁰ Nel senso del testo, G. PORCO, *Schiavitù un fenomeno in trasformazione*, in *Giustizia penale*, 1998, II, c. 732.

⁶¹ In dottrina, per tutti, cfr. G. GARAVELLI, *Dei delitti contro la libertà individuale*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, diretta da F. BRICOLA-V. ZAGREBELSKY, Milano, 1975, 184, II, 1089; in giurisprudenza, v. Cass., 26 maggio 1961, Greco, in *Giustizia penale*, 1962, I, c. 151; Cass., 22 dicembre 1983, Barberio, in *Rivista penale*, 1984, p. 705.

⁶² Cfr. G.W.F. HEGEL, *Fenomenologia dello spirito*, trad. it. a cura di V. CICE-RO, Milano, 1995, p. 128.

⁶³ Così, p. e., F. CRIVELLI, *Il codice penale per il Regno d'Italia*, Torino, 1894, p. 525.

⁶⁴ Cfr., per tutti, R. CIVOLI, *Trattato di diritto penale*, IV, Milano, 1916, p. 215, cui si rinvia per ulteriori riferimenti bibliografici.

⁶⁵ Sent. 6 agosto 1981, n. 96, *cit.*

l'art. 600 c.p. in presenza di « qualunque situazione *di fatto* in cui la condotta dell'agente abbia per effetto la riduzione della persona offesa nella condizione materiale dello schiavo, e cioè nella soggezione esclusiva a un altrui potere di disposizione, con conseguente disconoscimento di soggettività e di capacità di libera determinazione »⁶⁶.

Consapevole di tali fondamentali esigenze, il legislatore del 1998 ha inteso accostare al reato di riduzione in schiavitù — che, almeno nella versione precedente alla novella del 30 luglio 2003, si presentava a forma libera — talune peculiari figure delittuose, nelle quali sono definite *ex lege* le condotte idonee ad integrare le singole fattispecie, affermando « il principio della soccombenza fisica e psicologica del minore » a chi pone in essere⁶⁷ azioni dirette ad ogni forma di sfruttamento dello stesso a fini sessuali.

Sul punto, appare opportuno sottolineare come il legislatore italiano, in ottemperanza ai dettami di cui alla decisione quadro sulla lotta alla tratta degli esseri umani⁶⁸, adottata dal Consiglio dell'Unione Europea in data 19 luglio 2002, abbia di recente (e precisamente il 30 luglio 2003) emanato una legge, 'Misure contro la tratta di persone'⁶⁹, il cui art. 1, tra l'altro, reca modifiche all'art. 600 c.p., precisando le condotte idonee ad integrare il delitto di « riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù ». Tra queste, è prevista espressamente la condotta di chi « riduce o mantiene una persona in uno stato di soggezione continuativa, costringendola a prestazioni lavorative o sessuali » (corsivo aggiunto). È prevedibile che, in relazione alla nozione, non meglio definita, di 'prestazioni sessuali' si porranno problemi interpretativi di non poco momento, per la soluzione dei quali potrebbe forse richiamarsi l'interpretazione, fornita dai Giudici di legittimità, della nozione di 'atti sessuali'⁷⁰, intendendo l'espressione di cui alla recente legge come volta ad indicare « prestazioni di atti sessuali ».

⁶⁶ Cass., SS.UU., 16 gennaio 1997, in *Diritto penale e processo*, 1997, n. 6, p. 713.

⁶⁷ Così, testualmente, G. PORCO, *op. cit.*, c. 735.

⁶⁸ Può leggersi in *Diritto e giustizia*, 2002, n. 45, p. 68. Lo strumento multilaterale definisce innanzitutto le condotte idonee ad integrare i reati relativi alla tratta di esseri umani « a fini di sfruttamento di manodopera o di sfruttamento sessuale », anche nell'ambito della pornografia, prevedendo altresì, all'art. 1, secondo alinea, l'irrelevanza del consenso, presunto od effettivo, al trasferimento territoriale, eventualmente prestato dalla vittima. Si precisa inoltre che la condotta di « reclutamento, trasporto, trasferimento, ricovero, assistenza, passaggio o trasferimento del potere di disporre » di una persona, qualora coinvolga minori (di anni 18, ai sensi dell'art. 1, quarto alinea), è punita come reato di tratta degli esseri umani « anche se non si è ricorsi ad alcuno dei mezzi » di cui al primo alinea, quali, ad esempio, l'uso di coercizione, violenza, minacce, rapi-

mento, frode, abuso di potere o « di una posizione di vulnerabilità tale che la persona non abbia altra scelta effettiva ed accettabile se non cedere all'abuso di cui è vittima ». Deve sottolinearsi come tale decisione quadro rappresenti la prima occasione nella quale si è provveduto, nell'ottica dell'ormai non più esistente Terzo Pilastro, ad imporre livelli edittali di pena, persino in relazione alle circostanze aggravanti. La legge italiana del 30 luglio 2003, cui sopra si accennava, ha inoltre previsto, all'art. 5, in conformità con la norma di cui all'art. 4 della decisione, la responsabilità di persone giuridiche, società e associazioni, in ordine alla commissione dei reati contemplati dagli artt. 1 e 2 della predetta decisione, introducendo sanzioni amministrative sul modello di quanto disposto dal d.l. 231/2001.

⁶⁹ Al momento, non ancora pubblicata in Gazzetta Ufficiale, ma consultabile al sito <http://www.parlamento.it/parlam/leggi/messaggi/C1255a.htm>.

⁷⁰ Cfr., p. e., Cass., Sez. Terza, sent. 1 febbraio 2001, n. 3990, reperibile

10. IL BENE GIURIDICO TUTELATO DALLE NORME INTRODOTTE DALLA L. 269.

Chiare indicazioni in ordine al bene giuridico *di categoria* alla cui tutela è finalizzata la novella *de qua*, possono altresì rinvenirsi nell'art. 1 della stessa, il quale afferma che « la tutela dei fanciulli contro ogni forma di sfruttamento e violenza sessuale a salvaguardia del loro sviluppo fisico, psicologico, spirituale, morale e sociale, costituisce obiettivo primario perseguito dall'Italia »⁷¹. Tale norma, che potremmo definire, senza esitazione, programmatica, nell'individuare i principi cui si uniforma il testo legislativo, con gli opportuni riferimenti ai trattati internazionali in materia, fornisce indispensabili indicazioni a livello ermeneutico, *sub specie* dell'interpretazione teleologica⁷².

In tal senso, l'esplicita enunciazione dei fini da parte del legislatore, induce a rilevare come l'orientamento normativo a fondamento della riforma muova dall'esigenza di reprimere e prevenire ogni forma di reificazione e mercificazione del bambino che, violandone aspetti così intimi della persona, quali quelli inerenti alla sfera sessuale, ne comprometta il complesso e fragile equilibrio psichico, coinvolgendo il minore in comportamenti *fisiologicamente estranei*⁷³ a tale fase della vita⁷⁴.

al sito <http://www.serforma.it/lexfor2002>, la quale riconduce alla nozione di atto sessuale, seppur nel diverso contesto del reato di violenza sessuale, ogni comportamento che « nell'ambito di un rapporto fisico interpersonale, costituisca manifestazione dell'intento di dare soddisfazione all'istinto, collegato con i caratteri anatomico-genitali dell'individuo, sicché la condotta necessaria per integrare il predetto reato deve almeno consistere in toccamenti di quelle parti del corpo altrui suscettibili di essere, nella normalità dei casi, oggetto dei prodromi diretti al conseguimento della piena eccitazione ».

⁷¹ Appare opportuno sottolineare come il primo periodo dell'art. 1 della legge « antipedofilia » sia stato inserito solo nella fase conclusiva dell'*iter* parlamentare. Ed infatti, l'originario disegno di legge del Senato, n. 2625, recante il *draft* trasmesso dall'altro Ramo del Parlamento, conteneva unicamente l'attuale secondo periodo. La dichiarazione appena riportata nel testo è stata successivamente introdotta nella versione approvata dal Senato in data 9 giugno 1998. In proposito, rileva acutamente Ba. ROMANO, *op. cit.*, p. 247, come tale circostanza dimostri che la legge 269 debba la sua rapida approvazione « non tanto (o, almeno, non solo) all'ossequio ed alla omogeneizzazione alle fonti internazionali (del resto, la Convenzione sui diritti del fanciullo era stata ratificata più di sette anni prima), alle quali l'Italia non sempre si mostra particolarmente attenta, ma alla riferita pressione dell'opinione pubblica

interna, fortemente preoccupata da frequenti e sconvolgenti notizie di cronaca che sembrano aver percorso, pur con diversa intensità, l'intero Paese ».

⁷² In tal senso, T. PADOVANI, *Commento all'art. 1 l. 269/1998*, in *Legislazione penale*, 1999, p. 53. Sul punto, v. anche A. CADOPPI, *op. cit.*, p. 426, il quale, configurando il medesimo articolo quale una sorta di « preambolo » — nel significato che la legislazione storica, dal XVIII secolo in poi, ci ha consegnato di tale nozione, in omaggio ad uno stile « declamatorio », sovente finalizzato a giustificare, con il riferimento a nobili principi, leggi « talora draconiane e quasi sempre liberticide » — lo considera come manifestazione della volontà del legislatore di autogiustificare, alla stregua del diritto internazionale derivato, tali « norme mal scritte (...), esagerazioni punitive (...), (quantomeno sospette) violazioni di libertà individuali ». Il giudizio è categorico, e, tuttavia, non facilmente criticabile.

⁷³ L'espressione, estremamente significativa, è di A. MARTINI, *Commento all'articolo 3 della l. 3/8/1998*, n. 269, in *Legislazione penale*, 1999, n. 1/2 p. 72.

⁷⁴ Sottolinea inoltre, estensivamente, V. MUSACCHIO, *op. cit.*, *loc. ult. cit.*, come le nuove fattispecie incriminatrici siano dirette a tutelare « la dignità umana, bene personale dotato di rilevanza costituzionale (artt. 3 e 41 Cost.). Richiama invece la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, ai sensi dell'art. 2 Cost., G. PORCO, *Schiavitù, un fenomeno in trasformazione*, in *Giustizia penale*, 1998, II, c. 735.

11. IL CONCETTO DI 'SFRUTTAMENTO' DEL MINORE A FINI SESSUALI: LA POSIZIONE DELLE SEZIONI UNITE SUL PUNTO.

In tema di bene giuridico s'impone, tuttavia, una precisazione ulteriore. Ed infatti, appare evidente come l'esigenza di tutelare le condizioni di un equilibrato sviluppo della personalità del minore, evitandone il coinvolgimento, diretto e non voluto, in atti suscettibili di avere una pesante incidenza sulla sua delicata sfera sessuale, rischi, in mancanza di una *precisa* delimitazione del contenuto offensivo delle condotte rilevanti, nonché del contesto, delle cautele e delle modalità da rispettare, di espandere indebitamente l'alveo generale di illiceità penale, « nella più obsoleta prospettiva di tutela della moralità pubblica e del buon costume in quanto tali »⁷⁵.

Di fondamentale importanza, in tale contesto, appare la valorizzazione del *τέλος* dell'intervento normativo *de quo* — considerato nel suo complesso — su cui si basa l'argomentazione, dai risvolti di notevole rilievo sotto il profilo individual-garantistico, proposta dalla sentenza Cabrini.

L'impostazione di fondo di tale opzione ermeneutica richiama quella, già fatta propria dalla sentenza emessa in data 31 maggio 2000 dalle Sezioni Unite della Suprema Corte, chiamate a pronunciarsi in merito all'interpretazione del concetto di « sfruttamento », a fini sessuali, del minore, di cui al primo comma dell'art. 600-ter c.p.⁷⁶

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, salvo 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 potenziali 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 dif-

⁷⁵ Così L. PICOTTI, *Pornografia minorile: evoluzione della disciplina penale e beni giuridici tutelati*, in L. FIORAVANTI, (a cura di), *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*, Milano, 2001, p. 302.

⁷⁶ Cass., SS.UU., 31 maggio 2000, Bove, in *Cassazione Penale*, 2001, p. 427, con nota di G. MARRA, *La nozione di sfruttamento nel delitto di pornografia minorile e la « terza via » delle Sezioni Unite*.

ferito 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.

12. LA COLLOCAZIONE SISTEMATICA DELLE NUOVE FATTISPECIE INCRIMINATICI.

La conclusione cui giunge la sentenza che nella presente sede si annota appare, del resto, avvalorata dalla considerazione dei peculiari obiettivi di politica criminale, perseguiti dall'intervento normativo del 1998.

In sede di lavori preparatori, era stata presentata alla Camera una proposta di legge, la n. 2931, diretta ad introdurre all'interno del Capo II del Titolo IX del libro II del codice penale, all'art. 527-*bis*, una disposizione incriminatrice della condotta corrispondente a quella prevista dall'attuale art. 600-*ter*.

La collocazione di tale ultima norma nell'ambito dei delitti contro la moralità pubblica ed il buon costume, possibile anche immediatamente dopo l'art. 529, — che, com'è noto, definisce la nozione di atti ed oggetti osceni, non a caso dopo le disposizioni incriminatrici dei delitti di atti osceni e di pubblicazioni e spettacoli osceni, di cui agli artt. 527 e 528 — avrebbe presupposto una scelta di politica criminale differente rispetto a quella posta a fondamento della legge 269, orientando la direzione dell'intervento penale verso la tutela del bene giuridico meta-individuale di cui al citato Capo II del titolo IX, anziché verso la protezione dell'assai più pregnante bene dell'integrità psico-fisica del minore, con delle conseguenze radicalmente diverse, in ordine ai profili applicativi ed alla valenza « simbolico-espressiva » della normativa introdotta.

La scelta di non finalizzare le norme incriminatrici della pornografia minorile alla tutela di un bene così sfumato e dall'indubbio relativismo semantico ed assiologico dimostra il definitivo abbandono⁷⁷, da parte del legislatore, della 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 ascen-

⁷⁷ Siffatta conclusione presuppone, tra l'altro, una lettura della norma di cui all'art. 600-*quater* nel senso indicato, poco sopra, nel testo. In senso contrario, cfr. V. ZENOVICH, *op. cit.*, p. 645, il quale accede ad un'interpretazione dell'art. 600-*quater* che riconosce nell'illecito ivi disciplinato un « reato da *status* », fondato su una « presunzione di anormalità sessuale del soggetto », nella misura in cui sia l'« *animus* del detentore » a connotare d'illiceità la condotta.

Rigorosamente consequenziale è il giudizio sull'intera legge, con la quale, in virtù della sostituzione — di cui al novellato art. 604 c.p. — del principio di difesa a quello di territorialità nell'attribuzione della giurisdizione in ordine a taluni dei reati di nuovo conio, « lo Stato, novello leviatano, controlla il cittadino ovunque egli si trovi e ne reprime la condotta sessuale degradante ».

denza hegeliana»⁷⁸, nel quale il diritto penale si configurerebbe alla stregua di strumento di « palinogenesi sociale » e di « pedagogia collettiva »⁷⁹.

Si è così evitato il rischio che, finalizzando il τέλος dell'incriminazione alla tutela della moralità pubblica — con la surrettizia imposizione di una istanza morale assoluta, di cui il precetto penale sarebbe il depositario ed il promotore — le fattispecie *de quibus* venissero lette in chiave di pericolo astratto.

In tal senso, infatti, furono interpretate da dottrina e giurisprudenza le fattispecie di oltraggio al pudore, sulla base dell'assioma secondo cui la norma penale non mirasse a tutelare « il pudore dell'eventuale spettatore da una aggressione attuale o potenziale », ma assolvesse alla funzione di « reprimere l'osceno in sé e per sé, per il suo disvalore morale prima ancora che per i suoi presunti effetti moralmente dannosi »⁸⁰.

La scelta, operata dal legislatore del 1998, di « innestare » la norma in esame nel contesto dei delitti contro la libertà individuale⁸¹, ed in particolare tra i delitti contro la *personalità* individuale, esplicita pertanto il nesso esistente tra talune forme di sfruttamento sessuale dei minori a fini commerciali e gli effetti dannosi che esse producono (o sono idonee a produrre) sullo sviluppo *fisico, psicologico, sociale e morale* del minore, equiparandoli — quanto all'annientamento della persona, di cui sono causa — a quelli determinati dalla riduzione in (condizione analoga alla) schiavitù⁸².

⁷⁸ Citando le efficaci parole di G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume*, Padova, 1984, p. 25.

⁷⁹ Le espressioni tra virgolette, icastiche e quantomai opportune, sono mutate da G. FIANDACA, *Controllo di razionalità e legislazione penale*, in Id., *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 2002, p. 91.

⁸⁰ I periodi tra virgolette riportano le acute osservazioni di G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno*, cit., p. 25, cui si rinvia per gli opportuni riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

⁸¹ A tal proposito, nei lavori preparatori si afferma che, essendo il minore non pienamente in grado di autodeterminarsi, la condotta del reo non colpisce « questa o quella particolare manifestazione della libertà individuale, bensì lo (*il minore*) priva del suo stato di libertà, lo sottopone interamente al potere altrui, lo annulla interamente come persona, lo riduce a cosa ». Così A.M. SERAFINI, *Relazione alla Commissione Giustizia della Camera dei deputati*, 30 aprile 1999, in A. CADOPPI, *Art. 1*, in *Commentari*, cit., p. 435.

⁸² È interessante notare che il vigente codice penale croato distingue, nell'ambito dei c.d. *delicta carnis*, disciplinati agli artt. 188-198, i reati contro la libertà sessuale dai reati contro la morale sessuale.

I primi — comprensivi dello stupro (art. 188), del rapporto sessuale con persona in-

capace (art. 189), della costrizione a rapporto sessuale (art. 190), del rapporto sessuale con abuso di posizione (art. 191), del rapporto sessuale con bambino, e cioè con il minore degli anni quattordici (art. 192), degli atti di libidine (art. 193) — tutelano il pregnante bene della libertà nella disposizione della propria sfera sessuale, suscettibile di subire un incisivo pregiudizio da qualsiasi atto di natura sessuale realizzato in spregio della volontà del soggetto passivo, nonché in presenza di un consenso viziato per incapacità fisica o psichica di quest'ultimo, o da persona che, in quanto infraquattordicenne, non sia presuntivamente in grado di disporre della propria libertà sessuale.

I secondi — comprensivi del reato di soddisfazione della libidine davanti a un bambino o minorenne (art. 194), del lenocinio (art. 195), dello sfruttamento di bambini o minori al fine di produrre materiale pornografico (art. 196), del « far conoscere a bambini la pornografia » (art. 197), dell'incesto (art. 198) — tutelano invece il bene metaindividuale della morale sessuale, intesa come l'insieme delle norme sociali relative alla sfera delle relazioni sessuali.

Il legislatore croato — peraltro, anche qui senza fornire alcuna definizione di 'pornografia' — ha pertanto previsto, in aggiunta al reato di sfruttamento di bambini o minori al fine di produrre materiale

Le fattispecie incriminatrici introdotte dalla norma in esame, se da un lato condividono, seppur con sfumature di non poco momento, la medesima oggettività giuridica — identificabile nella tutela della libertà psico-fisica del minore « con particolare riguardo alle insidie che, per il normale dispiegarsi della sua personalità, provengano da condotte di degradazione del corpo a mero strumento di rappresentazione pornografica »⁸³ — dall'altro presentano notevoli elementi di eterogeneità a livello strutturale.

Ed infatti, l'articolato sistema di fattispecie accomuna condotte — modellate sul paradigma del reato di danno⁸⁴ — implicanti uno sfruttamento diretto del minore, ad altre — di pericolo concreto — sanzionate in quanto suscettibili di accrescere la domanda di materiale pornografico avente ad oggetto minori.

Al medesimo fine, la norma in discorso ha introdotto disposizioni dirette ad incriminare la commercializzazione del predetto materiale — in quanto anch'essa idonea a determinare il pericolo non di una lesione, ma di una situazione a sua volta potenzialmente pregiudizievole per il bene giuridico di riferimento — ed altre di mera cessione dello stesso.

La rilevanza dell'interesse tutelato ha indotto il legislatore a procedere, con riferimento a tale norma, ad una consistente anticipazione di tutela (c.d. *Vorfeldkriminalisierung*), rispetto ai reati di danno previsti dalle disposizioni codicistiche previgenti all'agosto 1998, quali ad esempio, quelle di cui agli artt. 600 ss.

13. L'OSCENO E LA FUNZIONE « DINAMICO-PROPULSIVA » DEL PRECETTO PENALE.

Come accennato in precedenza, l'elemento soggettivo del dolo generico, richiesto dalla norma di cui all'art. 600-ter, terzo comma c.p., presuppone la comune volizione e rappresentazione di tutti gli elementi costitutivi del fatto tipico, tra i quali rientra, pertanto, la natura 'pornografica' del materiale, avente ad oggetto minori, oggetto di diffusione.

Appare, allora, imprescindibile, ai fini di una corretta ricostruzione esegetica della norma stessa, soffermarsi sul significato da attribuire alla nozione di « pornografia », termine che, tra l'altro, compare nella rubrica dell'articolo.

Come opportunamente rilevato⁸⁵, tale concetto rappresenta un elemento normativo della fattispecie « di carattere extragiuridico »⁸⁶, non es-

pornografico, la singolare fattispecie di cui all'art. 197, che sanziona ogni atto destinato a rendere raggiungibile materiale pornografico ad un infraquattordicenne. In argomento, cfr. B. PAVISIC-D. BERTACCINI, *I reati contro la libertà sessuale e la morale sessuale nel diritto penale croato*, in *Critica del diritto*, 2002, n. 3-4, p. 303 ss.

⁸³ Così, G. MONACO, *Art. 600-ter*, in (a cura di) F. CRESPI-F. STELLA-G. ZUGCALÀ, *Commentario breve al codice penale*, cit., p. 1672.

⁸⁴ In tal senso, A. MARTINI, *op. cit.*, loc. ult. cit. Più problematica la posizione

di O. DI GIOVINE, *op. cit.*, p. 525, la quale osserva che « non è escluso che il carattere immateriale del bene spinga a ricostruire le fattispecie di sfruttamento in chiave di danno ».

⁸⁵ Da A. MARTINI, *op. cit.*, p. 76.

⁸⁶ Secondo il modello di « eterointegrazione » del giuridico tramite il sociale » che, opportunamente, si è ritenuto suggerito dall'art. 529 c.p., in relazione al concetto di osceno. Sul punto, è d'obbligo rinviare al prezioso contributo di G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno*, cit., p. 8 ss.

sendo rinvenibile nel nostro sistema normativo (e neppure nella nuova legislazione) alcun contributo alla sua definizione ».

Al fine di chiarirne la portata, nonché per circoscrivere adeguatamente l'ambito applicativo delle fattispecie che lo richiamano, appare inevitabile il ricorso a nozioni di matrice socio-culturale, quanto più comunemente condivise, da cui evincere un significato il più possibile univoco del concetto di « pornografia »⁸⁷.

Le prospettive esegetiche ipotizzabili potrebbero distinguersi a seconda che insistano sull'impatto prodotto dalla rappresentazione — *lato sensu* intesa — sullo 'spettatore', oppure che sottolineino l'intrinseca valenza « pornografica », appunto, del contenuto oggettivamente rappresentato.

Tali questioni ermeneutiche, di fondamentale importanza ai fini della comprensione dell'ambito applicativo, nonché della *ratio* delle fattispecie di nuovo conio, che richiamano il concetto in parola, riecheggiano la *querelle* che ha, com'è noto, diviso dottrina e giurisprudenza, in relazione all'interpretazione di una nozione, altrettanto sfumata, quale quella di osceno, intesa come caratteristica di ciò che, « secondo il comune sentimento, offende il pudore » (art. 529 c.p.).

Gli orientamenti dommatici sul tema possono, seppur in via di approssimazione⁸⁸, ricondursi da un lato alla teoria 'storico-statistica' o 'storico-relativistica' — tendente ad identificare nel concetto di osceno ciò che venga percepito tale nel contesto storico-sociologico di riferimento, con un'evidente relativizzazione del parametro assiologico — dall'altro, alla teoria 'deontologica', diretta ad assumere, con evidenti suggestioni giusnaturalistiche, quale canone di valutazione una (pretesamente) auspicabile morale « precostituita », verso la quale la norma penale dovrebbe orientare la sua funzione « propulsiva », al fine di impedire che l'efficacia dei precetti penali sia, « in definitiva, rimessa all'arbitrio dei consociati »⁸⁹.

Tuttavia, per quanto i contrasti interpretativi emersi con riferimento al concetto di osceno non possano che rimarcare l'esigenza di pervenire ad una definizione della nozione di pornografico quanto più possibile conforme alla *ratio* della norma *de qua*, deve sottolineare l'intrinseca diver-

⁸⁷ Sul punto, deve sottolineare come la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla cibercriminalità, aperta alla firma a Budapest, in data 23 novembre 2001, abbia fornito, all'art. 9, la seguente definizione del reato di 'pornografia minorile': « la produzione di un supporto materiale finalizzato alla diffusione, mediante un sistema informatico, di pornografia minorile, nonché l'offerta o messa a disposizione, diffusione o trasmissione, o il procacciamento per sé o altri, o il possesso di siffatto materiale ». Per tale fattispecie si prevede la repressione del tentativo, del concorso nel reato, nonché la responsabilità — penale, amministrativa, civile — delle persone giuridiche per la commissione di tale reato, precisando inoltre che le sanzioni da adottare da parte degli Stati firmatari debbano

essere « effettive, proporzionate, dissuasive » e contemplare anche pene detentive. La normativa italiana in materia, soprattutto in seguito alle modifiche apportate dalla novella del 30 luglio 2003, appare in linea con quanto disposto a Budapest. Il testo della Convenzione può leggersi sul sito dell'Unione: <http://www.europa.eu.int>.

⁸⁸ Nella presente sede, l'indagine non può che essere riduttiva: in relazione ai profili appena accennati nel testo, si veda *amplius* G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno*, cit., in particolare alle p. 8-66. Cfr., inoltre, di recente, A. NAPPI, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale. Codice penale*, vol. V, II, Torino, 1996, p. 411 ss.

⁸⁹ Così VENDITTI, *La tutela penale del buon costume e della pubblica decenza*, Milano, 1963, p. 229.

sità dei due termini, nonostante la nostra giurisprudenza — come anche quella della Corte Suprema statunitense — abbia mostrato di riportare il concetto di osceno quasi esclusivamente al sessualmente esplicito⁹⁰.

Come autorevolmente osservato⁹¹, la definizione di osceno stigmatizza ciò che appare « volgare in modo urtante o sfacciatamente disgustoso », evocando la reazione di ripugnanza che normalmente ne accompagna la percezione. Diversamente, il termine 'pornografico' rivestirebbe valenza meramente descrittiva, essendo riferibile a scritti e raffigurazioni sessualmente espliciti « miranti interamente e plausibilmente ad indurre eccitazione sessuale nel lettore o nell'osservatore ».

Del resto, l'assenza, all'interno della legge 269, di una disposizione analoga a quella di cui al secondo comma dell'art. 529, con riguardo all'opera d'arte e scientifica — che, « prima ancora di escludere l'antigiuridicità obiettiva di una condotta tipica, costituirebbe (...) un limite esecutivo che impedisce la stessa tipicità del fatto materiale »⁹² — appare indice rivelatore della peculiare *ratio* dell'incriminazione *de qua*. L'esigenza di tutelare il sano sviluppo psico-sessuale dei minori non permette, infatti, di giustificare il loro sfruttamento in nome della ricerca scientifica o artistica⁹³.

Ed infatti, il coinvolgimento della sessualità del minore, sia pure al fine di realizzare opere di alto valore intellettuale, comprometterebbe ugualmente il bene giuridico, consumando l'offesa che il legislatore mira a prevenire.

14. IL CONCETTO NORMATIVO DI « PORNOGRAFIA » MINORILE: PROFILI COMPARATIVI.

Riferimenti normativi alla nozione di pornografia possono altresì rinvenirsi nelle legislazioni tedesca⁹⁴, spagnola⁹⁵, francese⁹⁶, portoghese⁹⁷, norvegese⁹⁸ e slovena⁹⁹.

⁹⁰ Così A. CADOPPI, *op. cit.*, p. 501.

⁹¹ Da J. FEINBERG, *Offense to others*, New York-Oxford, 1985, p. 127.

⁹² G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno*, cit., p. 14.

⁹³ Nel senso del testo, cfr. G. MARINUCI-E. DOLCINI, *op. cit.*, p. 3132.

⁹⁴ Rilevano, ai nostri fini, i §§ 176, quinto comma, n. 3, e 184 *StGB*; disposizione, quest'ultima, incriminatrice della condotta di produzione, commercio o cessione in qualunque forma, di scritti — o di altre rappresentazioni ad essi equiparate, ai sensi del § 11, comma terzo — o comunque le rappresentazioni pornografiche relative ad abusi sessuali nei confronti di bambini. Sul punto, rileva acutamente A. MANNA, *Profili problematici*, cit., p. 48, come la sostituzione del termine 'osceno' (*unzüchtig*) con quello, più pregnante, di 'pornographisch', ad opera della c.d. quarta legge di riforma del codice penale tedesco,

del 23 novembre 1973, non abbia fornito indicazioni realmente univoche in ordine alla corretta interpretazione da attribuirsi alla nozione *de qua*.

I principali orientamenti ermeneutici in materia oscillano tra la c.d. *Realismus-Konzeption*, la quale configura la pornografia alla stregua di una rappresentazione dell'erotismo « senza rapporti significativi con le altre manifestazioni della vita », tale da fornire pertanto un'immagine falsata nonché riduttiva della sessualità; la c.d. *Tendenz-Konzeption*, secondo la quale si avrebbe pornografia in presenza di un'acertata tendenza, esclusiva o prevalente, della rappresentazione ad eccitare l'istinto sessuale del fruitore; la c.d. *Objekt-Konzeption*, secondo cui la pornografia, riducendosi ad una grossolana rappresentazione della realtà, degraderebbe l'uomo ad « oggetto fungibile » delle pulsioni sessuali.

⁹⁵ Rilevano ai nostri fini gli artt. 186 e

L'unico testo legislativo che definisca il concetto in esame è il codice penale norvegese del 1904, il quale, al § 211, comma secondo, statuisce che debbano ritenersi pornografiche le descrizioni a contenuto sessuale offensive, o comunque idonee a determinare effetti degradanti o abbruttenti per la persona, nonché descrizioni a contenuto sessuale aventi ad oggetto minori, animali, violenza, sadismo, costrizione.

Detto criterio ha il pregio di rimarcare il contenuto oggettivo della natura sessuale della rappresentazione, introducendo peraltro una presunzione di 'pornograficità' di ogni opera relativa ad espressioni dell'istinto sessuale, che veda, come protagonisti, soggetti specifici, quali minori od animali, o presenti peculiari forme di manifestazioni¹⁰⁰.

Analogamente, la quarta riforma del codice penale tedesco del 23 novembre 1973 si è ispirata a due distinte direttive politico-criminali: operando una 'liberalizzazione relativa'¹⁰¹ — idonea, cioè, a rispettare le condizioni che consentano di contemperare la pluralità degli interessi coinvolti — della fruizione della c.d. pornografia semplice («*einfache Pornographie*»), ha previsto una 'repressione assoluta' — con conseguente divieto assoluto di diffusione, a prescindere dall'età del fruitore — della c.d. pornografia dura («*harte Pornographie*»), *id est* caratteriz-

189 del *Código penal*. Tale ultima norma sanziona la condotta di chiunque impieghi un minore in rappresentazioni — *lato sensu* intese — pornografiche, senza peraltro precisare i requisiti delle stesse.

⁹⁶ Ai sensi dell'art. 227-22, comma secondo, del *Code pénal*, si applica la pena di cinque anni di reclusione «*au fait, commis par un majeur, d'organiser des réunions comportant des exhibitions ou des relations sexuelles auxquelles un mineur...participe*». L'art. 227-23, comma primo, prevede invece una pena assai più lieve — e comunque notevolmente più blanda rispetto all'omologo italiano — per la condotta «*de fixer, d'enregistrer ou de transmettre l'image d'un mineur lorsque cette image présente un caractère pornographique*» al fine di una sua diffusione — condotta, quest'ultima, sanzionata con pena analoga, in quanto idonea ad integrare gli estremi del reato di *sfruttamento dell'immagine del minore*, come precisato dalla Circ. 14 maggio 1993.

⁹⁷ Ci si riferisce all'art. 172, comma terzo, lett. b) del *Código penal*, che incrimina la condotta di chiunque impieghi un infraquattordicenne in fotografie, films, registrazioni pornografiche.

⁹⁸ Come si vedrà più avanti, il § 211, comma secondo del codice penale norvegese del 1904 fornisce una definizione autentica del concetto normativo di pornografia.

⁹⁹ L'art. 187, comma secondo, del codice penale sloveno del 1995 incrimina la condotta di chiunque sfrutti un minore al

fine di realizzare materiale audiovisivo o di altra natura a contenuto pornografico, oppure per uno spettacolo pornografico.

¹⁰⁰ In argomento, cfr. A. MARTINI, *op. cit.*, p. 78.

¹⁰¹ In relazione a tale orientamento di politica criminale perseguito dal legislatore tedesco della c.d. quarta riforma del codice penale della Repubblica federale, osserva G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno*, cit., p. 205, come «a mettere in guardia da una sopravvalutazione della necessità di proteggere la vulnerabilità psicologica dei minori sia ad es. un filosofo dell'autorità di Theodor W. Adorno: «Il tabù più forte di tutti però è oggi quello che va sotto la voce di «minorenne» e che già si sfogava quando Freud ha scoperto la sessualità infantile. Il sentimento di colpa, universale e motivato, del mondo degli adulti non può fare a meno di ciò che essi definiscono l'innocenza dei bambini, come della sua immagine speculare e del suo rifugio, ed ogni mezzo per difenderla per loro va bene». (...) Che nella incertezza relativa alla dannosità della pornografia per i minori sia infine prevalsa la prudenza, non deve stupire proprio in considerazione della già segnalata forza di resistenza del tabù minorile. Ma può dirsi che, in casi come questi, ci si trovi di fronte ad una "supina" accettazione, da parte del legislatore, di bisogni di tutela soltanto "opinati", con la conseguente rinuncia a quella funzione di "filtro" del retroterra culturale, cui una moderna politica criminale dovrebbe pur sempre assolvere? ».

zata dal contenuto sadico-violento della rappresentazione, o comunque avente ad oggetto l'abuso sessuale di minori.

Tale criterio risponde all'assunto secondo il quale, dal momento che tale ultima categoria di rappresentazioni sarebbe idonea a stimolare comportamenti violenti nei soggetti psicologicamente predisposti, non sarebbero ammissibili, in relazione alla stessa, « quelle lacune nella tutela della gioventù inevitabilmente connesse alla liberalizzazione del consumo di pornografia non violenta da parte degli adulti »¹⁰².

Appare interessante richiamare, in proposito, la giurisprudenza della Corte Suprema degli USA, la quale ha indicato i seguenti requisiti minimi affinché la rappresentazione pornografica integri gli estremi del concetto normativo di *obscenity*¹⁰³:

— la possibilità che *a common person*, applicando gli standards comunemente condivisi nella località e nell'epoca di riferimento, ritenga che l'opera, nel suo complesso, ecciti istinti « pruriginosi »;

— la rappresentazione o la descrizione, da parte dell'opera, palesemente offensiva, di una condotta sessuale specificamente definita come tale dalla legge;

— l'assenza, nell'opera medesima, di un apprezzabile valore letterario, artistico, politico o scientifico¹⁰⁴.

Da noi¹⁰⁵, già la c.d. bozza Pagliaro¹⁰⁶ proponeva di considerare pornografico ogni oggetto, spettacolo o parte di esso « consistente essenzialmente in manifestazioni o sollecitazioni dell'istinto sessuale espresso con la riproduzione, con la rappresentazione o con l'esibizione di organi genitali »¹⁰⁷.

¹⁰² Così G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno*, cit., pp. 176-180.

¹⁰³ In argomento, cfr. L. S. SMITH, *Private Possession of Child Pornography: Narrowing At — Home Privacy Rights*, in *1991 Annual Survey of American law*, p. 1009 ss.

¹⁰⁴ Come si evince dal *leading case* *Miller v. California*, 413, U.S. 15 (1973). Secondo *New York v. Ferber*, 458, U.S. 747 (1982), la formula *Miller* non si applicherebbe nel caso di *child pornography*, ipotesi nella quale sarebbe sufficiente che l'opera visivamente rappresenti « una condotta sessuale da parte di un bambino al di sotto di una certa età (*child*) », qualora, ovviamente, tale condotta sia suscettibile all'interno di una norma di legge.

Come sottolinea A. CADOPPI, *op. cit.*, p. 502, la legislazione federale in materia definisce il concetto di « condotta sessualmente esplicita » nei termini di un « rapporto sessuale simulato o reale, bestialità, masturbazione, abuso sadico o masochistico, esibizione lasciva dei genitali o dell'area pubica di una qualche persona »: 18 U. S. C. § 2256 (2) (1991 & Supp. 1996). Per gli opportuni rilievi critici, in particolare circa la problematica espressione 'esi-

bizione lasciva' — secondo l'A. certamente non « *cristal clear* » — cfr. D.D. BURKE, *The Criminalization of Virtual Child Pornography: A Constitutional Question*, in *Harvard Journal of Legislation*, vol. 34, 1997, p. 439 ss.

¹⁰⁵ Degna di nota appare, peraltro, la definizione proposta da P. NUVOLONE, *Il diritto penale della stampa*, Padova, 1971, p. 228, che, seppure riferita al concetto di atto osceno, presenta notevoli somiglianze con l'argomento che ci occupa. Secondo l'A., deve ritenersi osceno l'atto « finalisticamente orientato e idoneo ad eccitare gli istinti sessuali ».

¹⁰⁶ Art. 74, comma secondo, dello schema di delega legislativa per l'emanazione di un nuovo codice penale, in *Documenti Giustizia*, 1992, p. 354.

¹⁰⁷ Definizione ritenuta « troppo limitata » da O. DI GIOVINE, *op. cit.*, p. 525. Movendo dall'esigenza di sopperire alla scarsa determinatezza della norma, A. CADOPPI, *op. cit.*, p. 506, richiede, ai fini dell'integrazione del reato di pornografia minorile, la realizzazione di atti sessuali da parte del minore o su di lui, non essendo tuttavia necessario — diversamente dalle ipotesi di pornografia adulta — un *quid pluris*.

Il pregio di tale definizione consiste principalmente nel limitare la categoria degli atti suscumbibili nella nozione di pornografia, sulla base di un riferimento di carattere oggettivo — l'esibizione di organi genitali — idoneo ad escludere, dalla rilevanza penale, talune possibili espressioni dell'istinto sessuale ovvero alcuni atti capaci di stimolarlo « sul piano della sola (peculiare) percezione soggettiva del fruitore¹⁰⁸ ».

In sede di lavori preparatori della legge 269, sono state proposte diverse possibili definizioni.

Si è infatti definita « a sfondo sessuale (...) l'immagine o il testo il cui scopo primario sia l'enfatizzazione descrittiva delle caratteristiche sessuali del minore »¹⁰⁹; o l'immagine o il testo « il cui scopo primario sia l'enfatizzazione descrittiva e distorta delle caratteristiche del minore »¹¹⁰; o, ancora, le immagini o altro materiale audiovisivo, « di qualsiasi specie, formato o mezzo di diffusione, in cui siano rappresentati atti sessuali compiuti su un minore degli anni diciotto, ovvero dallo stesso, ovvero alla sua presenza anche senza suo diretto coinvolgimento »¹¹¹.

Particolarmente ampie appaiono poi le due definizioni, rispettivamente della Commissione per i diritti dell'uomo sulla tratta dei minori e sulla prostituzione e la pornografia minorile del 1994 e del Consiglio d'Europa, le quali considerano pornografica, rispettivamente, « qualunque rappresentazione visiva o uditiva di un minore finalizzata alla gratificazione sessuale dell'utente », e « qualsiasi materiale audio o visivo che utilizzi bambini in un contesto sessuale »¹¹². Tale ultima definizione, in particolare, qualifica pornografico il materiale a prescindere « da qualunque sua connotazione *intrinseca*, bensì in virtù della sola presenza (in sé neutra) di bambini »¹¹³.

Se i lavori preparatori non appaiono pertanto idonei a fornire indicazioni univoche circa il significato da attribuire alla nozione in parola, un'attenta considerazione dell'articolazione del sistema delle fattispecie che la richiamano può suggerire una interpretazione di tale concetto in senso oggettivo.

Ed infatti, la scelta del legislatore del 1998 di incriminare anche la mera detenzione di materiale pornografico, da parte dei privati, dimostra l'irilevanza, ai fini della sussistenza dell'illecito, del diverso significato che ciascuno, in relazione alla propria sensibilità, potrebbe attribuire alla rappresentazione.

In merito al contenuto, deve rilevarsi come « lo stesso impiego *semantico* »¹¹⁴ della parola pornografia evochi necessariamente il compimento di atti sessuali da parte del minore o su di lui¹¹⁵. Nel corso dei lavori prepa-

¹⁰⁸ Così A. MARTINI, *op. cit.*, p. 79.

¹⁰⁹ Proposta di legge n. 2931 presentata alla Camera in data 20 dicembre 1996.

¹¹⁰ Emendamento n. 2.38, seduta 4 marzo 1998, Commissione speciale Infanzia.

¹¹¹ Emendamento n. 3.4, seduta 28 aprile 1998, Commissione speciale Infanzia.

¹¹² Entrambe citate da Anna Maria Serafini, Commissione Giustizia della Camera, alla seduta del 30 aprile 1997.

¹¹³ Così, O. DI GIOVINE, *op. cit.*, p. 527.

¹¹⁴ Così A. CADOPPI, *op. cit.*, p. 504.

¹¹⁵ Si segnala tuttavia una posizione in senso contrario della giurisprudenza di merito. In particolare, il Tribunale del riesame di Lecce, con ordinanza del 17 aprile 2001, ha ascrivito alla nozione di « materiale pornografico » di cui all'art. 600-ter c.p., anche la fotografia ritraente due ragazzini nudi, che invece, secondo la dottrina maggioritaria — peraltro richiamata

ratori, peraltro, si è da più parti sottolineato come la pornografia¹¹⁶ minorile si configuri nei termini di « una delle forme emergenti della prostituzione »¹¹⁷, e se è possibile limitare tale ultimo concetto al compimento di atti a contenuto sessuale da parte del minore, o comunque sulla sua persona, alle medesime conclusioni dovrebbe potersi giungere per quanto concerne il tema che ci occupa¹¹⁸.

Del resto, sarebbero questi gli unici atti idonei a determinare un coinvolgimento così intenso e diretto, della sfera sessuale del minore, da potersi pensare ad un concreto pericolo per lo sviluppo della sua personalità¹¹⁹.

Secondo autorevole dottrina, inoltre, la configurabilità di un atto come « a contenuto sessuale » richiederebbe necessariamente il coinvolgimento di « una zona *stricto sensu* genitale, oppure anale, del minore o di un altro soggetto »¹²⁰.

Tale posizione — che peraltro riprende, seppur in parte, la definizione fornita dalla bozza Pagliaro — appare largamente condivisibile, in quanto consente di limitare opportunamente un concetto normativo dai contorni, altrimenti, eccessivamente sfumati, restituendo in tal modo un sufficiente margine di determinatezza alla fattispecie.

Infine, in relazione al termine « *materiale* pornografico » deve essere osservato come, presumibilmente, con tale espressione, il legislatore del 1998 abbia inteso riferirsi a qualsiasi supporto grafico, magnetico, elettronico o visivo, che contenga la rappresentazione pornografica¹²¹.

dalla tesi difensiva — sarebbe generalmente riconducibile al concetto di erotismo (in quanto tale irrilevante ai fini della integrazione degli estremi della fattispecie *de qua*), e non a quello di pornografia.

¹¹⁶ L'etimologia della parola evoca l'attività di rappresentazione della prostituzione (πορνεία era in Grecia la meretrice), in quanto tale idonea a realizzare una condotta di mercificazione della sessualità.

¹¹⁷ Cfr., per tutti, A. M. SERAFINI, *op. cit.*, p. 18.

¹¹⁸ Nel senso del testo, A. CADOPPI, *op. cit.*, p. 504, nonché L. PISTORELLI, in G. MARINUCCI-E. DOLCINI (a cura di), *Codice penale commentato*, cit., p. 3132.

¹¹⁹ Di opposto avviso pare essere P. PITTARO, *op. cit.*, p. 1225, il quale ritiene non necessario che il minore compia o subisca atti sessuali ai fini della integrazione degli estremi della condotta tipica, essendo sufficiente il suo sfruttamento in ruoli anche soltanto connessi alla realizzazione della esibizione pornografica o alla produzione del materiale di cui al primo comma dell'art. 600-ter.

¹²⁰ Cfr. A. CADOPPI, *op. cit.*, p. 505.

¹²¹ Argomentando dalla *ratio* dell'art. 600-ter, terzo comma, come specificata dall'espressione « con qualsiasi mezzo », L. PICOTTI, *Commento*, cit., p. 550, include nell'ambito semantico della nozione in

esame anche le registrazioni audio, riservando invece seri dubbi in merito a mere trasmissioni « di dati via etere, per reti telefoniche o televisive, con onde radio guidate e non, ecc., che cioè vengano percepite o visualizzate solo transitoriamente, per il tempo della trasmissione, sui dispositivi (...) di chi riceve, senza alcuna «materializzazione» più duratura in supporti ». Del resto — a differenza del concetto di documento, anche informatico, di cui all'art. 491-bis c.p., per il quale si richiede « l'incorporazione » in un supporto — nel caso che ci occupa non sussisterebbe neppure un problema di funzione probatoria dell'oggetto delle comunicazioni, bensì rilevante unicamente il loro contenuto rappresentativo, come tale facilmente riproducibile anche su supporti duraturi, per quanto in origine solo trasmesso. In argomento, si rinvia all'ampia trattazione di A. MANNA, *Artifici e raggiri on-line: la truffa contrattuale, il falso informatico e l'abuso dei mezzi di pagamento elettronici*, in questa *Rivista*, 2002, p. 955 ss.

Nella dottrina straniera si sostiene da più parti la necessità di una certa « materialità » dell'oggetto, richiedendosi una sia pur transitoria registrazione dello stesso o una sua incorporazione in memorie di dati.

Sul punto, si segnala una pronuncia della Corte federale elvetica, emessa in

15. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE.

In conclusione, da quanto osservato, appare certamente condivisibile il *revirement* operato, rispetto alla giurisprudenza precedente, dalla sentenza in esame, la quale, recependo l'orientamento ermeneutico «timidamente» proposto dalla pronuncia D'Amelio, ha definito, in termini decisamente più netti, l'ambito applicativo di una norma, quale quella di cui al terzo comma dell'art. 600-ter c.p., dalla formulazione non del tutto rispondente al canone di precisione, notoriamente finalizzato a garantire la libertà del cittadino da possibili abusi del potere giudiziario, suscettibili, peraltro, di estrinsecarsi in applicazioni analogiche *in malam partem* di disposizioni incriminative, celate dietro le «mentite spoglie» di interpretazioni estensive.

Tale, illegittima, forma di «analogia mascherata» ha caratterizzato, come abbiamo avuto modo di dimostrare in queste pagine, l'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 600-ter, terzo comma, c.p. — sino agli interventi di *overruling*, operati dalla sentenza D'Amelio e, in particolare, dalla pronuncia Cabrini — determinando la sostanziale elusione dell'applicazione della più favorevole disciplina di cui al quarto comma della medesima norma, alle ipotesi — quali quelle di cessione individuale di materiale pornografico a soggetti predestinati — chiaramente ricomprese nell'ambito applicativo di tale ultima disposizione.

L'orientamento esegetico proposto dalla sentenza in esame appare, del resto, diretto a valorizzare, sul piano dell'applicazione giudiziale, la *ratio* cui s'ispira la l. 269/1998 — che, com'è noto, ha introdotto nel *corpus* codicistico la citata norma di cui all'art. 600-ter —, da identificarsi nella tutela delle condizioni di un equilibrato e fisiologico sviluppo psico-fisico ed educativo del minore, evitandone l'impatto, etero-imposto e finalizzato allo sfruttamento, con esperienze estranee alle condizioni esistenziali del minore stesso, tali da incidere pesantemente sulla sua personalità, nella misura in cui ne toccano l'aspetto — quale quello della sessualità — certamente più intimo e delicato.

Le conclusioni cui giunge la decisione che, nella presente sede, si annota, realizzano in termini concreti il difficile bilanciamento tra valori contrapposti, che sorregge l'intero impianto normativo della «legge contro la pedofilia», in bilico tra anticipazione dell'intervento penale — in funzione general-preventiva ed al fine di garantire un'adeguata tutela al

data 17 febbraio 1995, Rosenberg, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs*, 1995, vol. 121, IV, 109, nella quale si sono ritenute non punibili le conversazioni telefoniche dal vivo a carattere erotico, al contrario di quelle previamente registrate su supporti magnetici, con riferimento alla norma di cui all'art. 197 c.p. svizzero, il quale punisce unicamente condotte inerenti ad «immagini od altri oggetti pornografici».

Il legislatore tedesco ha invece realizzato un'estensione normativa del concetto generale di «scritti» di cui al § 11, comma terzo, *StGB*, mediante la previsione aggiunti-

va, ad opera della legge sui servizi d'informazione e comunicazione del 22 luglio 1997 (*IuKDG*), delle «memorie di dati» (*Datenspeichern*) ai «supporti audio e visivi, riproduzioni di immagini ed altre rappresentazioni», già legislativamente considerati equivalenti ai primi. In dottrina, tuttavia, si ritiene che non sia comunque ascrivibile all'area semantica corrispondente a tale nozione l'ipotesi di registrazioni del tutto provvisorie ed intermedie, ad es. nel contesto di un flusso di dati informatici. In proposito, cfr. L. PICOTTI, *Profili penali delle comunicazioni illecite via Internet*, in questa *Rivista*, 1999, p. 283 ss.

bene giuridico di riferimento, identificato, nella specie, con la protezione dello sviluppo psico-fisico del minore da rapporti di sfruttamento del suo corpo, suscettibili di innescare un processo di alienazione o « reificazione » dello stesso, con effetti paragonabili a quelli della riduzione in schiavitù — e garanzia individuale da indebite incriminazioni.

L'interpretazione della fattispecie delittuosa di cui al terzo comma dell'art. 600-ter c.p., nei termini proposti dalla pronuncia Cabrini appare, del resto, tanto più condivisibile, in quanto pienamente conforme all'opzione di politica criminale posta a fondamento dell'intera legge, volta ad approntare una repressione penale *condizionata* della pornografia.

In altri termini, la rilevanza penale delle condotte di divulgazione, cessione individuale e mera detenzione di materiale pornografico trova il suo limite *teleologico* nel rapporto di sfruttamento della sessualità del minore, che è alla base della produzione di detto materiale.

Più precisamente, ciò che legittima e fonda l'intervento penale non è l'eteroimposizione di una condotta orientata a determinati canoni morali, « ipostatizzati » nel precetto penale — in una prospettiva, dunque, estranea ai compiti punitivi di uno Stato laico, pluralista e democratico — ma appare, invece, essere la tutela di un assai più pregnante bene giuridico, da identificarsi, come già osservato, nella libertà di autodeterminazione sessuale, e, *lato sensu*, morale, del minore.

FEDERICA RESTA