

DAVIDE PETRINI

LA TUTELA DEL BUON COSTUME

SOMMARIO: 1. Premessa. Delimitazioni dell'indagine. Il mancato ruolo dell'art. 528 c.p. nella tutela penale del buon costume per fatti commessi *on line*. — 2. Tutela penale dell'integrità sessuale dei minori e diritto penale del « nemico ». — 3. La lotta alla pedopornografia ed alla prostituzione minorile nella disciplina sovranazionale. — 4. Il concetto di pornografia minorile. — 5. La rilevanza penale della c.d. « pornografia intima ». — 6. La pedopornografia virtuale. — 7. Attività di *file sharing* e divulgazione di materiale pedopornografico. — 8. Prostituzione (minorile) tramite *webcam*. — 9. Conclusioni.

1. PREMESSA. DELIMITAZIONI DELL'INDAGINE. IL MANCATO RUOLO DELL'ART. 528 C.P. NELLA TUTELA PENALE DEL BUON COSTUME PER FATTI COMMESSI *ON LINE*.

Vorrei, innanzitutto, ringraziare il prof. Zeno Zencovich e il Consigliere Bere per il loro invito a partecipare al seminario odierno, che mi consente di intervenire insieme a tanti autorevoli colleghi e magistrati.

Il titolo del mio intervento, concordato con il prof. Zeno Zencovich, è rimasto « *La tutela del buon costume* », anche se in realtà mi soffermerò quasi esclusivamente sulla pedopornografia, nonché su un aspetto particolare della prostituzione minorile.

È del tutto evidente, infatti, come la tradizionale fattispecie di cui all'art. 528 c.p. non venga praticamente mai contestata, per punire le offese al buon costume commesse *on line*.

L'impressione è che si tratti di una norma che, con l'introduzione delle fattispecie contro la pedopornografia minorile, abbia definitivamente fatto il suo tempo (sempre con riferimento alla tutela virtuale, ovviamente).

Ho trovato solo un paio di sentenze, nella giurisprudenza di merito — il Tribunale di Milano, 24 ottobre 2000 (*Foro ambr.*, 2001,

* Il testo riproduce la relazione al Convegno « Il diritto penale della rete » te-

nutosi l'8 aprile 2011 presso la Suprema Corte di Cassazione.

164) e il Tribunale di Pescara, 3 novembre 2006 (*Riv. pen.*, 2007, 551). La prima pronuncia atteneva, appunto, alla diffusione, in rete, di materiale pedopornografico.

Varate le norme specifiche, l'art. 528 c.p. ha perso anche questa ultima, residua funzione, tanto che pare potersi affermare che siamo in presenza di una sorta di depenalizzazione, di fatto, della diffusione in rete di materiali che, pur prescindendo dal coinvolgimento sessuale di minori, offendono comunque il « buon costume »: penso, com'è ovvio, a divulgazione di materiale pornografico « pesante », di fatto lasciato a disposizione anche di soggetti minori, solo che abbiano a disposizione un pc e sappiamo collegarsi ad internet.

Ora, io sarò piuttosto critico su una certa invasività del legislatore penale in questa materia, ma forse una distinzione tra pornografia pesante e pornografia leggera (come avviene in altri ordinamenti penali), con la possibilità di colpire, anche se non necessariamente con sanzioni penali, la divulgazione indiscriminata *on line* di immagini *hard*, non mi parrebbe del tutto fuori luogo.

Ricordo, tra l'altro, che la causa di non punibilità dell'art. 528 c.p., prevista dall'art. 1, L. 17 luglio 1975, n. 355, riguarda esclusivamente gli addetti a rivendita di giornali e riviste, nonché i titolari e gli addetti a negozi di vendita di libri e pubblicazioni non periodiche, cioè coloro che possono impedire con certezza l'esposizione e la visione immediata da parte del pubblico dei materiali pornografici che commercializzano.

2. TUTELA PENALE DELL'INTEGRITÀ SESSUALE DEI MINORI E DIRITTO PENALE DEL « NEMICO ».

Come detto, pertanto, mi soffermerò, sostanzialmente, su pedopornografia e sfruttamento, induzione e favoreggiamento della prostituzione minorile attraverso *webcam*.

Prima di affrontare alcune tra le molteplici questioni giunte all'attenzione del giudice di legittimità, vorrei fare due considerazioni di carattere generale.

Io ho fatto una certa fatica a non farmi travolgere dalle tante questioni che concernono la pedopornografia e la prostituzione minorile, indipendentemente dalla loro commissione *on line*, ma penso di aver individuato due peculiarità della nostra materia: la previsione e repressione — a fianco di condotte gravissime, rispetto alle quali nessuna persona di buon senso potrebbe dubitare della evidente e macroscopica offensività — di fatti dei quali è stata efficacemente messa in dubbio la stessa opportunità di un intervento penale. Mi riferisco, ovviamente, alla punibilità del cliente nella prostituzione minorile; alla mera detenzione di materiale pedopornografico; alla pedopornografia interamente virtuale.

Vorrei essere chiaro: non sto criticando la presenza di diverse fattispecie incriminatrici che descrivono gradi differenti di offesa al medesimo bene, e le sanzionano con pene adeguatamente proporzionate.

Ma vorrei mettere in luce l'esistenza di una vera e propria forbice, tra la gravità di alcune condotte, ed altri fatti che, invece, pongono significativi problemi di offensività.

Più nello specifico, credo che si individui in questo ambito una tendenza evidentissima, alla punizione della domanda, che è una caratteristica tipica di tutti quei modelli che si pongono, come obiettivo da raggiungere ad ogni costo, quello di stroncare un certo traffico « criminale ».

Pensiamo a quanto avviene in materia di stupefacenti, ove il problema della punizione (penale? amministrativa?) della domanda, è stata oggetto di tante polemiche, nonché di molteplici interventi legislativi, spesso di segno contraddittorio, nel volgere di pochi anni.

Sennonché, questa tendenza espansiva alla punizione della domanda è stata letta, da alcuni, come una sorta di confusione tra diritto e morale, che porta il legislatore — in questa materia, davvero un po' bulimico — a descrivere fatti rispetto ai quali non si riesce concretamente a individuare alcuna offensività.

C'è chi è andato anche più avanti: sappiamo tutti che il prof. Alberto Cadoppi ha ritenuto che la lotta alla pedofilia costituisca, oggi, nelle concrete cadenze legislative che ha assunto, un esempio paradigmatico di « diritto penale del nemico ».

Io non credo che si tratti di un'esagerazione, ed anzi mi pare che questa prospettazione abbia degli elementi forti di verosimiglianza, non solo rispetto all'individuazione di fatti penalmente rilevanti, ma anche (e soprattutto, forse) sul versante sanzionatorio, processuale penale e penitenziario.

Provo a fare qualche esempio, per spiegarmi: in tema di libertà personale, la previsione dell'obbligatorietà della custodia cautelare in carcere per alcuni delitti, è stata estesa anche alle fattispecie di cui agli artt. 600-bis, I comma, 600-ter (escluso il IV comma), 600-quinquies c.p. Non a caso, proprio questa previsione è caduta sotto la mannaia della Corte Costituzionale.

Con riferimento agli effetti della recidiva, tra le ipotesi che determinano l'obbligatorietà dell'aumento di pena previsto dall'art. 99 c.p., l'art. 407, I comma, lettera a), c.p.p., ricomprende gli artt. 600-bis, comma 1, e 600-ter, comma 1, c.p.

Nell'art. 444 c.p.p., tra le fattispecie che impediscono il patteggiamento allargato, compaiono l'art. 600-bis, commi 1 e 3; l'art. 600-ter, commi 1, 2, 3 e 5; l'art. 600-quater, comma 2; l'art. 600-quater1, c.p. (con riferimento alla produzione e commercio di materiale pedopornografico).

Infine, in materia penitenziaria, gli artt. 4-bis e 41-bis (che richiama il 4-bis) ord. pen., prevedono l'impossibilità, o comunque

l'estrema difficoltà di concessione di benefici penitenziari e misure alternative alla detenzione per coloro che scontano condanne per fatti di pedopornografia o di prostituzione minorile.

Non è mai buona tecnica legislativa quella che limita la discrezionalità del giudice (in materia di misure cautelari o di esecuzione penale) sulla sola base del titolo di reato, prescindendo da tutte le altre concrete modalità del fatto; non è certo un caso, infatti, la disposizione di cui all'art. 575 c.p.p. sia stata dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale, con la nota sentenza n. 265 del 21 luglio 2010, proprio in riferimento all'art. 600-*bis* c.p.

Ma questo modello appare ancor più dubbio se, solo, si considera che le citate norme restrittive in materia di ordinamento penitenziario sono state pensate, prevalentemente, per soggetti appartenenti alla criminalità organizzata (comune o politica), cioè per un ambito che, dal punto di vista criminologico, ben poco ha a che fare con il nostro.

In ogni caso, l'impressione che se ne ricava è quella di una sorta di accanimento nei confronti del « pedofilo », finalizzato a « garantirgli » un percorso di cancerizzazione che non necessariamente coinvolge coloro che commettono fatti di analoga gravità, secondo un modello che, come detto, di fatto impedisce al giudice di tenere nel debito conto elementi quali la concreta colpevolezza del soggetto.

3. LA LOTTA ALLA PEDOPORNOGRAFIA ED ALLA PROSTITUZIONE MINORILE NELLA DISCIPLINA SOVRANAZIONALE.

Una seconda, evidente peculiarità della nostra materia consiste nel particolarissimo peso e ruolo propulsivo che hanno via via assunto le fonti sovranazionali (Convenzioni internazionali e direttive dell'Unione Europea), che costituiscono il presupposto per l'introduzione delle fattispecie incriminatrici in materia di tutela dell'integrità sessuale dei minori, sotto il profilo della pedopornografia e della prostituzione minorile.

Peraltro, l'impressione di fondo — che cercherò di rendere meno evanescente — è che il nostro legislatore nazionale sia spesso portato a seguire in maniera pedissequa le indicazioni sovra nazionali, limitandosi a « tradurne » in italiano le previsioni (di carattere necessariamente generale), per poi nascondersi dietro la presunta necessità di operare in questo modo.

Al riguardo, credo che sarebbe indispensabile, in primo luogo, proprio una maggiore riflessione sul diverso grado di vincolatività dei provvedimenti internazionali ed europei, non certo per saggiarne il peso e l'autorevolezza, quanto piuttosto per verificare i margini di discrezionalità che residua per il legislatore nazionale, anche nella prospettiva di mantenere margini, davvero imprescindibili, di centralità del Parlamento.

Provo a fare qualche rapido esempio: la Convenzione di New York del 1989, all'art. 34, impone agli Stati firmatari di adottare le misure necessarie a proteggere i fanciulli «sfruttati» a fine di prostituzione o per la produzione di spettacoli o materiali a carattere pornografico. Ebbene, le note critiche all'originaria formulazione dell'art. 600-ter, comma 1, c.p., paiono, alla luce di questa disposizione, non così fondate, ed anche la conseguente modifica normativa, a seguito della quale oggi rileva penalmente il mero «utilizzo» di minori, non può certo essere giustificata con la necessità di adeguarsi alle previsioni sovra nazionali!

Inoltre, sempre la medesima norma della Convenzione di New York prevede che gli Stati adottino «ogni adeguata misura» per impedire lo sfruttamento a fini sessuali di minori, lasciando, quindi, la scelta delle sanzioni (penali o meno) ai Parlamenti nazionali.

La Conferenza di Stoccolma del 1996, ed in particolare il piano di azione che ne ha concluso i lavori, invece, è decisamente più stringente, perché impone il ricorso allo strumento penale, e prevede che vengano puniti sia il cliente della prostituta minorenni, sia il mero detentore di materiale pornografico infantile.

Abbiamo, pertanto, un atto sovranazionale che è meno «impegnativo» dal punto di vista della rilevanza della fonte, ma molto più vincolante per quanto concerne i contenuti.

Situazione, questa, che si ripropone con i diversi tentativi di definizione del concetto di «pornografia minorile» proposti dalla normativa sovranazionale: i Protocolli opzionali alla Convenzione di New York del 2000 (art. 2), la Convenzione di Budapest sul cybercrime (art. 9), la Decisione Quadro 2004/68/GAI (art. 1).

Queste le diverse definizioni. Per i Protocolli: «*bambino dedito ad attività sessuali esplicite, concrete o simulate o qualsiasi rappresentazione degli organi sessuali di un bambino soprattutto a fini sessuali*» (definizione soggettiva); Convenzione di Budapest: «*un minore coinvolto in un comportamento sessuale esplicito*»; Direttiva Quadro: «*un bambino implicato o coinvolto in una condotta sessualmente esplicita, fra cui l'esibizione lasciva dei genitali o dell'area pubica*» (definizioni rigorosamente oggettive).

Non mi pare, pertanto, che l'opportunità, o la stessa legittimità delle diverse fattispecie incriminatrici in esame si possa sbrigativamente risolvere tramite il facile schermo della necessità di adeguarsi agli atti sovra nazionali, eludendo, così, scelte di politica criminale che andrebbero, invece, esplicitate e condivise, anche nella prospettiva di mantenere, pur in questo ambito, una qualche centralità all'intervento parlamentare.

Aggiungo, con un po' di polemica, che, in ogni caso, le Convenzioni internazionali e le Direttive europee andrebbero lette sino in fondo, perché spesso contengono clausole finali che consentono agli Stati firmatari o ai Paesi membri dell'Unione di limitare o escludere la punibilità di determinati comportamenti. Per esempio: il li-

mite di 18 anni di età sotto il quale l'utilizzo di minori in esibizioni pornografiche costituisce reato, per la convenzione di Budapest può essere abbassato a 16 (ed alcuni altri ordinamenti europei incriminano solo i fatti che coinvolgono minori di 14 anni).

Si tratta di aspetti tutt'altro che marginali perché, com'è ampiamente noto, nel nostro ordinamento penale, 14 anni costituisce il limite d'età oltre la quale il consenso ad avere rapporti sessuali è (quasi) sempre ritenuto valido (con le eccezioni relative all'eventuale posizione di garanzia del partner, che innalzano il tetto a 16 anni).

Ancora, la citata Decisione Quadro del 2004, generatrice della discussa fattispecie di pedopornografia virtuale di cui all'art. 600-*quater*¹ c.p., consente agli Stati membri [all'art. 3, comma 2, lett. c)], di non punire la mera detenzione di materiale pornografico interamente virtuale.

Dal canto suo, la Convenzione di Budapest consente agli Stati firmatari di non applicare, in tutto o in parte, le previsioni sanzionatorie in materia di pedopornografia virtuale.

Certo, si potrebbe sostenere che il nostro legislatore nazionale non abbia voluto far ricorso alle clausole di esclusione o limitazione della responsabilità penale a ragion veduta, in piena consapevolezza, ma la lettura dei lavori parlamentari non induce questa conclusione, tanto da lasciar sospettare che il mancato recepimento sia più frutto delle inderogabili necessità di approvare le norme anche a costo eludere qualsiasi riflessione (sempre politico-criminale) al riguardo.

Tra l'altro, mi permetto di dire che, da un punto di vista tecnico, non pare neppure opportuno qualificarle come cause di esclusione della punibilità, e che sarebbe molto più corretto escludere la rilevanza penale di determinati comportamenti attraverso una corretta individuazione degli elementi costitutivi della fattispecie incriminatrice.

Per esempio — anche se su questo delicato problema mi riservo di tornare tra breve — bisognerebbe riscrivere la fattispecie incriminatrice di cui all'art. 600-*quater*¹ c.p., e ricomprendervi, come consente la decisione quadro, solo i fatti di pornografia non esclusivamente virtuale, piuttosto che prevedere una causa di non punibilità al riguardo: è sul piano della tipicità, e non della colpevolezza (o, peggio, della punibilità in senso stretto) che si dovrebbero operare queste delicate scelte politico-criminali che attengono all'offensività stessa dei fatti incriminati.

4. IL CONCETTO DI PORNOGRAFIA MINORILE.

Ora, i problemi specifici sui quali avrei voluto soffermarmi sono numerosissimi, ma devo necessariamente selezionarne alcuni, di maggior rilievo e criticità.

Parto proprio dalle considerazioni appena svolte in materia di definizione di pornografia minorile. E questione estremamente complessa, perché la definizione dei protocolli addizionali di New York, come ho detto, è diversa da quella offerta dalla Decisione Quadro del 2004 e dalla Convenzione di Budapest, ma anche diversi sono gli orientamenti della giurisprudenza.

Riprendere, a sua insaputa, un minore che si sta cambiando nella doccia o nello spogliatoio di una piscina è pornografia minorile (Cass. pen., sez. III, 9 dicembre 2009, n. 8285); non così, invece, fotografare insistentemente alcuni bambini che giocano sulla spiaggia (Cass. pen., sez. III, 4 marzo 2010, n. 10981).

So bene che non si tratta di pronunce in reale contrasto tra loro, perché se andiamo a leggere la motivazione della seconda sentenza scopriamo che *«in tutte le fotografie i minori erano ritratti in costume da bagno, sicché i genitali, il sedere e l'area pubica erano assolutamente nascosti alla vista»*.

Ma che dire del caso del ragazzino spiato e ripreso nello spogliatoio? Riprendere a sua insaputa un minore nudo, senza che vi sia alcuna esibizione lasciva, quand'anche ciò sia fatto per soddisfare la propria libido, può forse essere legittimo in una prospettiva soggettivistica, ma lascia del tutto perplessi alla luce della definizione di pornografia (oggettiva, appunto) fatta propria dalla Decisione Quadro e dalla Convenzione di Budapest.

5. LA RILEVANZA PENALE DELLA C.D. « PORNOGRAFIA INTIMA ».

La riforma del 2006, con la L. n. 38, ha sostituito il termine *«sfrutta»* con *«utilizza»*.

Ma allora, a seguito della modifica, è punibile il ragazzino minorenne che fotografa nuda la partner di 15/16 anni, e poi, quando la storia d'amore finisce male, divulga questo materiale, magari per vendetta o per astio mal sopito?

Una pronuncia del Tribunale dei minori di Perugia (31 dicembre 2003, in *Giur. merito*, 2004, 1168) aveva dato risposta negativa.

Oggi, in realtà, l'utilizzo di un minore sembrerebbe rilevare penalmente (con le draconiane pene di cui all'art. 600-ter, comma 1, c.p.), anche indipendentemente dal pericolo di diffusione, rendendo la fattispecie in oggetto un reato di pericolo astratto (o, addirittura, secondo parte della dottrina, un *delit-osbacle*).

Decisiva, in tal senso, una pronuncia di legittimità (Cass. pen., sez. III, 5 giugno 2007, n. 27252), secondo la quale la nuova norma *«nel suo complesso mira a sanzionare non soltanto le attività commerciali o comunque a sfondo economico che si relazionano a condotte pornografiche coinvolgenti minori, ma anche le condotte che comunque danno origine a materiale pornografico in cui sono utilizzate persone minori di età»*.

I fatti in oggetto, pertanto, sarebbero punibili indipendentemente da un concreto pregiudizio per lo sviluppo psico-fisico del minore, ed anche fuori dal pericolo (sempre concreto e dimostrato alla luce delle emergenze del caso specifico) di diffusione, trattandosi comunque di « *azioni di per sé degradanti e connotate da profondo disvalore, oltre che pericolose per la successiva eventuale diffusione che il materiale così prodotto o raccolto può conoscere* ».

Ebbene, davanti ad una simile affermazione non si può non essere perplessi: l'unica offesa concreta, infatti, qualora il materiale venga effettivamente fatto circolare, attiene a beni giuridici (*privacy* ed onore del minore) diversi da quelli che la fattispecie intende tutelare, mentre nell'ipotesi di materiale privatamente (e gelosamente!) custodito dai due giovani, ma scoperto, per esempio, da un genitore bacchettone, l'inevitabile punizione (di entrambi?) avverrebbe in assenza di qualsiasi reale pregiudizio realmente afferrabile.

La questione appena prospettata richiama, com'è ovvio, il problema della rilevanza del consenso, in modo particolare di un minore tra 14 e 18 anni, a farsi ritrarre in pose pornografiche.

La medesima sentenza, infatti, in altro passo afferma che « *la scelta del legislatore del 1998 [è stata] di non attribuire rilievo né al consenso eventualmente prestato della persona minore di età né al limite di 14 anni previsto in materia di atti sessuali* ».

Ma il consenso dell'avente diritto non è un elemento che il legislatore deve inserire nelle singole fattispecie incriminatrici: o, infatti, la mancanza di consenso è elemento costitutivo del delitto (come in materia di violazione di domicilio o di violenza sessuale), oppure può operare la causa di giustificazione di cui all'art. 50 c.p.

Pertanto, il problema diviene non quello dell'inserimento o meno, da parte del legislatore, tra gli elementi costitutivi della fattispecie penale, della rilevanza scriminante del consenso, ma della disponibilità del bene oggetto della tutela penale.

Ed allora, nel nostro caso, il bene è disponibile o non è disponibile?

Non è agevole rispondere, proprio perché, in alcune ipotesi, il bene tutelato non si riesce ad afferrare. Ma anche se si riflette — per rifarsi sempre alle parole della citata pronuncia — sullo « *sviluppo fisico, psicologico, spirituale morale e sociale* » del minore, pare davvero curioso che una ragazza di diciassette anni e mezzo possa compiere atti sessuali con qualsiasi partner (tutore o genitore compreso), i quali godono di una evidente impunità rispetto a tali fatti, ma non possa acconsentire a farsi fotografare sfacciatamente nuda dall'innamorato, magari di propria ed esclusiva iniziativa, perché tale fatto, secondo il nostro legislatore, è presuntivamente offensivo del suo percorso di maturazione personale. Ed anzi, il povero innamorato rischia da 6 a 12 anni di galera!

6. LA PEDOPORNOGRAFIA VIRTUALE.

Tra le molteplici critiche che si possono muovere al vigente sistema normativo in materia di pedopornografia, certamente la più consistente attiene alla difficoltà (secondo alcuni, addirittura, si dovrebbe parlare di impossibilità) di individuare un'offesa ad un bene giuridico afferrabile e meritevole di protezione penale, nei fatti di pedopornografia virtuale, soprattutto con riferimento alle ipotesi nelle quali si prescinda dall'utilizzo di un minore in carne ed ossa, o anche solo di una parte del suo corpo (c.d. pedopornografia totalmente virtuale): dove sta, in queste ipotesi, il pregiudizio allo sviluppo armonico della personalità di un minore?

Autorevolissima dottrina (mi riferisco a Ferrando Mantovani) reputa che tali condotte siano previste e punite dall'ordinamento penale sia per esigenze di semplificazione probatoria, che per i loro effetti criminogeni: il fruitore di materiali anche totalmente virtuali potrebbe essere indotto a « passare » ad immagini reali, divenendo soggetto attivo di domanda di materiali realizzati attraverso l'utilizzo effettivo di minori. Pertanto, in quella prospettiva di lotta senza quartiere al turpe traffico cui si accennava in precedenza, anche simili condotte andrebbero punite.

Ora, non credo proprio che si possa ammettere una rilevante lacerazione del principio di offensività di una fattispecie incriminatrice, per ragioni di semplificazione probatoria, anche perché, oggi, le tecniche di indagine informatica dovrebbero verosimilmente consentire, se condotte adeguatamente, di individuare la matrice (reale o virtuale) dei materiali pornografici che circolano in rete.

Ma anche con riferimento alla seconda esigenza, mi pare che si possa davvero dubitare che sia ammissibile una anticipazione della tutela penale tanto estrema, dal momento che, al contrario, proprio il ricorrere ad immagini virtuali potrebbe essere un significativo ed efficace antidoto, per il soggetto gravato dalla tragica perversione della pedofilia, per placare la propria libido senza dover ricorrere ad immagini realizzate tramite l'utilizzo di un minore in carne ed ossa.

Soprattutto, non posso non ripetere che la Direttiva Quadro consentiva ampi spazi per escludere, dall'ambito della punibilità, i fatti di pedopornografia interamente virtuale, consentendo ai legislatori nazionali di rendere meno clamoroso il citato, evidente *deficit* di offensività della fattispecie in oggetto.

7. ATTIVITÀ DI *FILE SHARING* E DIVULGAZIONE DI MATERIALE PEDOPORNOGRAFICO.

Vorrei, ancora, riflettere su un problema tipico della rete, che è quello dell'attività di *file sharing* con riferimento alla pedopornografia.

La Cassazione, in svariate pronunce, (Cass. pen., sez. III, 7 novembre 2008, n. 11169; Id., 16 ottobre 2008, n. 3194; Id., 12 gennaio 2010, n. 11082) ha affrontato la questione — delicata sia dal punto di vista tecnico che giuridico — con estrema attenzione ed esiti più che apprezzabili.

Il problema è noto: colui che si serve di un programma di *file sharing*, nel momento del *download* compie automaticamente attività di *upload* dei medesimi materiali che sta scaricando, che restano, infatti, a disposizione di tutti gli utilizzatori del programma.

Ebbene, in questa situazione, la Cassazione ha escluso il dolo della divulgazione, sostenendo che siamo in presenza del fatto punito dall'art. 600-*quater* c.p. (mera detenzione di materiale pedopornografico) tutte le volte che vi siano elementi sintomatici della volontà del soggetto finalizzata esclusivamente a procurarsi il materiale vietato, ma non a divulgarlo in rete.

Tra questi elementi sintomatici, possiamo individuare, appunto, la risposta negativa alla domanda che il programma pone a colui che ha terminato il *download* dei materiali ricercati: «*vuoi lasciare i files in condivisione?*»; nonché l'immediato trasferimento dei *files* in oggetto su una propria memoria privata, non a disposizione di altri utenti della rete.

Si tratta di una sorta di esclusione della rilevanza del dolo eventuale, in ipotesi nelle quali, certamente, la condotta di divulgazione è integrata, sotto il profilo oggettivo, (dal momento che, come detto, il *download* dei materiali coincide con il suo temporaneo *upload* per altri utenti della rete).

8. PROSTITUZIONE (MINORILE) TRAMITE *WEBCAM*.

L'ultima questione alla quale accenno attiene alla prostituzione virtuale, cioè a quell'uso di *webcam* nelle quali il «*cliente*» paga per entrare in relazione, in tempo reale, con una ragazza che sta dall'altra parte della telecamera.

In tali ipotesi, com'è ovvio, si realizza un'interazione tra i due soggetti, per cui il cliente può chiedere alla ragazza, oltre che di spogliarsi, anche di compiere determinati atti sessuali (solo su se stessa, ovviamente).

Se di prostituzione si tratta, qualora la ragazza dall'altra parte della *webcam* sia maggiorenne, il *provider* potrà essere chiamato a rispondere di sfruttamento della prostituzione. Se, poi, l'intrattenitrice è minore di età, vi è anche la punibilità del cliente.

La questione è stata analizzata sotto il profilo civilistico, con la proverbiale acutezza, dal prof. Zeno-Zencovich nel suo ultimo libro, che affronta anche il caso della c.d. «*prostituzione della voce*».

In ambito penalistico, vi sono due pronunce (Cass. pen., sez. III, 22 aprile 2004, n. 2546; Id., 2 marzo 2006, n. 15158) nelle

quali questa attività, compiuta attraverso *webcam*, viene equiparata alla prostituzione, dicendo che non è coessenziale, al concetto di prostituzione, il contatto fisico tra cliente e prostituta.

Tale considerazione, com'è ovvio, non può essere smentita: se io pago una prostituta perché si spogli o si tocchi davanti a me, quello è un rapporto di meretricio.

È però possibile, forse, fare una considerazione ulteriore. Certo che non è coessenziale, al concetto di prostituzione, il contatto fisico tra cliente e prostituta, ma in tutti i rapporti non virtuali l'esclusione del contatto stesso è una mera eventualità, alla quale il cliente accede per ragioni di «desideri» o di perversioni sue (si pensi come si vuole, al riguardo), ma permane pur sempre la possibilità che il contatto fisico si realizzi.

Mentre ciò che caratterizza l'attività in oggetto — e che, secondo il mio parere, la avvicina ed accomuna più intensamente agli spettacoli osceni — è che la possibilità di un contatto fisico è esclusa in radice, in maniera ancor più certa che non durante una esibizione di *lap dance* (che, infatti, può sempre «degenerare»).

Pertanto, alla *ratio decidendi* secondo la quale «*non è coessenziale al rapporto di prostituzione il contatto fisico tra i due partners*», mi pare che se ne possa contrapporre una più aderente alla realtà delle cose: «*per aversi prostituzione è necessario che tale contatto sia almeno possibile ed ipotizzabile in concreto. Altrimenti, siamo in presenza di mera esibizione, se pure interattiva*».

9. CONCLUSIONI.

Concludo, con un primo monito al legislatore, affinché si mostri meno (ipocritamente) corrico nei confronti della disciplina sovranazionale, ma si impegni coerentemente a valutarne la rilevanza nell'ordinamento interno, ad individuarne correttamente i limiti di vincolatività, senza farne un facile schermo dietro al quale eludere le proprie responsabilità politico-criminali, con particolare riferimento all'individuazione delle offese penalmente rilevanti.

Secondo appello, anche questo al legislatore: far prevalere sempre il principio di ragionevolezza sull'esigenza di prevenzione generale.

Nella materia in esame, infatti, sono troppo numerose le ipotesi nelle quali la coerente collocazione di una fattispecie incriminatrice nel sistema complessivo pare alquanto dubbia: perché mai — per rifarsi ad una questione già accennata, ma di particolare rilievo — indurre una ragazzina, che ha 40 anni meno di me, a compiere atti sessuali è del tutto legittimo; fotografarla, con il suo consenso, mentre fa la doccia, integra una grave fattispecie incriminatrice?

La terza ed ultima considerazione, che prende le mosse proprio da ciò che ho appena detto, è un invito, per la giurisprudenza (so-

prattutto di legittimità) a far prevalere un modello di interpretazione sistematica su quella di tipo teleologico.

Dobbiamo onestamente ammettere, infatti, che l'interpretazione testuale, quando dobbiamo fare i conti con concetti quali « prostituzione », « osceno » e « pornografia », inevitabilmente sconta ampi margini di difficoltà.

È l'interprete, quando è in difficoltà dal punto di vista letterale, può essere tentato di rifugiarsi in operazioni di tipo teleologico: lo scopo di queste fattispecie incriminatrici — secondo la discutibile lettura della disciplina sovranazionale che ho cercato di mettere in dubbio — sarebbe quello di « stroncare » il traffico di materiale pedopornografico, a qualsiasi costo, per tutelare a 360° gradi l'integrità sessuale dei minori, contro qualsiasi pregiudizio ad un armonico sviluppo della loro personalità.

Ora, questo approccio di tipo teleologico, che enfatizza lo scopo della norma (scopo special-preventivo, si badi bene!) dovrebbe, più opportunamente, lasciare il passo a un'interpretazione di tipo sistematico, che si sforzi di interpretare le norme alla luce delle altre fattispecie incriminatrici, che congiuntamente e coerentemente devono convergere a comporre il sistema.

Si tratterebbe di un antidoto piuttosto efficace, rispetto alla punizione di fatti che ben poco hanno a che fare con la tutela di un bene giuridico afferrabile e meritevole di protezione penale.