

Massimo Melica
Presidente Centro Studi di Informatica Giuridica

I Computer's crime e la pedopornografia informatica: profili di diritto penale internazionale e di diritto interno in tema di repressione della pornografia infantile attraverso strumenti informatici e reti telematiche

1. Premessa 2. La Convenzione internazionale sul Cybercrime e la Decisione Quadro del Consiglio Europeo 3. Il panorama legislativo europeo 4. La repressione della pedopornografia informatica in Italia 5. L'adeguamento del diritto interno alle fonti internazionali. Profili ermeneutici problematici

1. Premessa

La tematica della criminalità informatica racchiude in sé fenomeni estremamente diversificati involgendo molteplici beni della vita oggetto di tutela da parte degli ordinamenti giuridici internazionali ed interni.

V'è innanzitutto un tipo di criminalità informatica che persegue a finalità patrimoniali attentano i diritti della personalità e della proprietà dei consociati; v'è poi un tipo di criminalità connesso all'uso illecito delle tecnologie della comunicazione digitale finalizzato al perseguimento di ulteriori finalità delittuose. Entrambi queste categorie di illeciti informatici sono spesso collegate all'agire della criminalità informatica.

Un ulteriore filone della criminalità informatica attiene all'uso illecito o comunque non corretto delle tecnologie da parte degli utenti generalmente considerati, avulsi da ogni organizzazione, quali professionisti, studenti, impiegati etc. Altri aspetti dei computer crimes investono le tematiche legate alla tutela della proprietà intellettuale ed industriale nel web; le problematiche intorno alla responsabilità dei providers e degli altri intermediari della comunicazione telematica; i profili dei comportamenti illeciti in materia di commercio telematico; gli illeciti consumati in danno della riservatezza delle comunicazioni telematiche e dei dati personali degli utenti; l'uso illecito dei servizi forniti dagli Internet service providers e molteplici ulteriori aspetti.

Scopo del presente lavoro è quello di affrontare le tematiche connesse ai reati informatici aventi ad oggetto lo sfruttamento commerciale o comunque l'utilizzazione di materiale di natura pornografica relativo a minori, partendo dalle specifiche previsioni sul punto contenute nella convenzione

internazionale sul Cybercrime, menzionando alcune fra le più significative esperienze normative europee sul tema e focalizzando particolarmente l'attenzione sul diritto interno.

2. La Convenzione internazionale sul Cybercrime e la Decisione Quadro del Consiglio Europeo

Intorno alla fine degli anni ottanta, per dare attuazione alle raccomandazioni comunitarie in tema di criminalità informatica, nonché al fine di ratificare anche nel nostro paese gli accordi di Schengen in tema di società dell'informazione, è iniziato un dibattito parlamentare che ha portato all'approvazione di un testo normativo organico in tema di computer crimes, la legge n. 547/93, che ha modificato ed innovato significativamente numerosi aspetti del codice penale e di procedura penale.

Gli accordi di Schengen, in particolare, furono ratificati con la legge 30 settembre 1993 n. 388, e prevedevano la liberalizzazione delle frontiere tra gli Stati aderenti, ma esigevano che da tutti gli Stati aderenti emanassero una normativa penale tale da assicurare una doppia incriminazione, e quindi una condizione di reciprocità necessaria per la mutua assistenza penale fra gli stati membri. In tale contesto prese vita la legge n. 547/1993, che introdusse per la prima volta i reati informatici nel nostro ordinamento giuridico attraverso una legge sistematica.

Le precedenti esperienze legislative in tema di reati informatici erano state infatti settoriali ed episodiche, concretizzatesi sovente nell'utilizzazione della norma penale unicamente come strumento sanzionatorio di precetti contenuti in norme di natura extrapenale.¹

Successivamente alla novella del 93, nuovi interventi normativi di natura penale sono entrati a far parte del nostro ordinamento giuridico per disciplinare fattispecie connesse con l'utilizzazione di strumenti e tecnologie informatiche e telematiche.

Tali interventi si sono concentrati prevalentemente intorno a tre filoni principali: la disciplina del trattamento dei dati personali, la tutela della proprietà intellettuale e del diritto d'autore, la lotta allo sfruttamento della prostituzione e della pornografia in danno di minori.

L'utilizzazione della norma penale in questi settori ha posto anche problematiche di natura dottrinale intorno all'individuazione dei beni giuridici protetti dal legislatore, le modalità di offesa e gli stessi

¹ È il caso ad esempio del D.L. 21 marzo 1978, n. 59 convertito in legge 18 maggio 1978 che ha introdotto la modifica all'art. 420 c.p. relativamente all'incriminazione per gli attentati ad "impianti...di elaborazione dati"; oppure al D.L. 3 maggio 1991, n. 143 convertito in legge 5 luglio 1991, n. 197 in tema di frodi ed abusi aventi ad oggetto carte di credito e bancomat; od ancora all'art. 2, comma 7, Legge 26 gennaio 1983, n. 18 (oggi tuttavia abrogato) relativo alle manomissioni ed alterazioni di registratori di cassa o c.d. misuratori fiscali. Sul punto v. *amplius* L. PICOTTI, *Internet e diritto penale: il quadro attuale alla luce dell'armonizzazione internazionale*, in *Dir.Internet*, 2/2005, 190

soggetti passivi della norma, tematiche non sempre di agevole soluzione come è stato spesso evidenziato.²

In questa sede, come detto, affronteremo prevalentemente le tematiche connesse all'ultimo dei filoni poc'anzi descritti riguardante la pornografia minorile. Per affrontare questo argomento non possiamo che prendere le mosse dalla legge 3 agosto 1998, n. 269, "Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù". La legge, in adesione ai principi della Convenzione sui diritti del fanciullo, ratificata ai sensi della legge 27 maggio 1991, n. 176, e a quanto sancito dalla dichiarazione finale della Conferenza mondiale di Stoccolma, adottata il 31 agosto 1996, persegue la tutela dei fanciulli contro ogni forma di sfruttamento e violenza sessuale a salvaguardia del loro sviluppo fisico, psicologico, spirituale, morale e sociale, costituisce un intervento normativo per certi versi innovativo nel panorama internazionale. Diverse sue disposizioni, infatti, ha svolto una indubbia funzione di stimolo per la costituenda convenzione internazionale sul cyber-crimine, in particolare quelle parti della legge che si occupavano della repressione della pedo-pornografia che si attui mediante l'utilizzazione di strumenti e tecnologie informatiche e telematiche.

Prima di addentrarci nell'analisi della disciplina italiana, continuiamo a volgere lo sguardo sugli sviluppi internazionali che hanno portato alla stipula della Convenzione.

Intorno alla fine del 1996, il Comitato Europeo per i Problemi Criminali, costituito in seno al Consiglio d'Europa dava vita ad un collegio di esperti avente come finalità la stesura di una bozza di convenzione internazionale per contrastare la criminalità all'interno dello spazio virtuale dell'internet, lavorando a questo testo dal 1997 fino al 2001.

Il primo intervento organico a livello sovranazionale in materia di computer crimes si ha con la Convenzione internazionale per la lotta alla cibercriminalità del 2001, adottata dai paesi membri del Consiglio d'Europa ed i loro partner (Stati Uniti, Canada, Giappone, Repubblica Sudafricana).

La particolarità della Convenzione è di tutta evidenza. Essa non si limita a dettare disposizioni e raccomandazioni agli stati riguardo gli illeciti al suo interno descritti (fattispecie definite dalla dottrina

² Sul punto richiamiamo le parole del Picotti «*Quanto ai beni giuridici protetti, mentre nelle fattispecie codicistiche essi sembrano facilmente enucleabili dalla stessa collocazione dei fatti tipici che li offendono, affiancati a quelli più simili già prima vigenti, distinguendosene soprattutto per le nuove modalità di lesione od i diversi soggetti passivi su cui le condotte ricadono, negli altri reati informatici, in cui la norma penale si limita sostanzialmente a stabilire le sanzioni, rinviando per il precetto, o per fondamentali elementi del fatto tipico, alle specifiche discipline extrapenali cui accedono, talora anche a provvedimenti concreti delle autorità amministrative competenti alla vigilanza e regolamentazione in dettaglio di singole situazioni o parti della materia (si pensi soprattutto al Garante della privacy, ma anche alla SIAE, ecc.) la determinazione dei beni giuridici appare molto più incerta ponendosi a cavallo fra interessi sostanziali tutelati dal complesso sistema(...) e la mera osservanza delle statuizioni extrapenali ovvero la tutela delle funaioni delle menzionate autorità competenti alla gestione e controllo dei rispettivi settori*» Cfr. L. PICOTTI, *Internet e diritto penale...*, op. cit., 191

come reati informatici “propri” o “in senso proprio”³). La Convenzione è applicabile anche a tutti i reati comunque commessi attraverso l’utilizzo di un sistema informatico, o per il suo tramite, nonché tutti i reati che siano suscettibili di essere dimostrati attraverso materiale probatorio raccolto in forma elettronica⁴.

Lo scopo precipuo della Convenzione di Budapest del Consiglio d’Europa sulla cybercriminalità era quello di assicurare una cooperazione internazionale rapida e d’efficace nella lotta alla criminalità perpetrata attraverso strumenti informatici mediante l’incriminazione, da parte degli stati membri, dei comportamenti descritti nella Convenzione medesima. Fra questi, ricordiamo le figure più paradigmatiche di computer’s crime quali l’accesso abusivo, l’intercettazione illegale, il danneggiamento di dati e sistemi informatici, la frode informatica, la falsificazione informatica, la violazione della proprietà intellettuale, e, naturalmente, la pedopornografia.

In secondo luogo la Convenzione era finalizzata all’adozione di poteri processuali necessari per approntare efficacemente una strategia repressiva di comportamenti violativi dei precetti in essa elencati, sempre tramite attività coordinate e collaborative fra i vari stati firmatari⁵.

Torneremo in seguito sull’applicazione della Convenzione nel nostro ordinamento giuridico, nell’ultimo paragrafo.

Per il momento insistiamo nell’analisi della disciplina dedicata alla pedofilia da parte della Convenzione di Budapest.

L’art. 9, dedicato alle ipotesi di diffusione di pornografia minorile è collocato all’interno del titolo III della Convenzione sul Cybercrime, a sua volta dedicato ai reati la cui antiggiuridicità è riferibile al rispettivo “contenuto”. Vengono previste differenti ed articolate fattispecie che sono suscettibili di avere ad oggetto materiale pedopornografico, le condotte ivi descritte vengano sanzionate laddove poste in essere “intenzionalmente” e “senza diritto”.

³ La distinzione è propria di diversi autori, anche se un particolare accento viene posto sulla difficile riconduzione delle fattispecie di reato individuate dal quadro normativo dei computer’s crime all’interno di una descrizione omogenea e sistematica, cara alla dottrina giuridica di derivazione post-codicistica, mentre appare molto più proficuo uno studio casistico delle varie figure delittuose sulla scorta della tradizione giuridica anglosassone. Cfr. G.PICA, *Diritto penale delle tecnologie informatiche*, Torino, 1999, 16, G. CORBUCCI, *Informatica e criminalità con particolare riferimento ai reati propriamente informatici*, in *Riv. Polizia*, 1987, 145 e L. PICOTTI, *Internet e diritto penale...*, op. cit, 197

⁴ Il testo della Convenzione e della relazione di accompagnamento nelle due lingue ufficiali (inglese e francese) è visionabile dal sito del Consiglio Europeo www.coe.int, presso il quale è possibile altresì la relazione accompagnatoria, *Rapport Explicatif* allegata alla Convenzione medesima. Il testo in italiano della Convenzione è disponibile, in una versione non ufficiale, in calce all’opera di C. SARZANA, *Informatica, Internet e diritto penale*, 2^a ed., Milano, 2003

⁵ La Convenzione è diventata esecutiva l’1 luglio 2004, essendo stata ratificata da 5 stati, mentre è stata poi sottoscritta anche da altri paesi per un totale di 42, alla data del 8 giugno 2005. Cfr. amplius, C. SARZANA DI SANT’IPPOLITO, *Sicurezza informatica e lotta alla cybercriminalità: confusione di competenze e sovrapposizione di iniziative amministrative e legislative*, in *Dir. Internet*, 5/2005, 440

V'è poi un'ulteriore distinzione fra fattispecie senz'altro sanzionabili e fattispecie per le quali gli stati godono di c.d. diritti di riserva, avendo stabilito in sede di Convenzione di residuare la discrezionalità legislativa sulla punibilità di tali condotte nell'ambito del diritto interno.

Non possono costituire oggetto di opzioni o riserve ad opera degli stati membri la punibilità delle condotte che consistano nella produzione di pornografia minorile in vista di una sua diffusione tramite un sistema informatico (art. 9, comma 1, lett. a) e la diffusione o la trasmissione di pornografia minorile tramite un sistema informatico (art. 9, comma 1, lett. c).

La particolare offensività di tali condotte ha fatto sì che venisse stabilita la loro punibilità anche quando assurga a livello di tentativo di reato e non di reato consumato, senza alcuna possibilità, come già detto, di diversa previsione sul punto da parte degli stati aderenti in sede di recepimento.

Ulteriori ipotesi di incriminazione obbligatoria, anche se non necessariamente nelle forme del tentativo, sono quelle attinenti alla offerta o messa a disposizione di materiale pornografico minorile (art. 9, comma 1, lett. b). Tali fattispecie si attagliano perfettamente al mondo dell'internet, dove la collocazione di materiale pedopornografico all'interno di siti web o di piattaforme per il filesharing realizza appunto i requisiti delle ipotesi incriminatrici⁶.

Un ulteriore settore di fattispecie penali, le cui incriminazioni sono tuttavia suscettibili di riserva da parte di ciascun stato aderente (e per le quali non è prevista la punibilità a titolo di tentativo) riguardano le ipotesi consistenti nel "procurarsi o procurare" ad altri materiale pornografico minorile (art. 9, comma 1, lett. d) e nel "possedere" pornografia minorile in un sistema informatico o in un mezzo di memorizzazione di dati informatici (art. 9, comma 1, lett. e).

Problemi di non poco profilo solleva invece la stessa nozione di pornografia minorile, così come emerge dal testo della Convenzione. In base al disposto del comma 2 del ricordato art. 9, per pornografia minorile si intende "qualsiasi materiale pornografico che rappresenti visualmente un minore impegnato in un comportamento sessualmente esplicito. Per "minore" si intende invece una persona di età non superiore a 16 anni, e, salvo diversa opzione, comunque minore di anni 18, come previsto anche dall'art. 1 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dei fanciulli (art. 9, comma 3).

⁶ Come giustamente ricordato tali ipotesi risultano di particolare interesse per il giurista informatico «perché considera in modo specifico le modalità di circolazione dei dati in internet e nelle reti telematiche, che si realizza attraverso la loro "messa a disposizione" in siti o spazi accessibili agli interessati, facoltizzati a scaricarli (download) su propri computer e supporti o comunque a visualizzarli. In tal modo la Convenzione stabilisce una sostanziale equivalenza di tali ipotesi con quelle di "diffusione" e "trasmissione" diretta dei dati, salvo per quanto concerne la mancata previsione della punibilità a titolo di tentativo, considerata evidentemente assorbita dall'anticipazione del momento consumativo già con l'incriminazione autonoma della "messa a disposizione".» Cfr. L. PICOTTI, *Internet e diritto penale...* op. cit., 202

In particolare, la nozione di “pornografia minorile”, salvo ulteriori riserve degli stati aderenti, include sia la pornografia “apparente” (art. 9, comma 2, lett. b) che quella “virtuale” (art. 9, comma 2, lett. c).

Per pornografia apparente si intende ogni tipo di materiale ritraente una persona che appaia come un minore impegnato in comportamenti sessualmente espliciti, mentre nella nozione di pornografia virtuale possono rientrare anche immagini realistiche che rappresentino un minore impegnato in comportamenti sessualmente espliciti, anche qualora il minore in realtà non esista o non abbia mai praticato tali attività (condotta, questa, che si attaglia perfettamente al mondo informatico ove frequenti e agevoli possono diventare le manipolazioni di immagini o filmati tramite appositi software).

Tali ultime due condotte sono state oggetto di forte dibattito in dottrina, in particolare riguardo i profili attinenti all'apparenza o alla verosimiglianza del minore ritratto all'interno di materiale pornografico, in quanto esposte ad un'eccessiva soggettivizzazione nell'interpretazione ed applicazione della norma ad opera delle autorità giudicanti ed inquirenti⁷.

Ancora più pregnanti appaiono i precetti in tema di pornografia minorile dettati da un'altra fonte sopranazionale, di natura strettamente continentale, ovvero dalla *Decisione Quadro 2004/68/GAI del Consiglio dell'Unione Europea del 22 dicembre 2003, relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile*⁸.

Secondo questa Decisione Quadro si deve intendere per

- a. “bambino”: una persona d'età inferiore ai diciotto anni;
- b. “pornografia infantile”: materiale pornografico che ritrae o rappresenta visivamente:

⁷ Sul punto menzioniamo le perplessità del Pica, il quale da diverso tempo metteva in guardia dalle applicazioni e dalle conseguenti aberrazioni della norma penale nei casi di semplice apparenza di età minore anche nei casi in cui il soggetto ritratto sia invece maggiorenne, laddove il detentore di materiale pornografico adulto pone in essere una condotta, quand'anche moralmente riprovevole, giuridicamente lecita ed irreprensibile. Cfr. G.PICA, *Diritto penale delle tecnologie...*, op. cit. 251 e ss.. Anche altra dottrina aveva sostenuto «si tratta di definizioni che porterebbero a configurare quale materiale pornografico anche la rappresentazione di un soggetto che minore non è, ad es. un nano che (...) rientrerebbe nel concetto di “persona reale che sembra un bambino” o allorquando l'immagine è frutto di manipolazione informatica (“immagini realistiche di bambino inesistente”)» Cfr. P.BALDIERI, *Sulla detenzione di materiale pedopornografico all'interno del computer. Commento a Trib. Brescia, Sez. II, 24 maggio 2004, n. 1619, in Dir. Internet, 1/2005, 61*

⁸ Il Consiglio d'Europa, nonostante avesse in precedenza sollecitato gli Stati membri dell'Unione Europea a sottoscrivere e ratificare la Convenzione di Budapest, ha approvato una propria ulteriore Decisione Quadro (2005/222/GAI) relativa agli attacchi contro i sistemi di informazione. «Ad un primo esame, le previsioni di cui sopra (di quest'ultima Decisione Quadro n.d.r.) appaiono affastellate e generiche rispetto a quelle della Convenzione di Budapest che presenta un quadro normativo molto più dettagliato e preciso, tale quindi da indirizzare concretamente il legislatore nazionale». Quanto invece alla Decisione Quadro 2004/68/GAI, secondo quanto riportato dalla relazione introduttiva del Disegno di Legge n. 4599 dal titolo “Disposizioni in materia di lotta contro lo sfruttamento sessuale di bambini e la pedopornografia anche a mezzo di Internet”, predisposta dal Ministero per le pari opportunità, «all'epoca della presentazione in Parlamento del disegno di legge 4599, tale Decisione era stata in realtà già approvata». Cfr. C. SARZANA DI SANTI'IPPOLITO, *Sicurezza informatica...* op. cit, 443

- un bambino reale implicato o coinvolto in una condotta sessualmente esplicita, fra cui l'esibizione lasciva dei genitali o dell'area pubica;
- una persona reale che sembra essere un bambino implicata o coinvolta nella suddetta condotta di cui al punto che precede;
- immagini realistiche di un bambino inesistente implicato o coinvolto nella suddetta condotta.

Secondo tale Decisione Quadro, quindi, anche le immagini virtuali – purché realistiche - di un minore *“implicato o coinvolto in una condotta sessualmente esplicita, fra cui l'esibizione lasciva dei genitali o dell'area pubica”* assumono penale rilevanza.

3. Il panorama legislativo europeo

In ambito internazionale la questione della pedofilia, unitamente a quella della pedo-pornografia praticata e/o fruite attraverso internet vengono affrontate in maniera sostanzialmente omogenea, anche con riferimento a condotte previste dalla Convenzione ma oggetto di diritto d'opzione per i singoli stati.

Confrontando le legislazioni di 22 stati europei⁹ emerge come soltanto Cipro e Repubblica Ceca non abbiano ancora adottato una specifica legislazione in tema di pornografia infantile, per quanto, in tutti gli stati oggetto di rilevazione sussistono apposite sanzioni penali volte a punire la produzione di materiale pedopornografico e la sua diffusione.

Alcune puntualizzazioni risultano invece opportune riguardo il mero possesso di materiale pornografico ritraente soggetti minori, attività che, come detto, costituisce un diritto di opzione ad opera degli stati aderenti.

Orbene, soltanto in due stati, ovvero nella già menzionata Repubblica Ceca ed in Lettonia, tale possesso non viene penalmente sanzionato, sia pure con taluni distinguo. In particolare, nel paese baltico stanno per essere approvati alcuni emendamenti al codice penale che affronteranno il problema della detenzione di materiale pornografico ritraente fanciulli, considerandola come una condotta penalmente rilevante.

⁹ Sotto questo profilo appare utile utilizzare i risultati di un recente lavoro condotto dal gruppo Eurogol Public Information, pubblicati all'interno del sito http://www.criminologia.org/articoli_pdf/pedofilia_pdf/Child%20Pornography%20legislation%20ANEX%20Public.pdf. (nel lavoro non sono contemplati gli ordinamenti dell'Irlanda, Lussemburgo e Portogallo, mentre sono oggetto di analisi quelli di Austria, Belgio, Cipro, Repubblica Ceca, Danimarca, Estonia, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Ungheria, Italia, Lettonia, Lituania, Malta, Olanda, Slovacchia, Slovenia, Spagna, Svezia e Regno Unito)

Nella Repubblica Ceca, invece, il possesso di tale materiale viene considerato un crimine soltanto se accompagnato dallo scopo di distribuire, trasmettere, diffondere in pubblico, produrre, importare, far transitare, od esportare il materiale pedopornografico in parola, come previsto dalla legge n. 140/1961 e dall'art. 205 del codice penale.

In Slovenia il possesso è punibile soltanto se vi è la prova dello scopo della diffusione del materiale pedofilo, mentre in Estonia possesso e distribuzione non sono considerate condotte punibili se i bambini ritratti sono maggiori di anni 14.

Un particolare discorso merita il Belgio, nazione che fino a pochi anni fa vantava il non certo lusinghiero primato del 60% della popolazione carceraria detenuta per violenza sessuale o comunque con precedenti per atti di tale tipo. Nella nazione fiamminga è prevista l'istituzione di pene anche di natura corporale come la sterilizzazione o la castrazione, anche se si tratta di misure di scarsa, se non proprio irrilevante, applicazione¹⁰.

Lo stesso ordinamento belga contempla pene decisamente severe per chi esibisca, venda, distribuisca noleggi, abbia curato rappresentazioni, oggetti, film, fotografie o diapositive o altri media visivi che ritraggano minori infra sedicenni, prevedendo alla reclusione unitamente ad una sanzione pecuniaria. Sono previste inoltre sanzioni (reclusione da un mese ad un anno e sanzione pecuniaria) anche per chi distribuisca o diffonda annunci a scopi sessuali con soggetti minorenni per mezzo di un servizio di telecomunicazioni (§ 2, dell'art. 380 del codice penale).

Osservando invece l'ordinamento della **Francia** possiamo rilevare come la nazione transalpina abbia previsto diverse disposizioni, all'interno del proprio codice penale, in materia di pedopornografia informatica o telematica. L'art. 227-26 del codice penale prevede la reclusione sino a 10 anni e la multa fino a 150 mila euro per coloro che (punto n. 5) mettano il minore in contatto con trasgressori attraverso l'uso di un sistema di telecomunicazioni, attraverso i quali avvenga la diffusione del messaggio verso un novero indeterminabile di pubblico. L'acquisto, la registrazione e la trasmissione di immagini di minori ritratti in atteggiamenti pornografici sono punite con la reclusione sino a 3 anni e la multa di 45.000 euro, sanzioni elevate a 5 anni di reclusione e 75.000 euro di multa per coloro che diffondano tali immagini all'interno di un network aperto suscettibile di farle pervenire ad un numero illimitato di destinatari (art. 227-23, §3 codice penale). Apposite disposizioni sono state dettate

¹⁰ Come sostenuto attentamente in dottrina a proposito del "caso belga", «è vero che si tratta di una pena che di solito non viene pronunciata, ma alcuni avvocati hanno sollevato l'inquietante considerazione che deriva dal fatto di sapere che si tratta di una misura che potrebbe comunque essere posta, con l'accordo dell'accusato, tra le prescrizioni della probatione o come un forma altra di probation (sospensione condizionale della pena, o altro regime sanzionatorio non detentivo n.d.r.)» cfr. P. BALBO, *Pedofilia, un primo approccio internazionale*, in Cass. Penale, 2004, 2167

riguardo i tentativi di corruzione di minori infra quindicenni che avvengano attraverso messaggi destinati ad una platea potenzialmente illimitata di destinatari, nonché attraverso una rete di telecomunicazioni, prevedendo a tal fine la reclusione sino a 7 anni e la multa di 100 mila euro (art. 227-22).

Per il legislatore tedesco, dal canto proprio, la finalità principale della norma penale in tema di pedo pornografia è prevedere, da un lato, che i minori non vengano ritratti all'interno di materiali, scritti o rappresentazioni di natura pornografica, dall'altro che comunque venga impedito che, all'interno di un servizio di telecomunicazioni o di un'attività commerciale destinata indistintamente al pubblico, anche i minori possano avere accesso alla pornografia.

Il Codice criminale tedesco prevede alcuni articoli interessanti sotto il profilo delle sanzioni in tema di pedo pornografia on line. La sezione 184 del codice detta sanzioni in relazione a "scritti" che abbiano contenuto pornografico ritraente minori, intendendo per tali, tuttavia, anche immagini, rappresentazioni statiche, fotografie etc. La successiva sezione 184b punisce con la reclusione da sei mesi a dieci anni (aumentabili sino a dodici) coloro che diffondano, acquistino, o posseggano "scritti" relativi a materiale pornografico che coinvolgano minori. L'ulteriore sezione 184c, ancor più esplicitamente, punisce la diffusione di rappresentazioni pornografiche (non "scritti" in senso proprio) che avvengano via radio, servizi multimediale e televisioni, con le stesse sanzioni previste per gli "scritti" pornografici, a meno che non vengano predisposti adeguati accorgimenti finalizzati a far sì che i minori non accedano a tali contenuti.

Prendendo in rassegna l'ordinamento penale inglese, per i profili che qui rilevano, osserviamo come nel maggio del 2004 sia entrato in vigore il Sexual Offences Act che ha modificato il Protection of Children Act del 1978 ed il Criminal Justice Act del 1998 con diverse norme dettate in tema di pornografia minorile.

In base alla prima delle due normative citate, viene considerata un'offesa contro la persona ottenere, o agevolare l'ottenimento, o la realizzazione di fotografie o pseudofotografie indecenti di fanciulli (intendendo persone al di sotto di anni 18), nonché la loro distribuzione, la loro messa a disposizione in pubblico, la diffusione o la detenzione finalizzata alla distribuzione e la pubblicazione (sezione 1). Anche il Criminal Justice Act prevede disposizioni similari, precisando che oggetto di sanzione non sono soltanto le immagini ma includano anche i film. Per liberarsi dalla responsabilità prevista dalla legislazione criminale, la sezione 160 del Criminal Justice Act, così come emendato dal Public Order Act del 1994, detta alcune disposizioni utili in tema di pedo-pornografia informatica.

In particolare l'agente, per dimostrare l'irrelevanza penale della propria condotta deve provare una delle tre circostanze: che possiede una legittima giustificazione per il possesso di materiale pedopornografico; che pur possedendolo non l'aveva mai visto, non immaginava né aveva ragione di sospettare quale fosse il suo contenuto; che il materiale pornografico minorile gli sia stato inviato senza una sua preventiva richiesta, o che comunque non l'abbia detenuto per un tempo irragionevole.

4. La repressione della pedopornografia informatica in Italia

Il Legislatore italiano ha disciplinato il fenomeno della pornografia minorile ben prima dell'approvazione della Convenzione di Budapest del 2001, con la promulgazione della legge n. 269 del 3 agosto del 1998 recante *“Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù”*.

Con questa legge il nostro ordinamento ha modificato il codice penale in adesione ai principi della Convenzione sui diritti del fanciullo, ratificata ai sensi della legge 27 maggio 1991, n. 176, e a quanto sancito dalla dichiarazione finale della Conferenza mondiale di Stoccolma, adottata il 31 agosto 1996. Come recita l'art. 2 della legge «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».

A tal fine nella sezione I del capo III del titolo XII del libro secondo del codice penale, dopo l'articolo 600 sono inseriti gli articoli da 600-bis a 600-septies, introdotti dagli articoli 2, 3, 4, 5, 6 e 7 della detta legge.

In particolare nella *“Convenzione sui diritti del fanciullo”* sottoscritta nel 1989 a New York e ratificata con la legge 27 maggio 1991, n. 176, si affermava il diritto del bambino ad essere protetto contro ogni forma di comportamento idoneo a colpire il suo onore, la sua reputazione ovvero teso al suo sfruttamento sessuale.

Secondo l'art. 1 della Convenzione ONU sui diritti dell'Infanzia, *“bambino”* è *“ogni essere umano sino al compimento del 18° anno d'età”*. La *“pedopornografia”* (o *“pornografia infantile”*) viene definita, dal Protocollo Opzionale alla Convenzione ONU sui Diritti dell'Infanzia, come *“ogni rappresentazione, attraverso qualsiasi mezzo, di un minore impegnato in attività sessuali reali o simulate o qualsiasi rappresentazione di parti sessuali di un minore per scopi principalmente sessuali”*.

Il primo articolo del codice penale che si occupi precipuamente della repressione delle condotte aventi ad oggetto materiale pedopornografico è l'art. 600 *ter*, norma strutturata a più fattispecie collegate ad un medesimo precetto sanzionatorio.

Le condotte criminose individuabili dalla norma riguardano, rispettivamente, :

1. lo “sfruttamento” del bambino (inteso come il perseguimento di un qualunque profitto, anche non lucrativo, purchè idoneo ad apportare una qualche “utilità” all’agente);
2. la “realizzazione di esibizioni” (condotta integrabile anche da rappresentazioni sessuali dal vivo o realizzate tramite web cam ed immesse in Internet);
3. la “produzione di materiale pornografico” (intendendosi con ciò la realizzazione di immagini, scritti, suoni attinenti ad attività sessuali che vedano come protagonisti minori e che siano state successivamente immesse all’interno di un supporto materiale o di una rete di comunicazioni)

Il comma secondo dell’art. 600 *ter* prende invece in considerazione il vero e proprio commercio di materiale pornografico minorile, prevedendo la sanzione di tutte le attività svolte in forma sostanzialmente d’impresa che abbiano come oggetto il “commercio” (non già la mera vendita, ma anche il noleggio, il c.d. “file sharing”, lo scambio, la permuta) del materiale indicato nel comma 1 della norma.

Queste condotte vengono sanzionate con la pena della reclusione da 6 a dodici anni e con la multa da euro 25.822,00 a euro 258.228,00, pertanto a fronte di esse è previsto l’arresto obbligatorio in flagranza (alla luce dell’espresso disposto del comma 4 dell’art. 380 c.p.p.), sono consentiti il fermo di indiziato di delitto, l’applicazione di misure cautelari personali e sono reati procedibili d’ufficio, come tutti quelli previsti dalla norma in esame.

Con il successivo terzo comma il legislatore ha inteso invece sanzionare con misure leggermente più lievi ulteriori condotte: ed in primis la distribuzione del materiale pedopornografico. Per distribuzione s’intende, secondo alcuni interpreti, la diffusione fisica del materiale mediante l’invio ad un numero comunque determinabile di destinatari (laddove in caso di indeterminatezza del numero di destinatari è opportuno parlare più correttamente di “diffusione”, salvo quanto diremo nel periodo seguente), nonché la sua divulgazione e pubblicizzazione¹¹.

¹¹ Secondo l’interpretazione della Suprema Corte, (v. Cass. S.U. 4 gennaio 2000) salvo l’ipotizzabilità di altri reati, commette il delitto di cui all’art. 600 *ter* comma 1 c.p., chiunque impieghi uno o più minori per produrre spettacoli o materiali pornografici con il pericolo concreto di diffusione del materiale pornografico prodotto. «Spetterà al giudice accertare di volta in volta se ricorre il concreto pericolo di diffusione del materiale pornografico, facendo ricorso a elementi sintomatici della condotta, quali: l’esistenza di una struttura organizzativa anche rudimentale, atta a corrispondere alle esigenze del mercato dei pedofili; il concreto collegamento dell’agente con soggetti pedofili, potenziali destinatari del materiale pornografico; la disponibilità materiale di strumenti tecnici (di riproduzione e/o di trasmissione, anche telematica) idonei a diffondere il materiale pornografico in cerchie più o meno vaste di destinatari; l’utilizzo, contemporaneo o differito nel tempo, di più minori per la produzione del materiale pornografico (in questo senso la pluralità di minori impiegati non è 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; altri indizi significativi che l’esperienza può suggerire. Come già detto, ove non ricorra il reato di cui all’art. 600 *ter* comma 1 c.p., anche per l’inesistenza del pericolo di diffusione del materiale, può sussistere altra figura di reato, compresa quella di detenzione di materiale pornografico di cui all’art. 600 *quater* c.p.» Cfr. V.

Queste ultime due fattispecie richiedono che le condotte siano invece suscettibili di raggiungere una gamma imprecisabile di destinatari con cui gli agenti abbiano stabilito dei precisi rapporti di relazione tramite un mezzo di diffusione accessibile da una pluralità di soggetti quale, ad esempio, Internet (cfr. Cassazione penale sez. III, 24 agosto 2000, n. 2421).

Queste condotte vengono sanzionate con la pena della reclusione da uno a cinque anni, unitamente alla multa da 2.582,00 a 51.645,00 euro e consentono l'arresto facoltativo in flagranza nonché l'applicazione di misure cautelari personali. Non è invece applicabile la misura pre-cautelare del fermo di indiziato di delitto.

L'art. 600-ter comma 4 c.p., infine, delinea una ipotesi incriminatrice residuale, nella quale sussumere tutte le altre condotte di cessione, sia a titolo gratuito che oneroso, di materiale pornografico realizzato con lo sfruttamento sessuale di minori, che non possano essere ricondotte nelle fattispecie previste nei commi precedenti.

Occorre in tal caso riferirsi ai casi della cessione occasionale o sporadica, anche a titolo oneroso, attuata in favore di singoli e ben determinati soggetti, che non si inseriscano in una vera e propria attività di commercio o di indiscriminata diffusione a terzi, come la distribuzione, divulgazione o pubblicizzazione (cfr. Tribunale Torino, 2 aprile 2001).

Per queste condotte come sanzione è prevista la pena alternativa della reclusione fino a tre anni o della multa da euro 1.549,00 ad euro 5.164,00; per le ipotesi criminose descritte dal comma 4 dell'art. 600 *ter*, ovvero i casi di cessione anche a titolo gratuito di materiale pornografico fuori dalle fattispecie previste dai precedenti commi non sono consentiti l'arresto, il fermo di indiziato di delitto, né l'applicazione di misure cautelari personali e sono di competenza del tribunale in composizione monocratica, a differenza delle altre fattispecie del medesimo articolo che sono di competenza del tribunale in composizione collegiale.

Il successivo art. 600-quater prevede anch'esso, al pari delle fattispecie di cui al precedente articolo, come elemento soggettivo, il dolo generico che si realizza allorché l'agente detenga, disponga o si procuri materiale pedopornografico¹².

Il sistema si contorna con gli artt. 609 bis c.p.e seguenti che disciplinano i profili sanzionatori per chi commetta atti di violenza sessuale in danno di minori nonché atti di corruzione di minorenni,

MUSACCHIO, *Pornografia minorile, la Cassazione a sezioni unite fornisce l'interpretazione autentica dell'art. 600 ter c.p.*, in *Gir. Merito*, 2001, 1, 245

¹² Cassazione penale sez. III, 23 settembre 2003, n. 36390

stabilendo altresì tutta una serie di circostanze aggravanti in relazione ai delitti descritti, punibili, questi, a querela della persona offesa¹³. Infine pene particolarmente severe sono state dettate per coloro che organizzino iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile con reclusione da sei a dodici anni unitamente alla multa da euro 15.493,00 ad euro 154.937,00.

5. L'adeguamento del diritto interno alle fonti internazionali. Profili ermeneutici problematici

Secondo l'interpretazione della Suprema Corte, Sezioni Unite sentenza n.13/2000, «l'ordinamento appresta una tutela penale anticipata della libertà sessuale del minore, reprimendo quei comportamenti prodromici che, anche se non necessariamente a fine di lucro, ne mettono a repentaglio il libero sviluppo personale con la mercificazione del suo corpo e l'immissione nel circuito perverso della pedofilia». È possibile pertanto sostenere che i delitti in tema di pedopornografia siano preordinati alla tutela di beni giuridici individuabili nella "libertà sessuale" e nel "libero sviluppo della personalità" del minore.

Non a caso le norme in parola sono collocate nel Libro II. "Dei delitti in particolare" Titolo XII - Capo II "Dei delitti contro la libertà individuale" Sezione I "Dei delitti contro la personalità individuale"

Ebbene, questo quadro normativo, già di difficile esame ed inquadramento, tenderà a complicarsi allorchè verranno recepiti nel nostro ordinamento i contenuti della "Convention sur la cybercriminalité - Budapest, 23.XI.2001" e della "Decisione Quadro 2004/68/GAI del Consiglio dell'Unione Europea del 22 dicembre 2003, relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile".

In virtù dell'art. 9 della Convenzione di Budapest, il Legislatore nazionale dovrà, tra l'altro, procedere alla previsione di nuove fattispecie incriminatrici riguardanti i seguenti comportamenti dolosi, allo

¹³ La definizione di violenza sessuale è ricavabile dal disposto di cui all'art. 609-quater c.p. «Detta norma stabilisce che, in assenza di violenza o minaccia o abuso di autorità, il soggetto quattordicenne è libero di compiere atti sessuali, salvo che tali atti siano compiuti con l'ascendente, il genitore anche adottivo, il tutore, ovvero altra persona cui, per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia, il minore è affidato o che abbia, con quest'ultimo, una relazione di convivenza. In questi casi l'età del "consenso sessuale" è elevata ad anni sedici. Ma scende addirittura a tredici se gli atti sessuali vengono compiuti con soggetto infrasedicenne (o comunque di età che non superi di 3 anni quella dell'infraquattordicenne).

A questo punto è possibile trarre le prime sintetiche conclusioni:

- a. nell'attuale sistema penale nazionale non si distingue tra pornopedofilia e pornoefebofilia;
- b. l'attività sessuale compiuta con soggetti minori degli anni 13 costituisce sempre illecito penale;
- c. l'attività sessuale compiuta da o con soggetti minorenni ma validamente consenzienti è lecita ma costituisce illecito penale lo sfruttamento e la spettacolarizzazione di tali lecite attività nonché la produzione di supporti contenenti immagini di dette attività, la loro commercializzazione, la loro diffusione, la loro cessione e la loro detenzione.» Cfr. A.L. TANGA, *La "pornopedofilia informatica" prospettive e problematiche normative. Beni giuridici e "morphing", in Crimes & Computers*, 51, http://www.palazzochigi.it/GovernoInforma/Dossier/crimes_computers/Cartekka%20pdf%20crimes%20computers/delitti_e_computer_1_236.pdf

stato privi di apposita sanzione nel nostro ordinamento, a meno di non volere –inammissibilmente– applicare analogicamente le sanzioni previste dalla legge 269/98:

- a. la produzione di materiale pedopornografico suscettibile di diffusione attraverso sistemi informatici;
- b. l'offerta o la messa a disposizione di materiale pedopornografico attraverso sistemi informatici;
- c. a diffusione o la trasmissione di materiale pedopornografico attraverso sistemi informatici;
- d. il fatto di procurarsi o di procurare ad altri materiale pedopornografico attraverso sistemi informatici;
- e. la detenzione di materiale pedopornografico in un sistema informatico o in un supporto informatico.

A tali fini dovrà stabilirsi che la “pornografia infantile” comprende qualunque materiale pornografico rappresentante visivamente:

1. un minorenne coinvolto in un comportamento sessualmente esplicito;
2. una persona, che abbia le sembianze morfologiche di un minorenne, coinvolto in un comportamento sessualmente esplicito;
3. immagini realistiche che rappresentano un minore coinvolto in un comportamento sessualmente esplicito.

A fronte dell'emanazione delle citate Convenzione e Decisione Quadro, il Governo italiano ha approvato il Ddl Cdm 7.11.2003, poi un nuovo il DDL, Senato 3503, presentato in commissione giustizia della Camera il 23 gennaio 2006, che introduce sostanziali modifiche all'impianto normativo tuttora vigente rendendolo più rispondente ai parametri individuati in ambito di diritto internazionale e comunitario¹⁴.

In particolare, secondo il primo dei DDL considerati, il primo comma dell'art. 600-ter verrebbe così riscritto: “Chiunque, utilizzando minori degli anni diciotto, realizza esibizioni pornografiche o produce materiale pornografico ovvero induce minori di anni diciotto a partecipare ad esibizioni

¹⁴ L'Italia ha avuto non poche difficoltà nel recepire le fonti convenzionali sopranazionali ed adeguare il proprio ordinamento penale ai principi ed ai precetti contenuti nella Convenzione di Budapest e nella Decisione Quadro del Consiglio. L'elaborazione, infatti, di una normativa di ratifica della Convenzione fu affidata ad un Comitato Interministeriale composto dai rappresentanti di numerosi Ministeri che culminò i propri lavori con la redazione di un disegno di legge “ad hoc”. Ma in questo settore si sono verificate anche altre iniziative parallele. Ci riferiamo allo schema di ratifica della Convenzione di Budapest adottata dalla c.d. Commissione Nordico, istituita dal Ministro della Giustizia Castelli con l'incarico di rielaborare l'intero codice penale, e che aveva predisposto una bozza di modifica della parte speciale del codice penale relativa ai reati informatici che si andava a sovrapporre, con scarsa coordinazione, con lo schema di legge di ratifica già predisposta dalla Commissione nominata “ad hoc” per il recepimento della Convenzione di Budapest. Cfr. *amplius* C. SARZANA DI SANT'IPPOLITO, *Sicurezza informatica...op. cit.*, 442

pornografiche è punito con la reclusione da sei a diciotto anni e con la multa da euro 25.822 ad euro 258.228.”

L’art.600-quater, invece, reciterebbe: “Chiunque, al di fuori delle ipotesi previste dall’articolo 600 ter, consapevolmente si procura o detiene materiale pornografico realizzato utilizzando minori degli anni diciotto, è punito con la reclusione fino a tre anni e con la multa non inferiore a euro 1.549”.

Verrebbero introdotte due nuove rubriche all’art. 600 quater, ovvero: “600-quater 1. (Materiale pornografico prodotto utilizzando persone che sembrano essere minori) e 600-quater 2 (pornografia virtuale). Le disposizioni di cui agli articoli 600 ter e 600 quater risulterebbero applicabili anche se il materiale pornografico è prodotto utilizzando persone che, per le loro caratteristiche fisiche, hanno le sembianze di minori degli anni diciotto, ma la pena è diminuita di un terzo. “Salvo non costituisca altro reato” recita la nuova formulazione del DDL “non è punibile per i fatti di cui al primo comma chi produce il materiale pornografico ivi specificato, quando si dimostra che le persone utilizzate erano in realtà maggiorenni e la produzione non è destinata alla diffusione o alla cessione.¹⁵”

¹⁵ Come sottolineato da alcuni commentatori del DDL « A parte la scomparsa di ogni ipotesi qualificata da dolo specifico (la cui finalità è sempre costituita dalla delimitazione dell’alvo penale), va considerato che il Ddl in parola, se approvato, introdurrebbe nel nostro ordinamento - con gli artt.600-quater.1 e .2 - le fattispecie di “*morphing*” (fenomeno già considerato dalle legislazioni anglosassoni) e tralignerebbe la struttura delle attuali fattispecie sopra esaminate. In sostanza, venuto meno lo “sfruttamento” sostituito dall’ “utilizzo” dei minori, tutti i delitti in questione, oltre che di pura condotta, diverrebbero “senza offesa” o, al massimo, “con bene giuridico evanescente”. Delle due l’una: o si dovrà ritenere che il bene giuridico, sino ad ora rappresentato dalla “*libertà sessuale*” e dal “*libero sviluppo della personalità*” dei minorenni, è stato sostituito dal “*buon costume*” (e ciò appare possibile considerando che il “*buon costume*” è bene giuridico esplicitamente costituzionale poiché previsto dall’art.21, comma VI, Cost. secondo cui “*Sono vietate tutte le manifestazioni contrarie al buon costume*”, che rappresenta, contemporaneamente, la delimitazione all’altrettanto costituzionale “*diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero*”) o si dovrà ammettere che trattasi della reintroduzione di “reati senza vittima” a sfondo esclusivamente etico, con tutti i problemi filosofico-giuridici che tale categoria di reati comporta.» Cfr. A.L. TANGA, *La “pornopedofilia informatica”*, op.cit., 62