



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PADOVA

Sede Amministrativa: Università degli Studi di Padova

SCUOLA DI DOTTORATO DI RICERCA IN GIURISPRUDENZA

CICLO XXI°

LA REPRESSIONE PENALE DELLA PEDOFILIA: PROFILI COMPARATIVI

Direttore della Scuola : Ch.mo Prof. Francesco Gentile

Supervisore :Ch.mo Prof. Enrico Mario Ambrosetti

Dottoranda: Silvia Pizzeghello

INDICE

INTRODUZIONE	pag. 1
--------------	--------

CAPITOLO I

La normativa internazionale: dai diritti del “fanciullo” agli strumenti applicativi di contrasto della pedopornografia.

1. Il diritto internazionale dei minori: tra dichiarazioni di principio e convenzioni di settore	pag. 7
1.1.(Segue). Rassegna delle iniziative sovranazionali progressivamente adottate:	pag. 11
a) La Convenzione internazionale sui diritti dell’infanzia ONU del 1989. La questione dell’immediata cogenza delle fonti internazionali nella legislazione (penale) dei singoli Stati aderenti;	pag. 11
b) La dichiarazione finale della Conferenza mondiale di Stoccolma del 1996 sullo sfruttamento sessuale dei bambini a fini commerciali;	pag. 15
c) Orientamenti dell’Unione europea in materia di promozione e tutela dei diritti del bambino; in particolare, la Decisione Quadro 2004/68/GAI del 22 dicembre 2003 relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile;	pag. 17
d) La c.d. Convenzione sul <i>cybercrime</i> del Consiglio d’Europa adottata il 23 novembre 2001.	pag. 22
e) Le Raccomandazioni delle Istituzioni europee. In particolare la Risoluzione del Parlamento Europeo del 6 novembre 1997 sulla Comunicazione della Commissione circa la lotta contro il turismo sessuale riguardante i minori e il Memorandum relativo al contributo dell’Unione Europea all’intensificazione della lotta agli abusi sessuali contro i fanciulli.	pag. 27

f) Le recentissime proposte normative presentate al Parlamento Europeo in tema di intercettazione del circuito informativo sulla rete internet: limitazioni all'uso di internet per scambio di materiale pornografico e informazioni tra pedofili sulle vittime. pag. 38

2. Adozione di specifiche misure di contrasto: la pedofilia come forma di riduzione in schiavitù e tratta di esseri umani. Inserzione dello sfruttamento sessuale a pieno titolo nella Convenzione ONU del dicembre 2000 e dei suoi protocolli aggiuntivi sul crimine organizzato transnazionale. pag. 41

2.1. (Segue). La connessione tra la normativa sull'immigrazione clandestina e lo sfruttamento sessuale delle vittime-minori. pag. 44

3. La Decisione Quadro 13 giugno 2002/584/GAI relativa al Mandato d'arresto europeo: in particolare l'art. 2 co. 2 sullo sfruttamento sessuale dei bambini e "pornografia infantile" quale reato punito che dà luogo a consegna "indipendentemente dalla doppia incriminazione per il reato" pag. 46

4. Primo bilancio intermedio desumibile dall'analisi delle fonti internazionali volte a reprimere la pedopornografia: il reato di sfruttamento sessuale dei minori come ipotesi criminosa necessariamente transnazionale a vocazione universalistica, ontologicamente plurisoggettiva e ineludibilmente collegabile a fenomeni di criminalità organizzata. pag. 49

CAPITOLO II

La legislazione penale italiana contro lo sfruttamento sessuale del minore

1. L'adattamento della legislazione nazionale interna alla normazione sopranazionale al fine di tutelare penalmente l'intangibilità sessuale del minore: obblighi attuati e non attuati. pag. 53

2. Analisi delle ragioni che hanno condotto il legislatore italiano all'adozione della L. 3 agosto 1998 n. 269 - "*Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno dei minori quali nuove forme di riduzione in schiavitù*": esame dei lavori preparatori della legge. pag. 56

2.1. (Segue). Il significato del "preambolo" contenuto nell'art. 1 della L. 3 agosto 1998 n. 269 di raccordo immediato alla Convenzione ONU sui diritti del fanciullo e alla Dichiarazione finale della Conferenza mondiale di Stoccolma, nonché di riferimento immediato delle incriminazioni per pedopornografia al delitto di riduzione in schiavitù (art. 600 c.p.) pag. 56

2.2. (Segue). Le incriminazioni di prostituzione minorile, pedopornografia e turismo sessuale, come nuove forme di riduzione in schiavitù. pag. 59

2.3. (Segue). La controversia sull'esatta individuazione del concetto di riduzione in schiavitù nella giurisprudenza, e sue ripercussioni nei rapporti tra la fattispecie incriminatrice dell'art. 600 c.p. e quelle successive di cui agli art. 600 *bis* - 600 *septies* c.p.: in particolare la pronuncia delle Sezioni

Unite penali del 20 novembre 1996, Ceric, sulla nozione di riduzione in schiavitù. pag. 61

3. Superamento del principio di territorialità e incriminazioni in materia di pedopornografia. pag. 63

4. La sfera di tutela implicata nelle incriminazioni per pedopornografia e pedofilia: pag. 64

a) oggetto materiale della condotta: nozioni di “fanciullo” e “minori” (di anni 14, 16 o 18); pag. 64

b) la salvaguardia dello sviluppo fisico, psicologico, spirituale, morale e sociale del minore quale oggetto di tutela: bene giuridico finale o strumentale?; lo sfruttamento sessuale “a fini commerciali” e la tutela di beni strumentali quali “la società in genere” o “la moralità pubblica”; libertà individuale e della personalità individuale. pag. 65

4.1. (Segue). Conclusioni parziali sull’individuazione dell’ordine teleologico dell’oggetto di tutela: l’offesa all’intangibilità sessuale e allo sviluppo psico-fisico del minore come reato mezzo e il diritto delle vittime a non essere sfruttati sessualmente a fini commerciali come bene finale.

pag. 67

5. I protagonisti della vicenda delittuosa: il c.d. “detentore” del materiale pedopornografico: il piano del reato ostacolo; il “cliente”: il profilo problematico della possibile bilateralità dell’incriminazione; lo “sfruttatore”; il “provider”: profili di responsabilità per l’erogatore materiale del servizio telematico; la “vittima”: il fanciullo, il minore, problemi relativi al c.d. *error aetatis* e al consenso dell’avente diritto. pag. 69

6. Le singole incriminazioni, profili introduttivi e rapporti con la fattispecie generale di riduzione in schiavitù. pag. 77

6.1. La prostituzione minorile (art. 600 *bis* c.p.): in particolare, l'ipotesi speciale del compimento di atti sessuali con minore tra i quattordici e i sedici anni verso corrispettivo economico: i profili problematici della punibilità del cliente e del significato del compimento di atti sessuali con un minore e della controprestazione in denaro o altra utilità economica; altre circostanze aggravanti ed attenuanti (le più recenti introdotte dalla L.38/2006); pag. 78

6.2 La pornografia minorile (art. 600 *ter* c.p.): in dettaglio l'incidenza della nozione di pornografia nella struttura della fattispecie incriminatrice e l'ipotesi aggravante dell'ingente quantità del materiale; pag. 81

6.3 Detenzione di materiale pornografico (art. 600 *quater* c.p.): nello specifico, il significato del termine "consapevolmente", dolo intenzionale o diretto?; l'aggravante dell'ingente quantità del materiale; possibile illegittimità costituzionale della norma. pag. 89

6.4 Pornografia virtuale (art. 604 *quater.1* c.p.): il materiale pornografico come immagine virtuale quale oggetto della condotta incriminata: indeterminatezza, minima materialità dell'offesa o diritto penale dell'intenzione? Riflessi sul dolo; pag. 93

6.5. Turismo sessuale (art. 600 *quinqües* c.p.); pag. 103

6.6 Circostanze aggravanti ed attenuanti, confisca e pene accessorie; pag. 108

6.7. Disciplina nel caso di fatto commesso all'estero (art. 604 c.p.). pag. 114

7. Alcuni aspetti applicativi della legge: gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità e di merito su specifici punti problematici pag. 116

8. Inasprimento della tutela attraverso alcuni istituti processuali: pag. 120
- a) art. 8 l. 69 del 2005 sul Mandato d'arresto europeo pag. 124
- b) deroghe alla disciplina dell'arresto facoltativo e obbligatorio in materia di pedofilia e pedopornografia pag. 125
- c) casi di esclusione dal patteggiamento per determinate ipotesi di reato in materia di pedofilia e pedopornografia pag. 126

CAPITOLO III

La legislazione straniera in tema di prevenzione e repressione della pedofilia e della pedopornografia, con particolare riferimento all'ordinamento spagnolo

1. Esperienza giuridico-penale in tema di pedofilia negli ordinamenti nordamericani: Stati Uniti e Canada. pag. 127
- 1.1. Emersione di una serie di delicati problemi giuridici nella giurisprudenza delle rispettive Corti Supreme. Tra istanze di difesa sociale, tutela dei minori e garanzie costituzionali. pag. 127
- 1.2. (Segue). In particolare: la questione problematica della prevenzione e punizione della detenzione di materiale pedopornografico. pag. 132
2. La risposta preventivo-sanzionaria ai delitti di pornografia infantile nell'esperienza giuridica spagnola. Analisi dogmatica e criminologica. pag. 137
- 2.1 . I delitti di pornografia infantile nella legislazione spagnola: pag. 139

a)	nel codice penale spagnolo del 1995;	pag. 139
b)	nella “ <i>Ley Orgánica 11 30/4/1999</i> ” di riforma del codice penale	pag. 140
c)	nella “ <i>Ley Orgánica 15 25/11/2003</i> ”	pag. 141
2.2.	Il bene giuridico protetto tra libertà sessuale, dignità della persona umana, integrità sessuale o diritto allo sviluppo o ad una formazione adeguata, intimità e morale sessuale collettiva.	pag. 142
2.3.	I soggetti dei delitti di pedopornografia:	pag. 150
a)	identificazione del soggetto attivo, esegesi del termine pedofilo: tipologie e profili.	pag. 152
b)	le vittime: minori, incapaci, i fattori di rischio e i rapporti vittima / aggressore	pag. 157
2.4.	Le singole fattispecie incriminatrici:	pag. 163
a)	l’utilizzazione di minori di età o incapaci con finalità esibizionistica o pornografica a scopo commerciale (art. 189.1 lett. a) c.p.)	pag. 163
b)	traffico di pornografia minorile (art 189.1 lett. b) c.p.)	pag. 166
c)	le singole circostanze aggravanti (artt. 189.2 e 189.3 c.p.) introdotte in seguito alla Decisione Quadro n. 68/2004/GAI	pag. 167
d)	elemento soggettivo e forme speciali di manifestazione della fattispecie incriminatrice.	pag. 169
2.5.	Conclusioni sull’adeguatezza precettiva e sanzionatoria del sistema penale spagnolo in materia di pedopornografia in relazione agli obblighi internazionali: in particolare, l’ipotesi della pornografia virtuale.	pag. 174
3.	Casistica giurisprudenziale e prospettive <i>de lege ferenda</i> nelle misure di contrasto alla pedofilia e pedopornografia in Spagna.	pag. 177

4. Le altre legislazioni penali in materia di pedopornografia dei principali Stati europei. pag. 181

CONCLUSIONI

Alcune considerazioni di sintesi che emergono dalla comparazione tra vari sistemi giuridico penali che risultano dalla legislazione per la repressione dei fenomeni criminosi della pedofilia e della pedopornografia. Verifica della evoluzione delle iniziative della Comunità internazionale per contrastare detti crimini: dalla Conferenza internazionale di Stoccolma del 1998 a quella prossima di Rio de Janeiro del 2008. pag. 187

BIBLIOGRAFIA

pag. 195

INTRODUZIONE

Il fenomeno della pedopornografia ha assunto dimensioni preoccupanti, stando ai dati che provengono con ritmo incessante da tutte le organizzazioni internazionali del settore. Si tratta, infatti, di un segmento della criminalità che presenta due aspetti peculiari quanto alla sua gravità: da un lato, innanzitutto, le cifre numeriche degli episodi criminosi sono in costante aumento; dall'altro, inoltre, la sofisticazione degli strumenti utilizzati è sempre più elevata e costringe le istituzioni internazionali ad un'affannosa quanto complessa "corsa ad inseguimento" volta ad introdurre strumenti di contrasto realmente efficaci e dissuasivi.

Sotto il profilo general- e specialpreventivo la minaccia penale, ribadita ed incrementata dall'adozione di continue innovazioni nella legislazione penale della maggior parte degli Stati aderenti alle Organizzazioni internazionali, non sembra aver sortito alcun effetto circa un decremento delle manifestazioni criminose. Proprio l'Europa sembra, peraltro, l'epicentro assoluto di questo "mercato dell'orrore" ed in particolare l'Italia, specialmente nell'ultimo arco di tempo, ha acquisito un triste primato in materia. Dal recente rapporto mensile dell'Osservatorio internazionale sulla pedofilia *online* risulta che i consumatori italiani di pornografia minorile sono, addirittura, triplicati negli ultimi quattro anni, con un incremento del 188% già solo rispetto al 2004 – un arco di tempo molto ristretto che denota la gravità della degenerazione della società - ciò che pone l'Italia al quinto posto della triste classifica dei Paesi del mondo per ciò che concerne il consumo di materiale pedopornografico tramite internet. Queste cifre risultano da una sorta di censimento condotto negli ultimi dodici anni da associazioni di settore su un totale di 35.000 bambini, individuati su siti pedofili attraverso il costante monitoraggio della rete.

Molti altri dati risultano significativi sul punto.

Si pensi alla circostanza che organizzazioni italiane impegnate sul fronte di contrasto alla pedopornografia, solo nell'ultimo anno, hanno inoltrato alle autorità di tutto il mondo qualcosa come 37263 segnalazioni, vale a dire in media 850 alla

settimana, 122 al giorno, con una crescita del 21,56% rispetto al medesimo periodo dell'anno precedente.

Anche altri Paesi membri del G8 come Germania, USA, Russia, Regno Unito, Canada, Francia e Giappone, risultano essere, insieme all'Italia, i primi otto paesi "consumatori" di pornografia minorile, con una domanda che assorbe circa i tre quarti dei complessivi scambi mondiali, alimentando senza sosta il perverso circuito criminale di richiesta dei materiali e della loro produzione e distribuzione.

Anche altri Paesi, a sostenuto livello economico e sociale, come la Svizzera, la Spagna e l'Olanda presentano consistenti cifre numeriche di crimini questo tipo. Se si guarda, quindi, all'intensità e alla complessità di siffatti circuiti criminali, ne risulta con evidenza che "il mercato dell'orrore" ha nell'Europa il proprio epicentro assoluto: oltre il 90% dei bambini sfruttati è di razza europea, inoltre l'86% dei materiali pedofili è allocato in territorio europeo ed europei sono i due terzi dei "clienti".

Nel menzionato rapporto dell'Osservatorio sulla pedofilia, i dati numerici sono ricavati esclusivamente da siti con espliciti contenuti e materiali pedofili e pedopornografici segnalati dalle organizzazioni all'Interpol e alle polizie nazionali secondo le rispettive competenze e, per ciò che riguarda il nostro paese, all'Autorità giudiziaria e al Nucleo Investigativo Telematico. Il che fa pensare ad una probabile esistenza di un "mercato sommerso" il cui radicamento sulle reti telematiche e nei circuiti di interscambio tra pedofili potrebbe essere di dimensioni di assoluta consistenza.

Si traggono, inoltre, dall'osservazione di questi rapporti, nonché dalle denunce e dalle attività investigative, che il fenomeno della pedopornografia presenta connotati molto insidiosi per almeno due ordini di ragioni. Prima di tutto perché i protagonisti di queste vicende criminose, cioè i pedofili, appaiono come soggetti interamente integrati nella società, spesso di buon livello socio-economico e culturale, in grado di usare con la massima disinvoltura strumenti tecnologici. Non è un caso che i dati citati si riferiscano a Paesi del G8, quindi tra quella ristretta cerchia di Stati evoluti ed avanzati, e che il fenomeno criminoso sia in espansione nonostante gli sforzi volti a contrastarlo. Ciò denota la capacità

dei criminali di eludere le investigazioni e gli strumenti di contrasto. Si osserva, inoltre, che il fenomeno della pedopornografia presenta le caratteristiche della spinta tecnologia, della transnazionalità, nonché della sua capacità di inserirsi nel contesto della criminalità organizzata, dotata di strumenti per eludere le azioni dell’Autorità giudiziaria.

Transnazionalità, capacità di inserirsi in contesti di criminalità organizzata e alto livello tecnologico dei mezzi usati impongono la predisposizione di tecniche di tutela sempre più raffinate e mirate. Questo spiega la “sensibilità” che l’ONU e il Consiglio dell’UE hanno di recente manifestato nel tentativo di cercare nuove strade al fine di limitare il fenomeno, colpendo specialmente il suo circuito informativo che corre sui fili di internet, e attraverso lo scambio di materiale pedopornografico, sempre più sofisticato. Di tale esigenza si è reso conto anche il legislatore italiano, che, proprio in questo ambito, ha introdotto nel 2006 con la l. n. 38 la fattispecie incriminatrice di cui all’art. 600 *quater*.¹ sulla c.d. pornografia virtuale, disposizione che, peraltro, già manifesta in sé possibili margini di indeterminatezza, dato che l’oggetto della condotta incriminata risulta così smaterializzato da creare problemi applicativi in termini di tassatività della norma penale.

D’altra parte, la pedofilia produce “vittime invisibili” che vengono introdotte nel circuito criminale con forme di induzione difficilmente percepibili, “divorate” in uno spazio virtuale senza coordinate di luogo e di tempo, dove le stesse vittime, in una sorta di “sindrome di Stoccolma”, non collaborano a sufficienza con le autorità giudiziarie, data la scabrosità della materia e anche per il limitato sviluppo della maturità psico-sessuale delle vittime stesse. Circostanza che non consente una normale acquisizione delle prove nel processo penale, che anzi risulta in parte refrattario all’acquisizione di simili elementi prova, proprio in virtù della necessità di salvaguardare il delicato equilibrio psicologico del minore-vittima¹- la mente corre alla recentissima vicenda dei presunti abusi nei confronti dei bimbi della scuola di Rignano Flamino. Nel caso di incidente probatorio i fanciulli si vedono, infatti, costretti a rivivere esperienze dolorose e traumatiche senza poter beneficiare di un adeguato supporto psicologico e in un luogo diverso

¹ Sul punto cfr. PALERMO FABRIS E. e PRESUTTI A. (a cura di), *Diritto e procedura penale minorile*, vol. V del *Trattato di Diritto di famiglia*, diretto da ZATTI P., Milano, 2002, 1-41; 43-79.

dall'aula giudiziaria. Colpisce immediatamente il contrasto tra esigenze di salvaguardia della vittima che le garanzie costituzionali dell'imputato.

Non è un caso che una delle più eclatanti vicende giudiziarie degli ultimi anni in Italia – quella relativa al “delitto di Garlasco”- abbia fatto emergere quale possibile movente di quel grave crimine di omicidio, stando a quanto emerge dalle rischieste della pubblica accusa e della parte civile, proprio le tendenze pedofile dell'imputato, il quale, una volta scoperto dalla vittima, abbia violentemente reagito uccidendola. Prescindendo per ora dalla verifica sulla consistenza e praticabilità dell'ipotesi accusatoria, anche questo caso dimostra come il possibile autore del reato possa essere un soggetto di notevole livello di scolarità, perfettamente inserito nel contesto socio-economico, nonché appartenente ad un ceto agiato e normalmente alieno rispetto ad altri contesti criminosi.

Il fenomeno della pedofilia presenta, per giunta, una singolare asimmetria, poiché dalla parte dei carnefici sorge e si alimenta in contesti socio-economici di buon livello, mentre, per ciò riguarda in particolar modo il turismo sessuale e lo sfruttamento e la tratta dei minori su scala internazionale, attinge a minori provenienti da Paesi di basso livello economico; tanto che lo stesso legislatore italiano, ha disciplinato le fattispecie incriminatrici come ipotesi speciali di riduzione in schiavitù, evidentemente riflettendo sull'origine modesta sul piano culturale ed economico dei bimbi coinvolti in questo triste circuito criminale. Anche l'accostamento della pedofilia alla tratta di esseri umani, come detto, tradisce l'origine di degrado socio-economico da cui provengono le vittime del reato.

Si osserva, inoltre, che i fenomeni di pedofilia e pedopornografia hanno acquisito un carattere transfrontaliero che ha implicato il pieno inserimento del crimine all'interno di un contesto criminale organizzato e che detta criminalità presenta le caratteristiche di un'imprenditoria delinquenziale. Da questo punto di vista emblematico è il caso del c.d. turismo sessuale che, non a caso, il Legislatore definisce come ipotesi di criminalità finalizzata allo sfruttamento sessuale dei minori.

In quest'ultimo senso lo sfruttamento ha acquisito una evidente finalità commerciale, attirando così una serie di intermediari che servono per adescare le

vittime e soddisfare la perversa domanda di detto mercato dell'aberrazione sessuale. Stante l'esistenza di una crescente domanda di pedopornografia, differenti soggetti si pongono come componenti di un rete imprenditoriale che va dalle agenzie turistiche ai siti internet specializzati nella vendita di immagini e filmati pedopornografici. Lo scopo delle ultime riforme è quello di colpire questo indotto criminale in ossequio al principio che il crimine non può e non deve essere fonte di arricchimento per nessuno. A maggior ragione quando ciò avviene "sulla pelle" di vittime innocenti come i minori.

CAPITOLO I

La normativa internazionale: dai diritti del “fanciullo” agli strumenti applicativi di contrasto della pedopornografia.

1. Il diritto internazionale dei minori: tra dichiarazioni di principio e convenzioni di settore

Nel processo storico-giuridico che ha portato al riconoscimento dei Diritti dell'uomo come elemento fondante dell'ordinamento giuridico internazionale non è mancato un filone normativo che si è interessato precipuamente della tipizzazione dei diritti dei minori. La Comunità internazionale ha preso coscienza della necessità di dotarsi di un *corpus* di diritti del fanciullo quasi un secolo fa. Il primo progetto di redazione di una carta internazionale dei diritti del minore risale, infatti, agli Anni Venti del secolo scorso, sulla scorta della nascita di associazioni come *Save the Children Found* (la cui fondazione avvenne a Londra nel 1919 ad opera della filantropa Eglantyne Jebb). La “Dichiarazione dei diritti del fanciullo” redatta a Ginevra nel 1924 in seno alla Società delle Nazioni rappresenta il documento internazionale più risalente. Il contenuto della Carta attesta lo stato “embrionale” del processo di tipizzazione dei diritti dei minori, poiché si compone di solo cinque principi fondamentali rivolti ad assicurare le migliori condizioni per uno sviluppo sereno. I pilastri enucleati dalla Dichiarazione sono: il diritto a godere di un sereno sviluppo, all'attenzione, all'aiuto morale e materiale e all'educazione e formazione². Il tenore del

² Chapter 1. *Declaration of the Right of Child 1924*: “By the present Declaration of the Right of the Child, commonly known as the Declaration of Geneva, men and women of all nations, recognising that mankind owes to the child the best that it has to give, declare and accept it as their duty that, beyond and above all considerations of race, nationality or creed:

- I. The children must be given the means and requisite for it's normal development, both materially and spiritually;
- II. The Child that is hungry must be fed, the child that is sick must be helped: the child that is backward must be helped; the delinquent child must be reclaimed; and the orphan and the waif must be sheltered and succoured.
- III. The child must be the first to receive relief in time of distress;
- IV. The child must be put in a position to earn a livelihood and must be protected against every form of exploitation;

documento è il più generale possibile ed è ispirato ad una visione del fanciullo come risorsa futura per la comunità. Evidente è l'enfasi nell'*incipit* che parla di vero "debito", da saldare con le migliori risorse possibili, dell'umanità nei confronti dei minori³. L'*humus* politico dal quale nasce questa Dichiarazione è certamente ancora molto influenzato dalla tragedia della Prima Guerra Mondiale e sembra guardare più al passato che non al futuro. Ovviamente mancano riferimenti espliciti al tema della pedofilia, ma per l'analisi qui svolta il punto di maggior interesse è certamente il IV dove si condanna senza mezzi termini ogni forma di sfruttamento.

Il 10 dicembre del 1948 l'Assemblea generale delle Nazioni Unite approvò e proclamò la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, un testo rivolto a riconoscere espressamente i diritti e le libertà degli esseri umani nel quale vi è un solo articolo in cui si trova una menzione espressa dell'infanzia. L'articolo 25.2, infatti, significativamente attribuisce ai fanciulli e alla maternità un diritto ad una forma di attenzione e assistenza particolare, e che ogni tipo di minore, figlio legittimo o illegittimo che sia, ha diritto alla medesima protezione sociale. La Dichiarazione, in questo articolo, sottolinea il diritto ad ottenere una forma speciale di assistenza e appresta tutela diretta all'infanzia e indiretta alla maternità; spicca la totale mancanza di riferimenti alla paternità. All'articolo 26, invece, viene ribadito il diritto all'educazione, trattandone sia l'aspetto relativo alla possibilità di accesso, nonché gli scopi ai quali l'educazione deve tendere.

Affinché si abbia un nuovo documento internazionale dedicato ai minori occorre attendere il 1959 quando l'Assemblea generale delle Nazioni Unite provvide ad un aggiornamento della Carta del 1924. In particolare, la Dichiarazione del 1959 rappresenta il passo in avanti verso una concezione del minore come soggetto di diritto incapace di un esercizio autonomo di quel *corpus* di diritti che oramai gli era trasversalmente riconosciuto⁴. La volontà della Comunità Internazionale era quella di predisporre un documento che potesse rendere più vincolanti i principi, alquanto generici, previsti nella Carta del 1924.

V. *The child must be brought up in the consciousness that its talent must be devoted to the service of its fellow men.*

³ In tal senso anche FREEMAN, *Children's Rights a comparative Perspective*, Dartmouth, 1996, 1

⁴ VEERMAN, *The Rights of the Child and the Changing Image of Childhood*, Dordrecht 1992, 164

Si pensò a tre possibili soluzioni: riaffermare quanto previsto dalla scomparsa Società delle Nazioni facendo confluire il documento precedente nel corpo normativo delle Nazioni Unite, trasformare il documento in una Carta delle Nazioni Unite ampliando e aggiornando quanto disposto in precedenza ovvero redigere *ex novo* una Carta dei diritti del minore⁵. Fu votata a maggioranza la seconda soluzione. La Dichiarazione in esame, infatti, non fa altro che amplificare e specificare la portata e il contenuto di quei 5 principi enunciati dalla precedente Carta di Ginevra e introducendo il diritto alla protezione e all'unità familiare. In breve, i principi riguardano: (1) la non discriminazione; (2) Il diritto allo sviluppo fisico, morale, spirituale e sociale che deve essere favorito mediante la legge e qualunque altro strumento utile a tale scopo; (3) il diritto ad avere un nome ed una nazionalità, quindi un'identità; (4) il diritto di avere una casa, di beneficiare della sicurezza sociale, adeguata nutrizione e assistenza medica; (5) il diritto di avere un'educazione e di beneficiare dei trattamenti più adeguati ai loro bisogni e condizioni; (6) il diritto all'affetto, alla comprensione e, in quanto possibile, a crescere in un contesto familiare unito in condizioni di sicurezza morale e materiale; (7) il diritto ad un livello adeguato di scolarizzazione che deve essere gratuito, perlomeno a livello elementare; (8) essere tra le prime categorie sociali ad ottenere supporto e aiuto nei momenti di difficoltà; (9) il diritto ad essere protetto da ogni forma di abbandono e sfruttamento (l'Unione Sovietica propose anche l'abolizione di ogni forma di punizione corporale, ma non trovò un appoggio unanime); (10) Il diritto a non essere sottoposti a pratiche discriminanti sotto il profilo razziale, religioso⁶. La portata innovativa della Dichiarazione del 1959, rispetto alla precedente del 1924, è evidente, ciononostante risulta tuttavia impostata sul medesimo spirito vagamente antiquato di intendere il minore non come un soggetto autonomo, bensì come un mero soggetto meritevole di una particolare attenzione e cura in virtù della sua impossibilità ad autodeterminarsi⁷.

⁵ Per una ricostruzione più completa cfr. VAN BUEREN, *The International Law on the Rights of the Child*, Dodrecht Boston London, 1995, 8 ss.

⁶ FREEMAN, *op. cit.*, 2-3

⁷ Considerazioni di carattere generale sul profilo dell'autodeterminazione con riferimento al diritto alla salute sono svolte da PALERMO FABRIS, *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale. Profili problematici del diritto all'autodeterminazione*, Padova, 2000, *passim*.

Per giungere ad un più avanzato livello di normazione occorre attendere gli sviluppi apportati alla materia da parte di altre scienze sociali che teorizzeranno una nuova concezione del minore, più moderna, meno paternalista e rivolta a emancipare il minore rendendolo non solo portatore di diritti autonomi, ma anche consapevole del proprio *status* (il pensiero corre al c.d. “*Children’s Liberation Movement*”). L’approdo normativo sarà la Convenzione ONU sui diritti dell’infanzia del 1989, che per la sua importanza verrà trattata in un paragrafo specifico.

Dalla sommaria analisi di alcune delle principali Risoluzioni sul tema dell’infanzia sorte in seno alla Comunità Internazionale è possibile tracciare un primo bilancio relativo allo *status* del minore e alla sua definizione a livello di diritto internazionale. Non si può prescindere dal fatto che il concetto di “infanzia” sia un costrutto sociale, al pari di quello di “età adulta”. Pertanto la definizione del concetto non potrà che essere artificiale. Non si tratta di un mero esercizio classificatorio, bensì di uno strumento necessario per calibrare bene quale tutela apprestare e quali diritti e rimedi sono effettivamente applicabili a quei soggetti che possono inserirsi nella categoria di minori⁸. Il termine inglese “*child*”, il più ricorrente nei documenti di conio internazionalistico, è spesso definito mediante una comparazione negativa, ovvero è un bambino chi non è ancora un adulto. Certamente si tratta di una modalità definitoria evidentemente elastica che finisce per essere influenzata dai fattori religiosi, culturali, sociali e psicologici di chi utilizza questa formula. Necessariamente più oggettivo, e quindi più complesso, è il problema di fissare correttamente l’inizio e la fine dell’infanzia. Nella Carta del 1924, curiosamente, non vi è traccia di alcuna definizione, mentre in quella del 1959 si allarga molto la tutela poiché si parla anche di vita prenatale, dando adito a possibili interpretazioni contrarie a forme di interruzione della gravidanza, nonché ad altre pratiche invasive (es. diagnosi prenatali) possibili prima del parto. Occorre dire che tutte le altre Dichiarazioni che si soffermano sulla questione stabiliscono il concepimento come momento iniziale del periodo infantile. Per quanto riguarda il problema della fine dell’infanzia i documenti del 1924 e 1959 tacciono, la Convenzione del 1989 pone

⁸ Per una completa analisi della definizione di minore in diritto internazionale cfr. VAN BUEREN, *op. cit.*, 32 ss.

il limite dei 18 anni, mentre le legislazioni nazionali variano molto fino a scendere ai 14 anni⁹.

In tema di protezione dallo sfruttamento sessuale, il diritto internazionale ha previsto nei suoi documenti norme generali di divieto di ogni forma di sfruttamento e ha più volte ribadito il divieto di impiegare i minori in ogni tipo di attività lavorativa che possa essere dannosa a livello fisico e morale. Come è stato già sottolineato in precedenza, la Dichiarazione del 1924 e la successiva del 1959 censurano “*every form of exploitation*”, pur non essendo esplicitamente menzionato alcun riferimento al sesso, appare evidente come gli abusi sessuali siano riconducibili entro queste clausole generali. Per quanto riguarda, invece, l’impiego illecito di minori in lavori incompatibili con il loro corretto sviluppo psicofisico, l’art. 10(3) l’*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* del 1966 stabilisce la punibilità dell’impiego di minori in lavori come la prostituzione¹⁰. Più completa e articolata è la disciplina predisposta dalla Convenzione ONU del 1989 che sarà oggetto di un esame a se stante nel paragrafo successivo.

1.1. (Segue). Rassegna delle iniziative sovranazionali progressivamente adottate:

a) La Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo ONU del 1989. La questione dell’immediata cogenza delle fonti internazionali nella legislazione (penale) dei singoli Stati aderenti.

La Convenzione sui diritti del fanciullo è in vigore dal 2 settembre 1990.

Sicuramente si tratta del documento di respiro più ampio e di maggior portata generale che abbia visto la luce in sede di legislazione internazionale e rappresenta il punto di arrivo di una riflessione a livello mondiale tesa a

⁹ Non sarà sfuggito all’attento osservatore di fatti di cronaca alcune vicende simboliche a riguardo come la legge olandese sull’eutanasia che consente facoltà di scelta anche ai minori, nonché il recente caso della bambina tredicenne inglese cui è stata riconosciuta maturità sufficiente per rifiutare un trapianto di organi necessario per la sua sopravvivenza.

¹⁰ Sul punto cfr. VAN BUEREN, *Op. cit.*, 275 ss.

riconoscere un valore assoluto all'interesse del minore quale "stella polare" da seguire per ogni intervento normativo in tema di infanzia. L'importanza del documento si evince dal gran numero di Stati che hanno partecipato alla sua redazione, così come alto è stato il numero delle ratifiche depositate. La Comunità Internazionale sovente ci ha abituato tempi lunghi per l'adozione di documenti rilevanti a causa della costante emersione di particolarismi che si frapponivano come fattori interruttivi. Un così spedito processo di ratifica, invece, dimostra la trasversalità del tema infanzia, un tema capace di andare oltre alle consuete divisioni politiche e culturali. La scelta di adottare una Convenzione dimostra ulteriormente la volontà delle Nazioni Unite di predisporre un mezzo vincolante capace di influenzare le singole legislazioni nazionali¹¹.

La Convenzione si compone di un preambolo e tre parti per un totale di 54 articoli. Nel preambolo¹² si afferma nuovamente, col chiaro scopo di porre il documento in continuità normativa con quelli che lo hanno preceduto, lo speciale diritto dell'infanzia di godere di una particolare forma di aiuto e di assistenza. La prima parte delinea i singoli diritti, la seconda parte individua gli organismi e le strutture per la loro tutela e la terza si occupa della normativa relativa alle ratifiche. Il tenore complessivo delle norme denota la volontà di considerare il fanciullo come soggetto titolare di diritti propri. E' questa certamente la "rivoluzione copernicana" attuata da questo documento che si pone in totale antitesi rispetto a quelli che lo hanno preceduto, stante il riconoscimento di uno *status* giuridico del minore quale soggetto avente proprie personali situazioni giuridiche soggettive. Per fanciullo si intende ogni soggetto minore di anni 18, salvo diversa previsione della normativa nazionale. La Convenzione prospetta una struttura di tutela su base verticale che, tenendo conto dei rispettivi diritti del minore, li coordina con i diversi livelli di responsabilità dove si attestano i soggetti impegnati da tali diritti: primo livello di tutela è la famiglia e i genitori,

¹¹ Sulla Convenzione in esame, tra i tanti, BEGHÈ LORETI, La tutela internazionale dei diritti del fanciullo, Padova, 1995, 4 ss., DETRICK, A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, The Hague, 1999, VAN BUEREN, Op. cit., 13 ss.

¹² Ricordiamo che, ai sensi dell'art. 31 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati, il preambolo può formare una degli strumenti per interpretare l'intero trattato.

seguita dallo Stato e infine sullo sfondo dalla Comunità internazionale nel suo complesso¹³.

Tra i diritti civili che vengono riaffermati dalla Convenzione vi sono quelli strettamente legati alla vita e alla salute, all'identità (nome e cittadinanza), i diritti alla libertà di espressione e pensiero e all'educazione, alla formazione e alla sicurezza sociale. Alcune disposizioni si riferiscono a tematiche più strettamente penalistiche, in particolare la Convenzione si preoccupa di salvaguardare i minori dalla tortura e dalla pena di morte, nonché da detenzioni inumane o *sine die*. Sul piano processual-penalistico si invitano gli Stati a predisporre procedure specifiche per l'accertamento della responsabilità penale dei minori imputati in un eventuale processo. Tra i diritti inseriti *ex novo* nel testo normativo figurano la possibilità di essere ascoltato in giudizio, l'adozione anche internazionale, il diritto per i minori rifugiati ad essere tutelati e protetti, nonché il diritto ad essere salvaguardati in caso di conflitto armato, con l'aggiunta del divieto assoluto di arruolare nelle fila dei partecipanti alle ostilità minori di anni quindici (sarà proprio un caso di arruolamento di bambini soldato il primo processo della Corte Penale Internazionale, quasi venti anni dopo la redazione di questa Convenzione).

Per l'oggetto di questo lavoro, una norma sulla quale è imprescindibile soffermarsi è l'art. 34 rubricato "*Sexual exploitation and sexual abuse*."¹⁴

Analizzando la normativa internazionale precedente al 1989 si è sottolineato come mancasse un riferimento esplicito allo sfruttamento sessuale.

Questo articolo pone rimedio alla lacuna esplicitando il dovere per gli Stati di evitare che i minori vengano sottoposti a pratiche sessuali contrarie alla legge.

Naturalmente, le maglie larghe della disposizione vanno calibrate sulla base delle normative interne circa l'età in cui si raggiunge l'emancipazione. Il riferimento alla prostituzione infantile - che suole definirsi come lo sfruttamento

¹³ BEGHÈ LORETI, *Op. cit.*, 5

¹⁴ Article 34 CRC 1989 *Sexual exploitation and sexual abuse*
States Parties undertake to protect the child from all forms of sexual exploitation and sexual abuse. For these purposes, States Parties shall in particular take all appropriate national, bilateral and multilateral measures to prevent:

(a) *The inducement or coercion of a child to engage in any unlawful sexual activity;*
(b) *The exploitative use of children in prostitution or other unlawful sexual practices;*
(c) *The exploitative use of children in pornographic performances and materials.*

sessuale del minore in cambio di denaro o di altra utilità spesso, ma non sempre, organizzata da un intermediario - non è casuale, ma si è reso necessario sulla base della vertiginosa espansione a livello globale del fenomeno, in particolare nei paesi del c.d. “terzo mondo”; laddove, invece, la pornografia infantile risulta una pratica che raggiunge il suo acme nel mondo industrializzato occidentale. La condanna della pedopornografia va a colmare un vuoto normativo a livello internazionale che cominciava ad essere quanto mai ingombrante. Ciò che non convince a pieno dell’articolo è l’avverbio *unlawful* (illegale), poiché sembra limitare la portata della disposizione, introducendo un elemento la cui interpretazione può essere eccessivamente demandata al legislatore interno nazionale creando, pertanto, preoccupanti squilibri di tutela. Ai minori vittime di tali abusi gli Stati parti della Convenzione devono apportare tutela sotto forma di assistenza e risarcimento. Allo stesso modo, agli Stati si impone l’onere di collaborare su base multilaterale e bilaterale al fine di predisporre misure adeguate per evitare il compimento di questi illeciti, anche perché spesso dietro a tali fatti si intrecciano altre violazioni di norme internazionali sui minori, in particolare quelle riguardanti gli standard di vita minimi¹⁵. Secondo le linee guida per l’implementazione della normativa internazionale dei minori periodicamente stilate dal Comitato dei diritti del minore, organo istituito dalla medesima Convenzione, le obbligazioni a carico degli Stati riguarderebbero: 1) lo sviluppo della legislazione nel senso di offrire effettiva protezione ai minori vittime di abusi; 2) la creazione di *figurae criminis* per sanzionare penalmente lo sfruttamento sessuale dei minori, la prostituzione e la pedopornografia; 3) l’incorporazione nella legislazione nazionale di un principio di deroga alla tradizionale impostazione territoriale della legge penale, consentendo un repressione transnazionale del fenomeno; 4) la predisposizione di unità di polizia *ad hoc* per la repressione del fenomeno, nonché al fine di un efficace *law enforcement* ; 5) l’avvio di campagne informative, educative e mediatiche per sensibilizzare l’opinione pubblica sul tema. Questo particolare sistema ha influenzato notevolmente non solo gli Stati, ma anche il diritto internazionale a livello di convenzioni di settore, basti pensare alla c.d. “Carta del turismo”

¹⁵ VAN BUEREN, *Op. cit.*, 278, per un commento completo dell’articolo si rimanda a DETRICK, *Op. cit.*, 588 ss.

adottata dalla *World Tourism Organization* per bandire comportamenti analoghi svolti nell'ambito dell'attività turistica.

Nell'introdurre l'analisi della Convenzione del 1989 è stata messa in rilievo la straordinaria rapidità con la quale si è attivato il procedimento di ratifica. La dottrina parla di ratifica universale e per questo si è posto il problema circa la possibile qualificazione del contenuto del documento come diritto consuetudinario e, pertanto, vincolante per tutti gli Stati e non solo per i tantissimi che lo hanno ratificato. La conseguenza pratica di una tale impostazione è evidente e, nonostante l'incertezza che sempre accompagna la materia, appare oggi possibile includere il corpo normativo del trattato nel novero di quei principi riconosciuti dalle nazioni civili che integrano il c.d. diritto internazionale cogente (*Jus cogens*).

b) La dichiarazione finale della Conferenza mondiale di Stoccolma del 1996 sullo sfruttamento sessuale dei bambini a fini commerciali.

Col passare del tempo e in seguito alla fissazione di una normativa di principio chiara ed universale il problema della pedofilia è sorto come argomento centrale di differenti iniziative organizzate da meritorie ONG come l'Unicef e l'ECPAT. Il lavoro di studio e di *lobbying* svolto per anni da queste associazioni è confluito nella dichiarazione finale del Congresso mondiale contro lo sfruttamento sessuale e commerciale dei minori, tenutosi a Stoccolma dal 27 al 31 agosto 1996, al quale hanno partecipato rappresentanti governativi di 119 Paesi.

Il risultato dei lavori dei delegati ha dato alla luce la *Declaration and Agenda for Action* (D.A.A. 1996). Lo scopo del documento è quello di sottolineare la necessità di coordinamento e cooperazione tra gli Stati nell'attuare la prevenzione, protezione, recupero e reintegrazione del bambino abusato e sfruttato sessualmente¹⁶. Inoltre, dai lavori, si evince una definizione condivisa di sfruttamento sessuale e commerciale dei minori ed anche della figura intermedia dell'"abusante sfruttatore". Lo sfruttamento sessuale a fini commerciali è definito come un'attività complessa basata sull'abuso del minore e il pagamento di

¹⁶ La dichiarazione, suddivisa per punti, si può consultare sul sito www.ecpat.com

un'utilità al minore stesso o a terzi. Pertanto il bambino subisce la duplice riduzione ad oggetto commerciale ed a oggetto sessuale. Nella dichiarazione lo sfruttamento sessuale è assimilato come pratica coercitiva assimilabile ad una forma di riduzione in schiavitù contemporanea e ai lavori forzati¹⁷. La figura dell'abusante/sfruttatore viene suddivisa in tre sottocategorie: (1) *il pedofilo*: ovvero un adulto avente un particolare disturbo della personalità che lo induce a manifestare un interesse sessuale specifico nei confronti dei minori in età pre-puberale; (2) *The preferential child sex abuser*: un soggetto che preferisce come oggetto sessuale minori che abbiano raggiunto da poco o appena superato la pubertà; (3) *The situational child abuser*: ovvero un soggetto che ha rapporti con minori non per soddisfare un suo costante bisogno sintomo di devianza, ma perché spinto da una depravazione momentanea che intende "sperimentare", o perché si trova in situazioni tali che gli consentono di mentire a se stesso riguardo alla vera età o al consenso del minore (classico esempio è il c.d. "turista sessuale" che difficilmente terrebbe i medesimi comportamenti nella sua nazione di origine).

A seguito di queste utili specificazioni e positivizzazioni la D.D.A. pone alcuni punti chiave che devono essere mantenuti e perseguiti dagli Stati per limitare il degenerante aumento dello sfruttamento sessuale a livello mondiale. In particolare, gli scopi posti dal documento¹⁸ riguardano tematiche di *law*

¹⁷ Punto 5 - "*The commercial sexual exploitation of children is a fundamental violation of children's rights. It comprises sexual abuse by the adult and remuneration in cash or kind to the child or a third person or persons. The child is treated as a sexual object and as a commercial object. The commercial sexual exploitation of children constitutes a form of coercion and violence against children, and amounts to forced labour and a contemporary form of slavery.*"

¹⁸ Punto 12. the Commitment - "*The World Congress reiterates its commitment to the rights of the child, bearing in mind the Convention on the Rights of the Child, and calls upon all States in cooperation with national and international organisations and civil society to:*

- *Accord high priority to action against the commercial sexual exploitation of children and allocate adequate resources for this purpose;*

- *Promote stronger cooperation between States and all sectors of society to prevent children from entering the sex trade and to strengthen the role of families in protecting children against commercial sexual exploitation;*

- *Criminalise the commercial sexual exploitation of children, as well as other forms of sexual exploitation of children, and condemn and penalise all those offenders involved, whether local or foreign, while ensuring that the child victims of this practice are not penalised;*

- *Review and Revise, where appropriate, laws, policies, programmes and practices to eliminate the commercial sexual exploitation of children;*

- *Enforce laws, policies and programmes to protect children from commercial sexual exploitation and strengthen communication and cooperation between law enforcement authorities;*

enforcement e cooperazione tra Stati, corretta allocazione delle risorse al fine di attuare politiche di repressione e sensibilizzazione che servano a contrastare il fenomeno sul nascere e non solo a reprimerne le conseguenze. In questo senso il documento assume effettivamente la forma di “agenda” in grado di fornire le linee guida da seguire in questo ambito per i singoli Stati, senza fornire semplici norme di principio, bensì concreti obiettivi da perseguire nel breve periodo.

c) Orientamenti dell’Unione Europea in materia di promozione e tutela dei diritti del bambino; in particolare, la Decisione Quadro 2004/68/GAI del 22 dicembre 2003 relativa allo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile.

Con il trattato di Amsterdam, entrato in vigore il 1 maggio 1999, l’Unione Europea si era per la prima volta in maniera esplicita posta come sua finalità lo scopo di realizzare al suo interno uno “spazio comune di Libertà, Giustizia e Sicurezza” in cui l’obiettivo condiviso dagli Stati membri doveva essere quello di prevedere e reprimere quelle forme di criminalità, organizzate e non, in grado di dare vita a fatti di reato a tipica valenza transnazionale. Questo meritorio obiettivo strategico deve essere perseguito innanzitutto attraverso politiche comuni, strumenti volti all’armonizzazione delle legislazioni interne e un costante aggiornamento delle normative penali per far fronte alle nuove forme di criminalità connesse all’abbattimento delle frontiere e alla creazione del Mercato

-
- *Promote adoption, implementation and dissemination of laws, policies, and programmes supported by relevant regional, national and local mechanisms against the commercial sexual exploitation of children;*
 - *Develop and Implement comprehensive gender-sensitive plans and programmes to prevent the commercial sexual exploitation of children, to protect and assist the child victims and to facilitate their recovery and reintegration into society;*
 - *Create a climate through education, social mobilisation, and development activities to ensure that parents and others legally responsible for children are able to fulfill their rights, duties and responsibilities to protect children from commercial sexual exploitation;*
 - *Mobilise political and other partners, national and international communities, including intergovernmental organisations and non-governmental organisations, to assist countries in eliminating the commercial sexual exploitation of children; and*
 - *Enhance the role of popular participation, including that of children, in preventing and eliminating the commercial sexual exploitation of children.”*

Unico¹⁹. Quasi dieci anni di crescente cooperazione in materia penale hanno consentito di raggiungere un soddisfacente livello di armonizzazione del diritto sostanziale interno, garantendo la possibilità di attaccare in maniera sufficientemente efficace considerevoli patrimoni criminali che danno vita ad attività illecite che spaziano dal traffico di stupefacenti, al terrorismo, ai reati in materia ambientale nonché la tratta di esseri umani e, appunto, alla pedofilia. Dal punto di vista pratico, sono stati introdotti sistemi che facilitano la collaborazione fra gli Stati membri, esempio migliore è il c.d. Mandato di arresto europeo.

“Braccia armate” di questo strumento dovrebbero essere *Eurojust* e *Europol*, nonostante quest’ultima soffra ancora di una pernicioso carenza di collaborazione informativa dovuta alla reticenza delle forze di polizia nazionali.

I temi della pedofilia e dei diritti dei minori non potevano assolutamente restare esclusi da questo nuovo quadro di collaborazione. Come è stato segnalato nel paragrafo precedente, la Convenzione sui diritti del fanciullo è la convenzione in materia di diritti umani più ampiamente ratificata della storia, pertanto l’azione dell’Unione Europea non partiva da zero, ma poteva godere di una solida base di norme internazionali giuridicamente vincolanti relativamente al tema dei diritti dei minori. A livello comunitario gli orientamenti nel settore dei diritti umani fungono da solido quadro regionale per i lavori dell’UE volti a raggiungere una politica esterna globale condivisa sulla materia. Per favorire i diritti dei bambini l’UE si è impegnata da anni in un coacervo articolato di iniziative che svariano tra i principali aspetti della tutela dei bambini. In particolare, la politica comunitaria si è mossa nella direzione di promuovere questi diritti con i Paesi terzi, attraverso lo strumento del dialogo politico e ha preteso che i Paesi candidati o potenziali candidati all’ingresso nell’Unione attuassero riforme volte a potenziare la tutela apprestata ai minori. Sul fronte internazionale, grazie al suo elevato peso specifico diplomatico, l’UE ha continuato la campagna di sensibilizzazione affinché la Convenzione del 1989 venga ratificata da tutti gli Stati della comunità internazionale e affinché venga implementata e rispettata tra coloro i quali abbiano già provveduto alla ratifica. Nella dialettica con le altre Istituzioni

¹⁹Per un’accurata analisi del fenomeno cfr. SALAZAR, *La lotta alla criminalità nell’Unione: passi in avanti verso uno spazio giuridico comune prima e dopo la Costituzione per l’Europa ed il programma dell’Aja*, in *Cass. pen.*, 2004, 3510 ss.

internazionali, invece, ha proposto iniziative volte alla tutela del fanciullo in seno agli Organi delle Nazioni Unite, ha assecondato quelle intraprese dal Segretario generale. Parimenti, non manca di supportare le ONG e le organizzazioni della società civile che si occupano direttamente o indirettamente di infanzia (UNICEF, OHCHR, OIL, OMS E UNFPA)²⁰.

Le tematiche relative al problema della pedofilia rappresentano un punto d'incontro dei due scopi – la creazione di uno spazio comune di libertà, giustizia e sicurezza mediante la lotta alla criminalità organizzata e la tutela dei diritti del fanciullo - esposti in precedenza. Sul tema, il documento di maggiore rilevanza è, sicuramente, la Decisione Quadro 2004/68/GAI del Consiglio del 22 dicembre del 2003²¹. Nel trattare di un atto di c.d. “*terzo pilastro*” occorre prima di tutto soffermarsi, sia pur brevemente, sulla progressiva erosione della sovranità statale in materia penale, in favore della nascita di una potestà per l’UE di dettare obblighi di penalizzazione. A partire dal trattato di Maastricht si è manifestata la volontà politica di spingere l’operato dell’Unione al di là delle materie meramente economiche. La nascita del “*terzo pilastro*” e la successiva predisposizione di atti normativi di adozione più recente (Decisione quadro, posizione comune) ha dato

²⁰ Per una completa rassegna delle iniziative politiche e giuridiche dell’Unione Europea cfr. *Orientamenti dell’UE in materia di promozione e tutela dei diritti del bambino* in <http://consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/16031.it07.pdf>. Il documento contiene anche al suo interno un elenco delle principali strumenti europei in materia di diritti umani:

“ Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, 2000 (in particolare l’articolo 24 relativo ai diritti del bambino)

Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, 1950 Carta sociale europea, 1961

Convenzione europea sull’esercizio dei diritti dei fanciulli, 1996

Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti, 1987

Trattato sull’Unione europea (articolo 11), 1992

Consenso europeo in materia di sviluppo:

Parte I - UE (in particolare i punti 5, 7)

Parte II - CE (in particolare i punti 97, 101, 103)

Strumenti comunitari e altre misure:

Luglio 2006: adozione della comunicazione della Commissione "Verso una strategia dell’Unione europea sui diritti dei minori" nell’ambito di un "Patto per l’infanzia" più ampio e a lungo termine destinato a promuovere i diritti dei bambini nell’Unione e nel quadro della sua azione esterna

Giugno 2007: istituzione del "Forum europeo per i diritti del bambino"

Futuro Piano d’azione della Commissione sui diritti dei bambini nel contesto delle relazioni esterne

302007: Comunicazione della Commissione "Verso un consenso europeo sull’aiuto umanitario" che invita al rispetto del diritto internazionale nell’ambito della fornitura dell’assistenza umanitaria.

²¹ Pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale dell’UE il 20 gennaio del 2004

il via ad una crescita smisurata dell'ambito operativo del diritto comunitario²². La resistenza da parte del diritto interno è forte, in particolare si riaccendono gli animi dei sostenitori dell'esercizio dello *ius puniendi* come corollario inalienabile della sovranità e si insiste sul *deficit* di democraticità degli organismi comunitari.

La questione ha in ogni modo subito una brusca accelerazione ad opera della giurisprudenza, che nella famosa sentenza "Pupino"²³ stabilisce l'obbligo di interpretazione conforme anche per le Decisioni quadro con il limite del rispetto dei principi fondamentali. La sentenza compie, certamente, una piccola rivoluzione capace di imporre una nuova lettura del sistema delle fonti che debba necessariamente provvedere ad un aggiornamento della struttura piramidale di kelseniana memoria. La Decisione Quadro 2004/68/GAI è nata con lo scopo di fissare e rendere operative le conclusioni in tema di pedofilia e pornografia infantile raggiunte al vertice di Tampere nell'ambito della realizzazione del, già menzionato, spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Il punto nevralgico del documento attiene al riconoscimento del carattere transnazionale di questo tipo di illeciti e quindi, stante questa premessa, è stato ritenuto necessario apportare una tutela minima omogenea a livello di disciplina legislativa nei singoli Paesi dell'Unione. La presa di posizione sulla questione nasce dalla valutazione statistica dell'aumento di questa tipologia di reati e come solamente apprestando una normativa comune e imponendo agli Stati obblighi di collaborazione si possa giungere a un loro decremento²⁴. La Decisione quadro prosegue adottando norme

²² Per alcune osservazioni sul punto si veda RIONDATO, *Dal mandato di arresto europeo al Libro Verde sulle garanzie, alla Costituzione: spunti sulle nuove vie di affermazione del diritto penale sostanziale europeo*, in *Riv. trim. dir. pen ec.*, 2004, 1128 e ss.

²³ Sentenza Pupino, Corte Europea di Giustizia, Grande sezione, 16/06/2005. Per un attenta disamina della questione vedi MANES, *L'incidenza delle "decisioni-quadro" sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, in *Cass. pen.*, 2006, 1150 ss.; sul punto si veda anche il commento di RIONDATO, *Osservatorio della Corte di giustizia delle Comunità europee. Nota a CGCE Grande Sezion, 16 giugno 2005 (causa C – 105/03)*, in *Diritto Penale e Processo*, 2005, fasc. 9, 1178-1180.

²⁴ Dal testo della direttiva: Considerando (7) "È necessario affrontare reati gravi quali lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia infantile con un approccio globale che comprenda quali parti integranti elementi costitutivi della legislazione penale comuni a tutti gli Stati membri, tra cui sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive, e una cooperazione giudiziaria più ampia possibile". Considerando (9) "È necessario introdurre, contro gli autori dei reati di cui trattasi, sanzioni la cui severità sia sufficiente a far rientrare lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia infantile nell'ambito d'applicazione degli strumenti già adottati allo scopo di combattere la criminalità organizzata, come l'azione comune 98/699/GAI del Consiglio, del 3 1998, sul riciclaggio di denaro e sull'individuazione, il rintracciamento, il congelamento o sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi diretti e l'azione comune 98/733/GAI del

di importante valore definitorio, stabilendo l'età (18 anni) al di sotto della quale si è considerati bambini e ribadendo la pericolosità dei reati di sfruttamento sessuale e pedopornografia²⁵; per quest'ultima, in particolare, vi è un esplicito rimando alle potenzialità criminogene di internet. Nel definire l'oggetto della pedopornografia la normativa fa riferimento sia al materiale raffigurante persone reali che immagini virtuali verosimili²⁶. All'art. 2 si procede ad una tassativa elencazione delle modalità di realizzazione dell'illecito di sfruttamento sessuale. La norma si sofferma sullo sfruttamento della prostituzione del minore, mediante induzione o costrizione, o sullo svolgimento di attività sessuale laddove si utilizzi forza o minaccia, si paghi un prezzo - si delinea la figura dell'abusante/cliente - ovvero si abusi della posizione di autorità o fiducia sul minore²⁷.

Un aspetto particolarmente interessante trattato dalla Decisione Quadro riguarda le ipotesi di reato dove siano coinvolte persone giuridiche. Il presupposto oggettivo affinché si possa procedere all'ascrizione del reato in capo all'ente morale coinvolto è che questi ne abbia tratto un vantaggio dalla sua realizzazione.

Consiglio, del 21 dicembre 1998, relativa alla punibilità della partecipazione a un'organizzazione criminale negli Stati membri dell'Unione Europea"

²⁵Sempre dal testo della Decisione, considerando punti 4-5 "Lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile costituiscono gravi violazioni dei diritti dell'uomo e del diritto fondamentale di tutti i bambini ad una crescita, un'educazione ed uno sviluppo armoniosi".

"La pornografia infantile, una forma particolarmente grave di sfruttamento sessuale dei bambini, è in crescita e si diffonde attraverso l'uso delle nuove tecnologie e di Internet"

²⁶ Articolo 1 lett. b): "pornografia infantile»: materiale pornografico che ritrae o rappresenta visivamente:

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

²⁷ Articolo 2. "Reati relativi allo sfruttamento sessuale dei bambini"

Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché sia punibile come reato la condotta intenzionale di chi:

- a. costringe un bambino alla prostituzione o alla produzione di spettacoli a carattere pornografico, ne trae profitto o lo sfrutta sotto qualsiasi forma a tali fini;
- b. induce un bambino alla prostituzione o alla produzione di spettacoli a carattere pornografico;
- c. partecipa ad attività sessuali con un bambino, laddove:
- d. faccia uso di coercizione, forza o minaccia; oppure dia in pagamento denaro, o ricorra ad altre forme di remunerazione o compenso in cambio del coinvolgimento del bambino in attività sessuali; oppure abusi di una posizione riconosciuta di fiducia, autorità o influenza nel bambino"

Dal punto di vista soggettivo, invece, si richiede che l'autore del reato abbia un ruolo apicale in seno alla persona giuridica. L'art. 6 specifica che l'apicalità della posizione si basa sulla capacità del soggetto di incidere sul potere di rappresentanza, su quello decisionale ovvero su un potere di controllo proprio della società²⁸. La condotta può essere tanto commissiva quanto omissiva, stante l'esplicito riferimento all'omessa vigilanza effettuato dal comma 2 dell'art. 6. La determinazione delle sanzioni è demandata al Legislatore nazionale; il Legislatore comunitario si limita a porre solamente alcuni possibili tipologie esemplificative che vanno dalla chiusura degli stabilimenti utilizzati per la commissione del reato fino a provvedimenti radicali di scioglimento giudiziario²⁹. Nel d.lgs. 231 del 2001 sulla responsabilità da reato degli enti, i delitti contro la personalità individuale figurano nella c.d. parte speciale dei reati presupposto all'articolo 25-*quinquies* e a livello sanzionatorio sono previste le temute sanzioni interdittive.

d) (Segue). La c.d. Convenzione sul *cybercrime* del Consiglio d'Europa adottata il 23 novembre 2001.

Nell'affrontare la tematica relativa allo sfruttamento sessuale dei minori non si è potuto prescindere dal calibrare la normativa vigente tenendo presenti le

²⁸ Art. 6 co. 1 "Responsabilità delle Persone giuridiche": *"Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché le persone giuridiche possano essere ritenute responsabili di un reato di cui agli articoli 2, 3 e 4 commesso a loro vantaggio da qualsiasi soggetto, che agisca a titolo individuale o in quanto membro di un organismo della persona giuridica, che detenga una posizione preminente in seno alla persona giuridica, basata:*

- I. sul potere di rappresentanza di detta persona giuridica; o*
- II. sul potere di prendere decisioni per conto della persona giuridica; o*
- III. sull'esercizio del controllo in seno a tale persona giuridica."*

²⁹ Art. 7 "Sanzioni applicabili alle persone giuridiche" *Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché alla persona giuridica ritenuta responsabile ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, siano applicabili sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive, che comprendano sanzioni di natura penale o non penale e che possano comprendere anche altre sanzioni quali:*

- a. esclusione dal godimento di un beneficio o aiuto pubblico;*
- b. divieto temporaneo o permanente di esercitare un'attività commerciale;*
- c. assoggettamento a sorveglianza giudiziaria;*
- d. provvedimenti giudiziari di scioglimento; oppure*
- e. chiusura temporanea o permanente degli stabilimenti che sono stati usati per commettere il reato.*

novità apportate dallo sviluppo tecnologico³⁰. Ad ogni innovazione a livello informatico è sempre seguita una necessaria rivisitazione dell'illecito penalmente sanzionato. Le possibilità criminogene delle condotte criminali attuate mediante mezzo informatico sono enormi e, stante il loro carattere transfrontaliero, si impone una normativa di contrasto quanto mai unitaria e condivisa, onde evitare di creare pericolosi "paradisi" di non punibilità per i criminali informatici³¹. La Decisione Quadro, analizzata nel paragrafo precedente, contiene un generico riferimento ad internet come possibile veicolo privilegiato per la commissione di illeciti di sfruttamento sessuale dei minori e di pornografia minorile, ma certamente non costituisce un elemento caratterizzante di un documento per sua natura omnicomprensivo. Il ruolo delle nuove tecnologie, invece, svolge un significato centralissimo nella Convenzione del Consiglio d'Europa sul *cybercrime*, adottata a Budapest il 23 novembre 2001, che rappresenta il tentativo più ambizioso finalizzato a dotare gli Stati membri dell'Unione Europea di un *corpus* avanzato di norme penali in materia di criminalità tecnologica³². Convinto dell'importanza di predisporre una serie di efficaci misure volte alla protezione della società contro il *cybercrime*, il Consiglio d'Europa ha deciso di rendersi promotore di nuove forme di collaborazione tra il più alto numero possibile di Paesi europei, realizzando strumenti in grado di far fronte alle crescenti difficoltà che si presentano dinanzi alla progressiva globalizzazione. Di particolare rilievo appare la proposta di porre in capo ai *providers* l'obbligo di conservare i dati sul traffico internet per un apprezzabile periodo di tempo. Sono prevedibili critiche nei confronti di una norma che possa attentare alla *privacy* in rete, anche se la

³⁰ Appare fin troppo evidente la crescita esponenziale nell'utilizzo di Internet negli ultimi anni. Secondo i dati diffusi dal Forum economico mondiale si è passati da 300 milioni di utenti nel 1999 ad una cifra pari al doppio nel 2002.

³¹ Dal preambolo della Convenzione:

"Gli Stati firmatari [...] convinti della necessità di perseguire, come questione prioritaria, una politica comune in campo penale finalizzata alla protezione della società contro la criminalità informatica, adottando una legislazione appropriata e sviluppando la cooperazione internazionale; consci dei profondi cambiamenti dipendenti dall'introduzione della tecnologia digitale, dalla convergenza e costante globalizzazione delle reti informatiche; preoccupati dei rischi che le reti informatiche e le informazioni in formato elettronico possano anche essere utilizzate per commettere reati e che le prove connesse a tali reati possano essere conservate e trasferite tramite queste reti; [...]"

³² Per una rassegna delle singole incriminazioni cfr. MANZIONE, *Consiglio d'Europa e cybercrime*, in *La Legislazione penale*, 2005, 305 ss.

ratio è quella di poter risalire agli autori di comportamenti illeciti. Simili strumenti sono poi alla base delle più avanzate, e, secondo i critici, repressive legislazioni antiterrorismo. Internet, infatti, si è attestato quale agone privilegiato per la diffusione transfrontaliera dei messaggi propagandistici dell'internazionale del terrore, nonché strumento indispensabile per il raccordo e il coordinamento delle varie cellule sparse per il mondo.

Per quanto riguarda i crimini contro la libertà sessuale, la constatazione del notevole incremento della diffusione del fenomeno della pornografia infantile all'interno delle reti telematiche ha costituito il motore propulsore di una proposta amplissima in materia. L'art. 9, rubricato "Infrazioni relazionate con la pornografia infantile" recita: "*Ogni Parte deve adottare le misure legislative e di altra natura che dovessero essere necessarie per definire come reato in base alla propria legge nazionale, se commesse intenzionalmente e senza alcun diritto:*

a. la produzione di pornografia infantile allo scopo della sua diffusione attraverso un sistema informatico;

b. l'offerta o la messa a disposizione di pornografia infantile attraverso un sistema informatico;

c. la distribuzione o la trasmissione di pornografia infantile attraverso un sistema informatico;

d. il procurare pornografia infantile attraverso un sistema informatico per se stessi o altri;

e. il possesso di pornografia infantile attraverso un sistema informatico o uno strumento di archiviazione di dati informatici.

2. Ai fini del Paragrafo 1. di cui sopra, l'espressione "pornografia infantile" include il materiale pornografico che raffigura:

a. un minore coinvolto in un comportamento sessuale esplicito;

b. un soggetto che sembra essere un minore coinvolto in un comportamento sessuale esplicito;

c. immagini realistiche raffiguranti un minore coinvolto in un comportamento sessuale esplicito;

3. Ai fini del Paragrafo 2. di cui sopra, il termine "minore" include tutte le persone sotto i 18 anni di età. Una Parte può comunque richiedere un età minore,

che non potrà essere inferiore ai 16 anni.

4. Ogni Parte può riservarsi il diritto di non applicare in tutto o in parte il paragrafo 1., sottoparagrafi d. ed e., e 2, sottoparagrafi b. e c.”

La norma è interessante poiché il suo carattere definitorio e descrittivo risulta principalmente plasmato intorno al particolare rapporto tra i crimini di sfruttamento sessuale e internet quale “cassa di risonanza” e terreno privilegiato per la commissione dell’illecito. La novità più importante, e sicuramente più discussa, introdotta dalla Convenzione riguarda, infatti, la parificazione tra le rappresentazioni pornografiche “reali” e le immagini pedopornografiche “realistiche”, ossia quelle che rappresentano soggetti virtuali, ma assimilabili fisiognomicamente a minori in carne ed ossa. Questa disposizione ha certamente influenzato il Legislatore italiano nell’adozione dell’articolo 600 *quater*.¹ Codice penale, per il quale si può parlare di un considerevole allargamento della sfera del penalmente rilevante mediante il ricorso all’incriminazione di condotte aventi un coefficiente minimo di materialità. Un dato evidente col quale deve necessariamente convivere il penalista contemporaneo è che il concetto di condotta elaborato per una realtà fisica nella quale gli accadimenti siano sensibilmente percepibili ed empiricamente riscontrabili viene meno in un contesto di dimensione virtuale. Questo problema è di primaria importanza per tutta la materia del diritto penale dell’informatica³³. A livello di elemento costitutivo, infatti, il reato informatico deve necessariamente essere plasmato tenendo presente il fatto che la nozione di sistema si riferisce ad un elaboratore elettronico che risponde a comandi consapevolmente impartiti. Pertanto, questo comando estrinsecherà la volontà dell’autore di interagire con l’operatore mediante un impulso elettronico e, quindi, avviare un determinato decorso causale. Il concetto stesso di azione penalmente rilevante subisce un’evidente rarefazione riducendosi a semplici tipologie di trasmissione, immissione e comunicazione. La stessa attribuibilità della condotta ad un singolo agente risulta complessa in virtù dell’interattività della rete che consente di espandere gli effetti

³³ In dottrina questa tematica è stata ampiamente sviluppata, anche con specifico riferimento al profilo dell’utilizzazione di internet, da PECORELLA C., *Il diritto penale dell’informatica*, Padova, 2000, pag. 28 e ss.; inoltre si veda PICOTTI, *Fondamento e limiti della responsabilità penale dei Service-Providers in internet*, in *Diritto Penale e Processo*, 1999, 379 e ss.; ID, *La responsabilità penale dei Service-Providers in Italia*, in *Diritto Penale e Processo*, 1999, 501 e ss.

di una determinata azione mediante l'intervento di altri utenti. Tutto ciò si riflette nelle nuove tecniche di incriminazione delle nuove fattispecie di matrice cibernetica e anche in tema di pedofilia risulta di primaria importanza soprattutto riguardo alle tematiche del *locus commissi delicti*.

Tornando più strettamente sul dato normativo si può notare come anche in questa Convenzione, come nella Decisione Quadro analizzata nel paragrafo precedente, è inclusa una norma relativa alla responsabilità delle persone giuridiche. L'art. 12 stupisce per la forte analogia con il suo omologo analizzato in precedenza e colpisce il ricorso ai medesimi criteri per riconoscere l'apicalità della posizione rivestita dal soggetto³⁴. Nella c.d. parte speciale del D. Lgs. n. 231 del 2001 questa tipologia di reati è stata introdotta solamente nel 2008 a seguito della tardiva ratifica della Convenzione da parte del Legislatore italiano. Il nuovo art. 24 D.Lgs. n. 231/2001, intitolato ai "Delitti informatici e al trattamento illecito di dati", distingue, con riferimento al trattamento sanzionatorio, tre categorie di reati. È comminata una sanzione pecuniaria da cento a cinquecento quote per i delitti, di accesso abusivo ad un sistema informatico (art. 615 c.p.), di intercettazione, impedimento o interruzione illecita di comunicazioni informatiche o telematiche (art. 617 c.p.), di installazione di apparecchiature atte a intercettare, impedire o interrompere comunicazioni informatiche o telematiche (art. 617 c.p.): ovvero di quelle ipotesi, inserite tra i delitti contro l'inviolabilità del domicilio, ove il legislatore ha configurato le relative fattispecie informatiche sul modello della preesistente fattispecie di violazione del domicilio (art. 614 c.p.). La stessa sanzione è comminata nel caso dei delitti di danneggiamento di informazioni, dati

³⁴ Articolo 12. "Responsabilità delle persone giuridiche".

"1. Ogni Parte deve adottare le misure legislative ed di altra natura che dovessero essere necessarie affinché le persone giuridiche possano essere ritenute responsabili di un reato in base a questa Convenzione commesso per loro conto da una persona fisica che agisca sia individualmente che come membro di un organo di una persona giuridica che eserciti un potere di direzione al suo interno, nei termini che seguono:

a. un potere di rappresentanza della persona giuridica;

b. un'autorità per assumere decisioni nel nome della persona giuridica;

c. un'autorità per esercitare un controllo all'interno della persona giuridica.

2. In aggiunta ai casi già previsti nel paragrafo 1. di questo articolo, ogni Parte deve adottare le misure necessarie affinché una persona giuridica possa essere ritenuta responsabile se la mancanza di sorveglianza o controllo di una persona fisica di cui al paragrafo 1. ha reso possibile la commissione di reati previsti al paragrafo 1. per conto della persona giuridica da parte di una persona fisica che agisca sotto la sua autorità".

e programmi informatici utilizzati dallo Stato o da altro ente pubblico o di pubblica utilità (art. 635 c.p., danneggiamento di sistemi informatici e telematici (art. 635 c.p.), danneggiamento di sistemi informatici o telematici di pubblica utilità (art. 635 c.p.), a cui si deve aggiungere anche l'ipotesi di cui all'art. 635 c.p., rubricato "Danneggiamento di informazioni, dati e programmi informatici".

Si tratta dei reati di danneggiamento, inseriti quindi dopo la generale fattispecie di cui all'art. 635 c.p. nel titolo XIII del Codice penale.

Sia pur tardivamente, il Legislatore italiano ha raccolto l'opportunità di attuare un aggiornamento, prevedendo queste fattispecie che certamente risultano più aderenti allo spirito del tempo dell'epoca in cui viviamo e atte ad intercettare nuove e pericolosissime forme di criminalità.

e) Le Raccomandazioni delle Istituzioni europee. In particolare la Risoluzione del Parlamento Europeo del 6 novembre 1997 sulla Comunicazione della Commissione circa la lotta contro il turismo sessuale riguardante i minori e il Memorandum relativo al contributo dell'Unione Europea all'intensificazione della lotta agli abusi sessuali contro i fanciulli.

Nonostante già dalla Raccomandazione 1044 del 1986 del Consiglio d'Europa cominciasse ad emergere la preoccupazione degli Stati membri per adottare mezzi concreti in relazione a determinate figure delittuose in materia di contrasto alla pedofilia, sarà solo con la Raccomandazione 1065 del 1987 del Consiglio d'Europa, sul traffico di minori e altre forme di sfruttamento minorile, allorché si osservò una certa inquietudine in riferimento a diverse condotte tipiche relazionate ai minori, che si parlò espressamente della prostituzione, della pornografia e dell'adozione illegale, e, fra l'altro, della necessità che hanno gli Stati di perseguire queste manifestazioni illecite.

In questo panorama, nel 1989 viene adottata la Convenzione dei diritti del fanciullo³⁵ nella quale compare una rassegna completa di tutti i diritti e libertà enunciati nei diversi testi legali esistenti che abbia però la caratteristica comune e unica che tutti rechino contenuti rapportabili ai minori di età. In particolare, in

³⁵ Risoluzione n. 44/25 del 20 novembre del 1989 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite.

base all'art. 54 si riconosce che fine ultimo dei diritti è la eguaglianza, il benessere, l'unità familiare e, inoltre, la protezione contro forme di sfruttamento lavorativo e sessuale di ogni altro tipo. In base a questa previsione, viene adottata la Raccomandazione n. 91/11 del Comitato dei Ministri del Consiglio di Europa in cui si parla già di figure delittuose concrete come la pornografia infantile – all'interno della quale è necessario adottare mezzi tendenti a punire la produzione e distribuzione del materiale pornografico, nonché anche il mero possesso – la prostituzione e il traffico di minori e adulti.

Dopo la citata riunione internazionale di Stoccolma del 1996, sarà l'Assemblea Parlamentare del Consiglio di Europa con la Risoluzione 1099 del 1996, il primo testo normativo ad iniziare un'organica riforma legislativa in materia di pornografia infantile nei diversi Stati membri. In concreto, una norma fondamentale costituita dall'art. 12, in cui tra l'altro si propone di punire il possesso del materiale pornografico, la sua produzione, trasporto e distribuzione, ovvero anche la diffusione di immagini pornografiche di minori, nonché di cercare di armonizzare nel più breve tempo possibile nell'ambito dello spazio giudiziario europeo il trattamento anche penale dei delinquenti sessuali. Ciò eventualmente anche attraverso l'uso della libertà condizionale come sanzione alternativa, il trattamento psicologico e altre forme di controllo sociale.

Invece, con l'Azione Comune del 29 novembre del 1996, adottata dal Consiglio d'Europa sulla base dell'art. K.3 del Trattato sull'Unione Europea³⁶, si stabilisce che durante il periodo 1996 – 2000 si inizia un programma di iniziative coordinate relative alla lotta contro la tratta degli esseri umani e lo sfruttamento sessuale dei minori, la scomparsa dei minori e la utilizzazione di mezzi di telecomunicazione per la tratta di esseri umani. Nella successiva Risoluzione del Parlamento Europeo del 12 dicembre del 1996 sui mezzi di protezione dei minori nell'Unione europea, si sollecita il Consiglio all'adozione di proposte finalizzate a prevenire la diffusione di messaggi di carattere pedofilo tramite internet, esigenza ribadita anche dal Consiglio nella successiva Risoluzione del 17 febbraio 1997 sugli illeciti compiuti mediante la rete.

In particolare, si cita la Risoluzione del Parlamento Europeo del 6 novembre

³⁶ DO L 322 del 12.12.1996, pag. 7 – 10.

1997 sulla Comunicazione della Commissione sulla lotta contro il turismo sessuale riguardanti i minori e il Memorandum relativo al contributo dell'Unione Europea all'intensificazione della lotta contro gli abusi e lo sfruttamento sessuale di vittime fanciulli in esecuzione alle direttive già esposte dall'Assemblea Parlamentare del Consiglio di Europa, nella Risoluzione 1099 del 1996, volta a segnalare l'uso massimamente tramite internet di canali di diffusione di pornografia infantile. In vista di questo obiettivo, gli Stati membri devono armonizzare determinate nozioni della propria legislazione penale – come può essere per l'età limite in vista della quale un individuo possa essere considerato fanciullo – e introdurre nei rispettivi codici penali fattispecie che contemplino atti di pederastia, il turismo sessuale che coinvolga i minori, la pornografia infantile ovvero la mancata comunicazione alla giustizia degli atti o indizi gravi di pederastia o maltrattamento di minori. Su questa base comune, gli Stati avevano l'obbligo di includere nella propria legislazione penale, come minimo, le fattispecie penali di utilizzazione di minori con finalità o in spettacoli esibizionistici o pornografici, la produzione, vendita, distribuzione, esibizione della produzione della vendita o diffusione di materiale pornografico e il fatto di assistere a spettacoli in cui sia prevista la presenza di minori.

La Decisione successiva n. 276 del 1999 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 gennaio del 1999³⁷, con cui si approvava un piano pluriennale di azione comunitaria per propiziare maggiore sicurezza nell'utilizzazione di internet, nonché la successiva Proposta di Decisione di modifica della Decisione n. 276 appena citata, si muovono nell'ambito della attuazione di misure di contrasto alle nuove tecnologie delle telecomunicazioni, che potessero incrementare il fenomeno della pedofilia. Il testo che ne è risultato, è considerato un punto di riferimento per le successive manifestazioni delle varie istituzioni nazionali, regionali ed internazionali. Il Convegno sulla proibizione delle peggiori forme di sfruttamento di lavoro infantile e l'azione immediata per la loro eliminazione, apporta una necessaria concettualizzazione nelle determinazioni di chi è considerato “minore”³⁸, e un riconoscimento espresso delle peggiori forme di lavoro infantile. Tra queste, è annoverata la pornografia infantile, considerata

³⁷ DO L. 033 del 6 febbraio del 1999 pagg. 1 e ss.

³⁸ A tal proposito, l'art. 2 definisce “bambino” una persona che abbia meno di diciotto anni.

unanimemente, appunto, come una delle più gravi e bieche forme di sfruttamento minorile, sempre più diffuso.

L'anno 2000 deve essere considerato un momento chiave nello sviluppo attuale del panorama legislativo, culturale e sociale nell'ambito della tratta di minori, prostituzione e pornografia infantile.

Per iniziare, si citano due documenti di speciale rilevanza, prodotti in seno alle Nazioni Unite. *In primis*, l'8 febbraio del 2000 il Comitato Speciale incaricato di elaborare una convenzione contro la delinquenza organizzata transnazionale, formalizza la denominata "Nota dell'Ufficio dell'Alto commissariato delle Nazioni Unite per i Diritti Umani, il Fondo delle Nazioni Unite per l'Infanzia e l'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni sui Progetti del protocollo relativi al traffico di immigrati e la tratta di persone"³⁹, in cui si procede a definire la tratta, in senso generale, e la tratta di bambini, in particolare, includendo in quest'ultima la produzione pornografica⁴⁰. Inoltre, il Comitato Speciale ha approvato i Protocolli facoltativi della Convenzione sui Diritti del Fanciullo relativi alla partecipazione dei bambini nei conflitti armati e alla vendita dei bambini, la prostituzione infantile e l'utilizzazione dei minori nella pornografia⁴¹.

Tra le diverse disposizioni di vario carattere enunciate in tale documento, è opportuno citare il testo dell'Allegato II del menzionato Protocollo, destinato esclusivamente alla vendita dei minori, alla prostituzione infantile e all'utilizzazione dei bambini nella pornografia; nell'art. 2, infatti, si definisce espressamente la pornografia infantile come "ogni rappresentazione, con qualsiasi mezzo, di un bambino in atteggiamenti sessuali espliciti, reali o simulati, o ogni rappresentazione delle parti genitali di un bambino con fini in primo luogo sessuali". I paragrafi successivi dichiarano che ciascuno Stato sottoscrittore dovrà adattare la propria normativa penale interna, affinché vengano punite le condotte di produzione, distribuzione, divulgazione, esportazione, offerta, vendita

³⁹ A/AC. 254/27.

⁴⁰ Per tratta di bambini si intende "il trasporto, il trasferimento, il rifugiare o l'accoglienza di un bambino o l'offerta di pagamento o di altri benefici per guadagnare il consenso di una persona a carico della quale vi sia un bambino per i fini segnalati nel paragrafo 2, così come l'oggetto di utilizzare, acquistare o offrire un bambino per lo sfruttamento sessuale, inclusa la produzione di pornografia, o affinché si prestino servizi pornografici"

⁴¹ Assemblea Generale delle Nazioni Unite, A/54/L.84.

o possesso di materiale pedopornografico.⁴² Nondimeno, dovrà essere punito anche il tentativo di commissione di tali reati, o la compartecipazione in varia misura, con pene proporzionate, nonché dovrà essere dichiarata la responsabilità delle persone giuridiche che pongano in essere una condotta atta ad integrare le succitate fattispecie di reati.

Proseguendo, il 29 maggio del 2000, viene approvata la Decisione del Consiglio dell'Unione Europea relativa alla lotta contro la pornografia infantile (2000/375/GAI)⁴³ con l'intenzione di prevenire e combattere l'abuso sessuale dei bambini e, in particolare, la produzione, il trattamento, il possesso e la diffusione di materiale pornografico infantile attraverso internet⁴⁴. In particolare, in tale documento, si prospetta una serie di mezzi di controllo sociale, di tipo formale ed informale.

Va ricordata, ancora, la Risoluzione del Parlamento Europeo sulla Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato Economico e Sociale e al Comitato delle Regioni, sull'applicazione delle misure di lotta contro il turismo sessuale che colpisce i minori (A5 – 52/2000)⁴⁵. Tale documento é da menzionare per l'approccio pratico con cui affronta il problema: infatti, inizialmente riconosce come in nessuno dei Trattati europei sia prevista una vera e propria politica comunitaria in favore dei minori, e che neppure la Commissione persegue tale obiettivo. Come conseguenza di tale mancanza di coerenza, si sottolinea come l'unica possibilità per l'Unione sia quella di affrontare il problema e lottare contro il turismo sessuale che colpisce i minori, realizzando e appoggiando determinati progetti concreti. Si individua, poi, nei Paesi che appartenevano all'antica Unione Sovietica il nucleo del problema del turismo sessuale della tratta di esseri umani, dovuti alle relazioni sociali, alle difficili condizioni di vita, nonché alla vicinanza di frontiere con l'Unione

⁴² Tale disposizione è prevista dal Paragrafo 3, comma 1, lett. c) dell'Allegato II.

⁴³ DO L. 138 del 9 giugno 2000, pagg. 1 – 4.

⁴⁴ A questo punto, è necessario distinguere tra due documenti presentati nel 2000 da parte del Consiglio dell'Unione Europea: il primo, è la succitata Decisione del Consiglio del 29 maggio 2000, orientata unicamente agli aspetti essenziali per la coordinazione dei mezzi di lotta non legislativi contro la pornografia infantile. Il secondo, è la Proposta della Decisione Quadro del Consiglio relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile, presa a Bruxelles il 22 dicembre 2000, centrata esclusivamente negli aspetti legislativi su tale materia.

⁴⁵ DO C 378 del 29 dicembre 2000, pagg 80 – 87.

Europea. In più, si addebita all'impossibilità di controllare internet la facilità nel commettere tale genere di reati, poiché attraverso la rete avviene la circolazione e lo scambio gratuito di immagini pedopornografiche.

Con tali antecedenti, si arriva alla citata Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo sulla lotta contro la tratta degli esseri umani e la lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile, ratificata a Bruxelles il 22 dicembre 2000.⁴⁶ In tale documento si accoglie una Proposta di Decisione Quadro del Consiglio relativa, per l'appunto, alla tratta di esseri umani⁴⁷ e un'altra relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile⁴⁸. Tale testo, ribadendo i concetti sollevati nei documenti precedenti, si propone di stabilire una serie di norme comuni relative agli elementi costitutivi del diritto penale in materia di tratta di esseri umani e sfruttamento sessuale dei fanciulli, con particolare riguardo alla pornografia di minori tramite internet.

Quanto alla già menzionata Proposta di Decisione Quadro del Consiglio, relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale infantile e alla pedopornografia, è opportuno sottolineare come essa possa essere considerata una "piccola Legge speciale" su tali temi⁴⁹. Tuttavia, il testo definitivo non vedrà la luce fino alla approvazione, il 22 dicembre 2003, della fondamentale Decisione Quadro 2004/68/GAI del Consiglio – analizzata in precedenza – relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e alla pornografia infantile⁵⁰, sebbene tra le due ci sia una serie di documenti ufficiali sulle possibili modifiche o Emendamenti al testo provvisorio proposto, cioè la Risoluzione Legislativa del

⁴⁶ COM (2000) 854 finale.

⁴⁷ 2001/0024 (CNS)

⁴⁸ 2001/0025 (CNS)

⁴⁹ Il contenuto di tale Proposta, al di là del non essere definitivo, suscita uno speciale interesse in quanto contempla la prima iniziativa reale di legge in materia di pornografia infantile a livello comunitario. Con essa si intende stabilire una base di norme comuni tra gli Stati membri, incluse le relative pene; questo è l'avvicinamento delle disposizioni legali e regolamentarie degli Stati membri, nell'ambito della cooperazione di Polizia e giudiziale in materia penale. La base giuridica di ciò si trova negli artt. 29, 31 e) e 34.2 b) del Trattato dell'Unione Europea. La sua Esposizione dei Motivi riconosce espressamente la pornografia infantile come una forte violazione dei diritti umani, una forma particolarmente grave di sfruttamento dei bambini, essendo necessario uno sforzo globale, caratterizzato da alcuni elementi di diritto penale comuni a tutti gli Stati membri. In prospettiva di ciò, è necessario unificare le legislazioni, e introdurre sanzioni per gli autori dei suddetti reati.

⁵⁰ DO L 13 del 20 gennaio 2004 pagg. 44 – 48.

Parlamento Europeo approvata con l'Atto del 12 giugno 2001 (A5 – 0206/2001).

Il 26 gennaio 2001 viene presentata la Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato Economico e Sociale e al Comitato delle Regioni per la Creazione di una società di informazione più sicura mediante il miglioramento della sicurezza delle infrastrutture dell'informazione e la lotta contro i delitti informatici (eEurope 2002)⁵¹. I principali contributi alla lotta contro la pedopornografia virtuale forniti da tale documento internazionale, consistono nel considerare tale comportamento delittuoso come una forma di reati informatici, nel prospettare diverse questioni di diritto processuale – relative, in particolare, all'ottenimento di prove e al loro valore – e nell'indicare misure comuni da tenere, a livello di collaborazione politica, per contrastare tali reati, seguendo le direttive della Decisione Quadro del Consiglio.

Successivamente, il 31 gennaio 2001 la Commissione, in conformità con l'art. 262 del Trattato costitutivo della Comunità Europea, decise di consultare il Comitato Economico e Sociale sulla menzionata questione, ottenendo il Parere del Comitato riguardo la “Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato Economico e Sociale e al Comitato delle Regioni, eEurope 2002”⁵², in cui si riaffermavano gli aspetti già menzionati. In particolare, emerge la necessità di definire più dettagliatamente i delitti informatici, al fine di distinguere con precisione le nuove fattispecie, che dovranno essere oggetto della futura legislazione – ad esempio, la diffusione di virus – dalle fattispecie già incriminate, facilmente realizzabili attraverso la rete – per tutti, la pedofilia – le cui norme attuali dovranno subire una maggiore armonizzazione.

Come si è potuto vedere, i documenti principali finora enunciati hanno cercato di muoversi verso le seguenti direzioni, principalmente: raggiungere dei mezzi di armonizzazione del diritto penale dei singoli Stati membri, migliorare la cooperazione in materia di Polizia, tipicizzare la diffusione e il possesso di materiale pedopornografico, stabilire il limite di età di diciotto anni nella qualifica

⁵¹ COM (2000) 890 finale.

⁵² DO C 311 del 7 novembre 2001, pagg. 12-19.

di “minore”. E’ stato notato⁵³ che tali atti internazionali correggono un difetto presente nei testi precedenti, secondo i quali veniva considerato impossibile un controllo di internet, ritenendo il compito particolarmente difficile, ma alimentando e facilitando, in tal modo, la circolazione del materiale pornografico infantile attraverso al rete.

La Risoluzione del Consiglio relativa al contributo della società civile nella ricerca dei bambini scomparsi e sfruttati sessualmente⁵⁴ è una dichiarazione ferma da parte degli Stati membri dell’intenzione di adottare le misure necessarie per la localizzazione di tali piccole vittime. In quest’ultimo significato, appare espressamente considerata la pornografia infantile come forma di sfruttamento sessuale.

Il 31 ottobre 2001 il Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa, adotta la Raccomandazione (2001) 16 nella quale, tra gli altri obiettivi, fissa la propria attenzione nel promuovere il corretto sviluppo del bambino, della sua salute fisica e mentale, lottando contro qualsiasi manifestazione di abuso sessuale, violenza o sfruttamento; auspica di introdurre mezzi, di Polizia o di qualunque altra natura, di protezione del minore rispetto allo sfruttamento sessuale; incrementare la cooperazione degli Stati membri nella lotta contro lo sfruttamento sessuale; e eliminare la pornografia infantile, la prostituzione infantile, il traffico di bambini.

Per conseguire tale obiettivo, con un carattere generale, si propone di adottare ciascun tipo di mezzo educativo, informativo, di prevenzione, di identificazione, assistenza, legislativo, investigativo e di cooperazione internazionale⁵⁵. E’ importante sottolineare come il valore della Raccomandazione in oggetto consista nel dare una serie di definizioni per meglio circoscrivere l’ambito dei reati che hanno come soggetto passivo il minore e si conclude indicando che il delitto di pornografia infantile debba necessariamente includere la realizzazione di alcune condotte, tra cui, oltre alla produzione e alla distribuzione di materiale pornografico, viene menzionato anche il mero possesso

⁵³ In tal senso, MORILLAS FERNANDEZ, *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil. Especial consideración de las modalidades comisivas relacionadas con Internet*, Madrid, pag. 51.

⁵⁴ DO C 283 dell’9 ottobre 2001, pagg. 1-2.

⁵⁵ La descrizione delle medesime misure si rintraccia anche nella menzionata Raccomandazione (2001) 16 pagg. 3 e ss, 8 e ss.

di pornografia infantile. Come si vede, già dai documenti internazionali che fanno data dal 2001, si evince che uno degli obiettivi principali nella lotta alla pedopornografia infantile, era costituito dall'arretramento della soglia di punibilità alla incriminazione del mero possesso come primo baluardo di difesa della sfera sessuale dei minori. E', questa, una scelta che - come si vedrà più approfonditamente nel prosieguo dell'indagine - ancora determina molte discussioni e dubbi di legittimità costituzionale della legislazione antipedofilia.

Proseguendo, il 23 novembre 2001 si celebra in seno al Consiglio d'Europa la Convenzione sulla delinquenza nella rete, dove si indica che gli atti devono tipizzarsi con la denominazione "pornografia infantile nella rete". In conseguenza di ciò, vengono indicate diverse condotte da condannare, quando sono poste in essere intenzionalmente da un soggetto: produrre pornografia infantile con il proposito di distribuirla attraverso sistemi informatici; offrirla attraverso sistemi informatici; distribuire o trasmettere pedopornografia attraverso un sistema informatico; procurare pornografia infantile attraverso un sistema informatico per sé stesso o per terzi, o porre fotografie pedopornografiche in un sistema informatico⁵⁶. E' importante sottolineare come in tale documento, oltre ad una dettagliata descrizione delle caratteristiche che devono possedere le immagini per essere considerate pedopornografiche, nonché degli atteggiamenti tenuti dai minori, perchè siano considerati condotte sessuali esplicite, per la prima volta viene introdotta una variante nella considerazione del minore. Inizialmente, infatti, per "minore" si è sempre inteso un soggetto che abbia meno di diciotto anni, assecondando, nonostante, le leggi nazionali per ridurre tale età fino ai sedici anni come limite massimo.

Dal 17 al 20 dicembre del 2001 si celebra a Yokohama il Secondo Congresso Mondiale contro lo Sfruttamento Sessuale Commerciale dei Bambini, con lo scopo di aggiornare ed ampliare i compromessi raggiunti cinque anni prima a Stoccolma. In particolare, gli obiettivi posti alla base di tale Congresso sono quattro: in primo luogo, analizzare i progressi compiuti con l'attuazione del Programma di Azione di Stoccolma; in secondo luogo, rafforzare il compromesso

⁵⁶ Il contenuto di ciascuna delle condotte tipiche elencate appare dettagliatamente ed espressamente definito nel *Explanatory Report of Convention on Cybercrime* del Consiglio di Europa, adottato l'8 novembre 2001 (ETS n. 185).

politico degli Stati, in relazione a tale documento; inoltre, definire le principali sfere problematiche o lacune esistenti nella protezione del minore contro lo sfruttamento sessuale; infine, condividere le conoscenze tecniche in tale ambito, per cercare di arginare le dilaganti pratiche di circolazione di materiale e quant'altro⁵⁷.

Nell'ambito di tale Congresso Mondiale, la Nazioni Unite hanno elaborato la Relazione del Comitato Speciale Plenario del ventisettesimo periodo straordinario di sessioni dell'Assemblea Generale⁵⁸, in cui si ribadisce la necessità di proteggere i bambini - intendendo per tali, ancora una volta, tutti gli esseri umani che abbiano meno di diciotto anni, inclusi gli adolescenti – da qualsiasi forma di violenza e sfruttamento. Per perseguire tale intenzione, si approva un Piano di Azione orientato al conseguimento di un mondo appropriato per i bambini, in cui tutti devono poter raggiungere la miglior base possibile per la propria vita futura: ciò che viene messo davanti a tutto è sempre l'interesse del bambino. Le Nazioni Unite dichiarano la loro ferma volontà ad eliminare tutte le forme di discriminazione infantile ed a perseguire con ogni mezzo l'attuazione del diritto di ciascun bambino a non essere sottoposto a coazioni, a pratiche crudeli o di sfruttamento sessuale. Viene riconosciuta, inoltre, ai Parlamentari e ai membri delle Camere legislative gli elementi necessari per una presa di coscienza, per la promulgazione di leggi *ad hoc*, per l'assegnazione più facile di fondi finanziari e loro supervisione. Allo stesso modo, anche le Associazioni non governative hanno garantito il loro appoggio ed attività.

Quanto alla pornografia infantile in concreto, il documento approvato si riferisce ad essa sotto una duplice prospettiva: una prima, generale, in cui tale piaga sociale risulterebbe compresa nella protezione totale garantita ai bambini di fronte a ciascuna forma di maltrattamento, includendo, quindi, con l'espressione

⁵⁷ Per quanto riguarda la Spagna, è opportuno sottolineare che ha presentato a tale Congresso una Proposta di Piano d'Azione contro lo sfruttamento sessuale dei minori – poi approvato nel Piano del 6 febbraio 2002 – la cui vigenza si riferisce al biennio 2002 – 2003. In particolare, i vari documenti si riferiscono al recepimento delle direttive enunciate nel Congresso Mondiale di Stoccolma, in conseguenza del quale vengono approvate la fondamentale *Ley Organica 11/1999*, a modifica del Titolo VIII del Libro II, e la *Ley Organica 14/1999*, che introduce una serie di modificazioni legislative, tra le quali l'adozione di alcune misure per migliorare la protezione delle vittime. Inoltre, viene anche adottato un Piano Nazionale contro lo Sfruttamento Sessuale dei Minori.

⁵⁸ Assemblea Generale, ventisettesimo periodo straordinario di sessioni, Supplemento n. 3 (A/S – 27/19/Rev.1).

“sfruttamento sessuale” la pedofilia, la tratta di persone e i sequestri. Una seconda, invece, più specifica, in cui si intende prendere delle misure concrete ed urgenti, sia a livello nazionale che internazionale, per porre fine alla vendita dei minori e dei loro organi, impedire che siano oggetto di abusi sessuali e sfruttamento, includendo, appunto, in essi la loro utilizzazione per fini pornografici, di prostituzione e di pedofilia⁵⁹.

Vi è, poi, la Risoluzione 1583 (2002) del Consiglio di Europa⁶⁰, in cui si sottolinea l’incremento della delinquenza contro i minori, principalmente per quel che riguarda la sfera sessuale, e ribadisce la necessità di elaborare nuove politiche di attuazione, o, quanto meno, di adattare le precedenti alle nuove forme di delinquenza. A tal proposito, si distingue tra delitti crudeli compiuti da genitori, tutori e badanti, e i delitti sessuali, molti dei quali sogliono essere commessi da persone che soffrano di alcuna alterazione della sfera sessuale. In conseguenza di ciò, l’Assemblea del Consiglio d’Europa raccomanda al Consiglio dei Ministri l’adozione di diverse misure, formali ed informali⁶¹, ed invita gli Stati membri all’adozione di misure necessarie alla protezione del minore contro qualsiasi tipo di violenza e sfruttamento sessuale, e affinché le forze vengano coordinate per combattere la pornografia minorile e lo sfruttamento sessuale dei fanciulli.

Complessivamente, quindi, si può notare come tutti questi documenti emanati in ambito europeo abbiano come linea comune quella di auspicare una maggior coordinazione tra gli Stati membri, e la compartecipazione dei mezzi e delle potenzialità per arginare e debellare il dilagante fenomeno che affligge l’intera popolazione di minori.

⁵⁹ Tra le misure di controllo sociali formali e informali, è possibile ricomprendere la creazione di una coscienza di illegalità e delle conseguenze nocive dello sfruttamento e dell’abuso sessuale, compreso quello prodotto tramite internet, nonché la tratta di minori; tipizzare come delitto e sanzionare gli strumenti internazionali relativi a tal genere di condotte; incentivare e realizzare una maggiore cooperazione tra i Governi, le organizzazioni intergovernative, il settore privato e le organizzazioni non governative, per combattere l’utilizzazione illecita delle tecnologie di informazione, incluso internet, per qualunque fine che rientri tra le attività illecite enunciate in precedenza. Il medesimo scopo, anche se con carattere più restrittivo, viene sottolineato dall’Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Diritti Umani (Risoluzione della Commissione 2002/51), affinché vengano regolamentati i servizi di internet, e se ne faccia un utilizzo più responsabile.

⁶⁰ Testo adottato dal Comitato in nome dell’Assemblea il 18 novembre 2002.

⁶¹ Si ribadisce che sono da creare programmi di protezione del minore, promozione di misure di prevenzione, finanziamento di programmi di investigazione, potenziamento del trattamento sanzionatorio delle persone condannate e riabilitazioni delle vittime.

f) Le recentissime proposte normative presentate al Parlamento Europeo in tema di intercettazione del circuito informativo sulla rete internet: limitazioni all'uso di internet per scambio di materiale pornografico e informazioni tra pedofili sulle vittime.

E' emerso con chiarezza che lo strumento operativo più efficiente e veloce per "agganciare" il circuito della pornografia minorile da parte dei pedofili, ma anche per mettere in contatto i vari autori con altri soggetti del circuito suddetto, è proprio costituito dalla rete internet. Infatti, vi è stato un consistente incremento dell'utilizzazione del web per alimentare non solo il mercato del materiale pedopornografico, bensì pure dell'aumento esponenziale di questo turpe mercimonio anche attraverso l'organizzazione di un fiorente mercato del turismo sessuale che le organizzazioni criminali gestiscono proprio in virtù dei mezzi tecnologici offerti dalla rete. E', quindi, stato quasi automatico che gli sforzi dei Legislatori nazionali ma, prima ancora, delle Istituzioni europee sovranazionali quello di cercare di svelare tale circuito criminale, di trovare gli strumenti per intercettarlo ed infine di individuare i possibili rimedi per un suo drastico ridimensionamento.

Due appaiono gli oggetti su cui si è appuntata la reazione istituzionale: il primo relativo al mero scambio di materiale pedopornografico, il secondo quello, non meno significativo, del flusso ininterrotto di informazioni sulle vittime tra pedofili. Rispetto al primo profilo, è stata introdotta la discussa incriminazione della mera detenzione di materiale pedopornografico, rispetto al secondo, invece, l'obiettivo principale è stato quello di frenare tanto il turismo sessuale quanto l'utilizzazione della rete per l'incremento della pedopornografia. Circa questo secondo obiettivo, in realtà, lo scopo principale di tutte le iniziative è rappresentato dalla necessità di bloccare i flussi informativi, perché è proprio attraverso quella modalità di interscambio tra soggetti, tipico dell'età della globalizzazione, che il mercato della pedopornografia ha assunto dimensioni spaventose e molto pericolose per tutte le potenziali vittime. Peraltro, l'Europa si è posta in prima fila per individuare possibili misure di contrasto proprio nel settore specifico della criminalità commessa tramite internet con peculiare

riferimento al fenomeno della pedopornografia. E' sembrato subito chiaro che i dislivelli culturali ed economici tra alcuni Paesi europei e Nord americani, rispetto all'Est europeo e ad alcuni Paesi dell'Africa, Asia e Sud America, si sono manifestati in modo eclatante proprio per il riavvicinamento di due mondi che sembravano separati per il tramite della rete. Il grado di consapevolezza del problema ha indotto specialmente l'Europa a correre immediatamente ai ripari.

Molte delle iniziative relative a misure di contrasto rispetto alla pedofilia tramite internet sono state molto di recente promosse principalmente dalle Istituzioni europee.

Se, infatti, gli abusi contro i minori su internet sono in costante aumento, con l'età delle vittime che tende ad abbassarsi sempre di più, crescono a dismisura gli introiti illeciti, stimati ormai in oltre 4 miliardi di dollari all'anno. Questa piaga, che è particolarmente concentrata nell'area europea con circa il 61% dei clienti, e che purtroppo non risparmia nemmeno l'Italia, è stata parzialmente ridimensionata, infatti la Polizia Postale ha attuato una strategia che ha in parte stroncato il fenomeno, con risultati ragguardevoli: 177 siti sono stati oscurati, 11 mila siti stranieri sono stati segnalati alle competenti autorità ed è stata formata una *black list*, che viene continuamente aggiornata e al momento conta 163 indirizzi. Al fine di fronteggiare la pedopornografia e gli altri illeciti via web (compresa l'istigazione dei minori all'anoressia e al suicidio o allo spaccio di droga), l'Europa ha stanziato recentissimamente 55 milioni di euro per il nuovo programma comunitario "*Safer internet 2009 – 2013*" presentato il 17 luglio 2008 a Roma dalla Parlamentare europea di Alleanza Nazionale Roberta Angelilli.

Dal momento che la Polizia Postale ha arrestato 205 persone e ne ha denunciate altre 4000 nell'ambito della lotta alla pedopornografia, monitorando oltre 270 mila siti e bloccando i già citati 163 indirizzi in una "*black list*", si è potuti pervenire in Italia alla ragguardevole cifra di circa 4000 perquisizioni effettuate e di 60 operazioni internazionali.⁶²

⁶² Questi dati, che sono aggiornati al mese di giugno 2008, sono stati presentati, sempre nel mese di luglio dello stesso anno, dal direttore della Polizia Postale Domenico Vulpiani. Lo stesso dirigente puntualizza che "esiste un modello italiano nella lotta alla pedopornografia, in particolare quella via web, da esportare nel mondo, fatto di professionalità, ma anche di una Nazione che ha fatto molto". Ancora più nello specifico, lo stesso Vulpiani ha citato le tre Leggi che rappresentano strumenti efficaci di azione ma anche "l'opinione pubblica sensibile" a questi temi.

Contro la pedopornografia su internet e per la sicurezza dei bambini *on line* serve, sempre ad avviso dell'On. Angelilli, "un approccio multilivello" e anche il Parlamento deve fare la sua parte accogliendo il programma "*Safer internet 2009 - 2013*" approvato di recente dal Parlamento europeo, come detto, che ha stanziato un budget di 55 milioni di euro.

Nel programma europeo di promozione di un uso più sicuro del web e delle altre tecnologie della comunicazione, in favore dei minori contro i contenuti illegali e i comportamenti dannosi, sono stati previsti anche marchi di "*Children friendly*" che impongono la tracciabilità dei movimenti finanziari, fino al blocco dei pagamenti *on line*. Secondo la strategia elaborata in sede europea, peraltro, è anche necessario che vengano coinvolte le associazioni di settore come *Save the Children*, *Moige*, *EPCAT* e *Telefono Azzurro*, posto che è emersa la necessità che anche le famiglie, la scuola e i providers siano coinvolti nelle strategie di contrasto alla pedopornografia *on line* ⁶³.

Un altro punto critico è rappresentato dalla circostanza che esistono anche i siti che istigano, come già accennato, all'anoressia (ne sono stati contati circa 300 mila) e addirittura al suicidio. Come particolari forme di manifestazione della pedopornografia su internet occorre poi citare sia il *cyber* bullismo che l'adescamento telematico, ma a destare notevole preoccupazione, è di recente emerso il cd. "*grooming*". Nell'ambito della risoluzione del Parlamento europeo del 16 gennaio 2008 su una strategia dell'Unione Europea sui diritti dei minori⁶⁴, assume notevole rilievo in particolare l'art. 23 della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei bambini contro lo sfruttamento e gli abusi sessuali, che definisce "*grooming*" la manipolazione psicologica per scopi sessuali. In questo processo, ancora scarsamente studiato in Italia, colui che abusa cura ("*grooms*") la vittima, inducendo gradualmente il bambino a superare le resistenze attraverso tecniche di manipolazione psicologica. Il *grooming* viene anche usato per far tacere il bambino dopo l'abuso. Questa tecnica è utilizzata in internet soprattutto nelle *chat rooms*, nei *forum* e nei *news group* ed ha come vittime più

⁶³ In particolare le famiglie, secondo un'indagine svolta nel Lazio, dal *Moige*, sono preoccupate (per il 76%) ma solamente 1 genitore su 10 è perfettamente consapevole in concreto dell'estrema gravità del fenomeno con specifico riferimento all'utilizzazione della rete.

⁶⁴ Ris. 2007/2093 (INI).

probabili le ragazzine tra i 13 e i 17 anni. Infine, all'adescamento on line può seguire anche un incontro di persona e l'abuso fisico vero e proprio a danno del minore.

2. Adozione di specifiche misure di contrasto: la pedofilia come forma di riduzione in schiavitù e tratta di esseri umani. Inserzione dello sfruttamento sessuale a pieno titolo nella Convenzione ONU del dicembre 2000 e dei suoi protocolli aggiuntivi sul crimine organizzato transnazionale.

Si può senz'altro sostenere che il fenomeno della pedofilia abbia una notevole contiguità con l'incriminazione di riduzione in schiavitù e tratta degli esseri umani. Anzi, è possibile affermare che la pedofilia abbia assunto la conformazione di una moderna modalità di riduzione in schiavitù e tratta di esseri umani, che corre per i percorsi tecnologici di internet e delle altre linee telematiche. Non è un caso, come si vedrà in seguito in maniera più approfondita, che il Legislatore italiano abbia topograficamente inserito tutte le incriminazioni sulla pedofilia e pedopornografia infantile subito dopo il reato di riduzione in schiavitù⁶⁵. D'altra parte, tutti questi reati presentano come minimo comun denominatore lo sfruttamento di persone per fini commerciali: la mercificazione delle persone a fini di profitto. Peraltro, la pedofilia e pedopornografia infantile presentano un'ulteriore caratteristica che è data dall'oggetto di detta mercificazione che cade su povere vittime infantili, soggetti ancora più indifesi degli adulti, e dalla turpe modalità con la quale detta strumentalizzazione viene realizzata, e cioè lo sfruttamento sessuale dei minori. Proprio in relazione a quest'ultima considerazione, appare del tutto evidente il motivo dell'inserimento dello sfruttamento sessuale a pieno titolo nella Convenzione ONU del Dicembre del 2000 e dei suoi protocolli aggiuntivi sul crimine organizzato transnazionale. Ciò per almeno due buoni motivi: in primo luogo, perché lo sfruttamento sessuale costituisce uno dei delitti scopo privilegiati delle moderne associazioni criminali;

⁶⁵ Per un raccordo tra la legge 269/1998 e il ruolo della dignità umana e della tutela penalistica della persona, in particolar modo in relazione al delitto di schiavitù, cfr. CARUSO, *Delitti di schiavitù e dignità umana: nella riforma degli artt. 600, 601 e 602 del codice penale: contributo all'interpretazione della L. 11 agosto 2003 n. 229*, Padova, 2005, spec. 245 e ss.

in secondo luogo, perché attività complesse ed articolate, quali la produzione, la commercializzazione di materiale pedopornografico, che segue il precedente adescamento dei minori – vittima, nonché la stessa attività criminosa del turismo sessuale non possono che avvenire attraverso l'organizzazione pluralistica di uomini ed articolata di mezzi.

D'altra parte, la stessa legge di conformazione alla Convenzione di Palermo n. 228 dell'11 agosto 2003, recante "Misure contro la tratta di persone" prevede nell'art. 2 che gli obiettivi che si poneva il legislatore sono prima di tutto quello di prevenire e combattere la tratta di persone con specifico riferimento alle donne e bambini; in secondo luogo, predisponendo un completo strumentario di forme di tutela e assistenza di tali vittime in vista del pieno rispetto dei diritti umani; ed, infine, di incrementare la cooperazione tra gli Stati parte al fine di realizzare detti obiettivi. Proprio in questa direzione per un'efficace azione di prevenzione contro i reati di riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù e dei reati legati al traffico di persone, il Ministro degli Affari Esteri definisce le politiche di cooperazione nei confronti dei Paesi interessati dai predetti reati considerando anche il grado di collaborazione da essi prestata e dall'attenzione riservata dai medesimi ai problemi connessi alla tutela dei diritti umani, e provvede altresì ad organizzare, d'intesa con il Ministro delle Pari Opportunità incontri internazionali e campagne di informazione anche all'interno dei Paesi di prevalente provenienza delle vittime del traffico di persone.

Occorre, peraltro, osservare che gli scopi che ci si proponeva di realizzare sono in via preliminare, proprio rispetto ai crimini di pedofilia e pedopornografia, indirizzati a porre misure di contrasto prima di tutto in materia di tratta di persone e immigrazione clandestina, collocando tali previsioni di protezione in un contesto sistematico omogeneo che veda come scopo di tutela la difesa di donne e bambini dallo sfruttamento sessuale.

In questo senso risulta proficuo collegare l'adozione della citata Legge 228/2003 con la Decisione Quadro del Consiglio Europeo n. 2002/629/GAI del 19 luglio 2002 sulla lotta alla tratta degli esseri umani, la quale aveva introdotto una minuziosa disciplina dei "reati relativi alla tratta degli esseri umani a fini di sfruttamento di mano d'opera o di sfruttamento sessuale". Evidenti le

ripercussioni che tale Decisione Quadro ha avuto nell'adozione della Legge 228, dal momento che proprio l'art. 1 par. 1 della citata Decisione Quadro definisce come fattispecie relative alla tratta degli esseri umani una serie di condotte, tra le quali spicca proprio "offrire o ricevere pagamenti o benefici per ottenere il consenso di una persona che abbia il potere di disporre di un'altra persona a fin di sfruttamento della prostituzione altrui o di altre forme di sfruttamento sessuale, anche nell'ambito della pornografia". Detta disposizione chiarisce in modo lampante, quindi, il collegamento consequenziale che facilmente si instaura tra la tratta degli esseri umani come comportamento strumentale e lo sfruttamento sessuale di donne o bambini anche nell'ambito della pornografia come suo risultato criminoso. Parallelamente è necessario, allora, che anche le misure di contrasto si indirizzino prima a intercettare il fenomeno criminoso della tratta con tutti i suoi addentellati nella organizzazione criminale e quindi di impedire in tal modo che si realizzi il delitto – scopo sempre collegato allo sfruttamento sessuale ai fini commerciali e alla pedopornografia.

Proprio in questo senso risulta assolutamente centrale l'incriminazione della riduzione in schiavitù di cui all'art. 600 c.p. perché individua proprio quella condotta mediante la quale la gente "esercita su una persona poteri corrispondenti a quelli del diritto di proprietà" ovvero "riduce o mantiene una persona in uno stato di soggezione continuativa, costringendola a prestazioni lavorative o sessuali ovvero all'accattonaggio o comunque a prestazioni che ne comportino lo sfruttamento"⁶⁶.

Inoltre, evidenti similitudini esistono anche tra l'incriminazione di cui all'art. 601 c.p. sulla tratta di persone e l'art. 1 par. 1 della già citata Decisione Quadro n. 2002/629/GAI, posto che entrambe le disposizioni pongono a fondamento della propria disciplina lo stato di soggezione fisica e psichica in cui si trova la vittima della tratta di persone. Identica similitudine che, non a caso, si riscontra anche nella previsione dell'art. 3 lett. a) del secondo protocollo

⁶⁶ Per una messa a fuoco da parte della giurisprudenza della fattispecie incriminatrice della "riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù" di cui all'art. 600 c.p. si veda, di recente, Cass., Sez. III, 2.12.2004, Ongari, in *Cass. CED* n. 213244; Cass., Sez. V, 9.11.2005, Molnar, in *Cass. CED* n. 232834; Cass., Sez. V, 15.12.2005, Lazi e altri, in *Cass. CED* n. 233600. In dottrina, per una valutazione complessiva degli orientamenti giurisprudenziali, si veda ROMANO B., *Sub art. 600*, in *Codice Penale Ipertestuale*, a cura di RONCO – ARDIZZONE, II ed., Torino, 2007, pag. 2509 e s.

addizionale della Convenzione di Palermo, che definisce la tratta di persone, tra le altre, anche come condotta di sfruttamento della prostituzione altrui o altre forme di sfruttamento sessuale.

Invece, il collegamento di queste ipotesi delittuose con le associazioni criminali è contenuto nella previsione dell'art. 4 della L. 228/2003 che si limita a considerare detti casi come riconducibili alla fattispecie associativa di cui all'art. 416 c.p., stabilendo che "se l'associazione è diretta a commettere taluno dei delitti di cui agli artt. 600, 601 e 602, si applica la reclusione da 5 a 15 anni nei casi previsti dal primo comma, e da 4 a 9 anni nei casi previsti dal secondo comma."

Concludendo, è possibile affermare che attraverso la L. 228/2003 è stato introdotto un chiaro rafforzamento delle azioni di contrasto ai fenomeni della tratta di persone e della riduzione in schiavitù degli immigrati clandestini, assodato che gli strumenti inizialmente previsti dal Codice Rocco risultavano del tutto inadeguati e non più al passo con i tempi.

2.1. (Segue). La connessione tra la normativa sull'immigrazione clandestina e lo sfruttamento sessuale delle vittime - minori.

Appare chiaro da quanto sin qui considerato che il fenomeno della pedofilia e della pedopornografia costituisce ad un tempo reato-scopo oggetto del programma criminoso delle associazioni a delinquere finalizzate allo sfruttamento sessuale dei minori per fini commerciali, ma anche fenomeno transnazionale che si innesta nella tratta di persone o di minori e nella immigrazione clandestina. E' un dato dell'esperienza comune oltre che una situazione empiricamente verificabile che la tratta delle persone così come l'immigrazione clandestina costituiscono il reato-mezzo per poi pervenire allo sfruttamento sessuale e alla pedopornografia. Da questo punto di vista, quindi, è importante sottolineare come sovente l'immigrazione clandestina costituisca il presupposto per procedere poi allo sfruttamento sessuale del minore. Infatti, spesso la progressione criminosa che si instaura è la seguente: vengono individuati dei soggetti a rischio posti in una posizione di minorata difesa, praticamente già potenziali vittime del reato più grave che, una volta adescati, anche attraverso false promesse di una vita migliore

in Paesi più ricchi di quelli di provenienza, vengono successivamente avviati alla prostituzione minorile o al circuito infernale della pedofilia e della pedopornografia come moderne forme di riduzione in schiavitù mediante l'inganno e talvolta, purtroppo, mediante la minaccia e la violenza anche di tipo morale. E' un fenomeno che riguarda tutti i soggetti che non possono adeguatamente difendere la propria dignità umana o la sfera sessuale perché provenienti da situazioni di vita molto degradate di basso profilo morale cui è difficile rinvenire valori condivisi dalla società evoluta, e che più facilmente possono essere pervertiti mediante il facile guadagno che potrebbe consentir loro condizioni di vita migliore.

In definitiva, si può schematicamente e plasticamente individuare un ideale triangolo i cui angoli sono costituiti dalla transnazionalità dei crimini, dall'interessamento di associazioni criminali per la loro gestione attraverso la predisposizione di mezzi e uomini a tal fine utilizzati, e della finalità del delittoscopo che, transitando dalla riduzione in schiavitù, dalla tratta di persone o dall'immigrazione clandestina, ha come conseguenza deteriore l'avvio al circuito della pedopornografia.

E', infatti, abbastanza palese che la condizione del minore che versi in uno stato di sfruttamento a fini sessuali è assimilabile a quella di chi si trovi in stato di schiavitù; questa situazione così degradante si manifesta "in una forma drammaticamente "moderna", "nuova", svincolata dai presupposti materiali che l'hanno in passato connotata, ma ad esse equiparabile per la condizione di reificazione nella quale la vittima viene posta"⁶⁷.

La moderna forma di sfruttamento che ha i connotati di una vera e propria riduzione in schiavitù, ed il cui tramite è rappresentato dalla immigrazione clandestina delle vittime, è motivata massimamente dalla ingente circolazione di denaro che alimenta e sostiene sia la prostituzione minorile che la diffusione del materiale pedopornografico. Detto mercimonio che ha come immediata conseguenza negativa un insano e scorretto sviluppo psicofisico del fanciullo poiché costringere o indurre alla prostituzione e alla pornografia un soggetto infradiciottenne significa sottoporlo interamente ad un potere altrui, di fatto

⁶⁷ Sul punto si veda MENGONI, *Delitti sessuali e pedofilia*, Milano, 2008, 215.

privarlo di ogni libertà, anche sessuale, sin dalla fase dell'avviamento alla immigrazione clandestina, che successivamente alla prostituzione o alla immissione nel mercato della pedopornografia. Una forma particolare è rappresentata, poi, dallo sfruttamento dei minori cd. "argati", cioè ceduti dai genitori dietro compenso, e in seguito impiegati da organizzazioni criminali per l'accattonaggio ed il furto, oltre che per la prostituzione.

In questo senso si può concludere concordando con un certo orientamento della giurisprudenza di legittimità italiana che afferma che la riduzione in schiavitù è attualmente un reato a forma libera, non più a forma vincolata, nel quale ricondurre tutte quelle condotte che abbiano come risultato il totale asservimento di un soggetto umano all'autore di esse.⁶⁸

3. La Decisione Quadro 13 giugno 2002/584/GAI relativa al Mandato d'arresto europeo: in particolare l'art. 2 co. 2 sullo sfruttamento sessuale dei bambini e "pornografia infantile" quale reato punito che dà luogo a consegna "indipendentemente dalla doppia incriminazione per il reato".

Attraverso la Decisione Quadro del Consiglio d'Europa n. 584/GAI/2002 del 13 giugno 2002, relativa al mandato di arresto europeo e alla procedura di consegna degli indagati e degli imputati tra gli Stati dell'Unione Europea, ratificata in Italia con la Legge del 22 aprile 2005, n. 69, è stato introdotto l'istituto del mandato di arresto europeo che stabilisce, in base all'art. 2 co. 2, la consegna dell'imputato o indagato in base al suddetto mandato indipendentemente dalla doppia incriminazione per reati che prevedono il massimo della pena o della misura di sicurezza privativa della libertà personale pari o superiore ai tre anni. Ebbene, tra i reati che prevedono la deroga al regime della doppia incriminazione sono inseriti anche la tratta di esseri umani, la pornografia infantile e lo sfruttamento sessuale dei minori. Adottata in Italia dalla citata L. 69/2005, con l'art. 8 si stabilisce, appunto, che "sempre che, escluse le eventuali aggravanti, il massimo della pena sia pari o superiore ai tre anni" scatta la misura cautelare ai fini della consegna.

⁶⁸ Tra le altre, in giurisprudenza, Cass. Pen., Sez. III, 19.2.2004, Hakja, in *CED Riv.* n. 229037.

Vi è da notare come nella fase di ratifica dello strumento vi sia una maggiore specificazione nella descrizione dei reati in materia di pedopornografia, per i quali si può adottare il mandato d'arresto europeo, dal momento che la misura privativa può essere emessa anche nel caso di induzione alla prostituzione, ovvero di compimento di atti diretti al favoreggiamento o prostituzione sessuale di un bambino; ovvero ancora di realizzazione di atti diretti allo sfruttamento di una persona in età infantile allo scopo della produzione, con qualsiasi mezzo, di materiale pornografico; nonché di condotte finalizzate a fare commercio, distribuire, divulgare o pubblicare materiale pornografico in cui è riprodotto un minore. Si ha, pertanto, una maggiore specificazione delle fattispecie di reato, nella legge di attuazione, per cui scatta il mandato di arresto europeo, fermo restando il limite generale dei tre anni della pena detentiva.

Come risulta chiaro l'inserimento a pieno diritto dei reati in materia di pedopornografia nel catalogo dei crimini per cui scatta automaticamente il mandato di arresto europeo, denota, senza ombra di dubbio, che si tratta di ipotesi di reato per le quali l'Unione Europea richiede dei mezzi appropriati e più efficaci di contrasto, semplificando le procedure per la privazione della libertà personale dei soggetti sottoposti alla misura cautelare.

Le fenomenologie criminali per cui si emette il mandato di arresto europeo indipendentemente dal regime della doppia incriminazione si caratterizzano, infatti, per un'inequivocabile dimensione transnazionale, "che non consente l'utilizzazione, in una prospettiva autarchica evidentemente inadeguata, di un'area esclusivamente nazionale per la repressione dei comportamenti illeciti oggetto di valutazione processuale".⁶⁹ L'inclusione dei reati di pedopornografia in quest'ambito significa in via del tutto immediata che detti crimini hanno una spiccata vocazione universalistica e transnazionale e che manifestano un notevole grado di offensività che ne giustifica una repressione più dura e severa anche sul piano processuale e penale sostanziale. Infatti, le indubbe difficoltà che si incontrano nella scoperta e repressione di crimini di questa indole "non possono che comportare l'utilizzazione di strumenti di cooperazione giudiziaria interstatuali nella materia penale più elaborati ed articolati, che abbiano come

⁶⁹ Sul punto si veda la recente riflessione di CENTONZE, *Criminalità organizzata e reati transnazionali*, Milano, 2008, 462.

punto di riferimento territoriale lo spazio giudiziario europeo”.⁷⁰

Inoltre, come molto spesso avviene, i crimini transnazionali si caratterizzano anche per essere compiuti nell’ambito della criminalità organizzata e tale conclusione non può oggi assolutamente essere negata rispetto ai crimini qui in esame, specialmente con riguardo al cd. turismo sessuale e all’immigrazione clandestina finalizzata allo sfruttamento sessuale.

Evidentemente, le possibilità applicative di uno strumento di semplificazione processuale come il mandato d’arresto europeo comporta anche un pericoloso indebolimento delle garanzie individuali, “dando vita a quella che è stata definita con un’espressione di straordinaria intensità la “solitudine del cittadino globale” che appare evidente soprattutto con riferimento al principio di determinatezza della legge penale”, che, in tanto può essere accettata, in quanto sia assolutamente certo il notevole grado di disvalore degli illeciti cui la misura si applica: è ovvio che questo notevole tasso di gravità del reato è assolutamente riscontrabile nei crimini di pedopornografia e pedofilia. L’efficacia effettiva dello strumento processuale dovrà, peraltro, essere misurata anche attraverso un avanzato sistema di allineamento della legislazione penale nello spazio giudiziario europeo⁷¹ e a tale obiettivo non può di certo sfuggire anche la materia delle misure di contrasto alla pedofilia e pedopornografia, chiarendo, ad esempio i limiti di applicabilità dell’istituto processuale in esame rispetto ad istituti controversi quali la mera detenzione di materiale pedopornografico o anche la semplice pornografia minorile, che sembrano tendenzialmente escluse dal provvedimento restrittivo, nonché tutta la disciplina delle circostanze aggravanti che possono, a seconda dei tipi di normazione nazionale adottate, determinare significative escursioni delle cornici edittali di pena determinando conseguenze pure sull’emissione del mandato d’arresto europeo.

D’altra parte è anche innegabile che le opzioni di politica criminale che

⁷⁰ Sul punto cfr. CENTONZE, *op. e loc. ult. cit.*; nonché ROSI, *L’elenco dei reati nella decisione sul mandato d’arresto europeo: l’UE “lancia il cuore oltre l’ostacolo”*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, 377 ss.

⁷¹ In tal senso si v. l’analisi condotta da CENTONZE, *Criminalità organizzata*, *op. cit.*, 468; più in generale parla di “pre-armonizzazione”, come presupposto dell’elenco dei reati individuato dall’art. 2, co. 2 della Decisione quadro del Consiglio europeo n. 584/2002/GAI MANACORDA, *Il Mandato d’arresto europeo nella prospettiva sostanzial-penalistica: implicazioni teoriche e ricadute politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 817.

hanno condotto il legislatore comunitario ad enucleare le ipotesi delittuose per le quali il mandato d'arresto europeo deve essere concesso ai sensi dell'art. 2, co. 2 della Decisione quadro n. 2002/ 584/GAI, anche in assenza del requisito della doppia incriminazione, siano del tutto svincolate dalla valutazione dei beni giuridici sottesi alle varie forme di protezione apprestata e riprodotte nella lista di reati e dalle specifiche tecniche di tipizzazione impiegate negli ordinamenti interni degli Stati membri per la configurazione di tali ipotesi di reato. Si è giustamente notato sul punto⁷², e neanche la materia in esame sfugge a tale valutazione critica, che l'assenza di omogeneità tra le fattispecie di reato elencate nel già citato art. 2, co. della Decisione è "incontrovertibile"⁷³ e trae origine dalla constatazione secondo la quale le divergenze normative esistenti tra le varie ipotesi delittuose oggetto di valutazione sono tali da non permettere di fare riferimento a un progetto di armonizzazione legislativa come presupposto dell'individuazione di tali figure delittuose, tanto da indurre taluno a ritenere che spesso si utilizzi un vero e proprio neologismo⁷⁴.

4. Primo bilancio intermedio desumibile dall'analisi delle fonti internazionali volte a reprimere la pedopornografia: il reato di sfruttamento sessuale dei minori come ipotesi criminosa necessariamente transnazionale a vocazione universalistica, ontologicamente plurisoggettiva e ineludibilmente collegabile a fenomeni di criminalità organizzata.

Dall'esame fin qui effettuato dei riflessi che la normazione internazionale ha avuto nel panorama normativo dei singoli Stati membri nonché anche rispetto ad un'osservazione dell'evoluzione legislativa che il fenomeno criminoso della pedofilia ha incontrato nell'esperienza giuridico-penale del Nordamerica, si può desumerne un quadro sufficientemente chiaro, sia pure con alcune significative varianti.

Prima di tutto è ormai pacifico che i reati di pedofilia e pedopornografia costituiscono il tipico prodotto dell'età della globalizzazione e di uno sfrenato

⁷² Di nuovo CENTONZE, *Op. e loc. ult. cit.*

⁷³ La definizione è di CENTONZE, *Criminalità organizzata*, op. cit., 468.

⁷⁴ Per questa ulteriore riflessione si rinvia a CENTONZE, *Op. e loc. ult. cit.*

sviluppo tecnologico che ha aperto nuove frontiere alla criminalità, che si presenta in forme sempre più ramificate ed organizzate. Di questo stato di fatto le istituzioni comunitarie sono state le prime ad accorgersi avvertendo la necessità di introdurre nuove misure di contrasto più in linea con il vertiginoso aumento della criminalità in questo settore che è dovuta anche all'uso di internet⁷⁵: così si spiegano la Decisione quadro sullo sfruttamento sessuale dei minori a fini commerciali del 2003, nonché la Convenzione sul *cybercrime* del Consiglio d'Europa adottata già dal 2001. Peraltro, i reati in materia di pedopornografia hanno una strutturale conformazione transfrontaliera perché iniziano con le varie modalità di adescamento dei minori, specialmente nelle nazioni sottosviluppate, in cui le condizioni di vita dal punto di vista socio-economico sono molto precarie, rendendo i minori facili prede del circuito internazionale pedopornografico, proseguono con l'immigrazione clandestina per immettere le vittime nel circuito pedopornografico e si concludono con la vera e propria organizzazione del mercimonio conseguente allo sfruttamento sessuale⁷⁶.

Anche la disposizione dell'art. 604 del Codice penale italiano, che prevede deroghe al principio di territorialità, indica come è necessario consentire meccanismi di applicazione universale della legge penale anche per fatti che siano commessi all'estero proprio perché lo sviluppo dell'*iter criminis* è obbligatoriamente transfrontaliero ed ha una dimensione internazionale⁷⁷.

Occorre poi osservare che i reati di pedopornografia non possono essere ricondotti ad isolati criminali che agiscano – per così dire – “in solitudine”, ma nella loro più moderna ed evoluta versione si alimentano e vengono realizzati sempre nell'ambito di una pluralità di soggetti.

Ora, rispetto a quest'ultimo punto, occorre fare una distinzione: da una parte, esistono forme di partecipazione plurisoggettiva che si sostanziano nella

⁷⁵ Sul punto afferma MENGONI, *Delitti sessuali*, op. cit., 211, internet “garantisce non soltanto assoluta semplicità e rapidità negli scambi del materiale pedopornografico, ma anche il completo anonimato dei soggetti interessati (i pedofili, nella Rete, utilizzano sempre nomi di fantasia, i cd *nicknames*)”.

⁷⁶ Ad avviso di FLORA, *La legge contro lo sfruttamento sessuale dei minori: profili di diritto sostanziale*, in *Studium Iuris*, 1999, 729 e ss. “il fenomeno che il legislatore ha inteso colpire è sicuramente proprio quello della mercificazione professionalmente organizzata del sesso minorile (...); in una parola ha inteso colpire l’“industria” del sesso minorile”.

⁷⁷ Sul punto, nella manualistica italiana, vedi MANTOVANI, *Diritto penale, Parte speciale, I, Delitti contro la persona*, 3 ed., Padova, 2008, 481 e ss.

semplice interrelazione o presa di contatto dei singoli pedofili tra di loro, ovvero di ciascun autore rispetto al circuito degli altri pedofili, in questo caso solo impropriamente si può parlare di concorso di persone nel reato o di reati plurisoggettivi, semmai può affermarsi che il reato assume connotati bilaterali, come nello scambio di materiale pedopornografico; dall'altra parte, viceversa, si sono imposte negli ultimi tempi forme plurisoggettive o associative nella commissione di questi reati, che riguardano l'organizzazione dell'*iter criminis* che conduce allo sfruttamento sessuale dei minori ovvero alla predisposizione di mezzi e uomini per la realizzazione del cd. turismo sessuale. In questo seconda ipotesi possiamo parlare senza ombra di dubbio di crimini non solo transfrontalieri, bensì più specificamente di crimine organizzato transnazionale per lo sfruttamento sessuale dei minori. In questa direzione il coinvolgimento nel fenomeno criminoso della pedofilia anche di *providers* e di una serie di intermediari pone seri problemi anche in ordine alla configurabilità di una possibile responsabilità diretta degli enti per la commissione di questi reati.

Sotto quest'ultimo profilo l'estensione della responsabilità amministrativa da reato degli enti di cui al D. lgs. 231/2001 anche ai reati degli articoli 600 *bis*, 600 *ter*, 600 *quater* e 600 *quinquies* con la possibilità di applicare pure le sanzioni interdittive previste da tale decreto in base all'art. 5 della L. 134/2003 dimostra che oramai il fenomeno della pedopornografia coinvolge direttamente la criminalità organizzata ma anche gli enti⁷⁸.

Responsabilità plurisoggettiva, coinvolgimento anche degli enti, vocazione transfrontaliera degli illeciti in questione, aggancio all'attività collegata alla criminalità organizzata⁷⁹: sono questi i punti nodali che ha dovuto affrontare anche il legislatore italiano nella predisposizione di un reticolato normativo che rispondesse anche alle indicazioni che provenivano dal consesso internazionale e particolarmente dalle istituzioni comunitarie

⁷⁸ In dottrina si veda di nuovo MANTOVANI, *Op. ult. cit.*, pag. 484; nonché, per un breve accenno al problema, MENGONI, *Delitti sessuali e pedofilia*, op. cit., 242.

⁷⁹ Al riguardo MANTOVANI, *Op. ult. cit.*, pag. 414 afferma che vi è una chiara "emersione della piaga, reale, dilagante, senza frontiere, e particolarmente grave, dello sfruttamento commercialistico della prostituzione e della pornografia minorile, nonché dal traffico di minori, in uno con quello dell'immigrazione clandestina".

CAPITOLO II

La legislazione penale italiana contro lo sfruttamento sessuale del minore

1. L'adattamento della legislazione nazionale interna alla normazione sovranazionale al fine di tutelare penalmente l'intangibilità sessuale del minore: obblighi attuati e non attuati.

I reati contro lo sviluppo psico-fisico del minore sono stati introdotti nel nostro ordinamento dalla L. 3 agosto 1998 n. 269, modificata successivamente dalla L. n. 38/2006, didascalicamente intitolata "Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno ai minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù". Il titolo, sia pur a stretto rigore non vincolante, denota l'esplicita scelta di campo del legislatore nel dare un'esplicita collocazione a questi reati quale *genus* della più ampia categoria della "riduzione in schiavitù". La legge ha introdotto, mediante la tecnica dell'aggiunzione, gli articoli dal 600 *bis* c.p. al 600 *septies* c.p.

All'esegesi delle norme e delle scelte di politica criminale e tecnica normativa ad essa sottese torneremo più avanti nel corso di questo capitolo, preliminarmente appare più opportuno valutare il legame che intercorre fra la disciplina interna e il *corpus* normativo internazionale analizzato nel capitolo precedente. La chiave di lettura migliore per valutare questa simmetria tra ordinamento interno ed internazionale appare la valutazione dell'effettiva influenza svolta dalla normativa transnazionale su quella interna, valutando in particolare quali obblighi siano stati effettivamente adempiuti e quali invece siano stati disattesi o, perlomeno, messi momentaneamente da parte.

Parlando degli "obblighi" internazionali adempiuti non si può prescindere dal citare l'esplicito riferimento, effettuato dall'art. 1 della legge, alla Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia di cui si è già ampiamente parlato nel capitolo precedente. La suddetta Convenzione, ratificata dall'Italia con la Legge 176/91, con le sue norme di portata generale contenute nel preambolo,

ma anche con gli articoli specificatamente dedicati alla questione dello sfruttamento sessuale¹, pone chiare ed inequivocabili linee guida che gli Stati non possono evitare di attuare in nessun modo. L'influenza della normativa internazionale esaminata in precedenza si riflette in particolare sulle specifiche finalità perseguite dalla nuova normativa: potenziare la tutela penale dei minori attraverso il rafforzamento della tutela penale in tema di prostituzione e pornografia minorile (art. 600 *bis*–600 *septies* c.p.) e prevedere anche la responsabilità delle persone giuridiche ex D.lgs. n. 231/2001. Infatti, l'art. 5 della l. n. 228 del 2003 ha introdotto l'art. 25 *quinquies*, modificato nuovamente nel 2006, nella c.d. parte speciale del decreto istitutivo della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche. La disposizione in esame consente di comminare all'ente sanzioni pecuniarie e le temute sanzioni interdittive in caso di commissione di reati contro la personalità individuale.

Accanto a questa tutela "rafforzata" a livello sostanziale, sono stati previsti² mezzi processuali più efficaci al fine di garantire all'Autorità giudiziaria strumenti repressivi ben più incisivi (artt. 11, 12, 13 L. n. 269/1998 e artt. 13, 14, 16 L. n. 38/2006). Parimenti, alla Polizia Giudiziaria sono stati attribuiti nuovi mezzi di contrasto contro i reati di prostituzione e pornografia. Dal punto di vista della tutela delle vittime sono stati previsti strumenti volti a garantire la massima protezione del minore al fine di limitare i danni fisici e psichici scaturenti dalla violenza subita. Con la finalità di predisporre una lotta al fenomeno criminoso su base globale si è delegato ad Organizzazioni internazionali il compito di vigilare e monitorare, su scala sovranazionale, l'emersione di dati fatti³.

La nuova serie di delitti introdotti dalle leggi ricordate in precedenza si pongono in questo ordine di relazione con la normativa internazionale: gli artt. 600 *bis* 1 co. c.p., 600 *ter* c.p., 600 *quinquies* c.p., 600 co. 3 c.p., 601 co. 2 c.p. e

¹Fondamentale l'art 34 della Convenzione che recita:

"Sexual exploitation and sexual abuse

States Parties undertake to protect the child from all forms of sexual exploitation and sexual abuse. For these purposes, States Parties shall in particular take all appropriate national, bilateral and multilateral measures to prevent:

(a) The inducement or coercion of a child to engage in any unlawful sexual activity;

(b) The exploitative use of children in prostitution or other unlawful sexual practices;

(c) The exploitative use of children in pornographic performances and materials."

² Come meglio si vedrà in seguito al termine di questo stesso capitolo.

³ Per un'analogia ricostruzione cfr MANTOVANI, *Diritto Penale*, P.S. I, op. cit., 413.

602 co. 3 c.p. costituiscono la diretta applicazione della Convenzione sui diritti del fanciullo. Gli artt. 602 *bis* co. 2 c.p. e 600 *quater* c.p. sono stati previsti in seguito al già menzionato Programma di azione allegato alla Dichiarazione finale della Conferenza di Stoccolma⁴ e in ottemperanza dell'invito formulato dal Parlamento europeo nella Risoluzione 12/12/96. Il delitto previsto all'art. 600 *quater*.1 c.p.(pornografia virtuale) trova, invece, piena previsione a livello di legislazione di cornice nella Convenzione sul *cybercrime* e nella Decisione Quadro del Consiglio d'Europa sulla medesima materia⁵.

Punto dolente in seno alla dialettica tra le fonti interne ed internazionali restano quella serie di "obblighi" che invece, nonostante la loro utilità e cogenza, sono stati relegati ad un ruolo secondario oppure addirittura trascurati nel processo di tipizzazione che ha portato all'incriminazione delle condotte lesive dell'intangibilità sessuale dei minori. In particolare, il Legislatore è sembrato ignorare, quali parametri di riferimento, fonti comunitarie la cui efficacia appare agli occhi dell'interprete quanto mai evidente. Fa parte a pieno titolo di questa categoria vagamente trascurata l'Azione comune 97/154/GAI del 24/2/1997.

Questa iniziativa del Consiglio, adottata sulla base dell'articolo K. 3 del Trattato sull'Unione Europea dettava in questa materia dei veri e propri "obblighi" di penalizzazione a carico degli Stati membri. Nonostante l'incisività dello strumento utilizzato dal Legislatore comunitario, l'Azione comune non viene menzionata nella relazione di accompagnamento alla legge redatta dall'On. Serafini e neanche nei lavori preparatori della legge stessa. Va detto che l'articolato redatto dal Legislatore comunitario non brillava certo per chiarezza e che, anzi, proprio per la sua genericità, non risultava di grande aiuto per la definizione del concetto, per sua natura alquanto sfuggente, di sfruttamento sessuale. Del fallimento dell'Azione comune 97/154/GAI ha preso atto anche la Commissione Europea che ne ha certificato la mancata adozione in una comunicazione al Consiglio e al Parlamento Europeo del dicembre 2000 rivolta a

⁴ Come analizzato nel capitolo I, la Conferenza di Stoccolma ha proposto ai vari Stati un ampio spettro di possibili scelte di politica criminale volte a raggiungere un adeguato livello di tutela sulla sensibile materia collegata allo sfruttamento sessuale dei minori.

⁵ *Ivi*, 414.

“tastare il polso” dello stato di armonizzazione delle discipline interne e dell’attuazione della normativa di conio comunitario⁶.

2. Analisi delle ragioni che hanno condotto il legislatore italiano all’adozione della L. 3 agosto 1998 n. 269 - “Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno dei minori quali nuove forme di riduzione in schiavitù”: esame dei lavori preparatori della legge.

Di particolare significato per comprendere la portata reale della nuova disciplina in tema di misure di contrasto della pedofilia e della pedopornografia può essere l’esame dettagliato dell’*iter* legislativo che ha condotto all’adozione della normativa attualmente vigente, perché solo in tal modo è possibile ricostruire la volontà Legislatore nazionale di tradurre gli obblighi di penalizzazione di fonte comunitaria nelle norme di attuazione interne.

2.1. (Segue). Il significato del “preambolo” contenuto nell’art. 1 della L. 3 agosto 1998 n. 269 di raccordo immediato alla Convenzione ONU sui diritti del fanciullo e alla Dichiarazione finale della Conferenza mondiale di Stoccolma, nonché di riferimento immediato delle incriminazioni per pedopornografia al delitto di riduzione in schiavitù (art. 600 c.p.)

Nell’iniziare specificatamente a commentare la L. 3 agosto 1998 n. 269 occorre soffermarsi brevemente sul peculiare significato da attribuire al preambolo al quale il legislatore ricorre come “cappello” all’articolato vero e proprio. L’uso di preamboli esplicativi, spesso caratterizzati da scelte lessicali vagamente retoriche, sembrava essere una pratica caduta in disuso, poiché l’esistenza di uno stato di diritto a monte quale creatore di norme consentiva di dare attuazione al principio “la legge non spiega ma comanda”. La delicatezza della materia, dove si intrecciano necessariamente concetti di natura etica e problemi connessi alla libertà e all’autodeterminazione, abbinata alla difficoltà di tradurre concetti spinosi in precetti di comando, invece, ha fatto sì che il

⁶ Per un esaustivo stato dei rapporti fra normativa interna, internazionale e comunitaria cfr A. CADOPPI, S. CANESTRARI, M. PAPA, *I reati contro la persona*, Torino, 2006, 322 ss.

Legislatore ricorresse a questo strumento vagamente preilluministico come, del resto, aveva già fatto con la legge sull'interruzione di gravidanza del 1978. La migliore dottrina, sul punto in esame, non ha esitato a parlare di "autogiustificazione del legislatore"⁷, nel tentativo di usare le fonti internazionali, ricordate nel paragrafo precedente, a guisa di "scudo protettivo" per poter inserire nel circuito penalistico una normativa confusa, delicata sotto il profilo della libertà personale e portatrice di trattamenti sanzionatori non propriamente omogenei⁸.

Come detto, i documenti internazionali cui il Legislatore fa esplicito riferimento sono la Convenzione sui diritti del fanciullo e la Dichiarazione finale della Conferenza di Stoccolma. Quest'ultima in particolare, dal punto di vista penalistico, giunge a risultati particolarmente espliciti, invocando sanzioni penali per sfruttatori, clienti di prostitute minori, nonché per i detentori di materiale pedopornografico. Tirando le fila del discorso, e riallacciandoci a quanto detto nel paragrafo precedente, si può dire che per quanto riguarda questi due documenti internazionali il Legislatore non si sia limitato ad effettuare un richiamo "di facciata", bensì occorre notare come ne abbia accolto completamente le direttrici di fondo, sia in campo penale che parapenale.

Il *telos* della legge è, dunque, quello di apprestare una tutela nei confronti dei "fanciulli contro ogni forma di sfruttamento e violenza sessuale a salvaguardia del loro sviluppo fisico, psicologico, spirituale, morale e sociale". Per ciò che concerne l'esatta delimitazione della nozione di "fanciullo", occorre dire che si tratta della traduzione del termine inglese *child* il quale viene usato omnicomprensivamente dalle fonti internazionali per indicare il minore di anni diciotto. La questione nel nostro ordinamento è leggermente più articolata e, pertanto, sarà oggetto di specifica trattazione in paragrafo apposito. Possiamo comunque rilevare come il Legislatore italiano abbia peccato di superficialità,

⁷ L'espressione, che sintetizza bene lo scetticismo della dottrina, è ripresa da A. CADOPPI, (a cura di), *Commentari sulle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, Padova, 2006, 37.

⁸ Di "legge manifesto" nata sullo slancio di una forte pressione dell'opinione pubblica interna parlano FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale, P.S. vol. II, I*, Bologna, 2007, 133.

poiché sarebbe stato foriero di minori complicazioni terminologiche utilizzare direttamente il termine “minore”⁹.

Circa l’individuazione del concetto di “sfruttamento sessuale”, i risultati della Conferenza di Stoccolma forniscono un prezioso aiuto per l’interprete ponendo l’accento sul carattere commerciale di tale pratica. Sulla scorta di tale inquadramento e a differenza della riforma della violenza sessuale del 1996, infatti, il Legislatore ha calibrato la normativa relativa allo sfruttamento sessuale dei minori cercando di colpire non solo chi molesta i minori con la finalità di appagare un desiderio di distorto erotismo, bensì coloro i quali, sfruttando la diffusione di tale perversione e il ceto sociale medio-alto dei pedofili, si organizza al fine di trarre profitto economico da tali comportamenti. Nel preambolo, altresì, si possono trarre indicazioni circa il bene giuridico tutelato dalle norme, in particolare il riferimento alla “salvaguardia dello sviluppo fisico, psicologico, spirituale e morale” si pone come evidente spia dell’orientamento teleologico e delle entità che si vogliono tutelare, tuttavia, data l’importanza dogmatica della questione relativa al bene giuridico tutelato, si rimanda ad un paragrafo successivo¹⁰. Dal testo della Dichiarazione finale si evince un’ulteriore indicazione che ha influenzato direttamente il legislatore italiano e che, in particolare, ha significativamente orientato la collocazione topografica degli articoli introdotti nel Codice penale. Al punto 5¹¹, infatti, lo sfruttamento sessuale dei minori è qualificato come forma di schiavitù contemporanea. È proprio questa la chiave di lettura che ha portato il Legislatore interno a inserire gli articoli da 600 *bis* a 600 *sexies* giusto di seguito all’art. 600 che incrimina la fattispecie generale di riduzione in schiavitù.

⁹ *Ivi*, 42. Per le differenti accezioni semantiche del termine “minore” si rimanda al paragrafo 4 a) del Cap. II.

¹⁰ Vedi Cap. II par. 4.1.

¹¹ Letteralmente dal testo della dichiarazione: “[...] *The commercial sexual exploitation of children constitutes a form of coercion and violence against children, and amounts to forced labour and a contemporary form of slavery.*”

2.2. (Segue). Le incriminazioni di prostituzione minorile, pedopornografia e turismo sessuale, come nuove forme di riduzione in schiavitù.

Come accennato in chiusura del paragrafo precedente, con la riforma dei reati contro lo sfruttamento sessuale dei minori, il Legislatore ha compiuto una precisa scelta di campo al fine di dare una collocazione a questa gamma di illeciti al di fuori dell'antiquata categoria dei "delitti contro la moralità pubblica e il buon costume". In un'ottica di "privatizzazione" dei beni giuridici, la scelta del Legislatore è stata quella di arricchire il campo dei "delitti contro la persona".

Circa tale intervento modernizzatore non sembra esserci spazio per polemica alcuna, più controversa invece è stata l'inserzione dei nuovi illeciti di seguito alla fattispecie di schiavitù. La scelta topografica non è passata inosservata agli occhi della dottrina, la quale si è spinta ad interrogarsi su quali potessero essere i risvolti pratici in tema di oggettività giuridica delle nuove fattispecie previste dagli articoli 600 *bis* – 600 *septies* Codice penale. La dottrina, in particolare, si è divisa circa la correttezza di tale scelta e la sua tollerabilità nell'impianto di un codice che fa della precisione tecnico-sistematica certamente uno dei principali fattori della sua particolare longevità. Per i sostenitori della tesi dell'erroneità la collocazione a fianco della riduzione in schiavitù non era da ricercarsi nella volontà di sottolineare il rapporto di *genus* a *species*, bensì esclusivamente nell'intento di enfatizzare l'orrenda portata criminale di tali fatti, stante anche il già menzionato carattere simbolico della riforma. Oltretutto, almeno prima della riforma del 2003 dell'art. 600 c.p., nessuno dei delitti dall'art. 600 *bis* in poi era in rapporto di specialità con la riduzione in schiavitù essendo quest'ultima inoffensiva della sola intangibilità sessuale del minore. Dal punto di vista fenomenologico, inoltre, si riteneva lo stato di totale assoggettamento tipico della riduzione in schiavitù un carattere solo accessorio nei delitti collegati al fenomeno della pedopornografia, senza contare che due delle nuove ipotesi (artt. 600 *ter* co. 2 e 600 *quater*) risultano perfettamente integrate anche in assenza di contatto fisico con il minore. Così come si sottolineava l'evidente differenza di trattamento

sanzionatorio tra la supposta fattispecie generale (punita più severamente) e i nuovi delitti introdotti¹².

Non sono mancate posizioni, invece, favorevoli a questa collocazione all'interno del codice. In particolare, la dottrina si è soffermata sulla convergenza simmetrica tra la già esaminata normativa internazionale e quella interna nella volontà di configurare lo sfruttamento sessuale dei minori come una nuova forma di sfruttamento sessuale. È stato notato come la similitudine tra le due fattispecie sussista laddove si tenga conto delle condizioni della vittima, che è persona incapace di autodeterminarsi e, solitamente, in precarie condizioni economiche e inoltre comune sarebbe l'effetto sostanziale di ridurre il minore a mera *res* nelle mani dello sfruttatore¹³. Il rapporto di soggezione *de facto* tra reo e vittima sarebbe il tratto caratterizzante utile ad intendere lo sfruttamento sessuale del minore quale variante moderna della schiavitù, come sua evoluzione nella quale il movente sessuale ha sostituito quello economico alla base della schiavitù tradizionale. Dal punto di vista del diritto positivo, la dottrina nota come l'art. 600 *sexies* co. 4 c.p. preveda un'attenuante a favore di chi si adopera affinché il minore riacquisti la libertà e l'autonomia¹⁴.

Entrambe le posizioni sembrano peccare vagamente dal punto di vista metodologico, laddove lasciano spazio eccessivo ad apriorismi interpretativi senza soffermarsi in un'analisi più stringente del dato normativo introdotto, sicché sembra condivisibile certamente per i reati previsti agli artt. 600 *bis* co. 1 e 600 *ter* co. 1 e quindi altrettanto logicamente accettabile per gli altri articoli che compongono il microcosmo normativo posto a tutela della sfera sessuale del minore seguire un percorso prima di tutto esegetico delle norme incriminatrici per desumerne i beni giuridici sottesi. Per l'individuazione dell'oggettività giuridica si rimanda, dunque, ad un paragrafo successivo.

¹² Contrari a questa scelta del Legislatore e sostenitori di questi spunti critici sono fra i tanti PITTARO, *Le norme contro la pedofilia, A) le norme di diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen e proc.* 1998, 1224, e ROMANO, *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, Milano, 2007, 33.

¹³ Così FIANDACA e MUSCO, *op. cit.*, 137.

¹⁴ A favore della tesi della correttezza dell'assimilazione tra le fattispecie tra i tanti cfr. A. CADOPPI, *op. cit.*, 43 ss.

2.3. (Segue). La controversia sull'esatta individuazione del concetto di riduzione in schiavitù nella giurisprudenza, e sue ripercussioni nei rapporti tra la fattispecie incriminatrice dell'art. 600 c.p. e quelle successive di cui agli art. 600 *bis* - 600 *septies* c.p.: in particolare la pronuncia delle Sezioni Unite penali del 20 novembre 1996, Ceric, sulla nozione di riduzione in schiavitù.

La fattispecie di "Riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù" prevista dall'art. 600 del Codice penale rappresenta la sintesi in chiave normativa del principio generale di libertà e autodeterminazione nonché del rifiuto di ogni forma di reificazione dell'essere umano. Si tratta di un reato comune a forma libera e a dolo generico. La condotta principale consiste nell'esercizio su una persona di "poteri corrispondenti a quello del diritto di proprietà". Tale ampia formulazione consente di ricomprendere nell'alveo della norma tanto la "schiavitù di diritto" quanto la "schiavitù di fatto"¹⁵. Su questo punto la giurisprudenza aveva già aperto la strada per una nuova interpretazione in vigenza della precedente normativa, nella tristemente nota vicenda dei bambini c.d. "argati".

Una giurisprudenza accorta ha affrontato la vicenda compiendo una fondamentale riqualificazione della fattispecie finalizzata ad includere forme di schiavitù più moderne e maggiormente connaturate alla società contemporanea. In particolare, le Sezioni Unite hanno stabilito che costituisce riduzione in schiavitù *"la condizione di un individuo che – per via dell'attività esplicata da altri sulla sua persona – venga a trovarsi (pur conservando nominalmente lo status di soggetto dell'ordinamento giuridico) ridotto nell'esclusiva signoria dell'agente, il quale materialmente ne usi, ne tragga profitto e ne disponga, similmente al modo in cui – secondo le conoscenze storiche confluite nell'attuale patrimonio socio-culturale dei membri della collettività – il "padrone", un tempo, esercitava la propria signoria sullo schiavo"*¹⁶.

¹⁵ Per una completa esegesi della fattispecie si rimanda alla manualistica di parte speciale, tra i tanti MANTOVANI, *Diritto Penale, P.S. I*, op. cit., 273 ss. Per un approfondimento monografico che esamina gli aspetti criminologici e iusfilosofici della schiavitù cfr. CARUSO, *Delitti di schiavitù e dignità umana nella riforma degli artt. 600, 601 e 602 del Codice penale*, Padova, 2005.

¹⁶ Cass., Sezioni Unite, 20 novembre 1996, in *Foro it.*, 1997, II, 313 ss. commentata da VISCONTI, *Riduzione in schiavitù: un passo avanti e due indietro delle Sezioni Unite?*

Il delitto tipizza due condotte punibili, in quanto può essere integrato sia nella forma della riduzione o del mantenimento in schiavitù che nella forma della riduzione o del mantenimento in servitù. La prima è solitamente descritta come l'esercizio di poteri corrispondenti al diritto di proprietà, tanto di fatto che di diritto. La riduzione e il mantenimento si distinguono in funzione del momento in cui avviene l'esercizio dei poteri corrispondenti. La seconda forma di condotta, invece, viene definita dal Legislatore come "soggezione continuativa, che costringe a prestazioni sessuali ovvero all'accattonaggio o comunque a prestazioni che ne comportano lo sfruttamento". Questo stato di soggezione deve essere cagionato mediante violenza, minaccia, inganno o abuso. Da questa nuova formulazione emerge chiaramente la volontà del legislatore di prestare maggiore attenzione al canone della determinatezza della fattispecie¹⁷.

Il bene giuridico tutelato dalla norma concerne la *dignità umana* come imprescindibile corollario dello *status libertatis* dei soggetti su cui si fonda l'ordinamento democratico. La libertà tutelata non è assolutamente quella fisica in senso stretto, bensì quella morale ovvero l'astrazione concettuale di elementi fondamentali della persona umana quali la personalità e l'autonomia. È evidente come qualsiasi essere umano, senza distinzione alcuna, possa essere vittima di una intollerabile repressione della propria libertà, anche se occorre dire che inevitabilmente queste nuove forme di schiavitù finiscono per colpire i soggetti più vulnerabili del corpo sociale. Non è un caso che un'eventualità particolarmente delicata è quella in cui il soggetto passivo sia un minore di età il quale, proprio per definizione, è privo di libertà di autodeterminarsi, di libertà sessuale nonché di libertà di svolgere attività lavorative. Per questi soggetti non può che avvenire un cambiamento dell'oggetto di tutela, il quale deve essere riconosciuto nell'intangibilità dell'integrità sessuale, della loro sfera psicofisica e nel diritto a godere di uno sviluppo scevro da interferenze esterne¹⁸.

La fattispecie come delineata lascia dubbi circa la sua possibile convivenza con altre fattispecie di reato. In primo luogo l'inciso di cui al primo comma che parla di prestazione sessuale può porre il problema del suo rapporto con il reato di

¹⁷ Per un'ampia analisi delle condotte punibili si veda FIANDACA-MUSCO, *Op. Cit.*, 137.

¹⁸ PAVARINI, *Commento art. 600 C.P.*, in CADOPPI, (a cura di), *Commentario sulle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, Padova 2006, 8.

induzione, favoreggiamento e sfruttamento della prostituzione (artt. 3 e 4 l. n. 75 del 1958).

La giurisprudenza aveva escluso invece la sussistenza del rapporto di specialità con il delitto di maltrattamenti in famiglia (art. 572 c.p.) sulla base della differenza del bene giuridico tutelato e dell'elemento materiale. L'art. 572, infatti, richiede che un componente della famiglia ne sottoponga un altro a vessazioni mentre, ai sensi del 600 c.p., deve realizzarsi l'esercizio di un diritto di proprietà sulla vittima¹⁹. Stessi problemi di possibile concorso di norme si pongono con la fattispecie di "violenza o minaccia per costringere a commettere un reato" (art. 611 c.p.) e il reato di "sequestro di persona" (art. 605 c.p.) laddove alla privazione della libertà di locomozione si aggiunga anche il potere pieno ed incontrollato sulla vittima quale situazione di fatto ulteriore²⁰.

3. Superamento del principio di territorialità e incriminazioni in materia di pedopornografia.

Elemento di spicco della riforma in esame è la scelta di postulare la tendenziale universalità della legge penale italiana in materia di sfruttamento sessuale dei minori sulla scia dell'art. 7 n. 5 c.p. che stabilisce l'incondizionata applicabilità della legge penale italiana nei confronti di un cittadino italiano laddove sia previsto da disposizioni speciali o convenzioni internazionali.

Questa estensione macroscopica dell'applicabilità della legge penale è stata attuata in primo luogo attraverso l'art. 10 della L. n. 269 del 1998 la quale ha sostituito l'originario art. 604 c.p. che rendeva applicabili le disposizioni della Sezione I nell'ipotesi che il fatto fosse commesso all'estero in danno di cittadino italiano. Il secondo passo è avvenuto con la L. n. 7 del 2006 che ha sostituito l'espressione "cittadino straniero" con "lo straniero". Il motivo della sostituzione dell'art 604 c.p., di cui si parlerà in seguito, è dovuto prettamente all'introduzione delle nuove fattispecie in tema di violenza sessuale. Particolarità del nuovo art. 604 c.p. è quella di rendere applicabili le disposizioni della sezione in cui si trova anche nel caso di un reato commesso all'estero da cittadino italiano o da cittadino

¹⁹ Cass. Sez. V, 1/7/2000, Dimitrijevic, in *Cass. pen.*, 2003, 963.

²⁰ ROMANO, *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, Milano 2007, 233 e s.

straniero in concorso con un italiano. In quest'ultima circostanza il delitto deve essere punito con una reclusione non inferiore nel massimo a 5 anni ed essere interamente commesso all'estero.

4. La sfera di tutela implicata nelle incriminazioni per pedopornografia e pedofilia:

a) oggetto materiale della condotta: nozioni di “fanciullo” e “minori” (di anni 14, 16 o 18)

Si è già accennato come l'utilizzo del termine “fanciullo” nel Preambolo sia parzialmente improprio anche se ripreso dalle fonti internazionali. I soggetti tutelati, infatti, sono tutti i minori di anni diciotto²¹, poiché ad essi si riferiscono tutte le disposizioni tranne l'art. 600 *bis* co. 2 c.p. dove vengono menzionati gli infrasedicenni. Ciò che cambia però a seconda dell'età è la tutela apprestata. Da parte della legge del 1996 sulla violenza sessuale è prevista una tutela *assoluta* degli infraquattordicenni a prescindere dalla presenza di violenza o minaccia, e la tutela *relativa* degli ultraquattordicenni, essendo il bene tutelato dalla legge quello della libertà sessuale. Ben più rigorosa è la disciplina prevista dalla legge del 1998, la quale, senza accertare l'età precisa dell'infradiciottenne, prevede una tutela *assoluta* inderogabile. Una scelta così drastica è dettata da tre fattori: in primo luogo, il rispetto degli obblighi internazionali che da questo punto di vista si muovono in una direzione di tutela concorde; in seconda battuta, tracciare una linea di continuità con la legge Merlin del 1958; infine, la volontà di condannare nella maniera più ferma possibile i fenomeni di prostituzione minorile crescenti in tutto il mondo anche grazie all'espansione di efficacia spaziale della legge penale.

La scelta ha trovato consensi in dottrina, ma anche critiche. I favorevoli alla scelta hanno distinto accuratamente la libertà sessuale dalla libertà di mercificare il proprio corpo, anche perché sarebbe fuorviante e pericoloso considerare la prostituzione del proprio corpo un'autodeterminazione sessuale tollerabile. I

²¹ Per un inquadramento generale dei profili relativi alla posizione dei minori nel sistema penale, si veda PALERMO FABRIS E., voce *Minori (Responsabilità penale dei)*, in *Dizionario di Diritto Pubblico*, diretto da CASSESE S., vol. IV, Milano, 2006, 3673 e ss.

critici, invece, hanno sostenuto la tesi della possibilità di disporre con finalità di lucro della propria sessualità e che, soprattutto, sarebbe stato più logico optare per una scelta differenziata di tutela fra infra e ultraquattordicenne, come attuato nella legge sulla violenza sessuale del 1996²².

b) la salvaguardia dello sviluppo fisico, psicologico, spirituale, morale e sociale del minore quale oggetto di tutela : bene giuridico finale o strumentale?; lo sfruttamento sessuale “a fini commerciali” e la tutela di beni strumentali quali “la società in genere” o “la moralità pubblica”; libertà individuale e della personalità individuale

Per un esatto inquadramento delle oggettività giuridiche di tutela nei reati in materia di pedopornografia è necessario - come già accennato - un approccio articolato, perché si tratta senza dubbio di una materia molto complessa, che ha ricevuto progressivamente modifiche di disciplina attraverso vari interventi legislativi. Peraltro - come già ampiamente chiarito - alcune opzioni di politica penale adottate dal Legislatore italiano sono state largamente condizionate dalle iniziative di fonte sovranazionale, con immediate ricadute anche in ordine all'esatta individuazione dei beni giuridici tutelati.

Autorevole dottrina²³ sostiene che la natura plurioffensiva di questi illeciti, che si caratterizza, quindi, per una “oggettività giuridica complessa”, giustifica l'inserzione della categoria nel Capo III, che tutela i delitti contro la personalità individuale. La soluzione confuta le due tesi precedentemente illustrate circa la correttezza o meno di tale scelta legislativa, attraverso la riconduzione di questi reati ad un'ipotesi centrale che non sarebbe rappresentata dalla riduzione in schiavitù, bensì dai delitti contro la intangibilità e libertà sessuali, di cui agli artt. 609 *bis* c.p. -609 *octies* c.p. , perché “ruotano tutti attorno al nucleo comune della “sessualità” e concorrono, in un rapporto di complementarità e di coordinamento, alla tutela (...) dei beni giuridici in tale materia coinvolti, nonché per il

²² Per una sintesi delle posizioni e spunti comparatistici cfr MANTOVANI *op. cit.*, 415 ss.

²³ MANTOVANI, *op. ult. cit.*, 419 sostiene che la “collocazione dei nuovi delitti tra i *delitti contro la personalità individuale*: a) è del tutto giustificata rispetto ai due delitti degli artt. 600 *bis*/1 e 600 *ter* /1; (...) b) è spiegabile rispetto agli altri delitti degli artt. 600 *bis*/2, 600 *ter*/2, 3/4, 600 *quater*, 600 *quater*.1, 600 *quinquies*”.

riferimento a certe nozioni (quale quella degli “atti sessuali” di cui all’art. 600 *bis* 2° co. c.p.)”²⁴. In realtà, secondo la tesi in esame, i piani di tutela si possono ricondurre ad una simultanea offesa, nei delitti di prostituzione e di pornografia minorile (artt. 600 *bis*, 1° co. e 600 *ter*, 1° co. c.p.), tanto dell’intangibilità sessuale del minore, quanto della sua libertà sessuale, della sua dignità e della sua personalità individuale, prescindendo dalla esatta individuazione dell’età dell’infradiciottenne²⁵. Mentre gli altri “rimanenti delitti”²⁶, in virtù dei fatti illeciti che descrivono, sono direttamente offensivi soltanto dei beni personali dell’intangibilità sessuale e della dignità sessuale del minore (spec. l’art. 600 *bis*, 2° co. c.p.), oppure sono prodromici all’offesa (artt. 600 *quater*1 c.p., 600 *quinqüies* c.p.) dei suddetti beni o sono offensivi esclusivamente di tale dignità (artt. 600 *ter*, 2°, 3° e 4° co. c.p., 600 *quater* c.p.)²⁷.

Nel suo sviluppo, la citata tesi afferma, inoltre, che la diversità dei piani di tutela occorre che sia ineludibilmente considerata perché alcuni dei profili dell’offesa riguardano lo sviluppo psicofisico del minore, altri, invece, sono più direttamente riferiti alla tutela della sua libertà individuale. Si conclude, infine, che, in primo luogo, l’assimilazione di questa categoria di reati al delitto di riduzione in schiavitù *tout court* finirebbe per creare “due fattispecie giganti”, ciò che implicherebbe una sostanziale superfetazione dell’oggettività giuridica di tutela, con evidenti ripercussioni in tema di accertamento del fatto di reato. In secondo luogo, questa conclusione parziale, che sembrerebbe escludere dal novero dei reati contro la personalità individuale quelle fattispecie (art. 600 *ter* 2° comma e ss. c.p.) in cui non vi è un contatto diretto col minore, viene, invece, in qualche misura confermata da una sorta di *vis attractiva* esercitata dall’ipotesi di reato della prostituzione minorile *ex art. 600 bis* co. 1 . c.p. La tesi in esame conclude che una corretta individuazione delle oggettività giuridiche tutelate va

²⁴ Così, testualmente, cfr. MANTOVANI, *op. e loc. ult. cit.*

²⁵ In questo senso si veda, MANTOVANI, *op. e loc. ult. cit.*. Analogamente, sostiene BRUNELLI, *Bene giuridico e politica criminale nella riforma dei reati a sfondo sessuale*, in AA. VV., *I reati sessuali*, (a cura di) COPPI, Torino, 2000, 56 e s. che “rispetto al minorenne non vi è ancora un profilo di libertà tutelabile, e che dal fatto viene offesa piuttosto la corretta formazione della personalità del minore in campo sessuale. Sulla base di queste semplici osservazioni sarebbe stato preferibile un inquadramento dei reati relativi alla sessualità dei minorenni tra le offese alla personalità individuale”.

²⁶ MANTOVANI, *op. ult. cit.*, 418.

²⁷ MANTOVANI, *op. ult. cit.*, 418 s.

fatta prendendo a punto di riferimento, come ipotesi principali, ontologicamente plurioffensive, le fattispecie di cui agli art. 600 *bis* co. 1 c.p. e 600 *ter* co. 1 c.p., disposizioni che delineano una sfera di tutela del bene finale nella personalità del minore in tutti i suoi aspetti.

4.1 (Segue). Conclusioni parziali sull'individuazione dell'ordine teleologico dell'oggetto di tutela: l'offesa all'intangibilità sessuale e allo sviluppo psico-fisico del minore come reato mezzo e il diritto delle vittime a non essere sfruttati sessualmente a fini commerciali come bene finale.

Ora, un differente approccio al problema deve muovere da un raffronto con tutte le fattispecie incriminatrici che sono state progressivamente introdotte nel sistema dei reati di pedopornografia, e che non rispondono tutte in modo omogeneo alla stessa identica *ratio*. In verità, piuttosto che di plurioffensività delle singole fattispecie incriminatrici, ciò che implicherebbe la simultanea offesa di più beni giuridici da parte della singola incriminazione, occorrerebbe piuttosto impiegare lo schema della seriazione dei beni giuridici. Questa indicazione, in realtà, deriva direttamente dalla posizione delle norme incriminatrici che sono state inserite nel tessuto del codice al fine di contrastare una progressione omogenea di offese ai diritti del fanciullo. Tale progressione omogenea è finalisticamente orientata al bene finale, attraverso il passaggio della messa in pericolo o offesa di beni o interessi intermedi o strumentali. Infatti, mentre alcune delle ipotesi incriminatrici costituiscono reati-ostacolo o di pericolo presunto che tutelano in via immediata beni anche evanescenti quali la moralità pubblica (sessuale in particolare), e in questo senso si possono citare sia la mera detenzione di materiale pornografico che la pornografia virtuale, anche se in vista indubbiamente della progressione di tutela verso beni più da vicino attinenti al fanciullo, altre figure di reato costituiscono un presidio penalistico, in via più immediata, vuoi dello sviluppo psicofisico del fanciullo, come la pornografia minorile, vuoi della intangibilità sessuale e della libertà individuale come nel caso della prostituzione minorile.

In sintesi, quindi, si può affermare che occorre distinguere, nella categoria in esame, fattispecie di reato che tutelano solo beni strumentali, quali la moralità sessuale, sia pure in vista della tutela di beni ulteriori (non è, difatti, possibile rinvenire un'oggettività di tutela ulteriore alla moralità sessuale rispetto alla mera detenzione di materiale pornografico o alla pornografia virtuale, di cui agli artt. 600 *quater* e *quater*¹ c.p.), dai reati che invece sono finalizzati a proteggere beni intermedi come lo sviluppo psicofisico del fanciullo nella sfera sessuale, da altre incriminazioni ancora, che invece proteggono beni finali quali la libertà della personalità individuale e l'intangibilità sessuale. A proposito di quest'ultimo bene giuridico, quindi, si parla di intangibilità come termine ancora più esteso e omnicomprensivo della stessa integrità perché, essendo le vittime di questi reati minori, la sfera sessuale di tali soggetti non deve neanche essere minimamente lesa da forme di intrusione della sfera sessuale di qualunque tipo. Sfera sessuale che è in una fase molto delicata di sviluppo. Tuttavia, è necessario chiarire che sia le ipotesi principali di incriminazione, come la prostituzione e la pornografia minorili, che le altre concorrenti, come la detenzione di materiale pornografico, la pornografia virtuale ed il turismo sessuale devono presentare come terminale di tutela, sia pure in modo del tutto riflesso ed indiretto, il *diritto del minore a non essere sfruttato commercialmente nella sfera sessuale*. Detta conclusione si giustifica perché diverse incriminazioni contengono espressamente il riferimento allo "sfruttamento" del minore infradiciottenne (art. 600 *bis*, 1° e 2° co. c.p.), all'"utilizzo" (in luogo della vecchia dizione dello "sfruttamento") del minore per fini commerciali (v. l'art. 600 *ter*, 2° co. c.p.), al "fare commercio" (art. 600 *ter*, 2° co. c.p.), o comunque ad un rapporto sinallagmatico tra prestazione sessuale in cambio di denaro o altra utilità economica (art. 600 *bis*, 2° co. c.p.), ovvero ancora al realizzare iniziative di turismo sessuale per la fruizione di attività di prostituzione minorile: attività, cioè, che presentano una immancabile componente commerciale o comunque lo sfruttamento commerciale del minore.

Anche quando la repressione riguarda fatti che apparentemente sembrano distanti da una logica economica – come per l'offerta o cessione ad altri, anche a titolo gratuito, di materiale pornografico (art. 600 *ter*, 3° co. c.p.), la mera detenzione del materiale stesso o la pornografia virtuale – perché si puniscono

attività molto arretrate e prodromiche allo sfruttamento sessuale, mediante reati-ostacolo, in realtà il Legislatore intende punire in via anticipata comportamenti di devianza sessuale al fine di spezzare il circuito pedofilo ed impedire così che altri soggetti possano approfittare di pulsioni sessuali degeneri del pedofilo stesso, per arricchirsi a scapito dei minori sfruttati.

Del resto, il fatto che la legge preveda, per tutta questa categoria di reati, come misura sanzionatoria, oltre che le restituzioni e il risarcimento dei danni, la confisca dei beni che costituiscono il profitto o il prezzo del reato (art. 600 *septies* c. p.) testimonia, ancora una volta, che il bene finale sotteso a tutta la categoria dei delitti in esame può essere rappresentato dal diritto dei minori a non subire lo sfruttamento sessuale a fini commerciali, anche nelle ipotesi anticipate che puniscono condotte solo preparatorie.

5. I protagonisti della vicenda delittuosa: il cd. “detentore” del materiale pedopornografico: il piano del reato ostacolo; il “cliente”: il profilo problematico della possibile bilateralità dell’incriminazione; lo “sfruttatore”; il “provider”: profili di responsabilità per l’erogatore materiale del servizio telematico; la “vittima”: il fanciullo, il minore, problemi relativi al c.d. *error aetatis* e al consenso dell’avente diritto.

Come più volte evidenziato nel corso del presente lavoro l’attuale conformazione dei crimini di pedofilia e pedopornografia vede molti protagonisti tra vittime e carnefici. Occorre, infatti, distinguere, tra gli autori dei reati, il semplice “detentore”, nell’ipotesi dell’incriminazione della mera detenzione, dallo sfruttatore e dall’organizzatore del turismo sessuale, mentre anche il “cliente” è considerato punibile dopo la scelta politico-criminale operata dal legislatore del 1998²⁸, infine profili problematici si pongono anche in ordine alla possibile

²⁸ Sul punto osserva MANTOVANI, *Diritto Penale, Parte speciale*, op. cit., 431 che “la suddetta punibilità del “cliente” costituisce, in qualche misura, una novità politico-criminale della legge del 1998: a) perché la punibilità del cliente come tale, cioè come mero fruitore della prestazione prostituzionale, è estranea alla nostra tradizione giuridica e alla stessa abrogata normativa degli artt. 531 e ss. del c.p. e a quella vigente della legge n. 75/1958; b) perché prima della legge del 1998 il cliente della persona prostituta ricadeva sotto la previsione dei delitti sessuali e, in particolare, di quello dell’art. 609 *quater*, che ne limita la punibilità all’ipotesi in cui la persona prostituta è infraquattordicenne; c) perché la legge del 1998 ha esteso la punibilità del cliente

responsabilità penale del “*provider*”, cioè del rogatore materiale del servizio telematico.

Delicati profili interpretativi pone anche la figura della vittima, perché si tratta di stabilire se occorra riferirsi alla nozione di fanciullo o più propriamente del minore di quattordici, sedici e diciotto anni. Rispetto a quest’ultimo profilo delicate questioni ermeneutiche si pongono anche in relazione al cd. *error aetatis* e al consenso della vittima.

Pressoché tutte le incriminazioni in materia di prostituzione minorile e di pedopornografia sono reati comuni e si riferiscono, pertanto, ad una generalità di possibili destinatari della sanzione penale, tuttavia non è difficile riconoscere dietro lo schermo di questa indicazione formale di base che compare in tutte le fattispecie incriminatrici una serie di ‘tipi di autore’, specialmente con riguardo più specifico alle ipotesi della pedopornografia. Ed invero anche la descrizione delle singole condotte punite si riferisce ad ideali tipologie di autori che si qualificano per le loro specifiche caratteristiche criminologiche: così, a proposito dell’incriminazione relativa alla “prostituzione minorile” la legge distingue tra colui che induce all’attività illecita le vittime, da chi, invece, più propriamente sfrutta o favorisce la prostituzione stessa, che più modernamente²⁹ sono andate a sostituire le tradizionali e risalenti condotte di lenocinio e prossenetismo della precedente normativa, dietro a cui si ponevano le figure corrispondenti figure criminologiche. Piuttosto, il Legislatore del 1998, e la scelta è stata confermata anche dai successivi interventi legislativi, non ha pensato di distinguere il trattamento sanzionatorio tra le diverse figure di autori e le rispettive condotte incriminate. Peraltro, le tre figure di autori appena menzionate inglobano in sé, in

all’ipotesi in cui la persona prostituta è di età tra i quattordici e i sedici e la legge del 2006 tra i quattordici e i diciotto. La *ratio* dell’innovazione - operata anche in adesione al già citato *Programma d’azione contro lo sfruttamento sessuale dei bambini per fini commerciali*, elaborato dalla Conferenza di Stoccolma, che invita le legislazioni nazionali a stabilire la responsabilità penale anche dei *clienti* - va individuata: a) nel fatto, come si legge nei Lavori preparatori, che prossenetista e cliente rientrano, pur con ruoli diversi, nella circolarità della domanda e dell’offerta e concorrono allo sviluppo della prostituzione e nell’offesa all’integrità del minore; b) o, più precisamente, nel fatto che quella autodeterminazione sessuale, riconosciuta già al minore quattordicenne, non è altrettanto sostenibile nei confronti del minore, appartenente ancora alla fascia di età tra i quattordici e i sedici e, ora, i diciotto anni, per quanto riguarda la ben più grave e coinvolgente scelta di attività prostituzionale o, comunque, di disponibilità mercenaria del proprio corpo”.

²⁹ Come nota pure correttamente MANTOVANI, *Diritto penale*, op. cit., 424.

special modo l'ipotesi del favoreggiatore, anche le vecchie figure di chi svolge attività di esercizio di una casa di prostituzione ovvero dà in locazione un immobile a scopo di esercizio di una casa di prostituzione minorile, come anche in detta figura di autore rientra che agevoli la prostituzione minorile³⁰.

Seri problemi di legittimità pone, in questo quadro, la punizione del mero detentore di materiale pedopornografico, in base al disposto dell'art. 600 *quater* c.p. Infatti, già con la legge del 1998, e l'opzione è stata ribadita anche con il più recente intervento normativo costituito dalla l. n. 38 del 2006, era stata posta la questione della scarsa od esigua carica di offensività rintracciabile nella condotta di chi si limiti semplicemente a procurarsi o, addirittura, a disporre di materiale pornografico, e la stessa criticità è stata rilevata anche nell'ambito di altre esperienze giuridico-penali – come si vedrà in seguito quando si tratterà la materia in riferimento agli Stati nordamericani³¹ - dal momento che simili soggetti non compirebbero condotte anche solo potenzialmente lesive della dignità dei minori, non aggravandone o approfondendone l'offesa, rispetto alla differente condotta della produzione del materiale stesso³². Siamo in presenza – come appare abbastanza evidente – alla configurazione di un reato-ostacolo, di difficile congruità con il principio di necessaria offensività dell'illecito penale, perché attraverso l'incriminazione strumentale e prodromica della mera detenzione si vuole impedire la progressione dell'offesa verso piani più rilevanti quali quello dello scambio, del commercio e della produzione del materiale stesso.

Ciò pone un duplice ordine di problemi, ampiamente segnalato in dottrina.

Prima di tutto, il punire il semplice detentore rischia di “fissare” la *ratio* dell'incriminazione sulla stigmatizzazione di certe abitudini, per quanto discutibili sul piano etico e morale, che appartengono alla sfera della vita privata degli individui, con un'evidente intrusione nelle scelte di autodeterminazione operate in ambito sessuale, ciò che può comportare una compressione del diritto alla libera manifestazione del pensiero di ciascuno o anche il diritto alla *privacy* comportando profili di legittimità costituzionale della norma incriminatrice sotto

³⁰ Per analoghe considerazioni si v. pure MANTOVANI, *op. ult. cit.*, 426.

³¹ Si veda *infra* nel prossimo capitolo.

³² Per considerazioni dello stesso tenore cfr. MANTOVANI, *op. ult. cit.*, 469.

questo aspetto³³, anche se la giurisprudenza di legittimità si è di recente espressa per la legittimità della disposizione in parola³⁴; in secondo luogo, si è evidenziato³⁵, che il mero detentore di materiale pedopornografico prodotto mediante lo sfruttamento sessuale dei minori si limita a compiere un comportamento certamente susseguente alla lesione vera e propria dello *status libertatis* degli stessi minori, che anzi presuppone.

Su quest'ultimo, specifico punto la dottrina appare, peraltro, divisa.

Da un lato, vi è chi³⁶ sostiene che si tratti di un reato di “pericolo indiretto” posto che verrebbero punite condotte che, pur non essendo lesive del bene giuridico protetto e non costituendo nemmeno un diretto pericolo per lo stesso, posto che la detenzione è punita a prescindere dalla effettiva utilizzazione del materiale posseduto, realizzano comunque una situazione pericolosa per l'interesse tutelato, sicché se ne deduce la legittimità, per quanto in via del tutto riflessa rispetto al bene finale realmente tutelato, dell'incriminazione. Dall'altro, si afferma³⁷, viceversa, che la fattispecie in questione rappresenta in realtà una semplice variante applicativa del delitto di ricettazione, classificandola tra i reati di danno in quanto consoliderebbe l'offesa al bene cagionata dal delitto presupposto. Si è, inoltre, affermato che la possibilità che la riforma legislativa del 1998 potesse influire sul fenomeno della pornografia minorile fossero inevitabilmente collegate alla sua capacità di influenzare in modo negativo anche la domanda del citato materiale, contrastando su ogni versante il mercato mediante la minaccia di pesanti sanzioni penali anche a carico dei semplici detentori. Insomma, una chiara finalità di prevenzione generale tesa ad impedire già ‘a monte’ tutto il mercato che ruota intorno al materiale pedopornografico.

Allo stesso modo problematica si presenta la questione della punibilità, come già accennato, dello stesso cliente che, come messo in evidenza in

³³ E', questa, una prospettiva problematica che viene messa bene in evidenza, i dottrina, tra gli altri, da MANTOVANI, *op. e loc. ult. cit.*, ma si veda, sul punto, anche VENAFFRO, *Commento all'art. 4 l. n. 269/1998*, in *Leg. Pen.*, 1999, 88.

³⁴ V. Cass. Pen., 12.11.2007, in *Studium iuris*, 2008, 611.

³⁵ In particolare da parte di PISTORELLI, in DOLCINI-MARINUCCI (a cura di), *Codice Penale Commentato*, vol. II, 2 ed., Milano, 2006, 4164.

³⁶ Sostiene, in particolare, questa posizione APRILE, *I delitti contro la libertà individuale*, 2006, 242.

³⁷ Per questa diversa posizione cfr. ROMANO, *Profili penalistici dell'abuso sessuale sui minori*, in *Dir. Fam.*, 1998, 1567; SANTORO, *Mano pesante sul turismo sessuale infantile*, in *Guida dir.*, 1998, 49.

letteratura³⁸, normalmente è un uomo, ma che di recente si è appurato siano anche le donne, posto che si è scoperto che, accanto ad un florido mercato di clienti di sesso maschile, vede una crescente prostituzione maschile, di cui usufruiscono le donne.

In generale si è affermato che la punizione del “cliente” è giustificata dal ruolo che questi assume nel processo di mercificazione del minore: il cliente, infatti, rappresenta “l’interfaccia”³⁹ degli autori delle condotte di sfruttamento, favoreggiamento della prostituzione minorile, i naturali complici – si potrebbe dire – dei primi, e, come tali, sono anch’essi responsabili dello sfruttamento sessuale dei minori⁴⁰. E’ indubbio, infatti, che nella ‘catena’ dello sfruttamento sessuale dei minori il ruolo “strategico” dei clienti risulta fondamentale per alimentare economicamente il mercato e, con esso, tutto il turpe circuito di riduzione in schiavitù a fini prostituzionali o pedopornografici dei fanciulli.

Come si è accennato in precedenza, i soggetti tutelati sono non soltanto “i fanciulli”, termine usato secondo un’autorevole opinione⁴¹ in modo improprio nel Preambolo della Legge del 1998 all’art. 1 e mutuato dai già citati documenti internazionali, bensì, in realtà, tutti i *minori degli anni diciotto* riferendosi le varie disposizioni agli infradiciottenni e solamente l’art. 600 *bis* 2 comma agli infrasedicenni. In un raffronto con la Legge del 1996 sulla repressione della violenza sessuale, la normativa del 1998 delinea una disciplina più rigorosa, dal momento che quest’ultima predispone una *tutela assoluta* degli infradiciottenni prescindendo da condotte di violenza, minaccia, inganno o da abusi sessuali in genere. Peraltro, la minore età delle vittime rileva anche ai fini della comminatoria penale posto che, per esempio, il secondo comma dell’art. 600 *bis*, in tema di prostituzione minorile, punisce chi compie atti sessuali con il minore in età compresa tra i quattordici e i diciotto anni, con la reclusione da sei mesi a tre anni, mentre se lo stesso fatto è perpetrato nei confronti di persona che non abbia compiuto gli anni sedici, la reclusione passa da due a cinque anni. Quindi l’età della vittima influisce sulla stessa gravità del reato, innovazione, questa, dovuta

³⁸ MANTOVANI, *Diritto penale*, op. cit., 432.

³⁹ Per questa espressione si rinvia a MENGONI, *Delitti sessuali*, op. cit., 234.

⁴⁰ Per un’efficace sintesi in tal senso v. ancora MENGONI, *op. e loc. ult. cit.*

⁴¹ MANTOVANI, *Diritto penale*, op. cit., 415.

proprio alla recentissima L. 38/2006 che ha voluto un aggravio di pena nel caso in cui il minore non abbia compiuto il sedicesimo anno di età. E qui sta proprio il carattere di assolutezza, già accennato, della tutela, poiché dal 2006 si è consolidato un orientamento volto alla tutela del minore *comunque* di diciotto anni, in base alla constatazione che, per lo stesso soggetto, compiere atti sessuali (volontari) e prostituirsi (pure volontariamente) costituiscono espressioni della sessualità per nulla equiparabili. Sul punto si è affermato che “se da un lato, infatti, è lecito e naturale ritenere (con presunzione *iuris tantum*) che i primi nascano in un contesto di effettiva libertà, dall’altro è doveroso pensare (con presunzione *iuris et de iure*) che il meretricio del minorenne affondi sempre le proprie radici in un contesto di sfruttamento, tanto da porsi come “nuova forma di riduzione in schiavitù”⁴².

Inoltre, il fatto che la disposizione dell’art. 600 *ter* c.p. che punisce la pornografia minorile si riferisca al sostantivo plurale “minori” ha fatto pensare in dottrina che necessariamente la condotta tipica dovesse ricadere su una pluralità di soggetti passivi. In verità, tale affermazione sembra non propriamente condivisibile, esponendo altrimenti la norma a forti dubbi di legittimità costituzionale per il possibile contrasto con l’art. 3 Cost., posto che permetterebbe di sfuggire all’incriminazione a colui che sfrutta sempre il medesimo minore costringendolo, ad esempio, ad esibirsi continuativamente in spettacoli pornografici.

Riguardo all’età della persona offesa dai reati in tema di prostituzione e pedopornografia minorile, uno dei profili problematici che si pone è senza dubbio rappresentato dalla questione dell’*error aetatis*. Si tratta, infatti, di coniugare il dolo generico che sovente denota l’atteggiamento psicologico di questi reati, con il fine di lucro che talvolta costituisce il movente di detti crimini con la consapevolezza da parte dell’autore dell’effettiva età della vittima. Infatti, come si è in precedenza evidenziato, dalla sussistenza di una certa età dei soggetti tutelati e di riflesso, quindi, dalla coscienza di quest’età, dipendono non solo la esatta

⁴² Sul punto si veda MENGONI, *Delitti sessuali*, op.cit., 239; peraltro, i motivi che hanno giustificato certe opzioni di politica penale sono in questo caso dettate dall’esigenza di aderire alle linee guida riportate nella Decisione quadro del Consiglio dell’Unione Europea 2004/68/GAI che, individuato il “bambino” come vittima dello sfruttamento sessuale, lo qualifica poi come il soggetto, per l’appunto, “d’età inferiore ai diciotto anni”.

qualificazione normativa del fatto, in termini di ipotesi di base o circostanza aggravante, bensì lo stesso *an* dell'incriminazione. Come ovvio, la minore età della vittima costituisce infatti il vero movente criminoso specifico di questi reati.

Se, dunque, detta peculiare consapevolezza difetta nell'autore del fatto per un ragionevole errore sull'esatta valutazione dell'età della vittima viene meno sia lo specifico movente che il sostrato psicologico che fa da base all'elemento doloso del crimine.

Ora, l'errore di ritenere il soggetto non infradiciottenne esclude, come detto, il dolo dei reati in questione, sicché l'agente risponderà ai sensi dell'art. 47 cpv. Codice penale, non del reato, ad esempio, dell'induzione alla prostituzione, bensì dei reati sessuali di cui agli artt. 609 *bis* e ss. Codice penale, sempre che ne sussistano gli elementi costitutivi. In particolare, è stato sostenuto⁴³ che l'errore di credere il soggetto infradiciottenne dà luogo al reato putativo di induzione di cui all'art. 600 *bis* 1 comma e l'agente sarà punibile in base all'art. 49 3 comma Codice penale, anche in questo caso non in base al reato previsto dall'art. 3 2 comma n. 5 della L. 75/1958, ma dei già citati reati sessuali sempre che ne ricorrano gli estremi⁴⁴.

In diversi casi, per giunta, è configurabile anche il dolo eventuale, allorché l'agente versi nel dubbio che il soggetto passivo sia realmente infradiciottenne.

Qui si pone, forse, il fulcro di tutto il problema, perché l'applicazione all'errore sull'età della vittima della comune disciplina di cui all'art. 47 Codice penale soffre del fatto che vi è una mancata previsione della inescusabilità dell'errore sull'età minorile della persona offesa, già prevista dal vecchio art. 539 c.p. e riprodotta dall'art. 609 *sexies* c.p. in materia di reati sessuali: in sostanza, nella specifica materia, nei reati di pedopornografia e prostituzione minorile difetta una previsione corrispondente a quella dell'ultima disposizione citata. Con la conseguenza di una "grave incongruenza"⁴⁵: da una parte, si può affermare che l'inescusabilità dell'*ignorantia aetatis* risponde ad un'esigenza, non certo inferiore di offrire una tutela rafforzata dei minori rispetto ai reati di prostituzione e pornografia, anche rispetto alle più gravi offese contenute nei reati sessuali;

⁴³ MANTOVANI, *Diritto penale*, op. cit., 427.

⁴⁴ MANTOVANI, *op. e loc. ult. cit.*

⁴⁵ La definisce in tal modo sempre MANTOVANI, *op. e loc. ult. cit.*

dall'altra parte, in quanto la scusabilità di tale ignoranza potrebbe mettere in dubbio le finalità di tutela della nuova normativa, con l'effetto controproducente di indurre i rei ad invocarla quale ne sia la causa determinante: la totale indifferenza per l'età della vittima o particolari circostanze ingannevoli⁴⁶.

Poiché nel nostro ordinamento penale un soggetto deve poter godere di un diritto alla libertà sessuale sin dal compimento dei quattordici anni, e dal momento che in certi casi l'età minima per un valido consenso, in materia, viene dal Legislatore spostata a sedici anni, quando il minore è oggetto di abusi sessuali da parte di genitori, tutori, conviventi, ecc., tale ultima limitazione non è però intesa dalla dottrina maggioritaria⁴⁷ come un innalzamento dell'età in cui comincia la libertà sessuale ai sedici anni, quanto piuttosto come un'eccezione alla regola generale, dovuta ad una presunzione assoluta, da parte del Legislatore, dell'abuso da parte di tali soggetti nei riguardi del minore, a causa della particolare autorità che queste persone rivestono nei confronti del minore stesso.

Non di meno, anche tenendo conto delle premesse appena enunciate, si è osservato⁴⁸ che a guardare le fattispecie qui prese in esame, il consenso del minore di diciotto anni sembra non giocare alcun ruolo. Tuttavia, è stato ulteriormente notato che detta conclusione sembrerebbe strana, dal momento che il fatto che sin dai quattordici anni il minore è libero di disporre della propria sessualità nel modo che più gli aggrada, può comportare una apparente incongruenza del sistema. Per ovviare a tale inconveniente, si è proposta la seguente soluzione: prima di tutto che il minore di quattordici anni debba considerarsi tutelato senza eccezioni dalla normativa in questione, cosicché la pornografia minorile avente ad oggetto minori di quattordici anni sarà comunque penalmente rilevante a prescindere dal consenso del soggetto; in secondo luogo, che il maggiore di quattordici anni ma minore di sedici sia tutelato sempre, in via presuntiva, dalla presente normativa, cosicché il suo consenso è valido solamente se si dimostri che tale minore, per

⁴⁶ Per queste osservazioni si veda MANTOVANI, *op. e loc. ult. cit.*; osserva, invece, CADOPPI, *Commento all'art. 3 (art. 600 ter, I e II comma)*, in *Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, a cura di CADOPPI, 4 ed., Padova, 2006, 588, che vista l'imprenditorialità del soggetto attivo del reato in particolare della realizzazione e produzione del materiale pornografico, difficilmente l'errore sul precetto in relazione alla soglia minima dell'età sarà da considerarsi inevitabile.

⁴⁷ Per tutti cfr. CADOPPI, *Commento*, *op. cit.*, 566 e ss.

⁴⁸ Di nuovo CADOPPI, *Commento*, *op. cit.*, 567.

maturità, poteva validamente disporre della propria libertà sessuale e che, nel caso di specie, la sua scelta era stata libera ed informata; inoltre, che il maggiore di sedici anni è tutelato solo in certe ipotesi dalla presente normativa, vale a dire egli può, salvo prova del contrario, acconsentire alla sua utilizzazione per esibizioni pornografiche o per la produzione di materiale pornografico, ma se si prova che la sua maturità non era tale da renderlo libero di autodeterminarsi nella sfera sessuale, o che comunque, nel caso di specie, la sua non era stata una scelta libera ed informata, il consenso sarà invalido; infine, che il maggiore di diciotto anni non sia tutelato dalla presente normativa. Infatti, ove anche fosse costretto ad esibizioni pornografiche o al fine di produzione di materiale pornografico, sussisterebbe sempre il delitto di violenza privata, o, in casi più gravi, i delitti di sequestro di persona, o riduzione in schiavitù, ovvero ancora in talune ipotesi potrebbe anche ricorrere il delitto di violenza sessuale⁴⁹.

6. Le singole incriminazioni, profili introduttivi e rapporti con la fattispecie generale di riduzione in schiavitù.

Come evidenziato ampiamente, il Legislatore italiano ha inserito le nuove incriminazioni che più propriamente disciplinano la materia della pedopornografia nella categoria dei “delitti contro la personalità individuale” e in particolare le fattispecie incriminative sono state introdotte dopo la riduzione in schiavitù o in servitù. A loro volta queste incriminazioni sono il risultato della novella legislativa n. 228 del 2003 che, in adeguamento di numerose sollecitazioni internazionali, ha punito questi comportamenti nel più ampio ambito della repressione della cd. tratta di esseri umani⁵⁰. Ebbene, caratteristica comune di tutte queste incriminazioni che ruotano intorno alla tratta di esseri umani, comprese le incriminazioni che più specificamente si riferiscono alla punizione della pedofilia e della pornografia minorile, è quella dell’approfittamento di una situazione di inferiorità fisica o psichica che è ben rappresentata dal concetto generale di “posizione di vulnerabilità” che compare nella Decisione Quadro 2002/629/GAI sulla tratta degli esseri umani. In effetti alla detta condizione di approfittamento

⁴⁹ Per questo schema di riferimento si veda CADOPPI, *Commento*, op. cit., 569.

⁵⁰ ROSI, *La tratta di esseri umani e il traffico di migranti*, in *Cass. Pen.*, 2001, 291.

vanno ricondotte tutte quelle condizioni in cui sussista una diminuita capacità di resistenza della vittima, la quale renderà irrilevante la sua acquiescenza al volere dell'agente. Questa condizione è naturalmente ancor più evidente rispetto ai reati di pedopornografia e di pornografia minorile perché i soggetti non solo si trovano in una condizione di difficoltà economico-sociali estreme, ma anche perché si tratta di soggetti indifesi quali i minori che hanno uno sviluppo della personalità ancora incompleto, soprattutto sul piano sessuale⁵¹. L'oggettività giuridica di tutela dei reati in esame, quindi, è proprio costituita dalla libertà individuale del minore perché sia la prostituzione che la pornografia minorile sono definite dal Legislatore forme di riduzione in schiavitù nella misura in cui tale stato di soggezione e di asservimento implica la soccombenza fisica e psichica del minore, che, come è stato ben detto⁵², “gli impedisce di crescere e realizzarsi liberamente e che comporta, di conseguenza, l'annientamento della sua personalità individuale”.

6.1 La prostituzione minorile (art. 600 *bis* c.p.): in particolare, l'ipotesi speciale del compimento di atti sessuali con un minore tra i quattordici e i sedici anni verso corrispettivo economico: i profili problematici della punibilità del cliente e del significato del compimento di atti sessuali con un minore e della controprestazione in denaro o altra utilità economica; altre circostanze aggravanti ed attenuanti (le più recenti introdotte dalla L. 38/2006)

Riguardo alla fattispecie della prostituzione minorile, introdotta dalla Legge 3 agosto 1998 n. 269, in attuazione della Convenzione sui Diritti del Fanciullo, stipulata a New York il 20 novembre 1991, alcuni profili di indubbio interesse sono costituiti dalla previsione del combinato disposto del 2° e 3° comma dell'art. 600 *bis* c.p. che prevede in correlazione allo sfruttamento, favoreggiamento ed induzione di cui al 1° comma che può essere punito anche il cliente che compia atti sessuali con un minore, diversificando le risposte sanzionatorie a seconda

⁵¹ Su questo punto si veda PISTORELLI, in DOLCINI – MARINUCCI (a cura di), *Codice Penale Commentato*, op. cit., 4124 e ss.

⁵² Da PISTORELLI, in DOLCINI – MARINUCCI (a cura di), *Codice Penale Commentato*, op. cit., 4144.

che il fatto sia compiuto nei confronti del soggetto in età compresa tra i quattordici e i sedici anni, ovvero se si tratta di minore infradiciottenne. Ora, sembra che anche il Legislatore abbia assunto posizioni ondivaghe rispetto alla precisa tecnica legislativa da impiegare. In un'ottica chiaramente repressiva, volta a punire non solo l'offerta ma anche la domanda di prostituzione⁵³, la norma è chiaramente finalizzata alla punizione del cliente al fine di impedire la compravendita della disponibilità sessuale del minore. Nell'assetto originario il fatto veniva punito esclusivamente se il minore era sedicenne, ferma restando la sussidiarietà della fattispecie rispetto a quella di cui all'art. 609 *quater* c.p. nel caso di minore infraquattordicenne. Le modifiche apportate dalla L. 38/2006 hanno, invece, delineato una disposizione incriminatrice base che consiste nel compimento di atti sessuali mercenari con il minore di età compresa tra i sedici e i diciotto anni e previsto una inedita circostanza aggravante ad effetto speciale, che comporta l'applicazione della pena della reclusione da due a cinque anni, collocata nel 3° comma dell'art. 600 *bis*, nel caso in cui il minore sia infrasedicenne, conservando in ogni caso la clausola di sussidiarietà inserita nella prima parte del citato art. 600 *bis* nel caso in cui il minore si invece infraquattordicenne. La motivazione delle modifiche appena descritte risponde all'esigenza di soddisfare le linee di politica criminale in materia di repressione della prostituzione e della pornografia minorile espresse nella Decisione Quadro del Consiglio dell'Unione Europea 2004/68/GAI, che individua in generale il "bambino" come la vittima dello sfruttamento sessuale. L'art. 1 della stessa Decisione, difatti, qualifica come tale ogni persona "d'età inferiore ai diciotto anni". Il Legislatore ha pertanto ritenuto che la fascia di "tolleranza" configurata nel 2° comma dell'art. 600 *bis* in favore dei clienti che si accompagnano con minore di età compresa tra i sedici e i diciotto anni fosse incompatibile con la normativa comunitaria.

E', invece, come già accennato in precedenza, prevista un'attenuante speciale nel caso in cui l'autore del reato abbia meno di diciott'anni. Il testo definitivo della disposizione è più severo dell'originario disegno di legge, che

⁵³ Sul punto si veda PISTORELLI, in DOLCINI – MARINUCCI (a cura di), *Codice Penale Commentato*, *op. cit.*, 4149.

escludeva la punibilità del cliente minorenni. Da questo punto di vista risulta chiara la differenza di disciplina prevista per la violenza sessuale che esclude la punibilità del minore che intrattenga rapporti sessuali con altro minorenni che abbia compiuto tredici anni, qualora la differenza di età sia inferiore a tre anni.

Disposizione, quest'ultima, che appare, peraltro, molto discutibile per l'arbitraria fissazione di una differenza di età che può comportare sensibili diversità di trattamento sanzionatorio a seconda dei casi. La Legge n. 38/2006 ha, però, trasferito l'attenuante, originariamente contenuta nello stesso 2° comma dell'art. 600 *bis*, nel nuovo 4° comma della disposizione in commento, in contemporanea incrementando il conseguente abbattimento della pena, che ora può essere ridotta da un terzo a due terzi, e rendendo alternative nel caso di specie la pena detentiva e quella pecuniaria, configurate, invece, cumulativamente, nell'ipotesi base di cui al 2° comma della disposizione⁵⁴.

Come si vede, questa disposizione contiene un articolato ed inedito sistema di circostanze attenuanti o, a seconda delle prospettive, aggravanti, che giocano un ruolo molto rilevante sulla dosimetria della pena già in astratto tutto incentrato sulla differenza di età della vittima di tali reati. La graduazione della sanzione, infatti, si sposta anche considerevolmente a seconda che la vittima sia semplicemente un infradiciottenne, un infrasedicenne, ma comunque di età superiore ai quattordici anni, mentre se il fatto è compiuto nei confronti di infraquattordicenni scattano le sanzioni previste per i reati di violenza sessuale.

Una particolare ipotesi in materia di prostituzione e pornografia minorile, la schiavitù e la servitù dirette allo sfruttamento della prostituzione di minore, che si potrebbe definire come "doppiamente aggravata"⁵⁵ sia dall'età infradiciottenne della vittima che dalla direzione degli atti allo sfruttamento della prostituzione della stessa, è quella che risulta dal combinato disposto degli artt. 600 3° comma c.p., 601 2° comma c.p. e 602 c.p. introdotti in attuazione della Decisione Quadro della Commissione dell'Unione Europea del 2002.

⁵⁴ Ancora, sul punto, PISTORELLI, in DOLCINI – MARINUCCI (a cura di), *Codice Penale Commentato*, op. cit., 4150.

⁵⁵ MANTOVANI, *Diritto penale*, op. cit., 440.

6.2 La pornografia minorile (art. 600 *ter* c.p.): in dettaglio l'incidenza della nozione di pornografia nella struttura della fattispecie incriminatrice e l'ipotesi aggravante dell'ingente quantità del materiale

La dottrina ha ampiamente evidenziato⁵⁶ che, sebbene la rubrica dell'art. 600 *ter* c.p. richiami il concetto di pornografia minorile, di questo stesso concetto non si rinviene alcuna definizione nell'ambito della disposizione, posto che la nozione viene semplicemente impiegata attraverso l'utilizzazione in termini di aggettivo della parola, come nel caso di "esibizioni pornografiche" e "materiale pornografico", senza che il Legislatore si occupi di dare ulteriori specificazioni.

La Legge – che pur ha impiegato per la prima volta soltanto nel 1998 detto termine, in precedenza del tutto estraneo alla tecnica legislativa impiegata – non ha pertanto preso posizione nel senso di esplicitarlo. E ciò è avvenuto in quanto la mancanza di definizione è dovuta alla opzione di politica criminale secondo la quale ci si poteva tranquillamente riferire al linguaggio corrente, e soprattutto in ragione del carattere inequivoco che allo stesso significato qualsiasi consociato può attribuirgli. Ebbene, ammesso e non concesso che questo tipo di deduzione possa essere realmente tratta, il che, comunque, è da dubitare, e ciò pone diversi problemi dal punto di vista della fattispecie sul punto, rimane sempre la necessità di fornire un significato ad un termine quale quello della "pornografia" sicuramente condizionabile sul piano storico e relativo dal punto di vista del costume sessuale e sociale. D'altra parte, seppure è un dato ineliminabile l'utilizzo da parte del Legislatore di elementi della fattispecie penale di tipo socio-valutativo, come in passato è avvenuto, com'è noto, anche rispetto al concetto di oscenità e buon costume nella materia penale, forse sarebbe stata una tecnica legislativa più rispettosa del principio di legalità, il fornire l'interprete di un sicuro strumento ermeneutica per l'applicazione delle fattispecie in questa materia.

⁵⁶ In tal senso si vedano MENGONI, *Delitti sessuali*, op. cit., 244; PISTORELLI, in DOLCINI – MARINUCCI (a cura di), *Codice Penale Commentato*, op. cit., 4156.

Inoltre è stato posto anche un ulteriore problema, conseguenza di una supposta “mala tecnica legislativa”⁵⁷, vale a dire che la disposizione incriminatrice pecca di improprietà tecnico legislativa già nella stessa rubrica, dal momento che la locuzione “pornografia minorile” sarebbe corretta se ad essere incriminata fosse tale pornografia, e non, invece, le attività degli sfruttatori, agevolatori, ecc della stessa.

Per giunta, il Legislatore del 2006, pur avendo mantenuto immutata la già severa cornice edittale di pena previgente, non ha, viceversa, ritenuto opportuno provvedere – come detto - alla definizione normativa del concetto di “pornografia”, nozione che già in passato aveva suscitato qualche incertezza interpretativa. Al proposito, tanto nella relazione al disegno di legge, quanto nel corso dei lavori parlamentari, si è sottolineato che la scelta è frutto dell’estrema difficoltà di elaborare una nozione astratta di pornografia, prescindendo dal contesto e dal profilo concreto dei comportamenti di volta in volta realizzati. Se si può anche condividere tale affermazione, rimane sempre aperto il profilo problematico del riempimento di un elemento della fattispecie di carattere extragiuridico. Si è detto del possibile riferimento al concetto di “osceno” di cui all’art. 528 c.p., la cui interscambiabilità concettuale non è per niente scontata, e, tuttavia, molto spesso per “pornografia” si intende generalmente proprio la rappresentazione dell’oggetto osceno allo scopo di stimolare eroticamente lo spettatore⁵⁸.

Poiché la libertà dei minori è un bene comunque disgiunto dal pubblico pudore, oggetto, invece, della tutela offerta dalla norma citata dell’art. 528 c.p., né l’intervento normativo del 1998 né quello successivo del 2006 hanno riproposto una disposizione analoga a quella della definitoria di cui al 2° comma dell’art. 529 c.p., in relazione all’opera d’arte e a quella scientifica: la necessità di proteggere l’integrità fisica e psicologica dei minori, porta ad escludere che il loro sfruttamento sessuale possa in qualsiasi maniera essere motivato da finalità di ricerca artistico-scientifica⁵⁹. Non di meno, questa chiave interpretativa non

⁵⁷ Per quest’espressione si veda MANTOVANI, *Diritto penale*, op. cit., 452.

⁵⁸ APRILE, *I delitti contro la libertà individuale*, op. cit., 184.

⁵⁹ Sul punto si vedano CADOPPI-VENEZIANI, *Art. 2, I comma*, in *Commentari delle norme contro la violenza sessuale*, op. cit., 501 e 547.

consente ancora di conferire un contenuto autonomo all'aggettivo "pornografico", cui ha fatto ricorso il Legislatore, termine che, peraltro, viene molto spesso usato dalla giurisprudenza proprio in termini di sinonimo di "osceno". Infatti, non è chiaro quale sia il confine oltre il quale gli atti compiuti dal minore o sulla sua persona ovvero a cui egli è stato costretto ad assistere, una volta documentati, costituiscano un prodotto pornografico⁶⁰.

Come è stato ben detto, "la questione si esaurisce nello stabilire se la documentazione di un atto a sfondo sessuale che veda tra i protagonisti almeno un minorenne sia o meno da considerarsi solo per questo pornografica"⁶¹.

Anche muovendo dal dato di partenza dell'estremo rigore che caratterizza il recente intervento legislativo del 2006, pare comunque preferibile ritenere che il Legislatore abbia inteso far riferimento direttamente allo stesso materiale, il cui contenuto sia comunque idoneo ad eccitare la sensibilità sessuale degli utenti, riferimento che meglio consente di porre in luce come il minore venga impiegato come strumento nella produzione del citato materiale.

Certo non può dirsi che tale chiave di interpretazione sia esaustiva di tutte le possibili alternative che la nozione di "pornografia" fornisce, anche con il possibile riferimento alla individuazione degli autonomi concetti di "osceno" e "pornografico".

Partendo da queste ultime considerazioni, sembrerebbe di potersi concludere sul punto che la nozione di pornografia intesa dal Legislatore abbia un indubbio contenuto "soggettivo"; cosa che può essere suscettibile di diverse interpretazioni a seconda del tipo di angolo visuale e di opinione che ciascuno abbia della sessualità: vi è peraltro da notare che la stessa incriminazione dell'art. 600 *quater* c.p. della condotta di mera detenzione sembrerebbe deporre per l'ipotesi contraria.

E' fonte di preoccupazione nella letteratura specialistica⁶² la circostanza che i reati aventi ad oggetto il materiale pedopornografico, in forza della struttura "aperta" delle relative fattispecie, si prestino ad applicazioni che trascendano la

⁶⁰ Proprio in questi termini si veda PISTORELLI, in DOLCINI – MARINUCCI (a cura di), *Codice Penale Commentato*, op. cit., 4157.

⁶¹ Testualmente, ancora, PISTORELLI, in DOLCINI – MARINUCCI (a cura di), *Codice Penale Commentato*, op. cit., 4157.

⁶² PISTORELLI, in DOLCINI – MARINUCCI (a cura di), op. e loc. ult. cit.

stessa volontà storica del Legislatore. Si tratta di un rischio che sempre incombe allorché l'esigenze di pura deterrenza e prevenzione generale richiedano di separare sensibilmente le condotte selezionate per l'incriminazione dalla soglia effettiva dell'offesa degli interessi tutelati. Tuttavia, la delicatezza della materia in esame avrebbe richiesto per lo meno una maggiore precisione definitoria da parte del Legislatore onde evitare derive interpretative di tipo soggettivistico.

Per tracciare una valutazione complessiva dell'intervento legislativo del 2006, uno dei banchi di prova privilegiati può essere rappresentato proprio dalla definizione (o meno) della nozione di "pornografia". Infatti, si tratta, da una parte, di giustificare il rafforzamento della tutela e, dall'altra, di compararlo con una maggiore attenzione da parte del Legislatore ai principi costituzionali di tutela dell'autore del reato. Da quest'ultimo punto di vista, a fronte dell'inasprimento della sanzione penale, pertanto, ci si sarebbe aspettati più attenzione sul piano delle maggiori garanzie sia dal punto di vista della determinatezza della fattispecie penale astratta, sia di una più ampia considerazione del principio di necessaria lesività dell'illecito penale. A ben vedere, questi due profili problematici sono tra di loro relazionati, dal momento che una maggiore specificazione del concetto di "pornografia", mostra evidenti ricadute anche su una più precisa enucleazione degli interessi sottesi alla tutela penale, e, quindi, della specificazione e descrizione degli oggetti giuridici di tutela. Tanto più che in questo caso ci si riferisce ad un concetto socio-normativo parzialmente sfuggente e, come tale, suscettibile di ampio apprezzamento discrezionale da parte del giudice.

Sul punto, date queste premesse, sembrano fronteggiarsi due distinte opinioni che offrono una valutazione diversa del recente intervento legislativo già menzionato.

Secondo una prima chiave interpretativa, si è affermato che con la novella in esame, pur volendosi raggiungere un "nobile scopo", vale a dire estendere la tutela dei fanciulli a punire forme indebite di sfruttamento sessuali a fini più o meno commerciali, si è, in realtà, realizzato un prodotto normativo di scarso livello, tale da essere addirittura qualificato come un'autentica prova di

“aberrazione giuridica”⁶³. In particolare si afferma che sono state introdotte “norme pericolosissime, draconiane, lesive di vari principi costituzionali, fra cui quelli di offensività, di *extrema ratio*, di determinatezza, di rispetto della vita privata, di proporzione, e del fine risocializzativo della pena”; proseguendo, poi, nella valutazione critica, si afferma, d’altra parte, che i difetti della novella sarebbero anche di tipo omissivo, posto che – secondo questa opinione – si sarebbero anche dovute prevedere varie ipotesi di non punibilità, di cui pure si era discusso circa la loro possibile introduzione durante i lavori preparatori della legge, nonché, e questo è il punto qui preso in maggiore considerazione, una precisa definizione del concetto di “pornografia”⁶⁴.

Su quest’ultimo versante, si soggiunge, che proprio a fronte di una maggiore severità della novella il Legislatore avrebbe, per converso, dovuto prestare una maggiore attenzione ai profili di garanzia, primo fra tutti il canone di determinatezza della fattispecie penale.

Di fronte ad una presa di posizione critica così decisa, alcune osservazioni si ritengono opportune.

Se, da un lato, si può convenire con l’affermazione che una maggiore ponderazione tra interessi contrapposti, quello ad una più efficace e pronta tutela dei minori, e quello non meno importante di presidiare la sanzione penale di tutte le possibili garanzie dettate dai principi costituzionali, occorre anche rilevare, dall’altro, che il Legislatore del 2006 si scontrava pure con due esigenze impellenti. *In primis*, la necessità di adattare la nostra legislazione interna alle Decisioni Quadro dettate in ambito comunitario, che vincolano il Legislatore interno per lo meno rispetto ai fini da raggiungere; e in secondo luogo, perché fornire una precisa definizione di un elemento normativo-valutativo come quello di “pornografia”, elemento storicamente posizionato, era evidentemente così arduo che il Legislatore ha preferito lasciare all’interprete la ricerca più duttile di una definizione che potrebbe essere adottata caso per caso. Infatti, talvolta, seppure è auspicabile che il Legislatore fornisca delle norme definitorie di ausilio

⁶³ In questi termini, in modo piuttosto critico, si veda la posizione di CADOPPI, *L’assenza delle cause di non punibilità mette a rischio le buone intenzioni*, in *Guida al Diritto*, 2006, 9, 37 e ss. specialmente 44.

⁶⁴ Per questa impostazione critica, ancora CADOPPI, *L’assenza*, cit., 44.

per l'applicazione ed interpretazione dei testi normativi, occorre anche considerare che la cristallizzazione delle definizioni può comportare anche degli effetti indesiderati, sotto forma di immediato superamento e desuetudine di certi concetti. L'esperienza a proposito del concetto di "oscenità" nel sistema penale dimostra che occorre sempre mantenere molta cautela nel valutare tali dati normativi.

Nel valutare sinteticamente questa posizione espressa in dottrina, occorre, inoltre, osservare che le critiche estreme che vengono mosse all'intervento normativo, sia sotto il profilo dell'indeterminatezza della fattispecie penale, che di esigua offensività dei beni giuridici tutelati, che starebbe quasi a significare l'introduzione di una legislazione finalizzata all'annientamento e alla neutralizzazione della figura del "nemico-pedofilo", si scontra sempre con l'evidente esigenza del contrasto efficace di forme di crimini che alimentano un turpe mercato che vede il mercimonio della sessualità dei minori. Sotto quest'ultimo profilo, quindi, non si può certo parlare di una sorta di "grida manzoniana" che, dichiarando guerra al "nemico-pedofilo" lo voglia porre fuori dal contesto sociale riservandogli un trattamento spietato e sproporzionato⁶⁵, che legittimerebbe quasi un "diritto penale del nemico" rispetto al trattamento penale dei pedofili, visto che questo non sembra, nel complesso, il caso della legge qui in esame, e che occorre, poi, anche sapientemente distinguere i profili della determinatezza della fattispecie penale e del trattamento propriamente sanzionatorio.

Altro punto di vista⁶⁶, invece, in un quadro di maggiore apprezzamento complessivo della nuova legge, pur muovendo alcune critiche sia alla definizione generale di "pornografia infantile", che al nuovo concetto di "pornografia virtuale", che viene tacciato di "carenze ed approssimazioni", valuta alla luce di un più equilibrato approccio l'intervento normativo del Legislatore. Prima di tutto, si sostiene che occorre contemperare, da una parte, le esigenze di difesa sociale per prevenire e contrastare più efficacemente i fenomeni criminosi della pedofilia

⁶⁵ CADOPPI, *L'assenza*, cit., 40.

⁶⁶ Per tale seconda opinione dottrina si veda PICOTTI, *La legge contro lo sfruttamento sessuale dei minori e la pedopornografia in internet (L. 6 febbraio 2006, n. 38) (Parte seconda)* in *Studium Iuris*, 2007, 11, 1196.

e pornografia minorile, con la istanza di garantire comunque la sfera privata di autorità ed autonomia degli individui nell'esercizio legittimo dei loro diritti fondamentali di espressione, informazione, e comunicazione, di cui internet e le nuove tecnologie costituiscono, allo stato attuale, un notevole strumento; dall'altra parte, si sostiene che di fronte a problemi criminosi così gravi ed in costante aumento, non ci si possa limitare, specialmente da parte della categoria dei giuristi, ad arroccarsi in posizioni conservatrici di invocazione ad oltranza delle garanzie individuali, né tanto meno privilegiare i soli diritti degli imputati nei processi per pedofilia che, pur essendo soggetti meritevoli delle più ampie garanzie processuali, offendono o mettono in pericolo interessi vitali delle vittime quali quelli del normale sviluppo psicofisico e sessuale e della loro individuale.

Si conclude, pertanto, che non appaiono condivisibili alcune posizioni troppo allarmistiche di alcuni commentatori della nuova legge, i quali sembrerebbero guardare semplicemente ad un asserito indebolimento delle garanzie che toccherebbero principi fondamentali del diritto penale, fino a mettere a repentaglio i postulati stessi di un diritto penale liberale per la sua sostituzione con un diritto penale dei tipi di autore, sganciato dalla materialità di fatti offensivi, di beni giuridici, ed invasivo dell'ambito riservato alle scelte etiche ed agli orientamenti sessuali dei singoli soggetti.

Altro punto di discussione della norma in oggetto è costituito dall'inserimento di un nuovo comma 5 della disposizione in esame da parte della Legge 38/2006. Si tratta di una circostanza aggravante ad effetto speciale che prevede un aumento di pena in misura non eccedente i due terzi per i reati di divulgazione, offerta o cessione di materiale pornografico previsto nei precedenti commi 3° e 4°. Ebbene, per far scattare la predetta aggravante è necessario che il materiale sia di "ingente quantità": pertanto si tratta di un'aggravante dagli effetti considerevoli, e per di più a carattere "indefinito"⁶⁷. La scelta del Legislatore in questo caso di prevedere una aggravante che è descritta in modo indefinito facendo riferimento ad un dato materiale, che si riferisce ad un certo ammontare, espresso in termini di "ingente quantità", cui fa da riscontro un considerevole aumento di pena, ha condotto parte della dottrina a porre il problema di una non

⁶⁷ Sul punto, in dottrina, si vedano CADOPPI, *L'assenza*, cit., 42; MENGONI, *Delitti sessuali e pedofilia*, op. cit., 280 e s; PISTORELLI, in DOLCINI – MARINUCCI (a cura di), *op. cit.*, 4161 e ss.

perfetta aderenza della presente aggravante al principio di tassatività e determinatezza della fattispecie penale⁶⁸. Tuttavia, si afferma pure come la *ratio* dell'aggravante in questione sarebbe condivisibile e di immediata evidenza, posto che vi è un intrinseco maggior disvalore delle condotte punite dalla norma incriminatrice, ove esse abbiano ad oggetto una rilevante mole di materiale pornografico. Appare chiaro, infatti, che nell'ottica del Legislatore si debba porre un immediato collegamento tra l'ingente quantità del materiale pornografico, che di per sé appare espressivo, comunque, di un maggiore disvalore complessivo dell'ipotesi, con la circostanza che questa entità significativa del materiale debba essere pure messa in relazione con un vasto circuito di possibili pedofili fruitori, e che l'ingente quantità del materiale stesso possa essere il risultato di attività correlate a fenomeni di criminalità organizzata.

Evidentemente, nelle valutazioni del Legislatore sono rientrate pure considerazioni in merito alla incontrollabilità del fenomeno se questo si propaga su vasta scala ed abbia ad oggetto quantità considerevoli.

Possibili spunti di discussione possono esser offerti anche dall'interpretazione dell'aggettivo "ingente", che, come già ampiamente segnalato in dottrina⁶⁹, che può prestarsi ad interpretazioni giurisprudenziali eterogenee, mentre si auspica una lettura che, se da un lato non mostri la tentazione di richiedere numeri di scala industriale, dall'altro non si accontenti di poche decine di foto pornografiche. D'altra parte, quello dell'individuazione della quantità ingente è un problema che è connaturato alla natura di circostanza indefinita della disposizione in esame, che nella individuazione, quindi, dell'oggetto materiale del reato, si basa su un dato quantitativo, la cui misura può essere rimessa all'arbitrio del giudice⁷⁰.

⁶⁸ MENGONI, *Delitti sessuali e pedofilia*, op. cit., 280.

⁶⁹ Sul punto si veda, ancora, MENGONI, *Delitti sessuali e pedofilia*, op. cit., 281.

⁷⁰ In termini simili, si confronti PISTORELLI, in DOLCINI – MARINUCCI (a cura di), *op. cit.*, 4162.

6.3 Detenzione di materiale pornografico (art. 600 *quater* c, p.): nello specifico, il significato del termine “consapevolmente”, dolo intenzionale o diretto?; l’aggravante dell’ingente quantità del materiale; possibile illegittimità costituzionale della norma.

Come rispetto ad altre esperienze giuridico-penali di diversi Paesi⁷¹, anche nel sistema penale italiano si pone un problema di legittimità stessa di una incriminazione come quella della mera detenzione di materiale pornografico, posto che con un consistente arretramento della soglia di punibilità si tende in tal modo a criminalizzare comportamenti prodromici rispetto all’offesa effettiva ai diritti del fanciullo, se non rifacendosi ad un diffuso interesse alla dignità sessuale dei minori. La realtà è che l’incriminazione trova la sua ragion d’essere in una chiara finalità deterrente, che viene in questo caso affidata alla sanzione penale allo scopo di stigmatizzare, non solo sul piano morale, comportamenti che appaiono strumentali al vero e proprio commercio di materiale pornografico, alla sua produzione, distribuzione, al coinvolgimento stesso dei minori nel circuito infernale della pedopornografia. La punizione della semplice detenzione risponde, infatti, alla pura finalità di cercare di orientare fin dall’inizio i comportamenti in un senso difforme da certe tendenze sessuali che possono essere foriere di ulteriori sviluppi pericolosi per gli interessi sottesi ad una vasta ed efficace tutela dei minori.

Tuttavia, l’incriminazione del codice penale italiano presenta una serie di altre problematiche che vanno esaminate separatamente, sia pure nel quadro e nella logica delle considerazioni appena fatte intorno alle scelte di politica criminale del Legislatore.

La prima questione che si pone all’attenzione dell’interprete concerne la fattispecie soggettiva della norma incriminatrice dell’art. 600 *quater*. Si tratta, difatti, di verificare se dietro ad una scelta di tecnica legislativa non si nascondano precisi intenti riportabili a più complessive opzioni di politica penale che servono

⁷¹ Come si vedrà più diffusamente *infra* nel prosieguo del lavoro, specialmente nel prossimo capitolo.

– si potrebbe dire – quasi a “bilanciare” proprio l’introduzione stessa di una siffatta incriminazione nel sistema penale. In altre parole, occorre stabilire se, a fronte del fatto che si è ritenuto opportuno penalizzare già la stessa detenzione di materiale pornografico, quasi a mo’ di “contrappeso”, non si siano, poi, rintracciate tutta una serie di limitazioni alla punibilità, inserendo una serie di selettori sia sul piano della fattispecie soggettiva che oggettiva.

D’altra parte, è anche possibile che, con l’inserimento dell’avverbio “consapevolmente” nel corpo della disposizione, si sia teso a limitare la rilevanza del fatto ai soli comportamenti intenzionali del soggetto, ovvero, come minimo, a quelli dotati di un coefficiente soggettivo riportabile almeno al dolo diretto. La conseguenza è che l’esclusione della possibile contestabilità del reato nel caso di atteggiamenti dolosi più sfumati, quali quelli che si riferiscono al dolo eventuale⁷², può significare che la notevole pregnanza della fattispecie soggettiva deve fornire all’interprete indicazioni più certe riguardo al grado di consapevolezza e volontà dell’autore che non sono, all’evidenza, desumibili da condotte di per sé “neutre” o, comunque, poco significative in ordine all’offesa di beni giuridici non evanescenti o riferibili alla libertà sessuale, alle inclinazioni del soggetto: rischiando in tal modo di entrare in conflitto con interessi non incompatibili col quadro costituzionale, con il diritto alla libertà di pensiero o alla privacy. Non è un caso che, a questo proposito, la dottrina parli, senza mezzi termini, di “reati ostativi” o di “pericolo indiretto”⁷³. Se si guarda, quindi, alla possibile inconsistenza della fattispecie sul piano del collegamento all’offesa ad

⁷² Circa la configurabilità del dolo eventuale nella fattispecie in esame, la dottrina sembra convenire con la tesi che afferma che l’avverbio “consapevolmente” tenda a escludere la punibilità a titolo di dolo eventuale, limitandola, quindi, alle sole ipotesi di dolo diretto ed intenzionale (in questo senso in dottrina si vedano CADOPPI, *Commento* cit., 219; FLORA, *La legge contro lo sfruttamento sessuale*, cit., 733; MENGONI, *Delitti sessuali*, cit., 289; B. ROMANO, *Voce Pedofilia in Digesto delle discipline penali (aggiornamento)*, Torino, 2004, 619; VENAFRO, *Commento*, cit., 91). Nel caso, infatti, di punibilità per mero dolo eventuale, l’atteggiamento soggettivo viene considerato troppo “leggero”, nel senso di troppo lontano dalla tipica figura del pedofilo e, come tale, insufficiente a giustificare una sanzione penale (a tale ultimo proposito afferma VENAFRO, *op. ult. cit.*, 91, che “attraverso l’elemento psicologico si è voluto “selezionare” una tipologia particolare di soggetti, costituita da chi manifesta una precisa inclinazione sessuale verso la pornografia minorile”). Peraltro, detta stretta connessione tra punibilità per dolo almeno diretto e tipologia di autore non sembra del tutto condivisibile perché, in realtà, non è tanto un certo tipo di autore che deve essere preso in considerazione dalle norme, quanto, piuttosto, un certo atteggiamento soggettivo pregnante, facilmente riconoscibile da un osservatore esterno.

⁷³ Sul punto si vedano VENAFRO, *Commento all’art. 4*, cit., 88; PISTORELLI, in DOLCINI-MARINUCCI (a cura di), *Codice Penale Commentato*, op. cit., 4164.

interessi afferrabili, la scelta del Legislatore di “rafforzarla” sul piano soggettivo potrebbe avere due possibili spiegazioni: uno relativo alla prova dell’effettiva volontà colpevole dell’autore rispetto ad un consistente quadro condiviso di valori da tutelare, l’altro più direttamente connesso ad esigenze di “bilanciamento” tra interessi da tutelare contrapposti, tutela della libertà di manifestazione contro efficace lotta al grave fenomeno della pedopornografia. Tutto questo sempre nella prospettiva della tutela di beni “finali” quali lo sviluppo fisico e psichico del minore⁷⁴.

Da tutto quanto premesso, ne discende che l’elemento soggettivo richiesto dalla ipotesi incriminatrice in esame è il dolo generico rispetto a tutti gli elementi costitutivi della fattispecie, che consiste nella volontà di procurarsi o detenere a propria disposizione il suddetto materiale pornografico e nella consapevolezza, elemento espressamente richiesto dalla disposizione dell’art. 600 *quater* c.p., che il materiale pornografico sia relativo a minori infradiciottenni e che è stato realizzato utilizzando tali minori. Ne consegue che sono esclusi tutti gli atteggiamenti riportabili al dolo eventuale, vale a dire i casi in cui il soggetto fruitore sia anche solo in dubbio circa l’esistenza di tali requisiti di età o della produzione del materiale senza utilizzazione. La prima questione riconduce il problema a quello del grado di consapevolezza dell’età della persona offesa, che soffre della rigidità della disciplina che da sempre presidia i reati a sfondo sessuale, l’altro è riferito, viceversa, alla coscienza di un elemento fattuale sulle modalità di realizzazione del materiale, per l’appunto l’utilizzazione del minore, che concerne più da vicino i modi di realizzazione del materiale pornografico che costituisce l’oggetto materiale della condotta di mera detenzione⁷⁵.

Peraltro, tra la formulazione previgente, che faceva riferimento alla condotta di procurarsi o disporre di materiale pornografico prodotto mediante lo sfruttamento sessuale di minori infradiciottenni e la nuova che, invece, parla di mera detenzione di materiale pornografico realizzato utilizzando minori, si è assistito ad un processo di netta semplificazione della fattispecie. Infatti, attraverso la novella del 2006, si è sostituito il concetto di sfruttamento, che

⁷⁴ Nella manualistica si vedano le analoghe considerazioni svolte da MANTOVANI, *Diritto penale, Parte spec., I, Delitti contro la persona*, op. cit., 469.

⁷⁵ Analogamente MANTOVANI, *op. ult. cit.*, 471.

intuitivamente fa riferimento ad una precisa strumentalizzazione dei minori per la creazione e produzione del materiale pornografico, con quello “a tutto campo”⁷⁶ di semplice utilizzazione, sicché si è inciso in modo significativo – come già accennato in precedenza – anche sul dolo del reato in esame: mentre, infatti, con l’originaria lettura si poteva anche arrivare a sostenere che l’agente non avesse avuto consapevolezza dello sfruttamento del minore (ed in tal caso si fa l’esempio paradigmatico delle fotografie a pose erotiche scattate tra fidanzati⁷⁷), l’attuale formulazione limita in modo considerevole le possibili allegazioni difensive dell’imputato. In questo senso, tanto più ampio ed esteso è il concetto, tanto più estesa è l’area dell’incriminazione.

Comunque, è evidente che il dolo non sussiste qualora l’agente abbia ritenuto che i soggetti ritratti nel materiale fossero maggiorenni: l’errore sulla minore età, infatti, deve ritenersi non scusabile esclusivamente se la stessa appaia con caratteri di sufficiente evidenza ed obbiettività. Diversamente, deve ammettersi che l’agente possa non avere consapevolezza di questo dato anagrafico, sovente non percepibile dalla mera visione, e, quindi, detenzione, del materiale pornografico.

Il 2° comma dell’art. 600 *quater* c.p., introdotto dall’art. 3 della Legge 38/2006, configura una circostanza aggravante ad effetto speciale, in questo in modo assolutamente speculare alla incriminazione della pornografia minorile di cui all’art. 600 *ter* c.p. già in precedenza analizzata, che si fonda sul carattere ingente del quantitativo del materiale pornografico detenuto. La introduzione di detta circostanza aggravante, che determina un considerevole aumento di pena, risulta, peraltro, ancor meno comprensibile, anche in un’ottica di pura deterrenza, se si pensa che la fattispecie ruota intorno alla punizione della mera detenzione di materiale pedopornografico⁷⁸.

⁷⁶ Per quest’espressione, MENGONI, *op. ult. cit.*, 289.

⁷⁷ Sul punto cfr. CADOPPI, *L’assenza delle cause*, cit., 41.

⁷⁸ MENGONI, *Delitti sessuali*, *op. cit.*, 291 fa notare come con l’applicazione della circostanza aggravante di cui al comma 2 dell’art. 600 *quater*, la pena massima raggiunge la soglia di cinque anni di reclusione; ad avviso dell’autore si tratta, forse, “di una previsione eccessiva rispetto alla condotta incriminata, tale da giustificare il dubbio che qui si realizzi un diritto penale cd. d’autore, nel quale, cioè, viene perseguita più una certa tipologia di soggetto che la condotta dallo stesso realizzata. Allo stesso modo, però, quest’aggravante sembra giustificabile in quell’ottica di “pericolo di un pericolo” alla quale si è già fatto riferimento; in altri termini, maggiore è la quantità di materiale detenuto, maggiore è il pericolo che parte dello stesso sia ceduto a terzi, così

Proprio in considerazione di quest'ultimo aspetto, e del rigoroso trattamento sanzionatorio previsto dalla circostanza aggravante, possono essere sollevati con insistenti dubbi anche di legittimità costituzionale, per la irragionevole sproporzione del trattamento sanzionatorio. Sembra, infatti, che in questo caso la legge abbia voluto punire un certo tipo di autore, il fruitore di materiale pedopornografico, non solo senza considerare la possibile collisione delle istanze sottese all'incriminazione con la tutela di interessi contrapposti, pure di rango costituzionale, quali quelli già richiamati della libera manifestazione del pensiero e del diritto alla *privacy*. La questione può essere posta non solo sul versante dell'*an* dell'incriminazione, ma anche sul *quomodo*, cioè in ordine al profilo stretto del trattamento sanzionatorio. E' chiaro che in questo caso hanno sicuramente prevalso esigenze general-preventive di rafforzamento della tutela dei minori, anche in via prodromica e strumentale sul terreno della mera detenzione, piuttosto che i già richiamati altri diritti costituzionalmente garantiti.

Vi è, poi, da aggiungere che molte delle opzioni di politica criminale, alcune relative anche ai livelli sanzionatori, sono state dettate dal legislatore interno dalle iniziative che provenivano dal fronte delle istituzioni comunitarie e del consesso internazionale.

6.4 Pornografia virtuale (art. 604 *quater*.1 c.p.): il materiale pornografico come immagine virtuale quale oggetto della condotta incriminata: indeterminatezza, minima materialità dell'offesa o diritto penale internazionale? Riflessi sul dolo.

L'art. 604 *quater*.1 è stato introdotto nel Codice penale dall'art. 4 della L. 38/2006 e già dalla inedita numerazione si può arguire come sia stata ritenuta urgente la sua adozione senza attendere una più organica riforma se non proprio dell'intero Codice penale, almeno della parte riguardante il settore della pedopornografia.

alimentando il relativo circuito di trasmissione". Anche così riformulata, la tesi della legittimità della circostanza aggravante, agganciata al pericolo indiretto piuttosto che al tipo di autore, non persuade del tutto, perché permane un profilo di esiguità dell'offesa rispetto al pesante carico sanzionatorio che ne consegue.

Tuttavia, la singolarità della disposizione non si ferma a queste considerazioni formali, giacché appare evidente come la disposizione contenga al primo comma la curiosa previsione per cui la rilevanza penale delle condotte contenute nelle precedenti disposizioni degli artt. 600 *ter* c.p. e 600 *quater* c.p. viene estesa anche all'ipotesi in cui il materiale pornografico abbia ad oggetto "immagini virtuali realizzate utilizzando immagini di minori di anni diciotto o parti di esse". Peraltro, la norma, quasi a voler esorcizzare la sua stessa evanescenza, si preoccupa di fornire immediatamente una specifica definizione della nozione di "virtuale" precisando che le immagini di tale natura sono propriamente quelle "realizzate con tecniche di elaborazione grafica non associate in tutto o in parte a situazioni reali, la cui qualità di rappresentazione fa apparire come vere situazioni non reali".

In verità, trattasi di tecnica di incriminazione sicuramente influenzata dalle fonti internazionali⁷⁹ che richiedevano un intervento di una tutela in questo settore, anche attraverso l'incriminazione strumentale della punizione di condotte aventi ad oggetto materiale pornografico del tutto virtuale. Peraltro, in letteratura⁸⁰ si è fatto notare come le immagini pornografiche solo virtuali come oggetto di possibile tutela da parte delle fattispecie incriminatrici in questa materia, pongano seri dubbi e riserve dal momento che, probabilmente per la prima volta, il Legislatore sanziona, con una pena anche significativa, condotte il cui oggetto materiale non è, o può non essere, reale, nel senso di tangibile, vale a dire "in carne ed ossa", ma è astratto, creato con strumenti di tecnica grafica, "non riconducibile a situazioni o cose presenti in rerum natura"⁸¹.

Detta particolare tecnica di tipizzazione della fattispecie costituisce un *novum* assoluto nella normazione interna che potrebbe in qualche misura mettere in crisi lo stesso principio di offensività, su cui pure, in qualche misura, si fonda la legge in commento, visto che "a fronte di un filmato a tecnica pur parzialmente virtuale, sembra sufficiente domandarsi quale sia la lesione, anche solo potenziale,

⁷⁹ Non è inutile ricordare che l'origine della norma si deve agli impegni assunti dall'Italia in sede comunitaria, con particolare riferimento alla *Convention on Cybercrimes* del Consiglio d'Europa del 23 novembre 2001 e dalla già citata Decisione Quadro 2004/68/GAI del Consiglio d'Europa del 22 dicembre 2003.

⁸⁰ Si vedano MENGONI, *Delitti sessuali*, op. cit., 293; PISTORELLI, *op. ult. cit.*, 4169.

⁸¹ Testualmente MENGONI, *op. e loc. ult. cit.*

al corretto sviluppo psichico del minore per nutrire seri dubbi circa “l’aderenza” di questa previsione alla *ratio* della precedente L. 269/1998.

L’intendimento del Legislatore, prima comunitario, poi nazionale, sul piano politico-criminale è certamente quello di disincentivare la produzione e la circolazione pure del materiale pedopornografico virtuale, oppure solo verosimile, per i possibili effetti criminogeni (che sono stati sottolineati specialmente dalla letteratura inglese e americana⁸²) di stimolo e di sollecitazione, all’interno del mercato della pedofilia, della domanda di prestazione sessuale di minori e, indirettamente, della prostituzione minorile.

Vi è poi da considerare, anche, che il materiale pornografico possa essere utilizzato dai pedofili per adescare i minori⁸³.

In ordine, inoltre, alla legittimità di una siffatta incriminazione vengono richiamate anche esigenze di ordine processuale. Infatti, in taluni casi in cui risulterebbe arduo ricostruire la materialità del prodotto pornografico, attraverso l’incriminazione della mera pornografia virtuale, si vuole ottenere un risultato di semplificazione probatoria che superi le difficoltà di dimostrare, stante il problema di risalire al soggetto rappresentato, la natura reale o virtuale del materiale.

Certamente una fattispecie incriminatrice così costruita costituisce una specie di reato ostacolo che ha come obiettivo primario quello di prevenire il realizzarsi di azioni pedofile, queste sì effettivamente lesive dei beni della intangibilità, libertà sessuale e dignità dei minori, che rimangono sempre sullo sfondo come oggetti finali di tutela. Peraltro, mediante la punizione della pornografia virtuale attraverso un’autonoma figura criminosa, dal punto di vista tecnico, l’intento del Legislatore sembra sia stato semplicemente quello di estendere l’ambito di applicazione dei reati precedenti, introducendo un elemento normativo che definisce in maniera più estesa il relativo oggetto materiale della condotta.

Viene da chiedersi, tuttavia, se l’estrema anticipazione della soglia di punibilità di comportamenti che abbiano ad oggetto entità virtuali pone proprio in crisi gli obiettivi che si intendevano raggiungere. La fattispecie, infatti, potrebbe

⁸² Come rammentato da MANTOVANI, *Diritto penale*, P. s., op cit, 472.

⁸³ Per tale considerazione si rinvia nuovamente a MANTOVANI, *op. e loc. ult. cit.*

denunciare un certo margine di ineffettività dal momento che l'evanescenza dell'oggetto materiale della condotta potrebbe essere di difficile accertamento probatorio. Inoltre, poiché la disposizione in parole rinvia per la descrizione del fatto alle due disposizioni incriminatrici precedenti, vale a dire quelle di cui agli artt. 600 *ter* c.p. e 600 *quater* c.p., con una semplice specificazione del mero oggetto materiale della condotta, potrebbe risultare difficoltoso distinguere tra le varie ipotesi qualora non si riesca a discernere agevolmente tra oggetti reali e solo virtuali.

Riguardo a quest'ultimo profilo, è certamente motivo di riflessione anche la parziale oscurità del testo normativo – si pensi alla stessa definizione di “immagini virtuali realizzate utilizzando immagini di minori”, sembra una formula tautologica che non spiega alcunché se non che le immagini devono riguardare dei minori – tanto che si discute in dottrina⁸⁴ se la disposizione in parola costituisca un'autonoma figura di reato o, viceversa, la legge abbia voluto delineare semplicemente una clausola di estensione dell'ambito di applicazione dei reati previsti dai due articoli precedenti, introducendo un elemento normativo che definisce in maniera più ampia il relativo oggetto materiale. Nel preferire senz'altro questa seconda chiave di interpretazione, occorre affermare che si tratta di un'ipotesi di circostanza attenuante “di materia”, che nel riprodurre pedissequamente gli elementi costitutivi delle due disposizioni precedenti, precisa in maniera più netta il solo oggetto materiale della condotta.

Per una esatta comprensione della fattispecie e della nozione stessa di immagini “virtuali”, non ci si può limitare semplicemente al mero riferimento al materiale pornografico che rappresenti soggetti “efebici o comunque di aspetto adolescenziale o persone affette da nanismo, con l'aspetto di bambini o che rappresenti persona che sembrano essere minori pur essendo ignota l'età effettiva” come si desume da un passo della relazione al disegno di legge in cui veniva illustrata una fattispecie alternativa poi abbandonata.

Non di meno, muovendo dalla (sia pur condivisibile) preoccupazione che la crescente diffusione, attraverso le reti informatiche, di materiale a carattere pedopornografico possa, da un lato, contribuire ad incrementare la domanda, e

⁸⁴ PISTORELLI, *Attenzione spostata sulla perversione del reo*, in *Guida al Diritto*, 2006, 9, 51.

dall'altro, a favorire l'adescamento di minori destinati al mercato della pedofilia, si è intrapresa la strada di sospendere l'intervento punitivo fino a reprimere comportamenti ritenuti comunque idonei a soddisfare il pubblico di coloro che coltivano la perversione sessuale; ma, così facendo, l'attenzione del Legislatore si è in qualche misura spostata dal minore e dalla sua effettiva tutela, al trattamento penale "diretto" della perversione sessuale del pedofilo⁸⁵. Nell'ottica di una moderna predisposizione di un diritto penale per i "tipi criminologici d'autore", ciò che interessa di più è proprio il contrasto del pericolo latente per la comunità rappresentato dal fenomeno della pedofilia nella cui rete si infiltrano soggetti che presentano irrefrenabili pulsioni sessuali che, pur non incidendo sulla capacità di intendere e di volere del soggetto, costituiscono pur sempre disturbi transitori della personalità che denotano una spiccata pericolosità criminale del soggetto.

Spiccata pericolosità che, ad avviso del Legislatore anche internazionale, merita una risposta sanzionatoria molto dura e ferma, una sorta di moderna tendenza a delinquere da combattere, che necessita dell'introduzione di incriminazioni stravaganti come quella della pornografia virtuale. Probabilmente le considerazioni che precedono fanno ritenere che l'ipotesi in parola non risponda propriamente alla tradizione giuridico-penale italiana, dal momento che sembra poco rispettosa dei principi di chiarezza della fattispecie penale, nonché di offensività dell'illecito ed è stata dettata dalle pressanti iniziative di fonte internazionale. Proprio la genesi della norma, che ha una fonte ed una caratura sovranazionale che segue logiche evidentemente diverse da quelle tipiche del Legislatore interno, che risulta spesso vincolato dal rispetto di certe prerogative costituzionali, può forse spiegare l'introduzione di un evidente esempio di "reato-ostacolo" che serve a reprimere condotte prodromiche e strumentali ai veri comportamenti che si vogliono contrastare che sono costituiti dalla produzione e dal commercio di materiale pedopornografico.

E' indubbio, in conclusione, che sia la mera detenzione di materiale pornografico che (a maggior ragione) la repressione della pornografia virtuale costituiscono incriminazioni strumentali, appunto reati-ostacolo e di "pericolo di

⁸⁵ Per questa interessante prospettiva di indagine si veda ancora PISTORELLI, *op. ult. cit.*, 52.

un pericolo” delle ben più gravi ipotesi di produzione, commercio e divulgazione del materiale pedopornografico.

Si tratta, allora, stabilire se l’opzione di fondo di arretrare significativamente la soglia di punibilità fino ai reati-ostacolo possa essere accettata come generale politica penale in tema di misure di contrasto alla pedopornografia.

Sembra, infatti, condivisibile la posizione di chi, su questo ultimo profilo problematico, evidenzia come l’introduzione di un meccanismo di tipo presuntivo, sulla scorta del quale si desume automaticamente che il materiale descritto nella norma in esame possa istigare alla commissione di reati di pedofilia o di violenza sessuale sui minori, presunzione che per giunta sembra essere stata la ragione principale dell’introduzione della novella che ha riformulato la fattispecie, appaia di fragile giustificazione e, comunque, prescinde da qualsiasi verifica sulla effettiva pericolosità effettiva del detentore del materiale pornografico, presunzione che viene desunta *iuris et de iure* dalla legge, rischiando di condurre alla punizione pure degli individui che proprio mediante la fruizione di surrogati virtuali, cercano di tenere a freno i propri istinti sessuali. Da ciò ne consegue che la disposizione presenta anche profili di lacunosità specialmente riguardo alla norma definitoria di cui al 2° comma dell’art. 600 *quater*.1, che è la conseguenza inevitabile di una (forse) eccessiva forma di anticipazione della soglia di punibilità⁸⁶.

Dal punto di vista della tecnica di redazione di questi prodotti, risulta anche difficile riuscire a fornire una qualificazione normativa anche alle forme di composizione informatica dei fotomontaggi di elevata qualità, stante la vaghezza nella descrizione del fatto tipico da parte della norma, tanto da poter attrarre nell’alveo della disposizione anche prodotti di qualità grossolana che siano il risultato di tecniche non particolarmente sofisticate. Al proposito si fa l’esempio di chi applichi alla foto che ritrae il corpo di un adulto impegnato in un atto sessuale l’immagine del volto di un minore, estrapolata, magari, dalla pubblicità di una rivista. In effetti – si afferma⁸⁷ - che la composizione corrisponde in modo perfetto dalla fattispecie descritta dal comma 1 dell’articolo in esame, ed allo

⁸⁶ In tal senso, ancora, PISTORELLI, *op. e loc. ult. cit.*

⁸⁷ Per tali considerazioni, di nuovo, PISTORELLI, *op. e loc. ult. cit.*

stesso modo che non possa essere messo in dubbio che il *collage* sia, almeno sul piano formale, “una tecnica di elaborazione grafica”⁸⁸.

Il punto è, comunque, controverso.

E la questione non è per nulla secondaria perché dalla tipicità o meno della composizione anche grossolana, dipende l’individuazione dell’area di incidenza della fattispecie penale, e, con essa, la stessa misura della tutela apprestata.

Si afferma⁸⁹, infatti, che vi sarebbe l’ovvia esclusione dell’immagine palesemente virtuale, oppure realizzata in modo grossolano, pertanto, utilizzando una tecnica non apprezzabile, e tale, cioè, da far comprendere all’osservatore esterno in modo immediato ed agevole il carattere completamente astratto dell’immagine stessa (si pensi, ad esempio, a banali *collage* ma anche disegni, cartoni animati, dipinti, fumetti).

Ora, qui si contrappongono non solo due chiavi interpretative della fattispecie incriminatrice, ma, prima ancora, due diversi modi di intendere il principio di necessaria offensività dell’illecito penale, perché da un lato, si cerca di restringere la portata applicativa dell’incriminazione ai soli fatti minimamente capaci di suscitare forme associative di immaginazione tra virtuale e reale, mentre, dall’altro, e questa appare come un’interpretazione conforme ad istanze di pura deterrenza, che per l’efficacia della disposizione incriminatrice non si possa distinguere tra fatti offensivi ed inoffensivi, cioè tra riproduzioni grossolane o meno.

Il punto merita una presa di posizione personale.

Chiari sembrano gli intenti del Legislatore, vale a dire estendere ed ampliare la sfera di tutela del minore fino a ricomprendervi ipotesi anche molto anticipate come quella della punizione della pornografia virtuale. Tuttavia, l’inasprimento della tutela attraverso forme così esangui di penalizzazione non può spingersi fino al punto di criminalizzare anche l’ipotesi di riproduzione di immagine del tutto grossolana. Sicché risponde ad un equo principio di proporzionalità nell’uso della sanzione penale escludere senz’altro le ipotesi grossolane dal novero di quelle punite dalla fattispecie incriminatrice in oggetto.

⁸⁸ Per questa chiave di lettura, sempre PISTORELLI, *op. e loc. ult. cit.*

⁸⁹ Per questa diversa prospettiva si veda MENGONI, *Delitti sessuali*, op. cit., 298.

Del resto, analoghi profili problematici in ordine alla inconsistenza dell'incriminazione nonché ad un eccessivo allontanamento da un'effettiva tutela dei veri interessi dei minori, vale a dire il loro sviluppo psicofisico nonché l'intangibilità nella sfera sessuale, per procedere senza esitazione verso la repressione della perversione sessuale in sé, è testimoniato anche da quella parte della disposizione in esame che ammette la punibilità anche rispetto a immagini aventi ad oggetto solo "parti" di immagini di minori. Ora, se questa parte della disposizione viene interpretata in senso letterale e formalistico, si potrebbe ammettere la punibilità pure nel caso in cui le parti di immagine avessero ad oggetto zone erogene od erotiche del minore, bensì altre parti del corpo (ad esempio, un braccio, un piede, la pancia). La conseguenza è una chiara traslazione dei piani di tutela. Si perde di vista, da una parte, l'effettiva protezione del minore e dei suoi interessi, e si tende a reprimere, dall'altra, il pedofilo in sé, le sue possibili perversioni, senza che tutto ciò abbia un immediato collegamento con zone erogene del fanciullo che possano alimentare la perversione stessa. La strumentalità dell'incriminazione e il suo eccessivo allontanamento da un minimo di offesa agli oggetti finali di tutela appare di dubbia costituzionalità, perché anziché la punizione di fatti offensivi di beni giuridici, anche se solo indiretti e strumentali, si colpisce una certa inclinazione dei gusti sessuali, si potrebbe dire quasi alcune forme particolari di feticismo, e così facendo si mette in crisi anche la libertà di pensiero e di manifestazione dello stesso.

Inoltre, con siffatte forme di incriminazione entra in crisi anche il principio liberale di protezione della *privacy* perché lo strumento penale è talmente invasivo da penetrare nella vita privata delle persone fino a punire certi gusti sessuali, senza che ciò abbia un qualche sia pur labile collegamento con i beni giuridici finali, che non possono prescindere da qualsiasi collegamento con la protezione della sfera sessuale dei minori.

Si è osservato in dottrina⁹⁰ che se si fa rientrare nella sfera di applicazione della fattispecie "qualsiasi raffigurazione di un minore reale, o anche solo di una parte di essa" che possa contribuire a formare il materiale in oggetto, a prescindere da quale ne sia la portata espressiva, si finisce col considerare

⁹⁰ MENGONI, *Delitti sessuali*, op. cit., 300.

integrata la fattispecie anche ove “quella stessa parte non abbia alcuna valenza sessuale od esogena, ed anche quando non possa essere riferita con precisione a nessun fanciullo, difettandone ogni elemento identificativo”⁹¹.

Il risultato è che una lettura molto ampia e rigorosa della fattispecie incriminatrice può essere la conseguenza di un particolare significato che si vuole attribuire a questa norma, del tutto sganciato dalle prospettive di tutela contenute nelle altre previsioni di cui alla L. 38/2006, che si incentrerebbe, conclusivamente, nel reprimere il pedofilo “come portatore di un’abietta patologia (che ne indurrebbe eccitazione anche sol guardando il braccio di un ragazzino di dieci anni)”, con la conseguenza che “l’oggetto del reato – e della relativa sanzione – sia la perversione propria dell’agente, non anche l’eventuale lesione di un bene facente capo direttamente al minore”⁹². Se si dovesse accedere ad un’interpretazione eccessivamente rigoristica e formale della fattispecie incriminatrice, si avrebbe come conseguenza “un pericoloso *revirement* nel generale rapporto tra vecchia e nuova lettura dei reati in tema di sessualità”⁹³, che non può essere accettato, al pari della tesi che pure sostiene che l’oggetto di tutela della norma coinciderebbe, addirittura, con la moralità pubblica⁹⁴. Quest’ultima asserzione avrebbe, peraltro, come paradossale conseguenza una trasfigurazione del bene giuridico tutelato, che da interesse concreto ed individuale, come pertinente ai singoli minori, oppure ad una parte di essi più o meno ampia, si trasformerebbe in un interesse formale e riguardante esclusivamente la società. L’ulteriore conseguenza negativa di tale punto di vista sarebbe anche quella di un’evidente regressione degli scopi di tutela che, a proposito dei reati sessuali, abbandonata l’iniziale classificazione che ne aveva dato il Legislatore fascista del 1930, come lesivi della moralità pubblica e del buon costume, si sarebbe avviata verso una sua modernizzazione verso i piani di tutela del minore e che “col passo del gambero” ritornerebbe, di nuovo, sul piano della moralità pubblica.

⁹¹ In termini MENGONI, *op. e loc. ult. cit.*

⁹² Correttamente in questa direzione, MENGONI, *op. e loc. ult. cit.*; *contra* PISTORELLI, in DOLCINI – MARINUCCI (a cura di), *Codice Penale Commentato*, *op. cit.*, 4170, il quale, viceversa, afferma che è la perversione sessuale in quanto tale a dover essere punita in quanto ritenuta un pericolo eccessivo per la comunità, anche qualora si manifesti in maniera innocua rispetto all’originario oggetto della tutela delle norme incriminatrici di cui agli artt. 600 *ter* e ss. c.p., vale a dire la libertà individuale del minore.

⁹³ MENGONI, *op. e loc. ult. cit.*

⁹⁴ In tal senso PECCIOLI, *Le norme penali*, in *Dir. Pen. e proc.*, 2006, 947.

Le considerazioni che precedono in ordine alla esatta individuazione e alla caratura dei piani di tutela offesi da questo reato, ha degli evidenti riflessi anche sul piano del dolo.

Infatti, tanto più si rende evanescente e formalistico il piano di tutela che si riferisce ad entità astratte quali la moralità pubblica, o le caratteristiche sessuali dell'autore, tanto più sarà arduo rintracciare l'esatto atteggiamento dell'autore sul piano soggettivo. Se si conviene, infatti, con la conclusione che l'elemento psicologico della fattispecie è il dolo generico, occorre tuttavia bene intendersi sull'oggetto del dolo stesso. In altri termini, spostando o modificando i termini di relazione con riferimento al piano della tutela, vale a dire con l'individuazione esatta del bene giuridico tutelato, se ne hanno evidenti ripercussioni sul piano del dolo di fattispecie. Ammettendo, infatti, che uno dei momenti qualificanti della volontà e rappresentazione dell'autore sia l'esatta percezione dell'offesa arrecata, un conto è dimostrare l'esistenza del dolo che abbia ad oggetto un interesse diffuso o labile ovvero ancora formale come la moralità pubblica, o, addirittura, una certa percezione di sé quale sarebbe se la norma, avvitandosi su sé stessa, reprimesse la perversione sessuale dell'autore. Detto diversamente, se l'oggetto del reato è la punizione del pedofilo in sé e non già l'offesa ai diritti del minore, anche il dolo si trasformerebbe nella volontà e rappresentazione dell'autore di comportarsi da perverso sessuale. Vi è poi da aggiungere che, poiché la fattispecie include, per il tramite del rinvio alle due disposizioni degli articoli precedenti, anche l'avverbio "consapevolmente", se ne deduce che sarà esclusa dall'area applicativa della fattispecie il dolo eventuale.

Profili problematici analoghi si pongono, inoltre, anche in relazione a tutta la materia dell'errore che risentirà dell'esatta individuazione dei piani di tutela. Vi è sul punto da osservare che un concetto sfuggente e di pura creazione legislativa quale quello di "pornografia virtuale" può essere difficilmente percepibile nei suoi esatti termini di disvalore tipico, perché soggetto a possibili interpretazioni diversificate, di difficile dominio comune, e per giunta intriso di connotati etico-morali che possono variare da soggetto a soggetto, inducendo taluno in errore circa la coscienza dell'illiceità del comportamento tenuto.

6.5 Turismo sessuale (art. 600 *quinquies* c.p.)

Con l'inserimento dell'art. 600 *quinquies* nel Codice penale attraverso la L. n. 269/1998, letteralmente rubricato, con una locuzione un po' ricercata, "iniziative turistiche volte allo sfruttamento minorile", in realtà il legislatore ha inteso punire un fenomeno tanto turpe ed abietto quanto in continuo aumento come il turismo sessuale.

Subito si evince dalla lettura della norma che la fattispecie incriminatrice vuole punire già le iniziative turistiche finalizzate allo sfruttamento della prostituzione minorile, ed in questo l'ipotesi si pone come speciale rispetto al reato di sfruttamento o favoreggiamento della prostituzione minorile di cui all'art. 600 *bis* c.p., ma anche a tutto il resto del catalogo dei reati di pedopornografia. Infatti, è indubbio che la fattispecie si fonda su un'anticipazione della sfera di punibilità intendendo punire comportamenti precedenti a quelli di vero e proprio sfruttamento della prostituzione o di produzione o commercio di materiale pedopornografico, in guisa di reato di pericolo che tende a voler evitare che i soggetti siano potenzialmente posti nella condizione di poter offendere gli oggetti finali di tutela. In sostanza, al pari della mera detenzione del materiale pedopornografico, nonché della pornografia virtuale, l'incriminazione del turismo sessuale si potrebbe dire che "chiuda il cerchio" su una tecnica anticipata di tutela della sfera sessuale dei minori che ruota attorno alla predisposizione di reati di pericolo od ostacolo. Con tali fattispecie di reato, si intende, cioè, reprimere tutti quei comportamenti strumentali alla commissione dei supposti più gravi fatti della prostituzione minorile e della produzione di materiale pedopornografico. Se è questa, quindi, la *ratio* della norma, risulta davvero eccessiva la sanzione prevista per il reato di turismo sessuale, che è da sei a dodici anni di reclusione e che si giustifica solo per il carattere di sistematica imprenditorialità del fenomeno delle iniziative organizzate tese al turismo sessuale stesso. Il mercimonio di tale turpe attività presenta un carattere di disvalore evidentemente molto alto per il Legislatore, perché gli autori di questo reato hanno scelto di eleggere a proprio campo privilegiato professionale il trarre profitto da certe perversioni sessuali di alcuni soggetti che si riversano su minori indifesi. L'utilizzazione dei verbi

“organizza” o “propaganda”, collegati ai “viaggi finalizzati”, dà perfettamente l’idea di come la condotta punita sia quella che fin dall’inizio veda una certa razionale e, si potrebbe quasi dire, scientifica e sistematica predisposizione di mezzi, strumenti e uomini che servano per avviare attività tese allo sfruttamento della prostituzione. Anzi, il Legislatore utilizza pure il termine di “fruizione” dello sfruttamento che altro non vuol dire che si deve mettere il cd. turista sessuale nella migliore condizione di poter utilizzare il servizio di prostituzione minorile. Peraltro, il Legislatore ha indicato due condotte alternative come fattispecie punibili: quella della organizzazione e quella della propaganda, accomunandole allo stesso livello di disvalore, visto che per esse è prevista identica sanzione. Su quest’ultimo punto, qualche perplessità nelle scelte del Legislatore la suscita l’equiparazione della pena, posto che la propaganda sembra un comportamento di minor carico di disvalore rispetto all’organizzazione⁹⁵. Quest’ultima condotta, infatti, è quella di chi letteralmente realizza l’intero piano criminoso teso a mettere i cd. clienti a fruire del servizio prostituzionale minorile, mentre la propaganda si riferisce alla condotta accessoria di chi si limita a fare pubblicità dell’organizzazione del servizio di turismo sessuale altrui. Certo, anche la propaganda può avere un ruolo importante circa la diffusione del servizio messo a disposizione e della circostanza che consente di “catturare” il maggior numero di potenziali clienti del servizio, e tuttavia, non sembra essere tanto grave quanto la condotta di chi il servizio l’ha organizzato e predisposto.

Peraltro, la disposizione in esame delinea una tipica ipotesi di norma a più fattispecie alternative, per cui, se determinati soggetti non si limitino semplicemente ad organizzare le iniziative turistiche, ma le propagandano pure in un più completo “pacchetto” di servizi messi a disposizione – come potrebbe

⁹⁵ Allo stesso modo, osserva MENGONI, *Delitti sessuali*, op. cit., 311, che “punire chi propaganda i viaggi con la stessa pena prevista per chi li organizza, significa equiparare chi compie una (sia pur fattiva) attività di *réclame* che potrà essere recepita da potenziali clienti o rimanere vuota parola, con chi detti soggetti ha già invece “conquistato”, tanto da curare per loro ogni concreto profilo del viaggio che andranno a compiere”. *Contra*, MANTOVANI, *Diritto penale*, op. cit., 438, il quale invece afferma che la proporzione della sanzione potrebbe essere recuperata in via interpretativa esaltando in particolare tre profili: prima di tutto che la propaganda è nozione simmetrica all’organizzazione; secondariamente, che il reato è solo eventualmente abituale; ed infine che lo stesso art. 600 *quinquies* c.p. è norma a più fattispecie, con la conseguenza che, in caso di organizzazione e propaganda, si ha un unico reato.

essere nella normalità dei casi – non si realizzerà un concorso di reati, ma un unico reato.

Più in particolare, l'attività di organizzazione, seppure non debba presentare i caratteri dell'abitudine⁹⁶ e stabilità, e nemmeno quelli dell'esclusività dell'operatore stesso, è indubbio che possa essere però inserita come attività “parallela” degli stessi *tour operators* e costituire, pertanto, un segmento illecito e clandestino della più ampia organizzazione di viaggi. Che sia così lo dimostra il fatto che è l'art. 17 della L. 38/2006 ha introdotto il nuovo obbligo “di inserire in maniera evidente nei materiali propagandistici, nei programmi, nei documenti di viaggio consegnati agli utenti, nonché nei propri cataloghi generali o relativi a singole destinazioni” con l'esplicita avvertenza che – come già visto - “la legge italiana punisce con la reclusione i reati concernenti la prostituzione e la pornografia minorile, anche se commessi all'estero”. La violazione di tale obbligo configura un illecito amministrativo “puro” punito con la sanzione amministrativa pecuniaria⁹⁷. Tanto che si è giustamente osservato⁹⁸ che “la responsabilità degli operatori turistici viene, dunque, ad estendersi ben oltre il divieto di organizzare o propagandare *dolosamente* viaggi finalizzati o comprendenti la fruizione di attività di prostituzione minorile, per proiettarsi verso l'obbligo *positivo* di “avvertire” clienti ed utenti degli illeciti penali previsti a protezione dei fanciulli, concernenti non solo la prostituzione, ma anche a pornografia minorile”.

Conseguenzialmente si è addirittura sostenuto che in questo caso scatterebbe una posizione di garanzia per la categoria degli operatori economico-turistici per impedire la commissione di un reato da parte dei propri clienti⁹⁹.

Come concrete modalità di esecuzione della condotta di organizzazione vengono, alternativamente, citate l'individuazione della meta, le prenotazioni aeree ed alberghiere, l'indicazione di locali (*nights* e simili) dove poter adescare fanciulli che si dedicano alla prostituzione, nonché la comunicazione di “contatti” da allacciare *in loco* mediante sfruttatori e favoreggiatori, con l'eventuale

⁹⁶ Sul punto si è sostenuto in dottrina (da parte di MENGONI, *Delitti sessuali*, op. cit., 310) che il delitto in esame si presenti solo come eventualmente abituale, dal momento che le plurime violazioni della medesima disposizione da parte di più condotte quantunque frequenti, non sono necessarie per realizzare la lesione del bene tutelato.

⁹⁷ PICOTTI, *La legge contro lo sfruttamento*, cit., 1208 e s.

⁹⁸ Ancora l'autore appena citato, 1209.

⁹⁹ Per questa tesi si veda di nuovo PICOTTI, *loc. ult. cit.*

indicazione pure dei recapiti; e, tuttavia, l'astrattamente idonea attività finalizzata a mettere il viaggiatore nelle condizioni di fruire di prestazioni sessuali minorili non può spingersi fino al punto di implicare coinvolgimenti di tutti i turisti che si rechino in luoghi potenzialmente a rischio o sospetti, ovvero ancora luoghi o località a connotazione "tradizionalmente" turistica, sebbene presso siti che notoriamente sono prediletti dai pedofili. Né tanto meno possono essere rilevanti e tipici i comportamenti che si limitino a condotte propedeutiche o marginali quali il ritirare per conto di altri i biglietti presso un'agenzia di viaggi, l'accompagnare i viaggiatori all'aeroporto, il semplice segnalare una località da visitare, oppure anche fornire il numero telefonico di un albergo (quantunque nella consapevolezza dello scopo perseguito).

Più specificamente riguardo alla condotta di propaganda, quando essa non si combini in modo indissolubile a quella di organizzazione, determinando una condotta unitaria, rileva esclusivamente quella compiuta da un soggetto estraneo alla condotta di organizzazione. Quindi, la punizione della propaganda di per sé, vale a dire indipendentemente dalla punizione per organizzazione, che si sostanzia nella reclamizzazione come attività meramente strumentale, precedente e successiva che sia all'organizzazione stessa, come tale non sarà punibile. Pertanto, quantunque non occorra una struttura organizzata, la condotta in parola deve poter indurre al turismo sessuale, invogliare, stimolare, un significativo numero di potenziali clienti, cosicché "non è sufficiente che un amico racconti all'altro, in modo generico, di quante adolescenti sia possibile adescare su di un'isola esotica, ma è necessario che divulghi, distribuisca, "faccia conoscere" materiale, notizie ed informazioni, in modo da solleticare concretamente un ampio pubblico di pedofili"¹⁰⁰.

Poiché si tratta di una fattispecie a condotta libera, i comportamenti punibili possono esser i più svariati, anche se – come già detto – i due termini "organizzare" e "propagandare" devono comunque essere interpretati in senso tassativo, cioè escludendo tutta quella serie di comportamenti atipici già descritti.

Tra i comportamenti penalmente rilevanti, invece, rientreranno, anche per la loro notevole capacità di propaganda, appunto, tutte le attività legate all'uso della

¹⁰⁰ MENGONI, *op. ult. cit.*, 311.

rete internet, che sicuramente costituisce uno strumento molto efficace per una rapida e diffusa propagazione delle informazioni descritte dalla norma.

Ora, sul punto è necessario svolgere ulteriori considerazioni critiche in ordine ad un'interpretazione restrittiva e rigorosa della condotta di propaganda.

Da una parte, infatti, come già accennato in precedenza essa va tenuta distinta dalla condotta alternativa di organizzazione, ma dall'altra, pur sottolineando quest'ultimo distinguo, per essere veramente tipica, la condotta di propaganda deve comunque presentare i caratteri dell'imprenditorialità, cioè dello sfruttamento commerciale della stessa. In altre parole, occorrerà tenere ben separate dalle fattispecie penalmente rilevanti tutte quelle dichiarazioni, messa a disposizione di informazioni, fatte anche a mo' di vanteria a semplici conoscenti, che non siano motivate da specifici e precisi scopi di lucro. Solo così si può restituire un preciso margine di determinatezza alla condotta di propaganda che dev'essere strumentalmente finalizzata alla "fruizione di attività di prostituzione" minorile. Tenendo anche presente che in questo caso si tratta comunque della punizione di una condotta di mera propaganda che, per non suscitare astratti dubbi di legittimità costituzionale per violazione del principio di libera manifestazione del proprio pensiero, è assolutamente necessario, come si ribadisce ancora una volta, che abbia i caratteri della commercializzazione.

Proprio a proposito di quest'ultima considerazione, che getta una chiara luce sulla caratura complessiva dell'incriminazione, è prevista la responsabilità amministrativa da reato degli enti, e la previsione appare più che opportuna, considerando proprio il carattere di organizzazione complessa e imprenditorialità che connota questa incriminazione, introdotta dall'art. 5 della Legge 11 agosto 2003 n. 228. L'inserimento nel catalogo dei reati presupposto della responsabilità amministrativa da reato degli enti all'interno della disposizione dell'art. 25 *quinquies* co. 1 lett. b) del D. lgs. n. 231/2001, ha fatto sì che si preveda che all'ente venga applicata la sanzione pecuniaria da trecento ad ottocento quote, il cui valore unitario, in base al disposto dell'art. 10 comma 3 del D. lgs. 231/2001, può variare dal minimo di euro 258 al massimo di euro 1.549. L'ultimo comma del già citato art. 25 *quinquies* prevede, infine, che nel caso l'ente o una sua unità organizzativa venga stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di

consentire o agevolare la consumazione dei reati in oggetto, invece della sanzione pecuniaria, si fa luogo all'applicazione della sanzione dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività¹⁰¹.

Un ultimo punto è oggetto di discussione, e vale a dire la possibile punibilità della figura del viaggiatore. Questa non è prevista, né quindi sanzionata, dall'art. 600 *quinqüies* c.p.: allorché la disposizione incriminatrice tratta della "organizzazione", essa si riferisce, infatti, in via esclusiva ad un'attività rivolta a terzi, non già compiuta per esclusivo fine proprio. E questa spiegazione sembra avere un suo notevole margine di razionalità, dal momento che l'impianto complessivo della L. 269/1998 tende a punire non il pedofilo in quanto tale, per la sua patologia, quanto piuttosto quelle condotte che offendono in qualche modo la libertà sessuale del minore. Ora, qualora ciò avvenga, la sanzione è assicurata già dalla inequivoca e dura lettera dell'art. 600 *bis* c.p., prescindendo dalla circostanza che l'autore abbia incontrato il fanciullo in modo autonomo, ovvero su segnalazione di altri, ovvero, ancora, nel corso di un viaggio oggettivamente a ciò finalizzato¹⁰².

6.6 Circostanze aggravanti ed attenuanti, confisca e pene accessorie.

Tutta la materia della pornografia minorile, anche a seguito di progressivi interventi normativi, quali specialmente quelli della L. 228/2003, ha subito numerose modificazioni che hanno portato all'introduzione di una serie di disposizioni che hanno reso molto complessa ed articolata la disciplina in materia di pedopornografia, anche sul piano della commisurazione legale della pena. La citata legge ha infatti introdotto l'art. 600 *sexies* c.p., che prevede le circostanze aggravanti ed attenuanti per i reati di pedopornografia, nonché per le fattispecie di riduzione in schiavitù e tratta di persone.

In particolare, il primo comma della disposizione citata prevede la circostanza aggravante del fatto commesso a danno di infraquattordicenne.

¹⁰¹ Sul punto si vedano PICOTTI, *La Legge contro lo sfruttamento sessuale*, cit., 1204; PISTORELLI, in DOLCINI – MARINUCCI (a cura di), *Codice Penale Commentato*, op. cit., 4176.

¹⁰² Sul punto si veda MENGONI, *op. ult. cit.*, 313.

Si tratta di circostanza aggravante di natura oggettiva ad effetto speciale, che si pone in posizione di simmetria rispetto all'omologa disposizione contenuta nell'art. 609 *ter* comma 1 n. 1 c.p. in tema di violenza sessuale. Quest'ultima norma, peraltro, contiene un'ulteriore circostanza aggravante, legata all'età della persona offesa, che non è invece prevista dall'art. 600 *sexies* c.p., e cioè un ulteriore aumento di pena nel caso in cui la vittima della violenza sessuale non abbia compiuto i dieci anni. La spiegazione di tale diversità di trattamento sanzionatorio deve essere rintracciata nel rapporto tra il trattamento sanzionatorio previsto per il fatto base e quello che risulta previsto dall'applicazione dell'aggravante in oggetto: con l'aumento fino alla metà, in verità, la pena detentiva può arrivare fino a diciotto anni di reclusione. Evidentemente, il Legislatore non ha ritenuto opportuno che un trattamento così severo meritasse di essere ulteriormente aggravato in relazione all'età della persona offesa.

La seconda ipotesi circostanziata aggravata contenuta nell'art. 600 *sexies* c.p. ha ad oggetto, invece, le condizioni e qualità personali dell'offeso ovvero dell'agente, oppure ancora particolari rapporti tra la vittima e l'autore: detta circostanza aggravante si applica esclusivamente alle disposizioni degli artt. 600 *bis* 1° comma e 600 *ter* c.p. Non si applica, invece, alle disposizioni degli artt. 600 *quater* e 600 *quinquies* c.p. e la spiegazione di tale esclusione è stata rintracciata nel fatto che, di norma, il detentore di materiale pedopornografico non conosce l'identità delle persone offese, né ha alcuna importanza che abbia rapporti con esse, mentre l'organizzatore appare sanzionato in modo congruo già in forza dell'aggravante di cui al 1° comma¹⁰³.

Questa ipotesi circostanziata ha una notevole articolazione, la cui struttura è parzialmente ripresa dalla disposizione simmetrica dell'art. 609 *ter* c.p. in materia di violenza sessuale.

Prima di tutto si stabilisce che la pena è aumentata dalla metà ai due terzi se il fatto è commesso “da un ascendente, dal genitore adottivo, o dal loro coniuge o convivente, dal coniuge o affine entro il secondo grado, da parenti fino al quarto grado collaterale, dal tutore o da persona cui il minore è stato affidato per ragioni di cura, educazione, istruzione, vigilanza, custodia, lavoro”. E' evidente che

¹⁰³ Per queste ultime considerazioni, si veda MENGONI, *op. ult. cit.*, 317 e ss.

l'aggravamento di pena è motivato dal fatto che gli autori del reato sono persone legate da una posizione di protezione da cui scaturisce un particolare rapporto di fiducia, di cui la persona depositaria se ne approfitti. Peraltro, che il Legislatore consideri questo genere di aggravante di una certa gravità, lo dimostra non solo il consistente aumento di pena previsto, bensì pure l'elenco molto dettagliato dei rapporti di parentela o di convivenza da cui scaturiscano motivi di aggravamento della responsabilità, che non si limita solo al nucleo familiare, ma si estende anche ai rapporti esterni.

E' stato, inoltre, fatto osservare¹⁰⁴ che si potrebbe porre in astratto qualche profilo problematico in relazione all'ignoranza del rapporto di parentela con il minore, anche se l'ipotesi non appare di facile verifica, e, in tal caso, si deve escludere che operi l'aggravante in oggetto, posto che viene radicalmente meno la sua stessa giustificazione.

E' previsto un aumento di pena della stessa entità di quella appena menzionato, se il fatto è commesso da pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio nell'esercizio delle loro funzioni ed in ciò la disposizione è perfettamente coincidente con il 1° comma dell'art. 609 *ter* c.p.. Il funzionamento di questa circostanza aggravante è subordinato alla sussistenza che tra la condotta realizzata e la funzione stessa esista un nesso se non proprio di strumentalità, quanto meno di occasionalità.

Inoltre, è previsto un aumento di pena dalla metà a due terzi anche nel caso in cui il fatto sia commesso in danno di minore in stato di infermità o minorazione psichica, naturale o provocata, che appare di intuitiva motivazione, vale a dire l'abuso della condizione di minorata difesa. Peraltro, il carattere dell'infermità può risultare sia naturale che provocato: nel primo caso l'agente commette solo il delitto sessuale aggravato, mentre nel secondo la dottrina afferma che si risponde per concorso materiale anche del reato di cui all'art. 613 c.p.¹⁰⁵.

In riferimento, poi, specificamente alle ipotesi di cui agli artt. 600 *bis* 1° comma e 600 *ter* c.p., la pena è pure aumentata se il fatto è commesso con violenza o minaccia. Tale aggravante, ad effetto comune, implica l'impiego della

¹⁰⁴ Da MENGONI, *op. ult. cit.*, 319.

¹⁰⁵ Sul punto si veda ancora MENGONI, *op. ult. cit.*, 320.

violenza, oltre che fisica, anche psicologica nonché l'utilizzo di condotte intimidatorie che possano coartare la volontà del fanciullo e ne rendono ancora più difficile ogni sua difesa contro la violenza.

L'art. 600 *sexies* comma 4 c.p. contiene una particolare circostanza attenuante – che si applica esclusivamente in relazione all'ipotesi di cui agli artt. 600 *bis* e 600 *ter* c.p. – per chi “si adopera concretamente in modo che il minore degli anni diciotto riacquisti la propria autonomia e libertà”.

Trattasi di una circostanza attenuante a carattere evidentemente premiale, che è finalizzata a suscitare un operoso “ravvedimento”, non del tutto estranea alla nostra tradizione giuridica e già adottata con riferimento ai delitti di sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione (art. 289 *bis* c.p.) nonché di sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 c.p.). Rispetto a queste due ultime ipotesi, la attenuante in esame presenta un'area di applicazione più ampia posto che non sempre la persona offesa dai delitti sessuali viene fisicamente segregata, sicché essa si applica anche nel caso di vittime di coartazioni solo psicologiche e di plagio, e quindi la disposizione in commento considera tanto la libertà, intesa in senso proprio e materiale, quanto anche solo l'autonomia.

Peraltro, la attenuante del 4° comma dell'art. 600 *sexies* c.p. richiede che il concreto intervento dell'agente abbia prodotto un risultato, quale il riacquisto per il minore di libertà ed autonomia. Sicché, conclusivamente, si è affermato in dottrina¹⁰⁶ che “è prevedibile che la liberazione alla quale fa riferimento la norma in esame assumerà sul piano applicativo un significato “relativo” e “potenziale”, sul presupposto (o sulla presunzione) che determinati eventi comportano di riflesso la sottrazione del minore al mercato della schiavitù sessuale”.

L'ultimo comma dell'art. 600 *sexies* c.p. prevede una disciplina comune a molte delle ipotesi circostanziate riferibili alla materia in oggetto: si stabilisce infatti che le “attenuanti diversa da quella prevista dall'art. 98, concorrenti con le aggravanti di cui al primo e secondo comma, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità della stessa, risultante dall'aumento conseguente alle predette aggravanti”. L'intento del Legislatore appare chiaro: quello di sottrarre queste

¹⁰⁶ Sul punto si veda GARGANI, *Legge 3 agosto 1998, n. 269, cit.*, 108.

aggravanti dal giudizio di bilanciamento magari con le circostanze aggravanti generiche, escludendo a priori un possibile rapporto di equivalenza, di modo che la riduzione di pena può essere applicata soltanto ove le circostanza attenuanti siano ritenute prevalenti sulle attenuanti in esame. Come si vede in modo chiaro, si tratta di una disciplina chiaramente ispirata da profili di inasprimento della disciplina sanzionatoria per la particolare gravità dei fatti in esame.

L'art. 600 *septies* c.p. prevede anche le pene accessorie che conseguono alla sentenza di condanna pronunciate in riferimento ai delitti di cui agli artt. 600 *bis*, 600 *ter*, 600 *quater* e 600 *quinqües* c.p.: la disposizione concerne, pertanto, tutte le fattispecie in tema di prostituzione minorile e pedopornografia come norma di chiusura.

Evidentemente, si è avvertita l'esigenza, da parte del Legislatore, di dettare una disciplina autonoma rispetto a quella contenuta in via generale dal Codice penale agli artt. 28 e seguenti: si spiega, in tal modo, la scelta di introdurre disposizioni in materia del tutto nuove e specifiche e che si riferiscono in modo particolare all'aggravamento delle conseguenze del reato, vale a dire la chiusura degli esercizi la cui attività risulti finalizzata ai delitti in esame e, soprattutto, la revoca della licenza d'esercizio o di concessione o dell'autorizzazione per le emittenti radiotelevisive. Come pare subito evidente, peraltro, le suddette pene accessorie tendono a colpire in via definitiva alcuni tra i più rilevanti mezzi utilizzati per la commissione dei reati, rendendoli in tal modo inutilizzabili in futuro agli autori. Alla stessa logica, per giunta, risponde pure la previsione di cui al 2° comma della medesima disposizione, che individua una nuova ipotesi di interdizione perpetua, diretta in via esclusiva agli operatori scolastici ed a tutti quei soggetti che sono costantemente a contatto con i minori, determinando la espulsione definitiva di costoro dalle medesime strutture, sia pubbliche che private.

Tra le misure applicabili, un notevole impatto potrebbe avere la confisca, prevista dall'art. 240 c.p., imposta dal 1° comma della disposizione in esame. Si tratta di un'ipotesi di confisca speciale, come tale inderogabile, che segue in ciò esattamente la disciplina stabilita dal Legislatore in ordine ad altre fattispecie di reato, quali quelle degli art. 416 *bis* e 644 c.p.. Quest'equiparazione in termini

sanzionatori ad ipotesi di estrema gravità, dimostra, ancora una volta, come il Legislatore della pedopornografia un fenomeno di estrema gravità, ed ha un preciso obiettivo, ed è quello di eliminare ogni profilo economico e qualsiasi tipo di guadagno dal turpe mercato della pedofilia. Si è efficacemente detto che la confisca utilizzata in questo settore presenta “una funzione repressiva verso il passato, dissuasiva verso il futuro”¹⁰⁷. In dottrina, però, si è fatto notare che la formulazione della norma non sarebbe particolarmente felice¹⁰⁸: infatti, l'utilizzazione della locuzione “confisca di cui all'art. 240” c.p. potrebbe non risultare esaustivo, posto che quest'ultima norma contempla tanto la confisca obbligatoria quanto quella facoltativa. Da altra parte della dottrina¹⁰⁹, invece, si sostiene che, comunque, la ampia previsione della misura si giustifica per la sua “centralità” nel sistema delle sanzioni in questa materia, centralità che assume un significato particolare in quanto si vuole sottrarre alla disponibilità del reo qualsiasi oggetto che risulti riconducibile in via strumentale ai delitti di prostituzione e pornografia minorile¹¹⁰. In tal senso, si fa l'esempio di un sequestro di fotografie o filmati pornografici che siano stati realizzati sfruttando o utilizzando comunque minori, in modo tale che si sottragga il corpo del reato agli autori, ovvero ancora, che la misura venga impiegata a video o fotocamere impiegate agli stessi fini, ovvero ancora ai computer o anche alle autovetture che di norma erano utilizzate per condurre i fanciulli sul luogo della prostituzione, oppure, infine, agli appartamenti ove siano stati girati film o fatti incontrare i clienti con i minori¹¹¹.

Infine, sempre il primo comma della disposizione in esame, stabilisce che alla condanna per i reati più sopra menzionati, consegue pure di diritto “la chiusura degli esercizi la cui attività risulti finalizzata ai delitti previsti dai predetti articoli, nonché la revoca della licenza d'esercizio o della concessione o dell'autorizzazione per le emittenti radio-televisive”. Di questa norma appare necessario dare una spiegazione al termine “esercizio”, nel senso che essa sembra

¹⁰⁷ Così, testualmente, MENGONI, *Delitti sessuali*, op. cit., 328.

¹⁰⁸ In termini critici, per tutti, VENEZIANI, *Commento all'art. 600 septies c.p.* in *Commentari delle norme contro la violenza sessuale*, op. cit., 369.

¹⁰⁹ MENGONI, *op. e loc. ult. cit.*

¹¹⁰ In questo senso cfr. MENGONI, *op. e loc. ult. cit.*

¹¹¹ Per quest'esemplificazione, ancora MENGONI, *op. e loc. ult. cit.*

utilizzata in un significato atecnico ed ampio in cui possano rientrare i locali di ogni genere. In questa direzione, di una certa importanza ai fini repressivi, risulta la revoca dei provvedimenti amministrativi concernenti le emittenti radio-televisive, visto che la norma non richiede che esse abbiano come oggetto esclusivo, o pressoché tale, la realizzazione dei delitti in esame. Ciò ha fatto ritenere a taluno¹¹² che la previsione ponga consistenti interrogativi circa la sua ragionevolezza perché oltremodo rigorosa e specialmente in quanto coinvolge soggetti portatori di istanze differenti (ad esempio i dipendenti dell'emittente), i quali potrebbero veder lesi i loro diritti in modo irreversibile.

In sintesi, può concludersi che proprio la disciplina delle pene accessorie e della confisca per la sua estrema estensione e rigidità, dimostra in modo inequivocabile la gravità dei reati in esame agli occhi del Legislatore. Gravità che risponde, evidentemente, ad istanze di difesa sociale della collettività.

6.7 Disciplina nel caso di fatto commesso all'estero (604 c.p.)

Il carattere tendenzialmente universalistico dei reati in materia di pedofilia e pedopornografia è stato ben compreso da tempo dal Legislatore, sia interno che sopranazionale, e di recente ribadito dall'incriminazione del turismo sessuale, tipo esempio di reato transfrontaliero, ha trovato una completa disciplina normativa nell'art. 604 del Codice penale. Questa disposizione stabilisce in materia di delitti contro la personalità individuale, nonché in tema di violenza sessuale, che la normativa dell'intera sezione si applica "altresì quando il fatto è commesso all'estero dal cittadino italiano, ovvero in danno di cittadino italiano, ovvero dallo straniero in concorso con il cittadino italiano. In quest'ultima ipotesi lo straniero è punibile quando si tratta di delitto per il quale è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni e quando vi sia stata richiesta del Ministro della Giustizia".

La norma è la trasposizione legislativa delle sollecitazioni che provenivano dalla Dichiarazione finale della Conferenza di Stoccolma, art. 4 lett.d), dichiarazione peraltro richiamata dallo stesso Preambolo della legge interna di

¹¹² MENGONI, *op. ult. cit.*, 329.

attuazione, nonché della Comunicazione relativa al turismo sessuale coinvolgente l'infanzia della Commissione Europea del 1996, indirizzata agli Stati membri allo scopo di punire gli abusi sessuali sui minori commessi all'estero¹¹³.

Peraltro, il testo vigente dell'art. 604 c.p. è il risultato della sostituzione, operata inizialmente dalla L. 269/1998, in seguito modificata dal successivo intervento legislativo del 2006, dell'originale art. 604 c.p. L'iniziale formulazione prevedeva deroghe al principio di territorialità esclusivamente con riferimento ai delitti di schiavitù, commessi, per giunta, solamente in danno di cittadino italiano. Come si evince chiaramente dal testo della disposizione, attualmente, invece, i criteri di collegamento indicati per far "scattare" la punibilità in base alla legge italiana vigente, sono più ampi. Essi si riferiscono alle tre diverse situazioni per cui, *in primis*, il cittadino italiano è l'autore del fatto, in secondo luogo è soggetto passivo del reato, ed in questo l'attuale disposizione ricalca la vecchia disciplina, ed infine, e questa appare come la novità più vistosa, si applica la legge penale italiana anche nel caso del fatto compiuto dallo straniero in concorso con il cittadino italiano. Quindi, si applica alternativamente il principio di personalità attiva, di personalità passiva e un inedito principio di personalità attiva concorsuale¹¹⁴.

Ratio giustificatrice dell'ampliamento delle ipotesi di applicabilità del nuovo art. 604 c.p. viene rinvenuta da autorevole dottrina¹¹⁵ nella necessità di consentire la punizione incondizionata di fatti particolarmente riprovevoli quali i delitti di prostituzione e pornografia minorile, anche quando vengono commessi, non infrequentemente, all'estero. Tale deroga al principio di territorialità non è ritenuta sempre giustificabile in relazione a tutta la categoria di questi reati¹¹⁶. E comunque bisogna sempre considerare che la menzionata deroga appare in linea con i casi di perseguibilità incondizionata rispetto ai reati simili indicati dall'art. 7 n. 5 c.p., che pure è ispirata al principio di universalità¹¹⁷.

¹¹³ Sul punto cfr. MANTOVANI, *Diritto Penale*, op. cit., 481.

¹¹⁴ A tal proposito si veda l'analisi di MEZZETTI, *I limiti spaziali della legge penale*, in *Commentario sistematico al Codice Penale. 1, La Legge penale*. dir. RONCO coll. AMBROSETTI – MEZZETTI, Bologna, 2006, 311.

¹¹⁵ Ancora MANTOVANI, *Diritto Penale*, op. cit., 432.

¹¹⁶ MANTOVANI, *op. e loc. ult. cit.*

¹¹⁷ Si veda sempre MANTOVANI, *op. e loc. ult. cit.*

Sul piano politico criminale, la deroga è ritenuta assolutamente giustificabile, tra gli altri reati, anche rispetto ai delitti di prostituzione e pornografia minorile, per la loro indubbia dimensione transnazionale e poiché la loro persecuzione extra territoriale è sia congruente con tutti i documenti internazionali a tutela dei minori, sia per la diversità rispetto ai delitti sessuali, specie se commessi contro soggetti maggiorenni¹¹⁸.

Infine, rispetto all'ultimo dei criteri di collegamento indicati, vale a dire quello relativo al caso del concorso nel reato del cittadino con lo straniero, la punibilità non è incondizionata, ma sottoposta, viceversa, rispetto alla punibilità dello straniero, su duplice presupposto della pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, e della richiesta del Ministro della Giustizia.

Evidentemente, in quest'ultimo caso ragioni di opportunità in ossequio al rispetto dell'altrui sovranità nazionale hanno consigliato il temperamento nell'applicazione del principio universalistico rispetto allo straniero, a determinate, specifiche condizioni.

7. Alcuni aspetti applicativi della legge: gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità e di merito su specifici punti problematici

Gli interventi normativi che si sono succeduti tra il 1998 ed il 2006, già ampiamente analizzati, hanno determinato una serie di modifiche all'assetto normativo della materia della pornografia, sovente essi sono stati motivati anche da iniziative delle istituzioni comunitarie ed in vista di un preciso obbligo di allineamento della legislazione nello spazio giudiziario europeo, e, tuttavia, in sede applicativa hanno proposto una serie di profili problematici.

In primo luogo, perché la continua modificazione delle norme incriminatrici ha determinato la necessità di operare delicate operazioni di interpretazione delle norme che venivano via via modificate, anche in modo non sempre coordinato, ed in secondo luogo, in quanto vi è stato un progressivo ampliamento della sfera del penalmente rilevante.

¹¹⁸ Per questa opinione cfr. anche MANTOVANI, *op. e loc. ult. cit.*

In una pronuncia della Cassazione del 2007¹¹⁹, proprio in relazione all'intervenuta modifica in tema di pedopornografia con la novella del 2006, la Suprema Corte afferma che "mentre l'induzione dell'art. 600 *ter* c.p., (L. 3 agosto 1998, n. 269), si caratterizzava per la lotta allo "sfruttamento" dei minori per finalità di pornografia, la L. n. 38/06 ha inteso eliminare le difficoltà ricostruttive e valutative connesse alla rigidità dell'originaria formulazione ed ampliare la sfera di tutela, e lo ha fatto sostituendo al co. 1, il termine "sfrutta" con quello di "utilizza" (...). Il risultato è una norma che 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 (...). Il reato previsto dall'art. 600 *ter* c.p. è fattispecie di pericolo concreto che predispone una 'tutela penale anticipata della libertà sessuale del minore'".

Come si vede la giurisprudenza di legittimità focalizza le sue osservazioni su due punti essenziali dello sviluppo normativo recente sull'art. 600 *ter* c.p., sottolineando, in sostanza, e si tratta di due affermazioni tra loro collegate e consequenziali, che la novella recente del 2006 si pone in termini di inasprimento della tutela del minore dalle offese ai suoi interessi attraverso forme di pedopornografia e che, in conseguenza di ciò, la modifica nella descrizione (più ampia) della condotta determina anche, simultaneamente, un'anticipazione della soglia di punibilità, dovendosi considerare l'illecito penale in questione come un'ipotesi di reato di pericolo concreto. In particolare il termine "utilizza" in luogo di "sfrutta" starebbe a significare, indipendentemente da finalità di lucro o di vantaggio, che non è più necessario un pericolo concreto di "immissione" del minore nel circuito della pedopornografia, quanto piuttosto che basta che si realizzi una pratica, semplice riduzione della vittima a mero strumento di produzione (e/o riproduzione) di immagini pedopornografiche. La modifica legislativa ha fatto compiere alla giurisprudenza un significativo mutamento di rotta in ordine alla considerazione del reato in esame come fattispecie di pericolo

¹¹⁹ Cass. Pen., sez. III, 5.6.2007, n. 12551.

concreto¹²⁰. In questo senso, in effetti, un tipo di incriminazione di tal genere, allontana questa ipotesi anche dalla riduzione in schiavitù, perché non c'è alcuna forma di sfruttamento diretto del soggetto, dal punto di vista della sua riduzione ad oggetto di mercimonio.

In pratica, il minore viene utilizzato al fine della mera realizzazione di esibizione o produzione di materiale pedopornografico, senza ulteriori collegamenti con la strumentalizzazione personale del soggetto a fini commerciali. Muovendo da queste premesse, in giurisprudenza si è affermato che la natura pornografica della rappresentazione di minori in pose che ne lasciano scoperti in tutto o in parte gli organi sessuali, deve, però, essere individuata in base all'accertamento della destinazione della rappresentazione ad eccitare la sessualità altrui e dalla sua idoneità a detto scopo¹²¹.

Come si vede, si tratta di un'interpretazione che rende molto evanescente una ipotesi di reato già di per sé molto astratta.

Invece, in ordine alla condotta di distribuzione di materiale pornografico prevista dal 3° comma dell'art. 600 *ter* c.p., i Giudici di Legittimità hanno sostenuto che la condotta di distribuzione del materiale pedopornografico “deve ritenersi integrata dalla diffusione fisica del materiale medesimo, mediante invio di esso ad un numero, predefinito o meno, di destinatari”, mentre la divulgazione “implica l'esistenza di un mezzo di diffusione comunque accessibile ad una indefinita pluralità di utenti” e la condotta di pubblicizzazione “si estende a tutte le possibili forme di diffusione di una informazione nei confronti di una pluralità o generalità di destinatari”¹²². Da questa ricostruzione giurisprudenziale si evince che, per lo meno con riguardo alla condotta di distribuzione e divulgazione, il differente grado di capacità di diffusione del materiale pedopornografico, ciò in

¹²⁰ La Corte di Cassazione ha specificato che il delitto di cui all'art. 600 *ter* co. 1 è ipotesi di reato di pericolo concreto, ritenendosi la condotta punibile ove presenti una consistenza tale da implicare concreto pericolo di diffusione del materiale prodotto, v., in tal modo, Cass. pen., 21 gennaio 2005, n. 5774, in *Diritto e formazione*, 2005, 972. Peraltro, nella previgente formulazione dell'art. 600 *ter* in una pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione era stata affermata la natura di reato della fattispecie in esame perché ci si riferiva alla diffusione del materiale prodotto (v. Cass. SS. UU., 5 luglio, 2000, 13, in *Ced riv.* n. 216337, in Cass. pen., 2000, 2983, con nota di MARRA).

¹²¹ In questo senso si veda Cass. Pen. Sez. III, 22 aprile 2004 in RONCO – ARDIZZONE, *Codice penale ipertestuale*, cit., 2518.

¹²² In questi termini v. Cass. Pen., Sez. III, 28 gennaio 2003, nonché Cass., SS.UU. Penali, 11 dicembre 2002 in RONCO – ARDIZZONE, *Codice penale ipertestuale*, cit., 2520.

misura maggiore nella divulgazione, dovrebbe determinare una differenziazione di sanzione, dal momento che quest'ultima condotta sembrerebbe avere una maggiore capacità offensiva, per lo meno a livello di pericolo. Viceversa, il Legislatore ha ritenuto di prevedere una norma a più fattispecie alternative che sono tutte punite allo stesso modo.

Proprio in relazione alla struttura di norme a più fattispecie di molte di queste incriminazioni introdotte in materia di disciplina penale della pedopornografia, una recentissima pronuncia della Suprema Corte¹²³ sostiene l'applicazione di questo principio anche in tema di detenzione di materiale pedopornografico, ai sensi dell'art. 600 *quater* c.p. Muovendo dalla individuazione della condotta del procurarsi come minimo comun denominatore di ciascun comportamento finalizzato alla detenzione, alla produzione e al commercio in genere di materiale pedopornografico, si afferma, infatti, che l'aver "contestato all'imputato di essersi procurato per via telematica materiale pedopornografico, ottenuto mediante lo sfruttamento di minori", comparando il testo vigente della fattispecie incriminatrice di cui all'art. 600 *quater* c.p. con la formulazione antecedente alle modifiche introdotte dalla L. 38/2006, si conclude che "le condotte oggi contemplate (procurarsi o detenere) non integrano due diverse ipotesi di reato, ma rappresentano distinte modalità di perpetrazione del medesimo reato, essendo escluso tra di esse il concorso formale". Ora, il principio di diritto affermato dalla Corte pare iscriversi a pieno diritto in quel *trend* giurisprudenziale che tende ad escludere il concorso di reati nel caso di plurima violazione della medesima disposizione, perché si sostiene che il disvalore complessivo dei fatti realizzati, anche in presenza di condotte articolate ed integranti non la medesima descrizione del comportamento punibile dalla norma incriminatrice, può essere tranquillamente racchiuso nella contestazione di un unico reato che esaurisce in pieno l'offesa realizzata. La decisione pare ampiamente condivisibile.

¹²³ Cass. Pen., Sez. III, 19 novembre 2008, n. 43189, in www.cortedicassazione.it.

In una recente pronuncia di un giudice di merito¹²⁴ si sono affermati due principi di diritto, relativi, il primo, all'art. 600 *bis* 2° comma c.p., il secondo, all'art. 600 *quinqüies*.

In ordine al primo profilo, è stato affermato che il delitto di prostituzione minorile sussiste pure nell'ipotesi in cui l'autore del reato abbia indotto soggetti minorenni ad avere rapporti sessuali in cambio di mera ospitalità, dal momento che fornire vitto e alloggio e, cioè, gli indispensabili mezzi di sussistenza quale corrispettivo delle prestazioni sessuali, equivale a corrispondere un'utilità, non solo economicamente valutabile, ma anche direttamente economica¹²⁵.

A proposito, viceversa, del delitto di turismo sessuale, la medesima pronuncia, sostiene che "integra gli estremi del reato contestato il fatto di chi organizzi e predisponga le condizioni perché altri si rechino in un Paese straniero (segnatamente, la Thailandia) al fine di fruire di attività di prostituzione a danno di minori, ivi allestendo alloggi, mezzi di trasporto, facilità varie, ed allo stesso scopo, sfruttando il materiale pedopornografico, anche da lui stesso prodotto, prepara una sorta di catalogo del materiale umano, di età minore, disponibile in loco". Come si vede, la descrizione della fattispecie viene ricostruita in termini di reato pressoché a condotta libera, in cui qualsiasi tipo di condotta di agevolazione nella presa di contatto tra il turista sessuale e le vittime può tranquillamente rientrare nell'alveo dell'incriminazione.

8. Inasprimento della tutela attraverso alcuni istituti processuali:

La serie di interventi normativi che si sono succeduti nel tempo, dal 1998 in poi, non si sono limitati a rafforzare la tutela penale sostanziale in materia di

¹²⁴ Tribunale di Milano, Sez. IX Penale, 19 luglio 2007, n. 2761, in *Guida al Diritto*, 2007, 49, 63.

¹²⁵ Il Tribunale di Milano, cit., afferma più in particolare che, soprattutto in un Paese come la Thailandia, nel quale la condizione di indigenza della popolazione e, in specie, dei bambini, è tale che un tetto e un pasto costituiscono per tanti un vero e proprio miraggio, la valutazione economica va fatta in concreto prescindendo anche da pure stime economiche. La medesima sentenza, inoltre, ha affermato che la registrazione di una trasmissione televisiva, che rappresenta, tramite la videoregistrazione, quanto direttamente avvenuto alla presenza di giornalisti e quanto a loro dichiarato dall'imputato, costituisce prova documentale in quanto documento figurativo, non essendo caratterizzato dalla scrittura ma dalle immagini, a contenuto dichiarativo, contenendo le affermazioni dell'imputato, e, come tale, deve essere valutata ai sensi dell'art. 192 co. 1 c.p.p., dal giudice che, nella motivazione, deve unicamente dare conto dei risultati acquisiti e dei criteri adottati.

misure di contrasto alla pedopornografia, bensì hanno visto anche un notevole incremento delle misure preventive e repressive anche dal punto di vista processuale. Del resto, la gravità degli illeciti penali in questione spesso richiede l'adozione di provvedimenti restrittivi della libertà personale a fini cautelari. Due, quindi, le esigenze primarie nel settore della protezione del fanciullo dalle offese dei pedofili: *in primis*, l'utilizzo degli strumenti processuali per assicurare all'attività giudiziaria un materiale probatorio irripetibile e spesso di difficile acquisizione stante il carattere transfrontaliero, espressivo di criminalità organizzata e intimidatorio rispetto alle vittime, della criminalità pedofila; ed in questo senso si tenga presente che spesso il ripperimento delle prove deve avvenire su un soggetto – il minore – che non può essere sottoposto ai normali trattamenti di formazione e di ricerca della prova.

E' questo il motivo per cui l'art. 407 c.p.p. prevede un termine di durata massima delle indagini preliminari più lungo, dal momento che, nel caso di indagini che riguardino gli altri reati punibili con corrispondenti cornici edittali di pena, la durata massima, appunto, delle indagini è fissata in sei mesi più eventuali proroghe, per un totale di diciotto mesi, mentre nell'ipotesi di reati di pedopornografia si consente, allo stesso modo delle più gravi forme di criminalità, che il termine massimo arrivi fino a due anni, posto che il termine iniziale è già fissato nella durata di un anno anziché nei canonici sei mesi. Detto regime in deroga viene giustificato dalla legge in base a due criteri espressamente previsti: quello "formale" indicato dal 2° comma lett. a) dell'art. 407 c.p.p., che enumera un catalogo chiuso di fattispecie di reato per le quali subentra il termine maggiore, che, per i reati in commento, è contenuto nel disposto del n. 7 *bis*) della menzionata lett. a) e specificamente per la riduzione in schiavitù, la prostituzione minorile e la produzione di materiale pornografico. Criterio che si basa, in verità, sul duplice presupposto che si tratti di ipotesi delittuose di difficile accertamento e di una certa gravità come i reati associativi. Quello di tipo "sostanziale", che, invece, si fonda sulla complessità delle indagini, ovvero sul numero delle persone sottoposte a procedimento.

Ciò premesso, si evince che diverse incriminazioni in materia di pedopornografia rientrano lo stesso nella disciplina processuale dei più gravi reati

che consentono il più ampio termine dello svolgimento delle indagini preliminari, perché si tratta di reati per antonomasia intrinsecamente gravi e di difficile accertamento soggettivo, data la molteplicità delle persone coinvolte, e spesso rientranti nell'attività della criminalità organizzata. Inoltre, la delicatezza della materia trattata implica uno svolgimento dell'attività processuale che si espanda nel tempo, posto che le vittime di questi reati sono minori, cioè soggetti che richiedono un trattamento processuale privilegiato. Quest'ultima logica è alla base pure del procedimento a porte chiuse.

Tuttavia, all'interno di questa disciplina non è previsto il delitto di cui all'art. 600 *quinquies* c.p. sul turismo sessuale, ciò che appare, chiaramente, una svista del Legislatore, visto che si tratta di attività svolta, tendenzialmente, da una pluralità di persone e con un minimo di organizzazione. Requisiti che - come visto - stanno alla base della citata disciplina in deroga alla durata delle indagini preliminari.

In secondo luogo, l'impiego in questo settore di alcuni istituti processuali risponde, invece, ad una logica direttamente collegata con le finalità della pena. Pena la cui inderogabilità ed il cui carico sanzionatorio devono essere proporzionati alla indubbia gravità dei fatti illeciti compiuti.

In sintesi, rispondono ad una precisa finalità preventiva e cautelare la disciplina in deroga prevista per i reati di pedofilia e pedopornografia del mandato d'arresto europeo, nonché dell'arresto obbligatorio e facoltativo.

E', invece, direttamente connessa ad esigenze commisurative della pena la disciplina speciale prevista in ordine all'applicazione della pena su richiesta delle parti in materia di reati di pedopornografia.

Peraltro, esistono anche altri istituti processuali penali il cui potenziamento in materia di pedofilia risponde ad uno schema di tipo preventivo, non solo relativo al ricorso alle misure cautelari, quanto anche in relazione a modelli differenziati di acquisizione probatoria: ci si riferisce in quest'ultimo caso alla disciplina in caso di perizia obbligatoria a carico dell'imputato di cui all'art. 600 *bis* 2° comma c.p., alla disciplina di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni telefoniche (art. 266 1° co. f *bis* c.p.p.), all'attribuzione al Tribunale in composizione collegiale dei reati consumati e tentati degli art. 600

bis – 600 *septies* puniti con la reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni (art. 33 *bis* 1° co. c.p.p.), nonché ad un avanzato modello di ricerca delle prove affidata alla tecnica degli agenti provocatori e degli infiltrati. E' prevista, per i più gravi dei delitti in esame, una speciale causa di non punibilità a favore di categorie individuate, appunto, di agenti provocatori o di infiltrati (ufficiale di Polizia Giudiziaria e Postale delle strutture specializzate per la repressione dei delitti sessuali o per la tutela dei minori o di quelle istituite per il contrasto dei delitti di criminalità organizzata) e all'esclusivo fine di acquisire elementi di prova, dell'acquisto simulato di materiale pornografico e delle relative attività di intermediazione, nonché della partecipazione ad iniziative turistiche finalizzate alla fruizione della prostituzione minorile (art. 14 L. 269/1998)¹²⁶, come pure un trattamento in deroga è previsto nel consentire alla Polizia delle Telecomunicazioni le attività neutralizzatrici delle azioni criminali, realizzate attraverso l'impiego dei sistemi informatici¹²⁷, di mezzi di comunicazione telematica, di reti di comunicazioni disponibili al pubblico, impiegando pure indicazioni di copertura, attivazione di siti in rete, nonché gestione di aree di comunicazioni o di scambi su reti o sistemi telematici (art. 14 l. 269/1998)¹²⁸.

Inoltre, e questa è misura tipicamente espressiva delle tecniche di contrasto della criminalità organizzata e di trattamento dei cd. "pentiti", vi è la possibilità di sottoporre ad eventuali misure di protezione i collaboratori di giustizia per i delitti degli artt. 600 *bis* – 600 *quinquies* c.p. (art. 11 L. 228/2003), nonché il divieto di concessione dei benefici penitenziari ai detenuti ed internati, di cui all'art. 4 *bis* Ord. Pen. agli autori dei reati degli artt. 600 *bis* 1° co. c.p., 600 *ter* 1° e 2° co. c.p. e 600 *quinquies* c.p. e speciali misure di protezione per i collaboratori (art. 11 1°co L. 228/2003)¹²⁹.

Infine, è stata istituita, presso la squadra mobile di ogni Questura un'unità specializzata di Polizia Giudiziaria con funzioni investigative nella materia

¹²⁶ JANNONE, *Infiltrati a rischio senza la specifica della condotta*, in *Guida al Diritto*, 2003, 35, 55.

¹²⁷ In particolare, è previsto il cd. Progetto c-camp che impone la condivisione dei risultati sui monitoraggi effettuati dalla polizia, che consentono di intercettare siti palesi o nascosti, che vengono chiusi dagli autori in poche ore, e ciò richiede una notevole unità d'azione in quanto è difficile monitorare e raccogliere i dati, posto che gli autori compaiono e scompaiono nella rete repentinamente.

¹²⁸ Per una completa ricostruzione di tali tecniche di contrasto, cfr. MANTOVANI, *op. ult. cit.*, 484.

¹²⁹ MANTOVANI, *op. ult. cit.*, 485.

oggetto della L. 269/1998 e, presso la sede centrale della Questura, di un nucleo di Polizia Giudiziaria con il compito di raccogliere le informazioni relative alle indagini su tale materia e di coordinarle con le sezioni analoghe esistenti negli altri Paesi (art. 17 L. 269/1998)¹³⁰.

a) art. 8 l. 69 del 2005 sul Mandato d'arresto europeo

Tra gli istituti processuali che maggiormente hanno influito anche in questa materia nel potenziare le misure di contrasto della criminalità pedopornografica, incidenti sulla libertà personale come misure cautelari, va senz'altro annoverato il mandato d'arresto europeo, inizialmente previsto dalla Decisione Quadro del Consiglio Europeo n. 584/GAI/2002, più volte citata, che è stata ratificata nel nostro ordinamento mediante la L. 69/2005. Tale istituto trova oggi la propria disciplina nell'art. 8 della citata legge, che ha tradotto il contenuto dell'art. 2 co. 2 della menzionata Decisione Quadro. In particolare, il potenziamento delle misure di contrasto con una deroga espressa per una serie di gravi delitti è contenuta nel citato art. 8, come già nell'art. 2 co. 2 della Decisione, nel quale si stabilisce che si può consegnare l'autore in base al mandato d'arresto europeo indipendentemente dalla doppia incriminazione per reati che prevedono il massimo della pena o della misura di sicurezza privativa della libertà pari o superiore ai tre anni, e, ed è questo il punto cruciale di questa materia, che si possa adottare lo strumento comunque, per una serie di reati, tra cui vengono indicati espressamente la tratta di esseri umani, la pornografia infantile e lo sfruttamento sessuale dei bambini.

L'art. 8 della citata legge n. 69, con un tasso di specificità maggiore della fonte sopranazionale, stabilisce che “sempre che, escluse le eventuali aggravanti, il massimo della pena si pari o superiore ai tre anni”, scatta il mandato di arresto europeo in materia di reati di pedopornografia, con specifico riferimento ai casi di induzione alla prostituzione, ovvero compimento di atti diretti al favoreggiamento o prostituzione sessuale di un bambino; compiere atti diretti allo sfruttamento di una persona di età infantile al fine della produzione, con qualsiasi mezzo, di materiale pornografico; infine, fare commercio, distribuire, divulgare o pubblicare

¹³⁰ MANTOVANI, *op. e loc. ult. cit.*

materiale pornografico in cui è riprodotto un minore. Come si può vedere, la descrizione delle fattispecie incriminatrici che fanno automaticamente scattare il mandato d'arresto europeo, in ossequio al principio di determinatezza, è realizzato attraverso una maggiore specificazione delle ipotesi di reato, fermo restando il limite generale di tre anni di pena detentiva¹³¹.

Ora, è facile osservare che la previsione del mandato d'arresto europeo in luogo dei tradizionali strumenti estradizionali è dettata dalla duplice esigenza di combattere la criminalità organizzata e transfrontaliera che impone strumenti di contrasto pure internazionalizzati ed interstatuali, più pronti ed efficaci delle superate misure previste inizialmente dai vari codici di rito penale; in secondo luogo, che la misura cautelare personale internazionale del mandato sottolinea la presa di coscienza dei Legislatori nazionali e sovranazionali della gravità del fenomeno pedopornografico e della necessità di combatterlo anche attraverso misure radicali che incidono profondamente nella libertà personale dei presunti responsabili. In sostanza, si tratta di adottare istituti tipici delle più gravi forme di criminalità organizzata di cui vengono mutuati le più efficaci tecniche di contrasto.

b) deroghe alla disciplina dell'arresto facoltativo e obbligatorio in materia di pedofilia e pedopornografia

Deroghe alla disciplina dell'arresto obbligatorio e facoltativo sono pure previste in materia di pedofilia e pedopornografia.

In particolare, l'arresto obbligatorio in flagranza, previsto dal 1° comma dell'art. 380 c.p.p. che richiede la flagranza di reato, misura che esige la commissione di un delitto non colposo, consumato o tentato, punito con la reclusione non inferiore, nel minimo, a cinque anni, e nel massimo, a venti, scatta comunque nel caso di commissione di delitti di cui al 2° comma lett. d) dell'art. 380 c.p.p. con particolare riferimento alla riduzione in schiavitù di cui all'art. 600 c.p., nonché in materia di pedopornografia specificamente in caso di prostituzione minorile di cui al 1° comma dell'art. 600 *bis* c.p., di pornografia minorile di cui

¹³¹ Sul punto si veda l'analisi, sia pure condotta in via generale, da CENTONZE, *Criminalità organizzata*, cit., 457 e ss.

all'art. 600 *ter* c.p. in caso di mera detenzione di materiale pedopornografico e, infine, nell'ipotesi del turismo sessuale punito dall'art. 600 *quinqüies* c.p.

Mentre l'arresto facoltativo in flagranza di cui all'art. 381, 1° comma c.p.p., di norma consentito per delitti non colposi, puniti con la reclusione superiore nel massimo a tre anni o delitti colposi puniti con la reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, è previsto, anche in caso di flagranza dalla lettera l) 1 *bis* del 2° comma art. 381 c.p.p., comunque nelle ipotesi di offerta, cessione, detenzione di materiale pornografico prevista dall'art. 600 *ter* 4° comma e 600 *quater* c.p., anche se relativo al materiale pornografico di cui alla disposizione da ultimo menzionata.

c) casi di esclusione del patteggiamento per determinate ipotesi di reato in materia di pedofilia e pedopornografia

Sempre nell'ottica di un potenziamento delle misure di contrasto anche dal punto di vista processuale penale, sono previsti casi di esclusione dal patteggiamento per determinate ipotesi di reato in materia di pedofilia e pedopornografia. In particolare, la deroga al regime di ammissibilità della disciplina dell'applicazione della pena su richiesta delle parti, contenuta nell'art. 444 c.p.p., esprime un'altra forma di inasprimento della tutela nella materia qui considerata, anche sul piano processuale penale.

Nella specie, in base all'art. 444 co. 1 *bis* c.p.p., introdotto dalla L. 134/2003, si prevede l'esclusione dall'applicazione della disciplina contenuta nel comma 1 (il c.d. patteggiamento) per i delitti di cui agli artt. 600 *bis* co. 1 e 3 c.p. (prostituzione minorile), art. 600 *ter* co. 1, 2, 3 e 5 c.p. (pornografia minorile), art. 600 *quater* co. 2 c.p. (detenzione di materiale pornografico), art. 600 *quater* 1 c.p. "relativamente alla condotta di produzione o commercio di materiale pornografico" (pornografia virtuale), art. 600 *quinqüies* c.p. (turismo sessuale), accomunando così queste ipotesi a situazioni, ad esempio, molto sfavorevoli nel sistema penale, come la condizione di recidivo o di delinquente abituale. Ciò conferma, ancora una volta, il trattamento oltremodo severo che la legge riserva al pedofilo che viene chiaramente "etichettato" come un delinquente particolarmente

pericoloso, e di notevole pericolosità intrinseca è anche considerata questa tipologia di reati.

CAPITOLO III

La legislazione straniera in tema di prevenzione e repressione della pedofilia e della pedopornografia, con particolare riferimento all'ordinamento spagnolo

1. Esperienza giuridico - penale in tema di pedofilia negli ordinamenti nordamericani: Stati Uniti e Canada.

Il tema della protezione penale della sfera sessuale e del normale sviluppo della personalità del fanciullo è oggi all'ordine del giorno non solo negli Stati Europei e sulla spinta di pressanti iniziative degli organi sovranazionali comunitari, ma anche dei Legislatori di Paesi di *common law* solo apparentemente distanti nelle scelte di politica criminale in settori sempre discutibili come quelli in considerazione.

Non può, infatti, sorprendere, poste le premesse appena enunciate, che anche in Nord America vi siano stati degli interventi normativi tesi a disciplinare attraverso diverse disposizioni incriminatici il fenomeno delittuoso della pedofilia e della pedopornografia. D'altra parte si tratta di crimini che per la loro fisionomia hanno carattere organizzato e transnazionale, ciò che può far concludere nel senso che la pedofilia è ormai un problema penale "planetario".

1.1. Emersione di una serie di delicati problemi giuridici nella giurisprudenza delle rispettive Corti Supreme. Tra istanze di difesa sociale, tutela dei minori e garanzie costituzionali.

In particolar modo, risulta interessante l'esperienza giurisprudenziale che si è sviluppata in Canada e Stati Uniti. Rispetto al primo Paese, una serie di pronunce dimostrano come i profili problematici che emergono siano del tutto

similari a quelli che affiorano nell'esperienza giuridico - penale di altri Paesi del mondo.

Di ancor maggior interesse è, poi, la circostanza che – come si vedrà più specificamente nel prossimo paragrafo – si sono poste questioni di legittimità costituzionale della repressione penale del mero possesso di materiale pedopornografico. E', inoltre, singolare che l'emersione di questo problema venga per opera della giurisprudenza canadese, che tradizionalmente opera in una società non totalmente laicizzata ed in cui continuano a sopravvivere tracce di puritanesimo caratterizzanti sistemi di *common law*¹ e che si trova ad applicare un codice penale che continua a sanzionare pratiche sessuali cosiddette “anormali” quali la sodomia e il bestialismo.²

I profili di legittimità costituzionale concernono essenzialmente la possibile violazione della libertà di espressione, sicché il contenuto e i limiti che si possono dare al fenomeno criminoso della pornografia minorile fluttua tra libertà di manifestazione del pensiero, bene – come risaputo – di rango costituzionale, e la legittimità dell'incriminazione di mero possesso in vista della tutela della libertà sessuale dei minori.

Nell'esperienza giuridico penale statunitense una serie di delicati profili problematici riguardano non solo gli orientamenti delle rispettive Corti Supreme, ma anche il dilagante fenomeno della pedofilia telematica. Questa particolare forma di manifestazione dei reati di pedofilia e pedopornografia in quel contesto si muove tra evidenti istanze di difesa sociale di tutela dei minori, da una parte, e tutela delle garanzie costituzionali dell'accusato di reati di pedofilia, in particolar modo in ordine alla presunzione di innocenza oltre “ogni ragionevole dubbio”. In questo senso si registra da tempo un notevole contrasto di strategie repressive tra lo stesso Congresso e la Corte Suprema. Già a partire dal 1996 si era formato l'orientamento dei rappresentanti del Congresso di cercare di condurre forme di controllo circa le informazioni trasmesse attraverso internet mediante l'adozione del cosiddetto *Telecommunication Act* (TLA), all'interno del quale veniva

¹ Per tali considerazioni si veda BIANCHI, *Il reato di detenzione di materiale pornografico minorile è incostituzionale? Riflessioni su un recente caso canadese*, in *Indice Penale*, 2005, pag. 267.

² Dette pratiche sessuali, sia pure considerate deviate, sono condizionate da un certo relativismo di costume sociale che solo molto problematicamente consentirebbe una loro punizione in sede penale.

interamente inglobato anche il previgente *Communication Decency Act* del 1995. In detto testo normativo compare un Titolo quinto letteralmente rubricato “*Obscenity and violence*” nel quale era previsto un sottotitolo, appunto, “*Communication Decency Act of 1996*”, che, alla Section 223, n. 2, let. d), prevedeva “La pena della multa fino a 250.000 dollari o la pena detentiva fino a due anni per chi, consapevolmente, nelle comunicazioni interstatali o in quelle con l’estero, avesse usato un sistema informatico e interattivo al fine di inviare ad una persona determinata e ad una persona minore di diciotto anni o per mostrare in modo accessibile ad un minore di diciotto anni, un qualsiasi commento, richiesta, suggerimento, proposta, immagine o altro tipo di comunicazione che, nel contesto, facesse apparire o descrivere in modo chiaramente offensivo, secondo gli standard della società contemporanea, attività od organi sessuali escretori indipendentemente dal fatto che l’utente del servizio avesse effettuato la chiamata o iniziato la comunicazione”.³ Per la citata disposizione incriminatrice, che avrebbe dovuto entrare in vigore entro il 31 marzo 1996, ne venne sospesa l’applicazione⁴, essendo stata sollevata questione di illegittimità costituzionale presentata da alcune associazioni private. Corrispondentemente a questa iniziativa, la Corte suprema in data 11 luglio 1996 dichiarò incostituzionali le disposizioni incriminatrici del *Communication Decency Act* per contrasto con gli emendamenti I e V della Costituzione Americana. Nel 1999 il Congresso ha poi approvato il *Child Online Protection Act*, perseguendo sempre lo scopo di protezione dei minori dalla pornografia immessa in internet dagli operatori commerciali. Nello specifico, la *Section 231* di questo nuovo testo punisce le restrizioni di accesso da parte del minore al materiale distribuito commercialmente mediante il *World Wide Web*, che sia pregiudizievole per il minore.

Anche questo secondo tentativo di incriminazione venne sottoposto ad una istanza di sospensione per preteso contrasto con la Costituzione, questa volta addirittura da parte del Ministero della Giustizia.

³ In dottrina, SARZANA DI S. IPPOLITO, *Informatica, internet e diritto penale*, Milano, 2003, pag. 384.

⁴ Il giudice Buckwalter della *Court of Appeals from third circuit of Pennsylvania* emise allora un *temporary restraining order* che ne sospese appunto l’applicazione.

Un ulteriore tentativo del Congresso di contrastare la pornografia coinvolgente minori si è avuto con il *Child Pornography Protection Act* il quale estendeva l'area di punibilità anche alla cosiddetta “*virtual child pornography*” (par. 8 della legge).

Come si può notare, in un raffronto con le legislazioni europee sussistono evidenti forme di convergenza con tentativi di legislazione negli Stati Uniti per avanzate tecniche di incriminazione riguardo al fenomeno della pseudopornografia.

Un altro provvedimento legislativo da menzionare nell'esperienza giuridico penale statunitense è la Legge del 15 dicembre 2000: la cosiddetta *Children's Internet Protection Act of 2000* i cui destinatari erano le scuole e le biblioteche americane che avevano accesso ad internet; queste istituzioni avrebbero dovuto installare appositi filtri per impedire la visualizzazione di materiale pornografico o l'accesso ai siti che incitavano all'odio razziale. La sanzione prevista per questi enti era l'esclusione dalla possibilità di ottenere sovvenzioni o sgravi fiscali da parte dello Stato.

La sorte di questa legge è stata la stessa dei tentativi precedenti: essa è stata impugnata dall'*American Civil Liberties Union* e dall'*American Library Association* che hanno sollevato la questione di illegittimità costituzionale per contrasto con il I e V emendamento della Costituzione Americana. La Corte Federale di Filadelfia, accogliendo il ricorso, ha dichiarato l'incostituzionalità della legge per violazione del I emendamento relativo alla libertà di espressione.

Nel bilanciamento tra principi asseritamente costituzionali, prevale quindi quello di manifestazione del pensiero sulla possibile offesa alla dignità umana e alla integrità sessuale dei minori.

La questione cruciale relativa al problema di costituzionalità della mera detenzione di pornografia minorile è costituita dal fatto se considerare questo comportamento una forma di libertà di espressione. Tuttavia, se il Legislatore americano ha deciso di tramutare la detenzione di materiale pornografico minorile in una autonoma *offence*, per quanto quest'opzione di politica criminale possa essere giustificata dall'esigenza di criminalizzare comportamenti ad alto coefficiente criminoso, questa scelta indubbiamente si pone in diretto conflitto

con la importante pronuncia della Corte Suprema degli Stati Uniti che aveva dichiarato costituzionalmente illegittimo il paragrafo della legge penale dello Stato della Georgia che puniva il possesso a fini privati del materiale pedopornografico⁵. Il percorso argomentativo seguito dalla Corte Suprema è interessante perché, in relazione al tentativo operato dal Legislatore della Georgia di introdurre una penalizzazione nella sfera di autonomia più intima dei cittadini, condizionandone le scelte concernenti l'uso di immagini o rappresentazioni, con il precipuo scopo di prevenire la diffusione di pratiche ritenute potenzialmente dannose per l'integrità di alcuni beni giuridici, la Corte Suprema ha recisamente affermato che è preclusa allo Stato la possibilità di sottoporre al proprio controllo la mente dei suoi cittadini, pertanto un'incriminazione costruita in tal modo non può essere ritenuta costituzionalmente legittima in quanto il risultato ultimo dell'intervento punitivo sarebbe proprio quello di censurare le idee, i pensieri e le inclinazioni sessuali⁶. Con ciò si dimostra che nell'ottica della giurisprudenza superiore americana, il processo di secolarizzazione e laicizzazione del diritto penale non consente di incriminare comportamenti correlati con una certa visione della morale sessuale e di una qualche censura dei gusti sessuali degli individui adulti, pena il possibile conflitto di tali tipi di reati con il principio costituzionale della libertà di espressione.

⁵ *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557 (1969).

⁶ E' interessante riprodurre un passo della motivazione di *Stanley v. Georgia*, dove la Corte Suprema americana afferma esplicitamente che "poiché la Costituzione protegge il diritto di ciascun cittadino di ricevere ed elaborare le informazioni che lo stesso ritiene indispensabili ai fini della costruzione della sua personalità individuale, non può certo giustificarsi la punizione del semplice possesso di materiale osceno nei termini in cui ha cercato di farlo lo Stato della Georgia, specie se si considera che la dannosità sociale di questa pratica ha basi empiriche troppo fragili e ben poco univoche" (*Stanley v. Georgia*, 548, nt. 7). Peraltro, per sostenere questa posizione, la Corte riporta un passaggio dell'opinione dissenziente redatta da Justice Herbert nel caso della *Supreme Court of Ohio*, nel quale si afferma "non posso consentire sul fatto che il mero possesso del materiale osceno da parte di un adulto possa costituire un crimine. Il diritto di ciascun individuo di leggere, credere o non credere e di pensare senza alcuna supervisione da parte del Governo, costituisce una delle nostre libertà basilari, pertanto imporre ad un soggetto adulto quali libri debba leggere all'interno della sua dimora costituisce un palese violazione di questo fondamentale diritto soggettivo". La stessa Corte, al fine di sottrarre tale normativa a questo tipo di censure, ha interpretato lo statuto nel senso di richiedere la prova che il possesso fosse finalizzato ad una successiva messa in circolazione del materiale. Quindi, in una tale chiave di lettura, la punizione della mera detenzione di materiale pornografico si giustifica solo se questa è strumentale alla successiva fase della vendita e commercializzazione del citato materiale.

1.2. (Segue). In particolare: la questione problematica della prevenzione e punizione della detenzione di materiale pedopornografico.

E' interessante notare come l'astratta protezione della libertà di stampa e di espressione nell'incriminazione di mero possesso di materiale pedopornografico minorile abbia trovato una significativa eco nella giurisprudenza canadese. La questione specifica affrontata, riguardava l'accusa per il reato di possesso di materiale pedopornografico (S. 163.1 (4)) rispetto alla quale è stata posta la questione di legittimità costituzionale della citata norma per violazione dell'art. 2 (b) della Costituzione canadese, posto alla tutela proprio della libertà di espressione. Questo primo *leading case* – *R. v. Sharpe*⁷ - si chiuse con il giudizio di colpevolezza dell'imputato da parte della *British Columbia Supreme Court* nel marzo 2002 per possesso di fotografie pornografiche di minori e, viceversa, con un giudizio di non colpevolezza in relazione a possesso di scritti pedopornografici, dei quali viene riconosciuto il merito artistico. Il reato di possesso di materiale pedopornografico è stato introdotto nel codice penale canadese nel 1993 al menzionato art. 163.1 (4) nel panorama di un più complessivo intervento di riformulazione dell'intera disposizione dell'art. 163, che, in origine, puniva “chiunque producesse, stampasse, pubblicasse, distribuisse o divulgasse materiale osceno”. Il delitto di “pubblicazioni oscene” (art. 163) e l'incriminazione autonoma di “corruzione della morale del bambino” (art. 172) costituivano gli unici presidi penalistici cui potevano affidarsi i giudici penali canadesi per sanzionare penalmente fatti di pornografia minorile, posto che era assente una apposita incriminazione che punisse i casi di pedopornografia minorile.

Nell'altro *leading case* che si è posto all'attenzione degli interpreti – *R. v. Butler*⁸ – si eccepiva il contrasto del già citato art. 163.1 con la libertà di stampa e di espressione, nel cercare di risolvere questo problema, il giudice di merito sosteneva che nell'ambito di applicabilità di tale delitto potevano rientrare tre categorie di materiale osceno punibili, fra le quali fece rientrare “l'esplicita rappresentazione di attività sessuali che, seppur non violente e non

⁷ www.cbc.ca/news/indepth/background/sharpe_pornpart2html.

⁸ *R. v. Butler* (1992, 1, S.C.R. 452).

disumanizzanti, coinvolgono bambini. La Corte, pertanto, reinterpretando il reato di pubblicazioni oscene, “creava” *ex novo* il reato di pornografia minorile.

Ora, al di là di quella che potrebbe apparire per il penalista dell’Europa continentale, un’applicazione analogica *in malam partem* di una fattispecie incriminatrice generale deputata a colpire altri fatti illeciti e che invece veniva reimpiegata per colmare un’evidente lacuna *legis*, il caso si segnala come emblematico del diffuso “bisogno di pena” che il fenomeno della pornografia minorile ormai merita in senso planetario. E tuttavia anche in un sistema penale non costruito sulle fondamenta del principio di legalità formale, si evidenzia come la citata meritevolezza di sanzione di determinati comportamenti offensivi di beni giuridici anche rilevanti, si scontra con contrapposti principi costituzionali. Ed infatti l’incriminazione di possesso di materiale pedopornografico, di cui all’art. 163.1 (4) ha fatto sollevare questione di legittimità costituzionale alla *British Columbia Court of Appeal* per contrasto con il principio costituzionale della libertà di espressione consacrato dall’art. 2 della Costituzione canadese. Sin dall’epoca dello storico *leading case Entick v. Carrington*⁹ nell’ambito dell’esperienza giuridica canadese, si è sempre sostenuto che sia immune da intrusioni esterne ogni pensiero, opinione, espressione o credo svelato da libri o scritti in possesso del loro pensatore; sicché si può chiaramente affermare che non fa parte dell’etica politica canadese considerare un crimine il mero possesso di materiale, posto che la libertà di espressione coincide con la stessa libertà da ingerenze esterne dal proprio pensiero. Peraltro, una consistente corrente d’opinione denunciava anche profili di indeterminatezza della fattispecie dell’art. 163.1 in ordine specialmente all’individuazione del limite di età delle persone offese dall’attività pornografica.

La questione di costituzionalità della disposizione in esame è giunta di fronte alla *Supreme Court of Canada*, che, con una decisione¹⁰ presa a maggioranza ha dichiarato la legge costituzionale, restringendone, però, in via interpretativa l’ambito di applicabilità. L’esito è giunto al culmine di un ragionamento motivazionale che ha operato un bilanciamento dei valori in gioco

⁹ *Entick v. Carrington* (1765), 2 Wils K.B. 275, (1558 – 1774) All E.R. Rep. 41, 19 Sate Tr. 1029 (Eng. K.B.)

¹⁰ *R. v. Sharpe* 39 C.R. (5 th) 72 (SCC) 2001.

(diritto alla libertà di espressione e tutela penale dei minori), al fine di verificare se la norma in oggetto limiti eccessivamente la libertà di espressione. Per verificare questo punto nevralgico della problematica, è, peraltro, necessario compiere un percorso di concretizzazione degli oggetti materiali della condotta, vale a dire del concetto stesso di oggetto di pornografia minorile. Sotto questo profilo occorre intendere il significato della nozione stessa di persona, collegato con quello di soggetto rappresentato. In questo delicato passaggio interpretativo, la Corte canadese tenta di imporre un punto di vista che “obiettivizzi” la percezione individuale. Per rendere, cioè, maggiormente condiviso secondo il senso comune concetti quali persona rappresentata in “attività sessuale esplicita” o che compie atti con un “fine sessuale” sul piano dell’osservazione esterna si prende in considerazione la percezione del *reasonable man*. Evidente l’intento della Corte: quello di rendere più diffuso e perciò condivisibile un concetto suscettibile di relativismo quale quello di attività sessuale oscena o pornografica¹¹.

Solo, infatti, al termine di un processo di oggettivazione di tali concetti si può porre nei giusti termini la questione di costituzionalità nel bilanciamento tra libertà di espressione e tutela sessuale dell’infanzia. Tuttavia, la Corte Suprema canadese nel caso Sharpe si trovava a dover risolvere un quesito molto specifico, e cioè se il mero possesso di materiale pedopornografico potesse porre un problema di legittimità allo stesso modo che la repressione della produzione, distribuzione o vendita di tale materiale. In altri termini, il problema di costituzionalità va relazionato al bene giuridico tutelato, ma anche al disvalore che la società ravvisa nell’utilizzazione della sessualità minorile. Ora, il punto è proprio questo: mentre nel caso della produzione e vendita di materiale pornografico il fine di trarre lucro da questa turpe attività, vale a dire la più bieca forma di mercificazione della sessualità minorile, incontra minore difficoltà sul piano della legittimità costituzionale di tali incriminazioni, lo stesso non può dirsi del mero possesso di detto materiale. Ciò per il semplice motivo che, in questo

¹¹ Nella giurisprudenza canadese (si veda in particolare, per questo approccio, Corte d’Appello dell’Ontario, sentenza 20 giugno 2003, *R. v. Kuneman*, in *Foro It*, 2005, IV, 351.) si va imponendo un orientamento teso a concepire il termine “pornografia minorile” non solo in senso soggettivo, ma anche in maniera restrittiva; in particolare, una pronuncia afferma, inoltre, che, viceversa, le cosiddette *defences* devono essere interpretate estensivamente, cioè con particolare riferimento alla nozione di “merito artistico”.

secondo caso, si finisce con l'incriminare le inclinazioni sessuali, violando surrettiziamente la libertà di espressione e, in qualche misura, la *privacy* delle persone. Una cosa, infatti, è punire comportamenti di sfruttamento dei minori per fini commerciali, altro è stigmatizzare mere deviazioni sessuali in qualche misura prive di vittime in carne e ossa.

L'operazione interpretativa che la Corte dovrebbe compiere è quello di rendere il mero possesso "materiale espressivo"¹². Su questo specifico punto, la Corte Suprema americana, nel recente *Osborne v. Ohio*¹³ ha ravvisato la punibilità del mero possesso proprio precisando che tale incriminazione tutela tre differenti ma correlati interessi: prima di tutto, con la pedopornografia si imprimono permanentemente immagini di abusi su fanciulli, immagini che offenderanno le piccole vittime in modo permanente; in secondo luogo, sussistono prove scientifiche che dimostrano che spesso i pedofili utilizzano materiale pedopornografico per sedurre le loro giovani vittime, sicché, punendo il possesso di materiale si eliminerebbe uno strumento di commissione del reato; infine, colpire la domanda è un passo fondamentale per limitare l'offerta e per tanto la produzione del materiale in questione. Secondo il ragionamento della Corte americana, da un lato, consultare liberamente materiale pedopornografico è interesse "eccessivamente modesto" e, come tale, insufficiente a richiamare il I emendamento della Costituzione; dall'altro, la gravità del fatto del reato, vale a dire lo sfruttamento sessuale dei minori consentirebbe l'estensione della repressione penale al mero possesso di tali prodotti. Tuttavia, occorre osservare che, così impostata la questione da parte della Corte Suprema americana, si apre la strada per la punizione di meri reati-ostacolo: si punisce il mero possesso solo per impedire la commissione e più gravi reati, cioè la produzione e la vendita per fini commerciali, ma così la meritevolezza di pena del primo reato non è intrinseca al reato stesso ma si ricava per relazione solo dalla necessità di impedire la commissione dei più gravi reati.

¹² Su questo aspetto della interpretazione del concetto di mero possesso, si veda BIANCHI, *Il reato di detenzione di materiale pornografico minorile*, cit., 290; per ciò che concerne, invece, il reato di semplice detenzione, in relazione proprio al concetto di materiale osceno, la Corte Suprema americana, nel *leading case Stanley v. Georgia*, cit, ha sostenuto che sussista la violazione del primo emendamento della Costituzione.

¹³ *Osborne v. Ohio*, 495 U.S. 103, 111 (1990).

Peraltro, problematiche simili si pongono anche con riguardo all'incriminazione di cui all'art. 600 *quater* Codice penale italiano in tema di detenzione di materiale pedopornografico e non dissimili conclusioni si possono trarre anche osservando, come si vedrà in seguito, la normativa spagnola.

Le vicende giudiziarie esaminate sia con riguardo alle pronunce della Corte Suprema canadese che quella statunitense, hanno posto sul tappeto una questione in continua tensione quale quella dei rapporti tra diritto penale e morale, ciò con particolare riferimento alla incriminazione, naturalmente, del mero possesso di materiale pedopornografico. L'estensione dell'area di incriminazione fino a ricomprendere i delitti di mero possesso di materiale pedopornografico oppure di pseudopornografia o pornografia virtuale, attestano dell'allarme sociale molto diffuso e profondo che di recente il fenomeno della pedofilia ha assunto.

D'altronde, è sotto gli occhi di tutti che il fenomeno criminoso in esame ha due straordinarie leve di propagazione che lo stanno vertiginosamente ed incontrollabilmente sviluppando e rafforzando: l'utilizzazione delle reti informatiche e il coinvolgimento di complesse organizzazioni criminali. Informatizzazione e organizzazione criminale della pedofilia sono i due grossi problemi oggi all'ordine del giorno di questo crimine così diffuso.

Vi è poi un altro profilo importante da considerare: la richiesta di penalizzazione si dirige "attraverso la repressione della domanda" per cercare di "colpire l'offerta". Il problema rimane quello di tutelare i minori da violenze e sfruttamento e, non di meno, occorre valutare anche al contempo la misura della tutela. Infatti punire la produzione del materiale pedopornografico in sé o, addirittura, solo il possesso, indipendentemente dal danno cagionato al minore ritratto, significa punire il pedofilo in quanto tale, per la riprovevolezza delle sue idee, in tal modo, però, si passa dal diritto penale del fatto commesso, al diritto penale dei tipi di autore¹⁴.

E' importante considerare che vi è sempre una tensione tra istanze di difesa sociale e tutela delle libertà costituzionalmente garantite, che nel reprimere tutte le possibili estrinsecazioni di fatti delittuosi riconducibili al fenomeno della pedofilia, costringono il Legislatore a forme di anticipazione della soglia di

¹⁴ In generale, per un inquadramento dei "tipi d'autore" nella letteratura scientifica, per tutti, CALVI, *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*, Padova, 1967, 149 e ss.

punibilità fino alla repressione anche di meri reati ostacolo, o a pericolo presunto, rispetto a beni giuridici molto evanescenti che tendono a far confondere esigenze di tutela penale con stigmatizzazioni di carattere etico morale.

2. La risposta preventivo-sanzionatoria ai delitti di pornografia infantile nell'esperienza giuridica spagnola. Analisi dogmatica e criminologica.

Il problema della individuazione delle tecniche più efficaci per combattere il fenomeno della pedopornografia in Spagna nasce e si sviluppa principalmente come problema di individuazione del bene giuridico protetto¹⁵. In una visione inizialmente piuttosto formalistica¹⁶ che, per la prima volta, tenta di enucleare un concetto di bene giuridico tutelato nei reati di natura sessuale, la dottrina si era trovata concorde nel cercare di superare la mera tutela della “onestà” come motivo dell'incriminazione.¹⁷ Detta riformulazione del bene giuridico nei delitti sessuali, infatti, era già stata determinata con una prima riforma del *Código Penal* del 1973 mediante la Legge del 9 luglio 1989, in deroga al previgente delitto di “scandalo pubblico” e alla relativa introduzione dell'art. 431 nel citato codice del 1973, relativo ai delitti di esibizionismo e provocazione sessuale. Ad avviso di una parte della dottrina, ci si era infatti orientati per la postulazione *de lege ferenda* della riforma del diritto penale sessuale nel suo complesso, verso aree di tutela della libertà sessuale come bene giuridico individuale pertinente alla persona. Come si vede, quindi, l'evoluzione normativa e dottrinarica sulla esatta individuazione dei beni giuridici del diritto penale sessuale spagnolo, ha progressivamente condotto ad una materializzazione ed individualizzazione degli interessi protetti, passando da interessi formali pubblici, come lo scandalo e la morale comune, alla libertà sessuale dell'individuo. Tale conversione dell'oggetto della tutela è inevitabile che possa aver avuto fin dall'inizio delle ripercussioni evidenti sulle

¹⁵ L'evoluzione della Dottrina spagnola è analizzata, in particolare, da MORALES PRATS e GARCIA ALBERO in QUINTERO OLIVARES, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Navarra, 2005, pagg. 285 ss.

¹⁶ In tal senso, è possibile constatare una certa uniformità di vedute tra i vari Autori. Fra i molti, meritano menzione BOIX REIG, *Comentarios a la Legislación Penal*, t. XIV, vol. 2, Madrid; DIEZ RIPOLLES, *El derecho penal ante el sexo*, Barcelona, 1981, GONZALEZ RUS, *La violación en el Código Penal Español*, Granada, 1982.

¹⁷ Per tutti, sottolinea tale concetto, nell'opera da lui coordinata DIEZ RIPOLLES, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Vol. II, VV.AA., Valencia, 1985

corrispondenti tecniche di incriminazione. E' chiaro, del resto, che una cosa è calibrare la tecnica di incriminazione per la tutela di interessi pubblicistici, quali la moralità pubblica, il buon costume, oppure, come espressamente richiamato, la onestà, altro è affermare che tutti i beni relativi alla sfera sessuale sono pertinenti all'individuo. Si modificano così le soglie di punibilità, i livelli di accertamento dell'offesa al bene giuridico, nonché la individuazione di categorie di soggetti come persone offese dal reato, con tutto ciò che ne consegue in termini anche di pretese risarcitorie in sede penale.

In buona sostanza, l'obiettivo principale è, in questa fase storica, svuotare di implicazioni morali il diritto penale sessuale, al fine di abbandonare la mera tutela del sentimento collettivo e, di conseguenza, procedere ad una laicizzazione dello strumento punitivo in questa materia. D'altra parte si trattava anche di adeguare gli strumenti di tutela della libertà sessuale alle fondamenta stesse della libertà dell'individuo, alla luce dei valori che si desumono chiaramente dal dettato costituzionale spagnolo del 1978.

Ora, in questo quadro, si inserisce la linea di politica criminale introdotta proprio con la citata novella al *Codigo Penal* del 1989, che poi sfocia nella successiva e radicale riforma del *Codigo Penal* stesso del 1995, che riformula in modo completo l'intero Titolo VIII, il quale, da ora in poi si riferirà alla libertà sessuale come bene giuridico tutelato da questi reati. Nel dibattito dottrinale, peraltro, si specifica ulteriormente che l'interesse tutelato consiste nella libertà sessuale "potenziale o *in fieri*". A fronte di quella che possiamo sicuramente considerare una chiara precisazione degli oggetti di tutela in questa materia, si pone, dall'altra parte, l'aspetto negativo della stessa precedente riforma del 1989, che aveva in qualche punto denunciato incertezze da parte del Legislatore sul versante della formulazione delle fattispecie incriminatrici. Da questo punto di vista, era stato citato come esempio di cattiva tecnica legislativa l'inclusione del delitto di violazione della integrità sessuale della modalità tipica al coito orale (specialmente sotto il versante di gravi problemi probatori). Una parte della dottrina,¹⁸ infatti, aveva denunciato il costante ricorso ad elementi normativo-

¹⁸ In particolare, si può citare la posizione di MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal parte Especial*, Valencia, 2004, pag. 207 ss., il quale aveva rivolto forti critiche alle inversioni valorative che affioravano dalla Riforma del 1989, in particolare, come detto, per la incertezza del Legislatore

valutativi del tipo penale, ineludibilmente orientati in senso simbolico, tanto da riportare il piano di tutela alla morale sessuale piuttosto che alla libera autodeterminazione sessuale dell'individuo. In tal modo, però, si vanificavano gli obiettivi principali della riforma stessa.

2.1. I delitti di pornografia infantile nella legislazione spagnola.

a) nel Codice penale spagnolo del 1995.

La riforma del *Código Penal* del 1995 costituì il culmine di questo processo legislativo di affrancamento dell'intera materia dei reati sessuali dalla dimensione formale della moralità pubblica e, in definitiva, delle difficoltà che si suppone occorra sempre affrontare per introdurre una politica criminale sostitutiva della tradizionale disciplina dei delitti sessuali.

Il criterio sistematico della suddivisione tipica nelle varie figure di incriminazione deve necessariamente prendere in considerazione i mezzi e gli strumenti attraverso i quali si annulla la volontà della vittima, rispettivamente le aggressioni sessuali e l'abuso sessuale, al fine di sostituire l'impianto dell'originario *Código Penal* fondato sull'entità degli atti sessuali realizzati (l'accesso carnale per la violenza e l'abuso sessuale senza penetrazione per il delitto di aggressione sessuale).

Nella nuova formulazione, per contro, la penetrazione carnale per mezzo del canale vaginale, anale, orale o con oggetti, che possono costituire tanto il delitto di aggressione sessuale (artt. 178-179 C.P.), quanto il delitto di abuso sessuale (art. 182 C.P.).

Con l'entrata in vigore del nuovo Codice il 26 novembre del 1996, il Congresso dei Deputati invitava il Governo a presentare un progetto di Legge Organica, di revisione di alcune figure di reato per garantire una maggiore tutela

nell' formulazione dei tipi penali. Per esemplificare, si cita il caso dell'inclusione del delitto di violenza, della modalità tipica relativa al sesso orale, generatrice di innumerevoli e gravi problemi di ordine probatorio, punita con pene molto elevate, assimilate, addirittura alla fattispecie di omicidio; altre condotte, invece, di evidente lesività materiale, risultavano, sorprendentemente meglio trattate, e sanzionate con pene ben al di sotto dei limiti edittali di 12 e 20 anni, previsti, appunto per la fattispecie precedente.

dei minori in ambito sessuale. Questo era il caso, per l'appunto, degli abusi sessuali di prevaricazione, la cui punibilità, sul presupposto di un'inesistenza di una penetrazione carnale, si rivelava chiaramente insufficiente, attesa la gravità che possono rivestire determinate dinamiche continuate di abuso. Uguale insufficienza di tutela manifestava anche il traffico di materiale pornografico infantile di soggetto che non fosse intervenuto nelle condotte di produzione e fabbricazione, comportamento che si valutava, con il parere contrario di parte della dottrina, non integrare la tipicità dell'art. 189.1 C.p.

b) nella “*Ley Organica 11 30/04/1999*” di riforma del Codice penale

Se queste erano le premesse per una riformulazione di una serie di questioni che necessitavano di riforma, sulla base di un ampio consenso, la *Ley Organica del 30 de Abril de 1999* costituisce un punto di compromesso tra una riforma organica di tutta la materia dei delitti sessuali, e un mero, più limitato aggiustamento dei difetti presenti nella presente disciplina. In primo luogo, il Legislatore opera una modifica del “nome” della rubrica, sul presupposto dell'individuazione del bene giuridico di categoria dell'intero titolo dei reati a sfondo sessuale contro i minori, introducendo il concetto di integrità come oggetto della tutela congiunto alla libertà sessuale. In tal modo, l'integrità si connette direttamente con il diritto a non dover subire interferenze nel processo di formazione della personalità, elemento autenticamente rilevante nella sfera di tutela di codesti reati.

Il concetto di libertà sessuale costituisce il fondamento materiale di queste incriminazioni, costituendo un bene inteso come tutela della libertà *in fieri*, bene inteso come diritto ad un'attività sessuale che si forma in libertà.

Tuttavia, al di là della modifica della rubrica della disposizione incriminatrice, la riforma ha proceduto ad effettuare modifiche importanti, alcune delle quali di mercato carattere simbolico (reintroduzione del *nomen iuris* di violenza), altre di autentica rilevanza materiale: è il caso dell'elevazione all'età di tredici anni per la mancanza di consenso, innalzamento generalizzato delle pene dei delitti di abuso, nuova riformulazione dell'abuso sessuale, l'introduzione della

denominazione di “abuso orizzontale e ambientale”, la tipizzazione del favoreggiamento all’ingresso, permanenza o uscita dal territorio nazionale, al fine dello sfruttamento sessuale del minore, il traffico di pornografia infantile, nonché la reintroduzione del delitto di corruzione di minori, tipizzato ora nell’art. 189.4 C.P.

c) nella “*Ley Organica 15 25/11/2003*”

Un secondo grande processo riformatore della disciplina introdotta nel Codice Penale del 1995 in materia sessuale si ha, inoltre, con le Leggi Organiche 11 e 15 del 2003. Con la prima di esse si incrimina il prosenetismo non coercitivo, mediante la punizione di colui che trae profitto dalla prostituzione di altra persona senza il suo consenso (art. 188 C.P.). Con la seconda, infine, si riformula l’art. 179 - la violenza – punendo l’introduzione di membri corporali per via vaginale o anale, si aumentano le pene per il delitto di pornografia infantile, si incrimina il possesso di materiale pornografico per uso proprio, così come il traffico di “pseudopornografia” (art. 189 C.P.)

Questa ulteriore fase dell’evoluzione della legislazione penale spagnola in materia di pedopornografia e, più in generale, di reati di abuso sessuale, indotta anche da evidenti spinte di fonte sopranazionale, finalizzata ad una armonizzazione della legislazione penale in Europa, avvicina considerevolmente la nuova disciplina penale spagnola al recente assetto della legislazione penale italiana in materia. Ciò con particolare riferimento alla introduzione del nuovo delitto di pornografia virtuale, o “pseudopornografia” nella dizione spagnola.

Questa forma di incriminazione presenta caratteri di evanescenza e indeterminatezza che in sede applicativa potrebbero lasciare un margine troppo ampio agli organi giudicanti nell’individuare comportamenti punibili. Peraltro, lo stesso concetto di pornografia virtuale, rimanda ad interpretazioni socialmente suscettibili di modificazioni nel tempo, e secondo mutati contesti sociali che possano facilmente determinare disparità di trattamento.

2.2. Il bene giuridico protetto tra libertà sessuale, dignità della persona umana, integrità sessuale o diritto allo sviluppo o ad una formazione adeguata, intimità e morale sessuale collettiva.

Le questioni relative ad un'esatta precisazione sui contorni del bene giuridico tutelato in materia di pedopornografia infantile hanno a lungo impegnato la dottrina(CR, 243ss) spagnola che – come detto – ha cercato di compiere un percorso di concretizzazione e deformalizzazione degli oggetti di tutela, passando da beni di natura collettiva ad altri pertinenti alla persona umana. Del resto, questo stesso percorso di enucleazione del bene giuridico tutelato, era già stato compiuto anche rispetto alla più generale categoria dei delitti sessuali, nel passaggio dalla vecchia formulazione degli artt. 429, 430, 434 e 435 dell'abrogato Codice penale in tema di aggressioni sessuali violente e stupro.

Con la nuova riforma del Codice penale, operata in virtù della L.O. 15/2003, si è avuta una completa riformulazione dell'art. 189, che risulta oggi suddiviso in sette commi che forniscono una totale copertura legale alle diverse fattispecie relative alla pornografia e alla corruzione di minori. Non tutti i tipi legali possono essere inclusi in specifiche modalità di pornografia infantile, posto che alcuni dei paragrafi si riferiscono alle conseguenze giuridiche accessorie delle fattispecie principali. In particolare, il delitto di corruzione di minori, appare definito nel progetto di legge organica di modificazione del Titolo VIII del Codice penale, come l'ipotesi per cui si compie un'attività "finalizzata ad iniziare o mantenere minori o incapaci in una vita sessuale precoce o prematura con atti di abitudini sessuali la cui intensità, persistenza o continuità possa alterare il processo normale di formazione o sviluppo della personalità dei minori stessi". Sul punto, la sentenza del TS 2936 del 27 dicembre 1993 (RJ 1993/9800) stabilisce che il delitto in questione si realizza allorché " si assoggettano le facoltà spirituali, mentali e della volontà del minore, corrompendolo sessualmente".¹⁹

La fattispecie in esame, di cui all'art. 184 c.p., nel sanzionare qualsiasi comportamento pregiudizievole dell'evoluzione o sviluppo della personalità del minore o dell'incapace, è in qualche misura riconducibile anche alle ipotesi di

¹⁹ In tal senso, si esprime GARCIA ALBERO, *El nuevo delito de corrupción de menores*, in *Delitos contra la libertad sexual*, Madrid, 2000, pag. 209 ss.

pornografia infantile, in quanto si tratta, comunque, di atti di corruzione di minori che insistono sulla alterazione dello sviluppo della personalità dal punto di vista sessuale. Infatti, la genesi pornografica di alcuni atti costituisce un comportamento sessuale che può evidentemente pregiudicare l'evoluzione o lo sviluppo della personalità del soggetto passivo, riconducibile ad entrambe le figure tipiche di cui agli artt. 189.1 e 189.4 del Codice penale.

Per ciò che concerne questioni più direttamente correlate al bene giuridico protetto nel Titolo VIII del Libro II del C.P., è necessario delimitare la sfera di tutela guardando alla costruzione del tipo penale.

Nel caso della pornografia minorile (art.189 par.1 e 2 C.P.) la determinazione dell'oggetto di tutela si presenta come eterogeneo, in conseguenza del comun denominatore delle fattispecie integranti l'intero Titolo VIII del Libro II, che si riferisce alla circostanza che la condotta tipica si dirige verso i minori di età.

Alcuni Autori considerano la *libertad sexual* come il bene giuridico protetto dall'intero Titolo citato – e per conseguenza anche dell'art.189 C.p. – e cioè indipendentemente dalla minore età o dall'incapacità della vittima. Da questo punto di vista, un certo settore della dottrina²⁰ continua a postulare una certa continuità della sfera di protezione dalla riforma del 1989. Il concetto di libertà sessuale, mantiene una sua identità comune – come segnalato in particolare da Diez Repolles – con tale termine “si vuole assicurare che i comportamenti sessuali nella nostra società abbiano sempre luogo in condizione di libertà individuale dei partecipanti, o, più brevemente, che tutta la persona possa svolgere la propria attività sessuale in libertà.”

Utilizzando le parole di Muñoz Conde, in questo caso ci si riferisce a questa parte della libertà connessa con l'esercizio della propria sessualità e, in un certo qual modo, alla stessa disponibilità del proprio corpo. Aggiunge sul punto Orts Berenguer che si tratta, più specificamente, della “possibilità di praticare le opzioni sessuali preferite in ogni momento e, attraverso di esse, di poter utilizzare e servirsi del proprio corpo in tale ordine di cose, da cui deriva la possibilità di scegliere un partner, con il suo consenso”.

²⁰ DIEZ RIPOLLES, *El objeto de proteccìon del nuevo derecho penal sexual*, in *Anuario de derecho penal*, num. 1999-2000, pag. 51; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal cit.*, pag. 206

Tuttavia, pare di poter osservare che queste ricostruzioni dottrinarie colgano solo in parte la complessiva carica di disvalore sottesa a codesti delitti di pedofilia e pedopornografia, che, indubbiamente, portano anche una accentuata aggressività e violenza fisica che viene patita dalle vittime. Probabilmente, quello della libera evoluzione della personalità sessuale, è un ambito di tutela che si riferisce alla corruzione di minorenni piuttosto che ai reati di pornografia. Come si vedrà, infatti, i piani di tutela sono molteplici e si intersecano tra loro.

Se si volge lo sguardo ai riflessi costituzionali della sfera di tutela dei delitti di pedopornografia, si fa riferimento alla dignità della persona umana e ai diritti da questa derivati, risalendo addirittura alla disposizione contemplata nell'art. 10.1 della Magna Carta, che circoscrive detto bene come base o fondamento dell'ordine politico e della pace sociale, congiuntamente al libero sviluppo della personalità, nel rispetto della legge e dei diritti della collettività.

Anche questo secondo approccio, seppure combinato con il riferimento alla difesa della personalità individuale, tradisce, in ogni caso, una tendenza pubblicistica e formalizzata della tutela, anche se ci si preoccupa di riferirla al piano dei valori costituzionali. In altri termini, la dignità della persona deve avere un significato anche individuale e non essere vista solo nella sua dimensione sociale di inserimento della persona all'interno di una collettività. La finalità ultima della tutela deve essere, quindi, la difesa della dignità della persona in quanto individuo dotato di una sensibilità da proteggere rispetto alla propria intimità sessuale.

In questa prospettiva, il riferimento alla integrità ed intangibilità sessuale costituisce senza dubbio un salto di qualità che la dottrina spagnola recepisce direttamente dal diritto italiano, a partire almeno dall'inizio degli Anni Ottanta²¹

Nel senso che ci si basa sull'idea che diverse persone, date determinate loro qualità e il contesto in cui vivono, sono sessualmente intoccabili.²² Questa ricostruzione avvicina molto la sfera di tutela dei delitti di pedofilia ad una serie

²¹ GONZALES RUS, *La violación en el Código Penal Español*, Granada, 1982, pag. 283 cita CONTIERI (*La congiunzione carnale violenta*, Milano, 1959) come il padre della nomenclatura della "intangibilità sessuale".

²² Si fa riferimento, per queste considerazioni, alla sentenza del Tribunal Supremo del 26 ottobre 1987, in *RJ*, 1987, 7602, in cui si stabilisce che l'intangibilità sessuale è "la speciale protezione che la legge dispensa ad individui che, essendo incapaci di esercitare la libertà sessuale in determinate circostanze particolari, sono più esposti che il resto della comunità".

di altre categorie di delitti che hanno come persona offesa dal reato soggetti che hanno come comune nomenclatura la nozione di “vittime particolarmente vulnerabili”, ovverosia, violenza abituale nell’ambito domestico e maltrattamenti in famiglia. Contrariamente a quanto sostenuto da parte autorevole della dottrina²³, l’intangibilità non è un modo di intendere la libertà sessuale, che è distinta in due modi: la tutela di soggetti particolari, che presentino peculiari caratteristiche che non consentano loro una piena libertà sessuale, e, in secondo luogo, la libera disponibilità dell’individuo di poter sviluppare un comportamento di abitudine sessuale.

Peraltro, una delle principali critiche che vengono mosse in ordine all’individuazione della tutela dei delitti di pedopornografia come offensivi della sola intangibilità o integrità sessuale, riguarda proprio il fatto che il legislatore ha fornito di questa nozione un termine tanto impreciso.

Più in sintonia con il bene della integrità sessuale si pone un gruppo di Autori, i quali intendono il bene giuridico protetto in via generale dal Titolo VIII, nella libertà sessuale con specifico riguardo al diritto ad uno sviluppo ed a una formazione adeguata della sfera sessuale, quando ciò riguardi soggetti passivi del reato, che siano minori o incapaci, sviluppo che deve essere libero da ingerenze esterne e riferito ad un adeguato processo di socializzazione.²⁴

In conformità ai postulati sopra esposti, il concetto di integrità sessuale nella dottrina spagnola è stato particolarmente sviluppato da alcuni Autori²⁵, che hanno sostenuto un’accezione tradizionale, distinguendosi da altri²⁶ nella disputa se considerare che occorre proteggere il corretto processo di formazione dei minori, o incapaci in materia sessuale, con il proposito che, una volta adulti, detti soggetti decidano in libertà sul comportamento sessuale e non utilizzino come oggetti sessuali terze persone, o compiano atti che possano causare danni traumatici alla vittima.

²³ Per tutti, POLAINO NAVARRETE, *Introducción a los delitos contra la honestidad*, Sevilla, 1975, pag. 48 s.

²⁴ In tal senso, tra i molti, ORTS BERENGUER, *Delitos contra la libertad y indemnidad sexuales*, in VIVES ANTON et al., *Derecho penal, parte especial*, Valencia, 2004, pagg. 231e 291.

²⁵ COBO DEL ROSAL y QUINTANAR DIEZ, *De los delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores*, in COBO DEL ROSAL, *Comentarios al Código Penal, Tomo VI*, Madrid, 1999, pag. 691. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal parte Especial*, cit., pag. 209.

²⁶ CARMONA SALGADO, *Delitos contra la libertad sexual (II)*, in COBO DEL ROSAL, *Curso de derecho penal español. Parte especial*, Madrid, 1996, pagg. 290

Ulteriori posizioni dottrinali tendono a riferire la sfera di tutela alla intimità, da una parte, e alla morale sessuale collettiva dall'altra. Si tratta di due prospettive di tutela molto eterogenee tra loro che, peraltro, sembrano essere riferite a fattispecie incriminatici differenti. In questo senso si sostiene che la figura tipica dell'art. 189 c.p. abbia come bene protetto l'intimità, in quanto la condotta tipica potrebbe avere un riferimento ai paragrafi 1,3, 5 dell'art. 187 nei termini enunciati da una parte della dottrina.²⁷ Il riferimento all'art. 187, in particolare, in assenza di un consenso da parte del minore, ma con violenza e intimidazione, spiegherebbe questa chiave di lettura attraverso l'interpretazione delle condotta di riproduzione filmata e successiva diffusione del materiale pedopornografico.

Si sostiene anche che la tutela offerta da tale incriminazione, riguarderebbe, principalmente, la morale sessuale collettiva, con particolare riferimento alla pornografia infantile, per lo meno riguardo ai precetti contenuti nei paragrafi 2 e 4 dell'art. 189. Detto riferimento alla morale sessuale collettiva, viene inteso nel senso di “ parte dell'ordine morale e sociale che si orienta fra i limiti di manifestazione dell'istinto sessuale delle persone”.²⁸ Detta conclusione si evincerebbe, in particolare, dalla recente tipizzazione del possesso di materiale pornografico minorile inserita nell'art. 189.2 c.p., mediante la *Ley organica* 15/2003.

Si afferma sul punto che, proprio in relazione alla disposizione appena richiamata, se si punisce una condotta – il semplice possesso – che non offende il bene giuridico tipico dei delitti di pedopornografia minorile, neanche in via del tutto indiretta, sempre e anche quando il menzionato materiale è detenuto per esclusivo uso personale, non si lede in realtà la integrità sessuale, quanto piuttosto la morale sessuale tradizionale. In questo modo, il semplice possesso di tale materiale sembra stigmatizzare mere inclinazioni sessuali, ovvero i gusti che il singolo individuo può avere, in una sfera sessuale sia pure traviata, senza che ciò si traduca neanche in un pericolo per l'altrui integrità sessuale. Lo stesso può dirsi anche in ordine allo sviluppo della personalità sessuale dell'individuo. In tal modo, tuttavia, l'estrema anticipazione della soglia di punibilità con un'accentuata

²⁷ DIEZ RIPOLLES, *Trata de seres humanos y explotación sexual de menores. Exigencias de la Union y legislación española*, in *Revista penal*, n.2, 1998, pag. 19

²⁸ In tal senso, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, cit., pag. 210

formalizzazione dell'incriminazione delinea delitti ostacolo²⁹ molto lontani dalla offesa ai beni giuridici più volte menzionati. Si fa osservare sul punto, nella dottrina spagnola, che un tale bene giuridico, così formale, sembra distante dalla tavola dei valori dell'ordinamento spagnolo, sicché si afferma che “un diritto penale basato sulla protezione della libertà sessuale è incompatibile con la pretesa di predisporre un apparato repressivo dello Stato, al solo servizio della protezione di contenuti moraleggianti, di modo che le disposizioni vigenti si riferiscano ad una morale che aspira ad essere come ideale e che pretende di imporsi coattivamente alla società”³⁰. Considerazioni che appaiono ampiamente condivisibili alla luce di una affermata secolarizzazione del diritto penale che si voglia imporre in uno Stato laico di diritto e non voglia, invece, imporre, una certa morale sessuale alla collettività.

Altra parte della dottrina afferma giustamente che, se si ha l'intento di convertire la “morale sessuale come tale”, senza identificare i concreti beni giuridici che possano essere specificamente messi in discussione nei rispettivi tipi di incriminazione, si ottiene un bene giuridico protetto che rischia di far correre il pericolo di convertire lo stesso diritto penale in questa materia in uno strumento ideologico più consono agli strumenti dell'inquisizione piuttosto che ad un moderno stato pluralista e democratico.³¹

Una recente, e maggiormente condivisibile, ricostruzione afferma che il bene giuridico protetto nei delitti di pedofilia e pedopornografia debba determinarsi in funzione delle caratteristiche personali del soggetto passivo secondo la fattispecie incriminatrice di cui si tratta. Per questa ragione, tanto la

²⁹ In questi casi, infatti, come del resto nella incriminazione dei cosiddetti reati di sospetto, si incrimina un comportamento al fine di evitare che nella progressione criminosa se ne compiano altri effettivamente offensivi di concreti beni giuridici. In tal modo, però, più che un fatto offensivo si punisce un modo di essere di una persona: dal diritto penale del fatto commesso, si passa al diritto penale dei tipi di autore, vale a dire il pedofilo, il sospettato, l'incline a delinquere e via dicendo.

³⁰ TAMARIT SUMALLA, *La Protección Penal del Menor Frente al Abuso y la Explotación Sexual. Analisis de las Reformas Penales en Materia de Abusos Sexuales, Prostitución y Pornografía e Menores*, Navarra, 2002, pag.58.

³¹ MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, cit., pag. 210. Anche DIEZ RIPOLLES, *El bien jurídico protegido en un derecho penal garantista in Jueces para la democracia*, n. 30, 1997, pagg. 17-18. afferma che “proteggere situazioni o relazioni della realtà sociale, e non meri diritti o facoltà soggettive o interessi sociali o, detto in altro modo, non semplici incriminazioni soggettive” significa negare la propria identità allo stesso concetto di bene giuridico.

libertà quanto l'integrità sessuale devono essere concepite come beni giuridici autonomi nei delitti sessuali e, attraverso un'esatta delimitazione dei reciproci confini, debbono essere situati in un contesto di valore che regoli e disciplini il comportamento sessuale delle persone, nelle sue relazioni con gli altri.

Specialmente riguardo al concetto di libertà sessuale e alla sua sfera di protezione, occorre intendersi sul concetto stesso di libertà che l'ordinamento giuridico può o meno riconoscere. Peraltro, con il termine "libertà sessuale" bisogna vedere se si possa proibire l'esercizio di violenza o intimidazione nei confronti dei minori, al fine di realizzare atti sessuali.

Ci si chiede, in particolare, se sia il caso di individuare altri criteri diversi dal riferimento alla libertà sessuale per spiegare questi fenomeni criminosi. Si propone in tal modo, in senso marcatamente realistico, di realizzare un processo di concretizzazione delle sfere di tutela, guardando alle singole fattispecie incriminative, evidentemente non riducibili ad un'indistinta categoria omnicomprensiva. Del resto, anche se si guarda al panorama normativo italiano, non si può certo dire che tutte le incriminazioni oggi previste nella materia dei delitti sessuali compiuti verso minori, possano essere riconducibili ad unità. E' del tutto evidente, che l'oggetto giuridico protetto, per esempio, dalla prostituzione minorile o dalla pornografia infantile, si distingue dalla pornografia virtuale o dal turismo sessuale. Poiché anche le fattispecie spagnole presentano simili tecniche di incriminazione, come si evince dalla recente introduzione dell'art. 189.7 C.p. in tema di pseudo-pornografia, in virtù dell'obbligo di armonizzazione in ambito europeo della tutela penale di interessi transnazionali, se ne desume una chiara e necessaria diversità dei piani di tutela, che vanno dalla integrità e intangibilità sessuale, fino, addirittura alla protezione della *privacy* del minore, transitando attraverso la difesa dello sviluppo della personalità sessuale dei minori di età.

Riguardo a quest'ultimo aspetto, la stessa utilizzazione del termine "pseudo-pornografia", adottato con la riforma del 2003, determina un quadro di incriminazione complesso che è necessario diversificare. Conformemente alla terminologia già adottata con il Congresso di Budapest, si dovrebbe intendere per "pornografia tecnica" quella che allude all'intervento di persone maggiori di età che si rivolgono al minore con un comportamento sessualmente esplicito; invece,

detti comportamenti sembrano non essere incriminati con la Riforma del 2003, in base a quanto richiesto dalla fattispecie legale, che richiede, quanto meno, l'impiego della voce o dell'immagine alterata o modificata del minore, che in ogni caso non è stato impiegato direttamente nel confezionamento del materiale pornografico filmato in modo diretto.

Per contro, sembra che il nuovo precetto introdotto con la Riforma del 2003, permette di incriminare le condotte appena menzionate nel caso in cui appaiano sulla scena maggiori di età (come persone direttamente utilizzate in atti sessuali espliciti), con l'inserimento di voci dei minori di età, determinando, quindi, l'incriminazioni di condotte che si situano nell'ambito della pornografia simulata.

Si tratta, infatti, di comportamenti in cui i minori non intervengono direttamente nella condotta sessuale, tuttavia si impiega la loro voce reale in fotogrammi o immagini. Gran parte della dottrina, riconduce i suesposti comportamenti alla categoria della pseudo-pornografia o pornografia simulata.³²

Nella medesima direzione di incriminazione, si situano condotte di inserzione di immagini di minori di carattere reale, in scene o comportamenti pornografici (animate o meno), che vedono, in realtà protagonisti gli adulti, così come contemplato dalla Riforma del 2003.³³

In conclusione, l'art. 189 del Codice penale ingloba una serie di presupposti tipici che, quantunque contenuti in una redazione tecnica confusa per la inclusione di fattispecie di dubbia legittimità, non permettono di trattare la figura della pedopornografia minorile in una prospettiva di unità dei beni giuridici. Per questo si possono pienamente condividere i postulati proposti sia da autorevole dottrina italiana che spagnola, che intendono tale figura delittuosa come un reato plurioffensivo, il cui oggetto di tutela non può essere circoscritto ad un unico ambito³⁴ - l'integrità sessuale - e va, invece, riferito ad altri beni coesistenti anche se richiamabili in forma sussidiaria o indipendente. Nella dottrina spagnola,

³² MORALES PRATS e GARCIA ALBERO in QUINTERO OLIVARES, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, cit, Navarra, 2005, pagg. 362 ss.

³³ Ancora MORALES PRATS e GARCIA ALBERO, *op. e loc. ult. cit.*

³⁴ Per quanto riguarda la dottrina italiana, fra tutti si fa il nome di MANTOVANI, *I delitti di prostituzione e di pornografia minorili*, in pubblicazione, citato da MORILLAS FERNANDEZ, *Analisis dogmatico y criminologico de los delitos de pornografia infantil*, cit., pag. 187. Per la dottrina spagnola, invece, si veda QUERALT JIMENEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, Barcelona, 2002, pag. 109 ss.

per esempio, si fa riferimento alla condotta di utilizzazione di un minore di anni dieci per il confezionamento di materiale pornografico, in cui risulta chiaro che il bene giuridico protetto è l'integrità sessuale relativa. Ulteriori considerazioni critiche circa la riconducibilità ad un unico bene giuridico dei delitti di pornografia si possono desumere naturalmente anche con riguardo anche alla cosiddetta "pornografia infantile simulata", che si riferisce a condotte di pornografia tecnica e pornografia infantile artificiale.

A prescindere dal differente raggiungimento della maggiore età nei vari Paesi, per cui questa è riconosciuta in modo differente da uno stato all'altro, queste condotte di pornografia artificiale – come evidenziato da autorevole dottrina spagnola – certamente proiettano la base di tutela verso forme di protezione della morale sessuale collettiva, piuttosto che individuale dei singoli soggetti. Infatti, è già proprio la produzione di codesto materiale pornografico virtuale che viene sanzionata di per sé, solo per il suo carattere vagamente allusivo di comportamenti sessuali deviati, che si allontanano dal comune concetto di pudore sessuale.³⁵

2.3. I soggetti dei delitti di pedopornografia

Così come per il diritto penale italiano, anche in ambito spagnolo si pongono rilevanti profili problematici in ordine alla individuazione dei soggetti attivi di codesti reati. Problematica che, da un lato, concerne i molteplici protagonisti delle vicende criminose, protagonisti talvolta persino virtuali vista l'introduzione della recente incriminazione della pedopornografia virtuale, e, dall'altro anche i rapporti tra autori e vittime. Spesso, infatti, vi è la tendenza a ricondurre questa materia ad una classificazione per "tipi di autore", criminologicamente significativa, che allontana l'analisi da una esatta valutazione dei fatti commessi. Si tende, cioè, più ad incentrare l'esame sui soggetti attivi piuttosto che sui comportamenti offensivi di beni giuridici che costoro compiono.

³⁵ In tal senso, si veda l'approfondita analisi operata da MORALES PRATS, *Pornografía infantil e Internet: La respuesta en el Código Penal Español*, in *Cuadernos de derecho judicial, problemática jurídica en torno al fenómeno de internet*, Madrid, 2000, pagg. 199 ss.

Detto “sganciamento” dal fatto commesso tende ad eticizzare la problematica e ad agevolare uno spostamento dei piani di tutela verso l’offesa alla moralità pubblica, con pressa in considerazione delle mere perversioni sessuali verso i bambini. Sempre in via preliminare, occorre, inoltre, porre l’attenzione su un altro aspetto importante in questo settore della criminalità, e cioè quello di una formazione di organizzazioni criminali formate da una pluralità di soggetti che predispongono un vero e proprio circuito dello sfruttamento sessuale dei minori per finalità pedopornografiche o pedofile, con impiego di mezzi e uomini. Di qui le recenti incriminazioni per turismo sessuale e il collegamento con il crimine organizzato transnazionale, che denotano stretti collegamenti con le organizzazioni criminali che procacciano vittime per i pedofili. Come si vede, quindi, la tematica dell’individuazione dei soggetti è complessa ed articolata: va dall’enucleazione della variegata categoria dei cosiddetti carnefici, alla plurisoggettività delle organizzazioni che intervengono nella complessa attività pedofila e pedopornografica, fino a considerare le relazioni che codesti soggetti instaurano con le vittime. Di qui, la esatta connessione con tipologie di reato quali la tratta delle persone e la riduzione in schiavitù³⁶. Non a caso, nel Codice penale italiano le tipologie di reato pertinenti alla pedopornografia sono state inserite di seguito all’incriminazione di riduzione in schiavitù. Nel fenomeno criminoso della pedopornografia si intersecano problematiche relative a forme violente di perversione sessuale riversate su fanciulli innocenti con i risvolti di mera natura commerciale del fenomeno stesso.³⁷

³⁶ Per un’analisi dettagliata si veda il già citato CARUSO, *Delitti di schiavitù e dignità umana*, cit., 2005.

³⁷ Sul punto si veda la scheda sintetica relativa allo sfruttamento sessuale a fini commerciali di bambini e adolescenti presentato dall’Unicef nel recente Seminario di studi, *Nuove emergenze, priorità di azione e responsabilità collettive nella lotta allo sfruttamento sessuale dei bambini e degli adolescenti*, tenutosi a Roma il 21 ottobre 2008, preparatorio al III Congresso mondiale sullo sfruttamento sessuale dei bambini ed adolescenti di Rio de Janeiro. Recenti rapporti di Organizzazioni Internazionali forniscono dati assolutamente certi sulla circostanza che la prostituzione minorile, come forma di sfruttamento sessuale a fini commerciali, riguarda sia bambini che adolescenti di ambo i sessi che provengono principalmente da alcuni Paesi dell’Est europeo, Asiatici e dell’Africa. Questi minori spesso vengono ingannati con promesse di lavoro e avviati a seguire le stesse rotte dei loro connazionali maggiorenni. Le organizzazioni criminali, che sfruttano e controllano rigorosamente queste povere vittime, le fanno spostare in continuazione all’interno della stessa città o anche all’interno dei rispettivi confini nazionali. Le vittime, inoltre, sono obbligate a dichiararsi sempre maggiorenni e spesso, per essere avviate alla prostituzione, vengono violentate dagli stessi sfruttatori. In particolare, la tratta di minori a scopo di sfruttamento sessuale continua ad essere una delle attività più redditizie di reti criminali ben organizzate,

a) identificazione del soggetto attivo, esegesi del termine pedofilo: tipologie e profili.

Riguardo all'identificazione del soggetto attivo dei reati di pedopornografia, anche nel dibattito scientifico spagnolo³⁸ si procede ad una preliminare esegesi dello stesso termine di "pedofilo": distinguendo per tipologie e profili del soggetto attivo del reato. Secondo un certo approccio scientifico si include la pedofilia come manifestazione di una *parafilia* che, a sua volta, si inquadra come un disturbo sessuale e della stessa identità sessuale. Tradizionalmente, infatti, si è considerato il pedofilo come un pervertito o deviato sessuale che si sente attratto da minori di dodici-tredici anni che lo inducono a impulsi sessuali intensi e ricorrenti, fantasie o comportamenti che implicano oggetti, attività o situazioni poco abituali, che producono forme di molestia clinicamente significative e deteriori con conseguenze negative sulla sfera sociale, lavorativa o di altre aree importanti dell'attività dell'individuo. Le caratteristiche principali di codesta *parafilia* si riassumono nella presenza di ripetute e intense fantasie sessuali che, in via generale, inglobano: prima di tutto oggetti non umani; in secondo luogo la sofferenza e l'umiliazione di un unico soggetto o della coppia; infine di bambini o altre persone non consenzienti.

sebbene spesso vi siano singoli individui che prendono parte solo ad alcune fasi dell'operazione; alcuni di loro reclutano le future vittime nei Paesi di origine, altri ancora si occupano del trasporto dei bambini e degli adolescenti ed infine alcuni altri sfruttano le vittime anche nel Paese di approdo per lo sfruttamento. Queste fasi di cui si compone l' *iter criminis* e i ruoli dei trafficanti coinvolti possono anche sovrapporsi. Invece, nella fase del reclutamento, nei Paesi di provenienza, le vittime non sanno sempre che saranno sfruttate per fornire servizi sessuali; spesso vengono persuase che andranno a fare un lavoro rispettabile, in esercizi commerciali o nell'ambito della ristorazione. I trafficanti, quindi, operano in un contesto in cui ci sono tantissime persone che desiderano una vita migliore e detto stato di indigenza diviene la molla per indurre le vittime a fornire una qualche forma viziata di consenso iniziale al traffico e alla tratta delle persone. I minori vittime di sfruttamento sessuale sono sottoposti ad eventi stressanti: traumi legati alla condizione del Paese di provenienza (ad esempio guerra ecc.); traumi da abbandono familiare; trauma da migrazione; trauma da sfruttamento. Le conseguenze a breve e lungo termine dell'abuso sessuale e dei maltrattamenti costituiscono ferite psicologiche che influiranno in modo determinante sui diversi aspetti della loro vita futura. In questo contesto, peraltro, assumono un ruolo rilevante sia la produzione e diffusione di materiale pedopornografico, che il turismo sessuale a danno di minori, come forme di coinvolgimento, adescamento e sfruttamento a fini commerciali dei minori.

³⁸ In dottrina si vedano ECHEBURUA – GUERRICAECHEVARRIA, *Abuso sexual en la infancia: victimas y agresores*, Barcelona, 2000, *passim*.

La pedofilia, d'altra parte, è definita dalle stesse fonti scientifiche³⁹ come la realizzazione di attività sessuali con minori, in fase prepuberale, avendo il soggetto attivo del reato almeno sedici anni o più, e mostrare apparentemente cinque anni più del minore. Non di meno, se dall'osservazione dei dati statistici o scientifici si desume che, di norma, secondo quanto rilevato in una certa percentuale di casi, vi è una qualche fissità di dati riguardo all'età e alla stessa differenza di anni dei protagonisti delle vicende pedofile, non si può escludere che in concreto le differenze possano non sussistere o presentarsi in un modo diverso, senza con ciò poter escludere il carattere pedofilo della relazione.

Peraltro, i pedofili si sentono attratti sessualmente da minori di un'età e un sesso particolari, sicché in qualche modo il tipo di condotte sviluppate si basa, sostanzialmente, su una duplice caratteristica: azioni nelle quali non sussiste contatto sessuale con il minore⁴⁰, ovvero condotte di indole pornografica come sesso orale e penetrazioni, o utilizzazioni di oggetti vari.

Conformemente alla succitata concettualizzazione, pertanto, il termine pedofilo non deve essere circoscritto ai comportamenti orientati esclusivamente pornografici, bensì anche ad altre azioni od attività tendenti all'abuso sessuale di minori di età, o all'inserimento di costoro nelle reti della prostituzione.

Proprio su questo dualismo, una parte della dottrina spagnola⁴¹ si circoscrive uno schema generale osservabile nella relazione pedofilia/pornografia: *in primis*, il pedofilo manifesta una necessità di tenere condotte sessuali con una certa frequenza e con una grande capacità di agire simultaneamente o successivamente nei confronti di un numero considerevole di vittime; *in secundis*, l'individuo tende a far uso di fotografie o filmati riguardanti immagini di minori: dentro questa classe di materiale, emerge il carattere pornografico, utilizzato come strategia di giustificazione delle proprie deviazioni; ed infine esiste una tendenza a mantenere contatti tra pedofili, per interscambio di materiale, il quale comporta la proliferazione della diffusione di pornografia infantile su internet.

³⁹ Secondo quanto risulta dall'osservatorio dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, si definiscono gli atti pedofili come "comportamenti sessuali sviluppati da un adulto, di solito maschio, di almeno sedici anni o più, su bambini in età prepuberale, di almeno tredici anni, quanto tra entrambi vi sia una differenza di almeno cinque anni".

⁴⁰ Tali condotte consistono nel denudare i minori, osservarli, toccarli o esporsi nudo di fronte a loro.

⁴¹ Sul punto si veda l'opera di TAMARIT SUMALLA, *La proteccìon*, cit., pagg. 24 ss.

Una certa parte della dottrina spagnola⁴² distingue in modo analitico le fasi attraverso le quali si manifesta la condotta del pedofilo. Questa scansione progressiva dell'atteggiamento deviato di questi soggetti viene considerata una questione rilevante in vista della interpretazione stessa dei tipi legali vigenti nell'attuale art. 189 c.p., ad eccezione del nuovo precetto sul mero possesso di pornografia minorile. In una prima fase, nel pedofilo si nota la presenza di fantasie sessuali conformi alla *parafilia*, in particolare si osserva la presenza di pensieri di comportamenti sessuali compiuti con minori. Queste fantasie sessuali si dispiegano in un ampio arco di anni nei quali l'identità sessuale di questi soggetti suole svolgersi durante un esteso processo di tempo nel quale, a poco a poco, si compiono passi verso una maggiore rilevanza pratica della deviazione; in altri termini, in questa fase non si può parlare di un fatto in virtù del quale repentinamente l'individuo avverte un'attrazione verso minori di età con forme di manifestazione esterna, ma solo un momento di passaggio nel quale sorge e si consolida la fantasia.

In un secondo momento, compare la prima espressione della tendenza sessuale che viene manifestata mediante l'acquisizione di materiale pornografico infantile e nella quale i pedofili cominciano a collezionare esemplari di materiale per il proprio consumo.

In questa stessa fase, l'utilizzo di internet si configura attualmente non solo come un vero e proprio strumento di lavoro, informazione o comunicazione tra individui dispersi per tutto il pianeta, ma anche come mezzo per la commissione di illeciti penali, in particolar modo riguardo al comportamento specifico di pornografia minorile, rispetto al quale basta solo introdursi nella rete per poter avere accesso al materiale suddetto. Una volta che ci si sia procurati attraverso l'accesso il contatto con il sito pedopornografico, inizia la fase dello scarico di tutte le immagini possibili, e del salvataggio e conservazione del materiale stesso in cd, dischi o altri mezzi come lo stesso disco rigido dei computer.

Rimanendo all'interno di questa fase ancora intermedia, l'aspirante pedofilo non ha ancora preso contatto diretto o ancora indiretto con la sua potenziale vittima, ma ha solo posto le premesse per procurarsi gli strumenti che gli

⁴² Si veda, sul punto, MORILLAS FERNANDEZ, *Analisis dogmatico*, op.cit., pagg. 197 e ss.

serviranno per procedere alla vera e propria offesa alla dignità ed integrità sessuale dei minori. L'eventuale incriminazione di queste fasi prodromiche può essere effettuata con la tecnica dei reati di mera condotta o di pericolo che devono necessariamente situarsi in una fase preparatoria ed inizio di esecuzione della fase cosiddetta attiva dei delitti di pedopornografia. Tuttavia, non si può certo dire che questa fase del procacciamento e conservazione di materiale pedopornografico della sua stessa detenzione non abbia una sua rilevanza strumentale rispetto alla seconda fase aggressiva nei confronti dei minori stessi. E' necessario, infatti, far osservare che – e questa acquisizione è ben presente anche nella letteratura penalistica spagnola – l'*iter criminis* in cui si dipana il complesso fenomeno pedofilo attraversa fasi tutte necessarie e rilevanti, solo che occorre modellare le singole incriminazioni alle corrispondenti fasi di sviluppo dell'attività pedofila e pedopornografica.

Un' ulteriore fase di codesto sviluppo dell'attività pedofila che viene in considerazione, è quello relativo alla instaurazione di contatti con altri soggetti di tendenze sessuali simili, con i quali ci si scambia materiale pornografico infantile. E' proprio in questo preciso istante che inizia una situazione di inquietudine da parte del pedofilo molto prossima alla necessità di relazionarsi con individui di similari istinti sessuali, che lo porterà ad avviare la sua inclusione nel circuito dei contatti. Attualmente grazie principalmente all'esplosione di internet, la principale variante di questa modalità di esecuzione, si produce mediante i contatti instaurati tramite *chat-line*, canali attraverso i quali questi soggetti si pongono in contatto con altre persone di simili tendenze sessuali.

Questo meccanismo è abbastanza rapido da far sì che chiunque possa instaurare una connessione che produca immediatamente un procedimento di interscambio di documenti di queste attività, o informazioni che si possono ottenere tramite internet, fino a formare il complessivo materiale pornografico minorile. Tali operazioni producono un piccolo mercato illecito circa l'introduzione del materiale nuovo nel circuito di interscambio.

In questo stadio dell'attività pedofila è naturalmente implicita una costante circolazione di documenti pornografici di ingresso e ricezione dei quali si converte in un'attività routinaria che si converte in un processo in cui il pedofilo

ogni volta è sempre più selettivo nell'assecondare le sue inquietudini sessuali, fino a creare degli autentici archivi personali del materiale pornografico. Così si realizza un elemento integratore di questo circolo di soggetti che prima o poi, in relazione alla propria volontà o alla propria inclinazione esterna, si può manifestare nella possibilità di iniziare atti sessuali con minori e di realizzarvi corrispondenti materiali pornografici. In questo stesso momento iniziano le forme di accettazione o negazione delle proposte di intraprendere atti sessuali con fanciulli, attraverso una sempre più stretta forma di confidenza.

Sempre secondo un certo orientamento dottrinario⁴³ la fase successiva sarà realizzata nel momento in cui i protagonisti dei filmati di materiale pedopornografico cominceranno a fotografare minori in posizioni e parti del corpo o in compagnia di altri pedofili, che documentino i primi incontri; tale materiale andrà a formare un vero e proprio archivio, a disposizione di altri pedofili. Con la realizzazione di tali atti si comincia a manifestare un'attitudine selettiva al fine di elaborare un "proprio catalogo di immagini" in modo tale da realizzare una "galleria di trofei".

Infine, i casi più estremi di pedofilia realizzano atti di comportamento sessuale con minore o con rapporto individuale, ovvero in compagnia di altri soggetti, con i quali normalmente è stato instaurato un contatto in tutte le fasi precedenti appena descritte. Questo fatto rappresenta la realizzazione pratica della fantasia sessuale, di modo che, da una successione di fatti immaginari, si passi ad una situazione reale. Arrivati a questo punto dello sviluppo del comportamento incriminato, il soggetto attivo pone in essere una reiterazione delle menzionate condotte con altri minori di età, la cui *escalation* realizza una situazione incontrollata per il pedofilo che avverte la necessità impellente di soddisfare i suoi istinti sessuali, per cui la sua fantasia deve tradursi in realtà. Questa fase realizzativa comporta la consumazione dell'aggressione in un intervallo di tempo non determinato, per cui l'azione si traduce in un comportamento a circolo vizioso nel quale, paradossalmente, l'immaginazione sarà più cruda della realtà.⁴⁴

⁴³ Sul punto, si veda ancora l'analisi effettuata da MORILLAS FERNANDEZ, *Analisis dogmatico*, cit, pag. 203.

⁴⁴ Secondo ECHEBURUA e GUERRICOECHEVARRIA, *Abuso*, cit, pag. 15, la situazione abituale di abuso appare sempre secondo le seguenti azioni progressive: un inizio con carezze, un passo

In conclusione, l'elaborazione di un profilo generico del pedofilo non implica che tutti i soggetti che entrano nel circuito pedofilo debbano essere considerati delinquenti della tipologia delittuosa specifica, bensì è necessario segnalare le caratteristiche e i rischi più comuni che si osservano tra questi individui al fine di individuare i responsabili di delitti sessuali. Costoro costituiscono un gruppo molto eterogeneo in termini di condotta delittuosa, motivazioni, personalità, sintomi psicopatologici e altri fattori.⁴⁵

Come accade anche riguardo alla tipologia di autori di altri delitti, l'elaborazione dei profili o caratteristiche comuni apprezzabili nella figura del pedofilo, presentano un importante riflesso pratico, con la creazione di diverse associazioni o istituzioni pubbliche finalizzate ad assistere le vittime o a denunciare l'esistenza di tale problematica.

b) le vittime: minori, incapaci, i fattori di rischio e i rapporti vittima/aggressore

Riguardo al soggetto passivo di questi delitti, ragionando secondo tradizionali categorie penalistiche, nel dibattito spagnolo, questa figura si identifica con il titolare del bene giuridico leso, o posto in pericolo, al realizzarsi della condotta tipica. In materia di vittimologia, al contrario, non esiste, al contrario, un concetto unitario tendente a classificare la nozione di vittima del delitto per quanto sono diverse e variegata le distinte accezioni riferite a questa figura.⁴⁶ In questo senso, autorevole dottrina spagnola considera necessario distinguere tra il concetto di vittimologia e il diritto penale, posto che entrambi sono sostanzialmente differenti. In tal modo, rispetto ai concetti penali, per la prima, la vittima si identifica con qualsiasi soggetto che presenti alterazione fisico-psichica sofferta da una persona nei suoi diritti, definizione che si trae

successivo di atti di onanismo e successivamente il contatto di sesso orale; e, solo in alcuni casi, un'evoluzione fino alla penetrazione.

⁴⁵ In argomento si veda lo studio di BARBAREE, SETO, SERIN, AMOS, PRESTON, *Comparison between sexual and non sexual rapist subtypes*, in *Criminal Justice and behavior*, 21, 1994, pagg. 95– 114.

⁴⁶ Sulle diverse accezioni di vittima nella dottrina spagnola si può vedere MORILLAS FERNANDEZ, *Analisis criminologico del delito de violencia domestica*, Cadiz, 2003, pagg. 87 ss; RODRIGUEZ MANZANERA, *Victimologia*, Mexico, 1989, pagg. 66 ss; VEGA RUIZ de, *Las agresiones familiares en la violencia domestica*, Pamplona, 1999, pagg. 42 ss.

direttamente dal diritto penale⁴⁷. Mentre per il secondo, soggetto passivo è “il titolare di interessi giuridici lesi o posti in pericolo dalla condotta tipica realizzata dal soggetto attivo”.⁴⁸

Senza dubbio tale netta distinzione concettuale non tiene conto della diversità di ambiti in cui si muove la vittimologia che, invece, contempla altre accezioni. A tale scopo, nei significati più diffusi della dottrina vittimologica, che equipara la vittima al soggetto passivo dei reati, esistono altri Autori che, in base ad una prospettiva strettamente vittimologica, parlano della persona offesa da questi reati come di “quella persona fisica o morale che soffre un danno prodotto da una condotta antisociale, propria o altrui, anche se non sia il detentore dell’interesse offeso”.⁴⁹

Se si guarda, però, al contenuto della disposizione dell’art. 189 del Codice penale, in modo del tutto contrario alla maggior parte delle tipologie delittuose contemplate nel vigente testo punitivo, essa identifica la citata terminologia nella forma espressa dei minori di età e incapaci. Sarà, dunque, rispetto a queste due tipologie di soggetti che occorrerà procedere nell’analisi, per poi esaminare distintamente anche i fattori di rischio che detti soggetti corrono rispetto a condotte compiute nell’ambito della pedofilia.

Riguardo alla prima figura, nella nomenclatura dei “minori di età”, occorre includere, secondo il diritto penale spagnolo deducibile dalle norme civilistiche, tutte le persone minori di diciotto anni. In ordine alla possibilità di includere altre età, una posizione dottrinarica sostiene che la volontà del Legislatore è stata posta come limite generico che, al contrario, possa includere altre età, come nel caso consentito dagli artt. 181 e 183 del Codice Penale.⁵⁰ Nonostante l’esplicita previsione di legge, è opportuno affrontare la questione su quale debba essere l’ipotetico trattamento punitivo da adottare nei casi in cui l’età mentale del fanciullo superi quella di una persona di diciotto anni. Tale postulato si ingloberebbe nella classica dualità tra età fisica e mentale, suggerendo l’ipotesi di

⁴⁷ BUSTOS RAMIREZ – LARRAURI PIJOAN, *Victimologia: presente y futuro*, Barcelona, 1993, pagg. 17 e ss.

⁴⁸ Per tutti SAINZ CANTERO, *Lecciónes de derecho penal*, Tomo II, Barcelona, 1985, pagg. 233.

⁴⁹ RODRIGUEZ MANZANERA, *Victimologia*, Mexico, 1989, pag. 66.

⁵⁰ Sul punto GONZALEZ CUELLAR, *Artículo 185*, in CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Código Penal Comentado*, Barcelona, 2004, pag. 2250.

eliminare il primo requisito in favore dell'ultimo. Ad esempio, nel caso in cui un minore sia stato vittima di un delitto contemplato nell'art. 189 del Codice penale, la prima volta quando aveva meno di diciotto anni, e la seconda, invece, avendo superato tale età, in conformità con tale ipotetico postulato, non si potrebbe considerare integrata la fattispecie punitiva, poiché non sussisterebbe la lesione del bene giuridico. Tale affermazione verrebbe condotta sulla scorta del fatto che l'art. 189 c.p. protegge l'integrità sessuale nel senso di non soffrire interferenze da parte di terzi nel benessere psichico e nel normale ed adeguato processo di sviluppo della sessualità garantiti ai minori, e tale soggetto passivo, invece, avrebbe già raggiunto una corretta formazione e sviluppo della personalità, presupponendosi la sua capacità per scegliere liberamente le proprie azioni.

Tuttavia, si è pronunciato in senso opposto a tale ragionamento il Tribunale Supremo, il quale ha affermato la superiorità dell'elemento dell'età fisica rispetto a quella mentale.⁵¹ In conseguenza di ciò, si farà riferimento al criterio dell'età cronologica quando il soggetto passivo sia minore di età.

Altre questioni complesse riguardano la cosiddetta "pornografia tecnica", in cui la vittima apparentemente è una persona minore di diciotto anni⁵², ma in realtà ha superato tale limite di età: il comportamento deve, in questo caso, rimanere impunito, poiché non v'è stata lesione del bene giuridico protetto; o ancora, si consideri l'ipotesi contraria, in cui si realizza il fatto tipico, con errore sull'età del minore, ritenendo, cioè, che il soggetto passivo sia maggiorenne, quando in realtà non lo è. Infine, altra questione problematica è quella della "pseudopornografia" in cui si inseriscono fotogrammi o immagini di bambini reali in scene pornografiche, animate o no, in cui non sono intervenuti realmente soggetti minorenni, però si continua ad utilizzare i minori per tale turpe fine.

E', invece, diverso il caso in cui la vittima sia stato dichiarato incapace, secondo quanto recita l'art. 25 del Codice penale: "tutta la persona, sia stata

⁵¹ A tal proposito, si vedano, tra tutte, la sentenza del Tribunale Supremo 207 del 9 febbraio 1993, in *RJ*, 1993/1007, dove la Suprema Corte ha affermato che "la legge penale, quando stabilisce limiti di età, lo fa in un significato rigorosamente cronologico". Concordano con tale principio, altresì, le sentenze del 14 ottobre 1982, in *RJ*, 1982/5633, 3 maggio 1988, *RJ* 1988/3454 e del 1 giugno 1989, *RJ* 1989/5010. Inoltre, la recente pronuncia del Tribunale Provinciale delle Asturie 44/2003 del 27 febbraio 2003, in *JUR* 2003/123016, continua tale linea di pensiero, affermando che "bisogna lasciare al margine concetti propri della scienza psichiatrica".

⁵² E' opportuno ricordare come i documenti internazionali vogliano perseguire tali atti anche quando esistano dubbi sull'età del minore.

dichiarata o no la sua incapacità, patisca un'infermità permanente che le impedisca di governare su sé stessa o sui propri beni". Tuttavia, tale interpretazione autentica del Codice penale, confligge con quanto affermato dall'art. 199 del Codice civile, secondo cui "nessuno può essere dichiarato incapace fino ad una sentenza del Giudice, in virtù delle cause stabilite dalla Legge", intendendo come tali "le infermità o deficienze persistenti di carattere fisico o psichico che impediscano alla persona di governare se stessa". Si può osservare come la principale differenza tra i due testi di Legge consista nella necessaria pronuncia giudiziale che riconosca espressamente tale condizione.

Riguardo a tale dualismo di vedute, alcuni Autori hanno affermato che può essere considerata equivalente alla sentenza civile, una dichiarazione giudiziale.⁵³

Agli effetti penali, pertanto, si configurano due possibilità: la prima, che esista una sentenza che dichiari l'incapacità del soggetto, nel qual caso non esisteranno dubbi sulla qualificazione di soggetti passivi di tale tipologia di delitti; la seconda, in cui manchi una pronuncia da parte dell'Autorità Giudiziale, per cui sarà necessaria una perizia, che verifichi e accerti tali presupposti. Rientrano in tale categoria di soggetti passivi tutti coloro che siano maggiori di età e che non siano consapevoli della natura pornografica dei loro atti, a causa di una deficienza mentale o equivalente.⁵⁴

Per quanto riguarda i fattori di rischio, essi si possono situare anche in diverse condotte non circoscritte al vero e proprio abuso sessuale come forma di manifestazione esterna della pornografia minorile, e ciò anche facendo ricorso alla fattispecie dell'art. 181 del Codice penale. Si può fare menzione a tutti quei fattori o situazioni che generano un maggior rischio di vittimizzazione del minore in materia di pornografia infantile. E' stato sostenuto in dottrina⁵⁵ che "tutto quello che favorisce la vittimizzazione sono le condizioni o situazioni in cui versa un individuo che lo rendono incline a convertirsi in vittima". Tale affermazione non

⁵³ RODRIGUEZ PADRON, *Los delitos de utilización de menores incapaces en fines o espectáculos exhibicionistas o pornográficos, o para la elaboración de material pornográfico* in *Estudios de Derecho Judicial, Delitos contra la libertad sexual*, Madrid, 2000, pag. 27.

⁵⁴ Si veda, tra tutte, la sentenza del Tribunal Supremo del 21 marzo 2000 n. 456 in *RJ 2000/1479*, secondo cui "la vittima, prescindendo dalla pura espressione formale o apparente di accettazione della relazione sessuale, non ha prestato un autentico consenso, qualificabile come tale, perché la patologia di cui soffre, le fa escludere il sapere e il conoscere la trascendenza e la ripercussione della relazione sessuale"

⁵⁵ RODRIGUEZ MANZANERA, *Victimologia*, cit. pag. 98.

vuol dire che i soggetti che si possano raggruppare in questa categoria debbano essere vittimizzati, in quanto che, nella maggior parte dei comportamenti, non occorrerà che la probabilità divenga conforme a tali caratteri, bensì che tutte le persone che soffrono i fattori criminogeni non si convertiranno necessariamente in criminali; allo stesso modo, tutti gli individui che versino in situazioni vittimologiche, non si convertiranno inevitabilmente in vittime.⁵⁶

In conseguenza di quanto affermato, i principali fattori di rischio osservabili nella pornografia minorile possono essere raggruppati nel modo seguente.

Prima di tutto, l'età. Secondo una certa ricostruzione dottrinale spagnola⁵⁷, questo indice suole essere un denominatore comune praticamente nella totalità dei delitti che si possono relazionare con forme di debilitazione fisica o mentale nelle persone di anni diciotto o maggiori di sessantacinque. Senza dubbio, nella presente tipologia delittuosa specifica, le cui vittime hanno spesso meno di diciotto anni o sono soggetti incapaci di poter orientare il proprio comportamento in senso sessualmente libero, si possono individuare tutta una serie di fasi di sviluppo dell'individuo, che vanno dalla pubertà fino all'adolescenza. In queste diverse fasi di sviluppo, occorre distinguere i fattori di rischio, a seconda del grado di sviluppo perché diverse saranno le possibili forme di esposizione a pericolo. Tanto minore è l'età, tanto maggiore sarà infatti il grado di esposizione.

Dall'altra parte, è evidente che il grado di incapacità di intendere e di volere influirà allo stesso modo sulla possibilità di questi soggetti di essere coinvolti nel circuito perverso della pedofilia.

Sul punto una nota sentenza del Tribunal Supremo del 1998⁵⁸, a titolo di esempio, riproduce rispetto ai fatti illeciti provati, alcuni dei caratteri descritti in relazione all'età dei soggetti passivi, facendo riferimento agli individui che vengono fotografati, o che abbiano contatti o relazioni sessuali con minori di diverse età.

In secondo luogo, diversi studi⁵⁹ affermano che anche il genere maschile o femminile abbia una certa rilevanza. Infatti, si segnala una proporzione di due o

⁵⁶ STANCIU, *Les Droits de la Victime*, Parigi, 1985, pag. 52

⁵⁷ MORILLAS FERNANDEZ, *Analisis*, cit., pagg. 159 e ss.

⁵⁸ V. Tribunal Supremo 16 febbraio 1998 n. 195, in *RJ*, 1998, 1051.

⁵⁹ GIL, *Los delincuentes sexuales en las prisiones*, in LAMEIRAS-LOPEZ, *Sexualidad y salud*, Santiago de Compostela, 1997, VASQUEZ MEZQUITA-CALLE, *Secuelas postraumaticas en niños*:

tre bambine vittime di abusi sessuali intrafamiliari per ciascun bambino. La spiegazione data a codesto fenomeno si fonda sul fatto che la maggior parte degli aggressori sono uomini prevalentemente eterosessuali. Questa circostanza, infatti, deve essere apprezzata con una certa cautela, posto che esistono diverse tappe del periodo di evoluzione dei minori, nelle quali la condotta pornografia infantile aumenta e ogni volta di più diventa pericolosa la condotta posta in essere dalle stesse vittime.

Altro fattore di rischio che è stato chiaramente isolato si riferisce alla precaria situazione economica. Detto fattore, infatti, sviluppato a livello familiare, può incrementare la situazione di rischio per un duplice motivo: da un lato, come sostegno economico dei genitori; ciò avviene come controprestazione economico-materiale che i genitori accettano al fine di consentire che i minori possano essere fotografati o comunque inclusi in atti oggetto di materiale fotografico, che possa essere successivamente venduto e commercializzato. Dall'altro, come possibilità presentata al minore di ottenere beni o denaro che, in altro modo, non avrebbe potuto ottenere.

Ulteriori elementi di tal genere vengono considerati anche la crescita in zone degradate, nonché la ricerca di affetto o riconoscimento, ed infine gli stessi processi cognitivi.

Per ciò che concerne, invece, la relazione tra vittima e aggressore, una certa corrente dottrina⁶⁰ propone di considerare una serie di variabili incluse in due categorie: conoscenza e attitudine. Per quanto riguarda la prima, occorre considerare le variabili di conoscenza e non conoscenza, per considerare tutte le possibilità reali che possono instaurarsi tra entrambi i soggetti; al contrario, per ciò che concerne la esplicazione del concetto di attitudine occorre utilizzare i fattori dell'attrazione, del rifiuto o dell'indifferenza. Inoltre, le relazioni vittima – autore, possono anche distinguersi a seconda che sorgano in rapporti intrafamiliari, ovvero extrafamiliari. In questo secondo caso, si distingue ulteriormente tra forme di contatto con estranei, con semplici conoscenti, amici di famiglia, amici del proprio minore, persone che abbiano un particolare dovere di

análisis prospectivo de una maestra de casos de abusos sexual denunciados, in *Revista Española de Psiquiatría forense, psicología forense y criminología*, I, 1997, pag.14 ss.

⁶⁰ RODRIGUEZ MANZANERA, *Victimologia*, cit, pag. 130.

relazioni sociali con il minore (personale medico, professori, curatori, e tutti gli educatori del minore).⁶¹

In conclusione, si può osservare che i comportamenti pedofili possono originarsi da tutte le possibili ipotesi reali che non sono riconducibili ad un modello unitario di relazione tra vittima e carnefice, ma occorra accertare la circostanza in concreto e seguendo una serie di parametri particolari.

2.4. Le singole fattispecie incriminatrici.

Prima di tutto una premessa.

Anche riguardo alla legislazione penale spagnola, così come si può osservare riguardo alla normazione italiana, il panorama complessivo delle incriminazioni in tema di pedofilia e pedopornografia si è notevolmente arricchito di recente attraverso una serie di novelle che, sulla spinta di impulsi provenienti dalle Istituzioni internazionali per un più compiuto allineamento delle legislazioni nazionali interne ad un quadro normativo complessivo quanto più possibile omogeneo, che hanno innestato nel corpo del Codice penale nuove fattispecie incriminatrici.

Complessivamente, però, la normativa spagnola in tema di pedofilia e pedopornografia concentra tutte le fattispecie incriminatrici in un'unica disposizione: l'art. 189 del Codice Penale, che in quanto norma a più fattispecie, andrà separatamente considerato in relazione agli specifici titoli di reato.

a) l'utilizzazione di minori di età o incapaci con finalità esibizionistica o pornografica a scopo commerciale (art. 189.1 lett. a) c.p.)

La prima fattispecie incriminatrice che viene in considerazione è quella contemplata dall'art. 189.1 lett. a) Codice penale che punisce l'utilizzazione di minori di età o incapaci con finalità esibizionistica o pornografica a scopo commerciale⁶².

⁶¹ BOLEN, *Child sexual abuse. Its scope and our failure*, New York, 2001, 91 e ss.

⁶² Così GIMBERNAT ORDEIG, in GIMBERNAT ORDEIG e Altri, *Código Penal. Con concordancias y jurisprudencia*, Madrid, 2003, 481 e ss.

La vigente redazione del precetto trae origine dalla *Ley Organica 11 del 30 del Abril de 1999*, di modificazione del Titolo VIII del Libro II del Codice penale, e punisce le utilizzazioni di minori e incapaci con la finalità di spettacoli esibizionistici e pornografici, sostituendo l'originario art. 189.1 del Codice penale del 1995. Finalità chiara del Legislatore è stata quella di tipizzare tutte le possibili condotte di inizio della catena di distribuzione del materiale pornografico infantile, appunto, l'utilizzazione di minori o incapaci, l'elaborazione o finanziamento del materiale pornografico infantile.

Autorevole dottrina⁶³ riassume il contenuto della lettera a) dell'art. 189.1 del *Codigo penal* intorno alle seguenti condotte punibili: *in primis*, l'utilizzazione di minori di età o incapaci, con finalità relative a spettacoli esibizionistici o pornografici, tanto pubblici quanto privati; in secondo luogo, l'utilizzazione di minori di età o incapaci per elaborare qualsiasi tipo di materiale pornografico; infine, finanziare qualsiasi delle condotte riconducibili alle due ipotesi precedenti.

Rispetto alla prima delle condotte isolate, la nota caratteristica si riferisce alla punizione del soggetto che "utilizzi" minori o incapaci, che secondo una certa accezione⁶⁴ concerne la situazione in cui il soggetto attivo sia la persona che direttamente imponga al minore o incapace la realizzazione dello spettacolo o dell'attività pornografica.

Peraltro, la riforma operata per mezzo della *Ley Organica 15/2003* stabilisce, in via generale, una pena più severa che va dalla detenzione da uno a tre anni, alla detenzione da uno a quattro anni, nel caso in cui si riconoscano circostanze aggravanti speciali che implicano un notevole salto di qualità del potenziale punitivo.

Riguardo alle condotte incriminate, specificamente, nell'utilizzazione di un minore di età, non pare sufficiente che il minore stesso svolga un ruolo ausiliario nello spettacolo, vale a dire, per esempio, servendo bibite agli spettatori, bensì che precisamente intervenga in modo attivo al proprio spettacolo, che sia cioè parte di esso ovvero che il suo intervento abbia un contenuto sessuale. Per potersi parlare letteralmente di "spettacolo" è necessario un contatto visivo nell'azione compiuta

⁶³ COBO DEL ROSAL – QUINTANAR DIEZ, *Artículo 189*, in *Comentarios al Código Penal*, dirigidos por COBO DEL ROSAL, Tomo VI, Madrid, 1999, 757

⁶⁴ CANCIO MELIA', in RODRIGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1997, 547.

con esplicito contenuto sessuale, visibile dallo spettatore o dagli spettatori. Da questo punto di vista, in via di principio, non è consentita la sanzione penale rispetto a comportamenti nei quali il minore o l'incapace tiene semplicemente una linea telefonica erotica, se non a costo di un'evidente forzatura della lettera della Legge.⁶⁵

Riguardo alla seconda condotta, cioè quella relativa all'utilizzazione del minore di età o incapace per elaborare qualsiasi tipo di materiale pornografico, su qualsivoglia supporto tecnico che includa nastri magnetofonici, pellicole di video o qualsiasi altro formato in cui compaiano immagini del minore o dell'incapace come modello fotografico, incluso quello pittorico.

Per ciò che concerne, invece, qualsiasi tipo di finanziamento di tali attività, può sorgere il dubbio che sia sufficiente proporzionare mezzi economicamente valutabili che consentano comunque di compiere tali fatti (per esempio mettere a disposizione i mezzi di ripresa con cui vengono impresse le immagini, oppure mettere a disposizione il locale dove vengono effettuate le riprese) o se, al contrario, la fattispecie si riferisca solo all'esborso di denaro. Preferibile sembra negare una interpretazione estensiva della fattispecie per cui dovrà intendersi che solo contributo finanziario integri il tipo di reato, il che però non esclude che altri soggetti possano essere imputati mediante le disposizioni sulla partecipazione del reato o sulla complicità necessaria o no. L'equiparazione sanzionatoria del mero spettatore o dello sfruttatore si pone in relazione alla differente pena tra chi assiste ad uno spettacolo e chi possiede materiale di tal fatta. Si sostiene in dottrina⁶⁶ che queste differenze sanzionatorie tra i vari soggetti che in qualche modo partecipano al traffico illecito di materiale pornografico, meriterebbe una potenziale riforma legislativa. In particolare, si discute se occorra affermarsi che chi assiste a pagamento a spettacoli di tali caratteristiche, coopera alla verifica del tipo descritto nella lettera a) dell'art. 189.1 e, per conseguenza, è, come minimo, complice, posto che non si può negare che incrementa, con un giudizio *ex ante* il rischio che la condotta principale abbia luogo.

⁶⁵ Si esprime in tal senso, in dottrina, GOMEZ TOMILLO, *Derecho Penal sexual y Reforma legal. Analisis desde una perspectiva politico criminal*, in *Revista Electronica de Ciencia Penal y Criminologia*, 2005, 4, 27 ss.

⁶⁶ GOMEZ TOMILLO, *op. ult. cit.*, 28.

Accettata la definizione di prostituzione come interscambio di servizi sessuali in cambio di una controprestazione valutabile in denaro, si possono porre problemi di delimitazione per le condotte descritte nell'art. 187 del Codice penale e quelle contenute nell'articolo in esame, nel senso di utilizzazione di minori o incapaci con fini o in spettacoli esibizionistici o pornografici ed elaborazione o materiale della stessa indole. Tale problema può sorgere nella misura in cui il minore o incapace ottenga una controprestazione in termini economici per il suo intervento nello spettacolo o nell'elaborazione del materiale pornografico, sicché sarebbero presenti tutti gli elementi che integrano il concetto di prostituzione.

Il concetto di prostituzione di minori o incapaci e l'intervento in tal genere di spettacoli o l'elaborazione di materiale della stessa indole sono concetti giuridici che risultano assolutamente intersecanti, di modo che si pone una zona comune tra essi e una zona totalmente differenziata. La situazione di conflitto tra le due situazioni si può presentare nella zona comune quando per mezzo della controprestazione economica in realtà si ottiene una differente punizione articolate dal Legislatore tra un caso e l'altro. In tal modo, si conclude in dottrina, che ci si trova di fronte ad un concorso apparente di norme, che si può risolvere con l'applicazione del principio di specialità dei delitti descritti nell'art. 189 in esame rispetto a quelli riferibili a quelli dell'art. 187 Codice Penale.

b) traffico di pornografia minorile (art. 189.1 lett. b) c.p.)

Riguardo al traffico di pornografia minorile, l'art. 189.1 lett. b) descrive essenzialmente due condotte tipiche, derivanti dalla riforma del Codice penale del 1989.

L'art. 189.1 lett. b) primo inciso punisce la produzione, vendita, distribuzione, esibizione di materiale pornografico alla cui elaborazione abbiano partecipato minori o incapaci. Si intendo per partecipazione di minori o incapaci attività inequivocamente di contenuto sessuale, esclusi i ruoli di carattere secondario, connessi, per esempio, alla produzione cinematografica. A tali comportamenti tipici si aggiunge posteriormente l'agevolazione della produzione e delle altre condotte descritte del materiale pornografico. La dottrina, tuttavia,

considera peraltro parzialmente superflua tale precisazione in quanto la condotta di agevolazione era già punibile in base alle norme sulla complicità; senza dubbio, l'espressa considerazione della punibilità della condotta di agevolazione produce alcuni effetti: eliminare la necessaria sottoposizione al principio di accessorialità di tale condotta, e assicurare che si imporrà la pena all'autore del fatto.

L'art. 189.1 lett. b) ultimo inciso punisce, invece, il possesso di materiale pornografico nel quale intervengano minori o incapaci per la realizzazione di qualsiasi delle condotte ulteriormente descritte. Dal punto di vista interpretativo deve intendersi che quest'ultima specifica disposizione si riferisca al mero possesso di oggetti pornografici, di norma, fotografie, video e nastri magnetofonici, archivi informatici, tanto contenuti in dischetti come nel disco rigido del computer, dove intervengano minori o incapaci con l'intenzione, cioè, con l'elemento soggettivo del dolo finalizzato all'ingiusto profitto, e di procedere alla vendita di detto materiale, della sua distribuzione o esibizione per il tramite di internet o per mezzo dei canali abituali di distribuzione. In conseguenza di ciò non si include il materiale necessario per l'elaborazione di pornografia, come potrebbe essere per i nastri vergini, video senza contenuto, computer, ecc, tutti mezzi che servono per l'elaborazione ad esempio di film pornografici con l'intenzione di destinare detti mezzi a produzioni in cui intervengano minori o incapaci. Risulta invece superfluo l'inciso in base al quale è indifferente, ai fini della punizione della condotta, che il materiale tragga la sua origine da uno straniero o che l'autore sia sconosciuto.⁶⁷

c) le singole circostanze aggravanti (artt. 189.2 e 189.3 c.p.) introdotte in seguito alla Decisione Quadro n. 68/2004/GAI.

Il paragrafo 3 dell'art. 189 del Codice Penale contempla, in virtù della riforma operata dalla *Ley Organica 15 del 25 novembre del 2003*, un catalogo di ipotesi aggravanti la responsabilità penale del soggetto attivo che incorra in alcune delle condotte tipiche comprese nella prima parte della citata disposizione. Questa

⁶⁷ Sul punto si vedano MORALES PRATS e GARCIA ALBERO in QUINTERO OLIVARES, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Navarra, 2005, 990 ss. Vedi inoltre GOMEZ TOMILLO, *op. ult. cit.*, 31.

innovazione aveva come unico referente il paragrafo 189.2, oggi non più in vigore e sostituito da una circostanza attenuante (quella dell'uso proprio del materiale pornografico), che era stato introdotto mediante la *Ley Organica 11/1999* che imponeva un aumento di pena allorché il colpevole prendesse parte ad un'associazione o organizzazione anche di carattere transitorio che si dedicasse alla realizzazione di tali attività. Tale circostanza aggravante è oggi inserita alla lettera e) dell'art. 189.3.

Allo stato attuale le circostanze attenuanti risultano, quindi, tutte contenute nel nuovo articolo 189.3 introdotto dalla decisione quadro del 2004/68/GAI del Consiglio. Le circostanze aggravanti di questi reati presentano caratteristiche peculiari molto differenziate tra di loro: alcune hanno a che fare con le caratteristiche del soggetto passivo del reato (come quella dell'utilizzazione di minori di anni tredici), altre hanno a che fare con le modalità della condotta o con il suo oggetto materiale, ed in questa seconda categoria possiamo sistemare l'ipotesi del carattere degradato o vessatorio degli atti, ovvero l'utilizzazione di violenza fisica o sessuale come modalità di esecuzione della condotta, oppure la speciale aggravante del valore economico del materiale pornografico.⁶⁸

Un posto a parte, tra le circostanze aggravanti, merita la sesta ipotesi contenuta nell'art. 189.3 che risulta una delle principali innovazioni introdotta dalla *Ley Organica 15/2003*, anche se non contemplata espressamente nella decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio d'Europa.⁶⁹ Detta circostanza aggrava la responsabilità penale degli individui che abbiano una speciale relazione, di fatto o di diritto, con il minore, di modo che possano tra tutti i possibili soggetti ledere il bene giuridico tutelato; dette persone sono coloro che attentano con maggior forza la sfera di interessi delle vittime, posto che, come regola generale, hanno maggiori possibilità che la loro condotta sia lesiva del minore.

Il nuovo art. 189.3 lett. f) del Codice penale include come soggetti attivi l'ascendente, il tutore, il curatore, il badante, il maestro, o qualsiasi altra persona collegata di fatto o di diritto con il minore o incapace. Il fondamento di siffatta

⁶⁸ Per un'ampia panoramica di tutte le circostanze aggravanti contenute nell'art. 189.3, si veda MORILLAS FERNANDEZ, *Analisis dogmatico*, op. cit., 294 ss.

⁶⁹ DO L 13 del 20 gennaio 2004, 44 e ss.

aggravante, che si radica nello speciale dovere, che investe direttamente la posizione di garante, nella corretta formazione del minore. Questi soggetti attivi debbono, infatti, insegnare al minore e all'incapace di provvedere a sé stesso e di educarli e di orientarli verso un corretto sviluppo della propria persona, libero da ingerenze esterne. In definitiva, l'assunzione di posizione di garante che solitamente deve proteggere al meglio la sfera di interessi del protetto, viene a tal punto distorta da costituire un veicolo di facilitazione della commissione del reato sessuale proprio in virtù della vicinanza e dello stato di dipendenza dei minori o incapaci degli autori dei reati, asseritamente propri garanti.

d) elemento soggettivo e forme speciali di manifestazione della fattispecie incriminatrice.

Per ciò che concerne l'elemento soggettivo del delitto, una questione preliminare riguarda specificamente questi reati e si riferisce, come è ovvio, ai profili relativi all'imputabilità dei soggetti attivi del reato. E' pacifico, infatti, che i pedofili soffrano di anomalie o alterazioni psichiche tipiche, le quali, nella realizzazione dei fatti, dimostrano ansietà e fobia sociale che producono un deterioramento psicologico tale da essere la causa della commissione dei detti fatti. E' abbastanza evidente, infatti, che il movente dei reati di pedofilia è senza dubbio condizionato dal disturbo della personalità che, nella deviazione sessuale e nel pervertimento delle stesse inclinazioni sessuali, può assumere connotazioni decisive ai fini della commissione di detti reati. In altre parole, il motore dell'azione è sempre indotto da chiari disturbi della personalità di tipo transeunte o permanente che possono influire sulla stessa imputabilità del soggetto. Il profilo relativo alla non imputabilità, quindi, costituisce ad un tempo possibile motivo di attenuazione o esclusione della responsabilità penale, ma anche il fondamento stesso di un grave atteggiamento interiore del soggetto che fonda la stessa profonda illiceità del comportamento.

Peraltro si può distinguere in due connotazioni il comportamento sviluppato: da una parte, il pedofilo compie azioni nelle quali non esiste alcun contatto sessuale con il minore, mentre, dall'altro, vi sono comportamenti di indole

pornografica tale da realizzare atti sessuali violenti. Da questo punto di vista, la tipologia delle condotte può spiegare anche il livello di non imputabilità manifestato dal pedofilo.

Proprio in relazione all'influenza che la patologia sessuale spiega sui reati di pedofilia, ha indotto la giurisprudenza a segnalare come orientamento più consolidato, che la pedofilia può determinare l'applicazione di un'attenuante generica sempre e comunque quando risulta un grado lieve o moderato nella commissione dei fatti, che possa arrivare a comprendere addirittura una esimente completa o incompleta nei comportamenti più gravi allorché la condotta venga associata a un sintomo di psicosi o di situazione di passione debordante. Se, invece, non si prova che la alterazione della volontà dell'individuo non possa comportare l'applicazione di alcuna circostanza modificativa della responsabilità penale dell'autore può, come è stato deciso in diverse pronunce del Tribunale Supremo⁷⁰ nonché delle *Audiencias Provinciales*⁷¹, far ritenere che i soggetti afflitti da tale disturbo conservino integra la propria capacità di intendere e di volere in via di principio e quindi non influire sull'esclusione della colpevolezza.

Altre cause che possono influire sull'esclusione dell'imputabilità su questi tipi di reato, in conformità a quanto disposto dall'art. 20, secondo comma del Codice penale, sono lo stato di intossicazione piena per consumo di droghe, nonché, in base a quanto disposto dall'art. 20, terzo comma, l'ipotesi di alterazione della percezione che risalga alla nascita o all'infanzia e che mantenga gravemente alterata la rappresentazione della realtà.⁷²

Peraltro, sul punto, la dottrina penalistica ha individuato due elementi di base per valutare la citata causa di esclusione dell'imputabilità: uno biologico e l'altro psicologico⁷³, per i quali il lavoro del perito incaricato di esaminare il

⁷⁰ A tal proposito si vedano alcune sentenze del Tribunal Supremo. Per tutte: sentencia del 20 de abril de 1993 n. 907, in *RJ*, 1993, 3159; 24 de octubre de 1997 n. 1283, in *RJ*, 1997, 7610; 20 de junio de 1999 n. 971, in *RJ*, 1999, 5426.

⁷¹ Per esempio la decisione della Audiencia Provincial di Valencia del 28 de mayo de 2002 n. 67, in *RJ*, 2002, 191343.

⁷² Come segnalato da MUÑOZ CONDE – GARCIA ARAN, *Derecho Penal*, Valencia, 2000, 418, si tratta di casi in cui "l'esistenza di una situazione di incomunicabilità con il contesto sociale impedisce al soggetto di conoscere la norma che lo regola e, pertanto, motivarsi secondo la norma stessa".

⁷³ MUÑOZ CONDE – GARCIA ARAN, *op. ult. cit.*, 418 e s.

soggetto si troverà a verificare se realmente la situazione descritta possa o meno costituire una figura esimente.

Per ciò che concerne le forme di colpevolezza dei delitti di pedopornografia, la totalità della dottrina penalistica afferma che le fattispecie descritte nell'art. 189 del Codice penale abbiano natura dolosa⁷⁴. Più specificamente si afferma⁷⁵ che “l'elemento soggettivo è costituito dal dolo, che la dottrina maggioritaria afferma debba essere diretto, escludendo, quindi, il dolo eventuale e che debba abbracciare la rappresentazione della condizione del minore o incapace come soggetto utilizzato”. Allo stesso modo la giurisprudenza ha segnalato, con una pronuncia del Tribunal Supremo⁷⁶, che “la fattispecie penale non esige uno speciale elemento soggettivo di ingiustizia, bensì solo che concorra dolo o volontà nell'azione, qualsiasi sia la motivazione ultima che abbia spinto la gente a realizzare la condotta descritta nel tipo penale.

Invece, posto che in base alla disposizione generale contenuta nell'art. 12 del Codice penale, che richiede espressamente che le azioni od omissioni imprudenti sono punite solo allorché ciò sia espressamente preveduto come tale dalla legge, si conclude che, come richiesto dall'art. 189 del Codice penale, non è contemplata in detta disposizione nessuna fattispecie di caratteristiche simili, sicché debba concludersi per la irrilevanza penale del fatto colposo in questa tipologia delittuosa.

Altre forme di assenza di colpevolezza in questo settore vengono rinvenute nella pratica rispetto al caso fortuito, con speciale riferimento al semplice possesso di materiale pornografico infantile. In questi casi ci si riferisce al fatto che un soggetto acceda a determinate pagine di internet – come quelle di natura erotica, pornografica o di pirateria informatica ecc. – però sempre con un riferimento sessuale, che di norma si presenta di erotismo o pornografia adulta, e che per caso ci si imbatta in altre pagine che riguardano detta pornografia minorile. Tuttavia, si può affermare, però, che il fruitore incontra accidentalmente

⁷⁴ CUERDA ARNAU, *Los delitos de exhibición, provocación sexual y prostitución de menores*, in *Cuadernos de Derecho Judicial*, 7, 1997, 209; COBO DEL ROSAL – QUINTANAR DIEZ, *Artículo*, cit., 759; ORTS BERENGUER – ROIG TORRES, *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, Valencia, 2001, 135.

⁷⁵ CONDE – PUMPIDO FERREIRO, *Código Penal Comentado*, Tomo II, Madrid, 1997, 595.

⁷⁶ Sentenza del 10 de octubre de 2000, n. 1553, in *RJ*, 2000, 9151.

il materiale e non lo ha ricercato volontariamente, sicché il fortuito esclude la dolosità del comportamento.

Anche l'errore e l'inesigibilità possono costituire in questo settore cause di esclusione della colpevolezza quando correlate con le cause di devianza sessuale.

Per ciò che riguarda, viceversa, le forme di manifestazione del reato, poiché le ipotesi contemplate nell'art. 189 del Codice penale, costituiscono delitti di pura condotta, in via di principio non sembra lecito ammettere il tentativo in relazione alla consumazione dell'illecito penale. Senza dubbio, per le caratteristiche proprie delle fattispecie analizzate, tuttavia, il tentativo sembrerebbe compatibile con alcune delle condotte descritte nel traffico di materiale pornografico di cui alla lettera b) dell'art. 189. In concreto, parte della dottrina⁷⁷ porta, per l'astratta configurabilità del tentativo, l'esempio dell'individuo che introduce materiale pornografico infantile nella rete procedendo al suo ritiro prima che qualche possibile utilizzatore abbia avuto la possibilità di esaminarlo. Non di meno, si afferma che nei casi più frequenti l'ammissibilità del tentativo è esclusa.

A questa regola generale di valutazione del tentativo nei tipi legali contenuti nell'art. 189 del Codice penale, fa eccezione l'ipotesi contenuta nel delitto di omissione del dovere di impedire la continuazione dello stato di prostituzione o corruzione di minori o incapaci (comma 5 dell'art. 189 c.p.), anche se si tratta di un delitto di omissione propria del garante, per cui "quando si comincia ad omettere l'azione sperata, il delitto si è già consumato".⁷⁸

Il delitto di pornografia minorile contemplato nell'art. 189 Codice penale prevede una moltitudine di manifestazioni illecite, ciascuna delle quali presenta un momento consumativo proprio che corrisponde esattamente all'istante in cui si presenta l'offesa al bene giuridico tutelato. Trattandosi della maggior parte dei casi di reati di pura condotta, sia attiva che omissiva, tendenzialmente si può affermare che il momento consumativo coincide con la realizzazione completa della condotta che può consistere, rispettivamente, nella produzione, vendita o traffico di materiale pedopornografico, ovvero nella utilizzazione di minori nella realizzazione di spettacoli o esibizioni pedopornografiche, istante in cui, in effetti, si realizza l'offesa ad interessi quali la dignità del minore, la sua integrità

⁷⁷ ORTS BERENGUER – ROIG TORRES, *op. ult. cit.*, 135.

⁷⁸ COBO DEL ROSAL – VIVES ANTON, *Derecho penal, Parte General*, Valencia, 1999, 730.

sessuale, l'offesa al suo normale sviluppo sessuale, nonché altri gravi attacchi alla sfera sessuale delle vittime.

Molto anticipato, invece, risulta il momento consumativo del mero possesso di tal genere di materiale, nonché – come meglio si vedrà in seguito – nell'ipotesi della pedopornografia virtuale o pseudopornografia, fattispecie che presenta evidenti peculiarità di evanescenza del tipo che si riverberano inevitabilmente sul suo momento consumativo.

Per ciò che concerne, invece, autoria e partecipazione, autoria diretta o indiretta ovvero per autore mediato, o forme di partecipazione quali l'induzione, la cooperazione necessaria o la complicità, questi tipi di fattispecie presentano una serie di problemi che sono accentuati dalla circostanza specifica che si tratta spesso di fattispecie a realizzazione progressiva in cui, appunto, intervengono in sequenza diversi soggetti, ognuno in maniera autonoma o indipendente l'uno dall'altro, ovvero in concorso tra di loro. Nel primo caso, si tratta di rintracciare le coordinate della responsabilità individuale per azione od omissione, nell'altro, di isolare peculiari condotte di istigazione alla commissione dei delitti, oppure di individuare il preciso contributo causale offerto da ciascun partecipe: concorso morale o materiale.⁷⁹

Una questione particolare è posta dalla attività di prestatori di servizio o *providers*.⁸⁰ Il problema, infatti, non può porsi nel senso di obbligare il prestatore di servizio a controllare tutte le pagine o le connessioni appartenenti al suo dominio, attività certamente complessa se si tiene in considerazione la quantità di ricorsi – milioni – e la necessità di un intervallo temporale di controllo per provare e aggiornare il contenuto di tutto il materiale. Accanto ad un catalogo di sanzioni che rivestono una natura eminentemente amministrativa, non si esclude in alcuni casi di poter attribuire anche una responsabilità penale al prestatore di servizi. In questo senso, l'art. 11 della Legge 34 dell'11 luglio 2002 riconosce espressamente il dovere di collaborazione che hanno i prestatori di servizi attivati

⁷⁹ Diffusamente si è trattato di tale tema in dottrina; per tutti, si veda MORILLAS FERNANDEZ, *op. ult. cit.*, 392 e ss.

⁸⁰ MORALES GARCIA, *Criterios de atribución de responsabilidad penal a los prestadores de servicios de intermediarios de la sociedad de la información*, in MORALES PRATS – MORALES GARCIA, *Contenidos Ilícitos y Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de Internet*, Navarra, 2002, 197 e ss.

in Spagna con l'organo competente dell'amministrazione per interrompere o ritirare la prestazione di un servizio nel caso di utilizzazione di materiale pedopornografico.

La complessità delle incriminazioni contenute nell'art. 189 del Codice penale, con tutte le loro sfaccettature e similitudini, pone problemi di non poco conto riguardo alla materia del concorso di reati⁸¹. Si pongono, infatti, sia profili relativi al concorso apparente di norme, nel caso in cui ad un'unica fattispecie concreta corrispondano teoricamente più disposizioni normative, di cui una sola in concreto può essere applicata, oppure, all'inverso, che vi sia la possibilità di contestare una pluralità di reati. In tale contesto, peraltro, la nuova redazione data all'art. 74 del Codice penale attraverso la *Ley Organica* 15/2003, consente, in taluni casi, di riconoscere nell'esecuzione di più attività poste in progressione, anche la continuazione di reati, allorché si realizzi una pluralità di azioni od omissioni che offendano uno o più soggetti e infrangano il medesimo precetto penale o precetti disuguale o simile natura. In questi casi, la pena applicabile sarà della metà superiore della pena prevista per il reato più grave potendo arrivare fino alla metà inferiore della pena superiore in grado.⁸²

2.5. Conclusioni sull'adeguatezza precettiva e sanzionatoria del sistema penale spagnolo in materia di pedopornografia in relazione agli obblighi internazionali: in particolare, l'ipotesi della pornografia virtuale.

La riforma del 25 novembre del 2003 ha introdotto un nuovo comma, il n. 7 dell'art. 189 del Codice penale, che incrimina il reato di traffico di pornografia infantile virtuale. Detto precetto incrimina la condotta di coloro che “vendono, distribuiscono, esibiscono o facilitano con qualunque mezzo il materiale pornografico in cui, non essendo stati utilizzati *direttamente* minori o incapaci, tuttavia si impieghi la loro voce o immagine alterata o modificata”. La differenza di pena che intercorre tra tale fattispecie e quella delineata dall'art. 189.1 c.p., vale

⁸¹ In dottrina, sul punto, COBO DEL ROSAL – QUINTANAR DIEZ, *Instituciones de Derecho penal español, Parte general*, Madrid, 2004, 245.

⁸² MORILLAS FERNANDEZ, *op. ult. cit.*, 420 e ss.

a dire, nel primo caso la detenzione da tre mesi a un anno, congiunta con la pena della multa, e, nel secondo, la detenzione da uno a quattro anni che può addirittura elevarsi, nelle ipotesi più gravi, fino ad otto anni di reclusione, sottolinea la distanza in termini di disvalore complessivo delle due fattispecie che indica anche l'esiguo profilo di offesa che si desume da tale forma indiretta di pedopornografia.

Tale reato, infatti, detto anche di pseudopornografia, consiste nell'utilizzazione indiretta dei soggetti passivi qualificati, per realizzare le condotte incriminate. Il problema fondamentale di questa nuova figura di reato, è molto simile a quello che suscita la fattispecie di autoconsumo o mera detenzione di materiale pedopornografico per consumo proprio, così come delineato dall'art. 182 c.p.: infatti, mediante queste condotte non si lede, né si pone in concreto pericolo la integrità o la libertà sessuale dei minori o degli incapaci. Tali beni giuridici, cioè, verrebbero solo astrattamente messi in pericolo, apparendo come soggetto passivo l'intera collettività dei minori o degli incapaci, e non il singolo individuo coinvolto nelle immagini o nei suoni modificati.⁸³

In conseguenza di ciò, la condotta tipica consiste nella realizzazione da parte di colui che opera il montaggio di natura pornografico attraverso la manipolazione di immagini o suoni di minori o incapaci, il che richiede l'utilizzazione da parte dell'agente di artifici tecnici di "scarico", trasmissione o riproduzione degli stessi.

Ciò permette di concludere che detta figura attenta direttamente all'intimità e all'immagine di tali soggetti passivi, integrando la fattispecie dell'art. 197 c.p., disposizione che si accorda meglio in modo sistematico nei delitti sessuali di cui al Titolo VIII.⁸⁴

In relazione alla struttura del reato di pseudopornografia si può affermare che questo si basa sul presupposto che il minore non appare nella elaborazione del materiale pornografico originale, bensì si impiegano le sue immagini o la voce per manipolarla od inserirla nel detto materiale. In questo modo, si ottiene un risultato che presenta una certa prossimità con la pornografia nella quale siano, però, intervenuti minori. Da quanto esposto si deduce che nel delitto prima di tutto viene in considerazione il diritto alla propria immagine del minore rispetto alla

⁸³ Tale opinione è stata espressa dal Consejo General del Poder Judicial nella sua Relazione all'Antiprogetto della Ley Organica 15/2003.

⁸⁴ CARMONA SALGADO in COBO DEL ROSAL, *Derecho Penal Español. Parte especial*, 324 e ss.

sua integrità sessuale. In conseguenza di ciò, è irrilevante che il materiale ottenuto sarà o meno di forma percepibile come il risultato artificiale di una manipolazione informatica su immagini iniziali.⁸⁵

Peraltro, quelle considerate nella pseudopornografia non sono da includere in tutte le ipotesi della cosiddetta pornografia tecnica⁸⁶. Rimangono escluse, infatti, dal perimetro tipico le ipotesi denominate di pseudopornografia infantile, nelle quali non si utilizzano minori o incapaci, e nemmeno indirettamente nella elaborazione del materiale, posto che si ricorra ad artifici informatici o di altra indole (*maquillage*, ritratti di adulti) per ottenere il risultato.⁸⁷ Allo stesso modo rimangono anche fuori dalla fattispecie le ipotesi in cui le immagini manipolate siano appartenenti ad una persona maggiore di età. In tal caso residua solo la possibilità di far ricorso ai delitti contro la *privacy* e il diritto alla propria immagine, di cui al già citato art. 197.2 in combinato disposto con il comma 3 della medesima disposizione, sempre e allorché sussistano le circostanze descritte, e cioè, che l'immagine ottenuta o successivamente manipolata provenga da una base di dati riservati protetti dal diritto alla *privacy*, come può essere un personal computer.⁸⁸ Al contrario, rimarrà non punibile il fatto se l'immagine modificata viene divulgata in un luogo accessibile in tutto il mondo, ipotesi che non è per nulla complicata o irrealistica nel caso di personaggi pubblici.

In definitiva, questa figura di reato si presenta come una fattispecie autonoma che risulta caratterizzata dall'offesa ad un preciso bene giuridico – la dignità – e che si caratterizza anche per un'attenuazione della responsabilità penale, come già detto, nei confronti della fattispecie base dell'art. 189.1 c.p., differenziazione che si giustifica nel minor grado di lesività dell'azione costitutiva dell'illecito penale, in quanto offende in maniera indiretta o parziale il soggetto passivo.⁸⁹

⁸⁵ Sul punto si veda GOMEZ TOMILLO, *op. ult. cit.*, 35.

⁸⁶ Ancora il medesimo Autore sopra citato, GOMEZ TOMILLO, *op. e loc. ult. cit.*, 35.

⁸⁷ In dottrina BOLDOVA PASAMAR, *Art. 189*, in DIEZ RIPOLLES – ROMEO CASABONA, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Vol.II, Valencia 2004, 20, 22,71.

⁸⁸ In letteratura si veda DIAZ MAROTO, *Los delitos contra la intimidad, la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio* in *La Ley*, 1996, num. 4069, 2.

⁸⁹ MORILLAS FERNANDEZ, *Análisis dogmático*, *op. cit.*, 338.

In via generale, l'espressa considerazione della condotta "seguendo la stella dei trattati internazionali"⁹⁰, ad avviso della dottrina spagnola merita di essere valutata positivamente, eccezion fatta per l'ubicazione sistematica della figura, più vicina ai delitti che tutelano il diritto alla *privacy* o alla propria immagine.

3. Casistica giurisprudenziale e prospettive *de lege ferenda* nelle misure di contrasto alla pedofilia e pedopornografia in Spagna.

Se il quadro normativo spagnolo in tema di repressione penale della pedofilia e pedopornografia appare – come visto – in movimento, dettato anche dalle iniziative provenienti dalle istituzioni sovranazionali, non meno attiva è apparsa la giurisprudenza penale di questo Paese, in tema di delitti sessuali perpetrati contro minori.

Peraltro, molte delle pronunce sembrano riguardare più da vicino i delitti di prostituzione e corruzione di minori. Questo dato si spiega agevolmente col fatto che le forme di aggressione all'integrità sessuale e alla dignità della persona, risultano più afferrabili che non le incriminazione di recente introduzione relative alla categoria più evanescente della pedopornografia che, spesso, concernono offese a beni o interessi come il libero sviluppo della personalità del fanciullo nella sfera sessuale oppure la *privacy* che sono molto più difficilmente accertabili.

Per quanto riguarda l'incriminazione di utilizzazione di minori di età o incapaci per l'elaborazione di materiale pornografico (art. 189.1 lett. a) si afferma in giurisprudenza che la condotta deve incidere direttamente sui minori in quanto si suppone un vero e proprio attacco a beni personalissimi, in special modo la integrità sessuale dei minori. Si afferma inoltre che le fattispecie degli articoli 189.1 lett. b) che punisce il traffico di pornografia minorile, nonché l'ipotesi delittuosa di cui all'art. 189.2 sull'uso proprio di materiale pedopornografico proteggono l'integrità, la sicurezza e la dignità dell'infanzia in astratto, ampliando le sfere di protezione e punendo il mero pericolo inerente a condotte che possano istigare pratiche pedofile su concreti minori. Sicché si afferma ulteriormente che l'oggetto materiale del delitto sia il materiale pornografico nella sua interezza e

⁹⁰ GOMEZ TOMILLO, *op. e loc. ult. cit.*, 35.

che si possa dividere il titolo di imputazione in relazione al numero di minori che vengano coinvolti nelle pratiche di tal genere.⁹¹

Come si vede, anche rispetto ai delitti di pedopornografia, intesi in senso stretto, la giurisprudenza è sempre alla ricerca di un processo di concretizzazione del bene giuridico tutelato, che viene ricondotto a entità afferrabili come l'integrità sessuale e la dignità del fanciullo, e a precisare l'oggetto materiale su cui cade la condotta che viene riferita esclusivamente allo stesso materiale pornografico, peraltro riferito ai soggetti che vi vengono impressi, cioè i minori stessi. Anche in un'altra pronuncia, leggermente più risalente rispetto a quella appena considerata, si afferma che il bene giuridico protetto è l'integrità sessuale del minore, con una precisazione importante sul punto: si afferma che tanti sono i delitti, quanti sono i minori che furono offesi, ammettendosi in questo caso il concorso materiale di reati, mentre si configurerà il reato continuato allorché si compiano condotte nel tempo contro il medesimo minore.⁹²

Riguardo, invece, alla incriminazione di cui all'art. 189.4 Codice penale, che punisce il fatto di chi faccia partecipare un minore o un incapace ad un comportamento di natura sessuale che pregiudica l'evoluzione o lo sviluppo della personalità di costui, si sostiene, da parte dei Giudici di Legittimità spagnoli, che unico responsabile, come autore mediato, è colui che ha indotto il minore a partecipare al comportamento sessualmente mediato, e non il minore stesso.⁹³

Relativamente alle già citate fattispecie di cui agli articoli 189.1 lett. a) e b), in una pronuncia dell'*Audiencia Provincial* di Alicante⁹⁴ si afferma che nel caso di diffusione di fotografie per mezzo di internet vi è una duplice modalità commissiva del delitto, che consiste nella produzione, vendita, distribuzione o sua agevolazione di materiale pornografico in cui intervengano minori o incapaci,

⁹¹ Tribunal Supremo, sentenza n. 782 del 3 ottobre 2007, in *RJ*, 2007, 6289.

⁹² Fiscalía General del Estado, Consulta numero 3 del 29 novembre 2006, in *JUR*, 2006, 276272. Di recente, il Tribunal Supremo (sentenza n. 921 del 6 novembre 2007, in *RJ*, 2007, 8271) si è di nuovo pronunciato sulla configurabilità del delitto continuato di prostituzione e corruzione di minori in caso di possesso e diffusione di materiale pornografico infantile mediante società informatiche.

⁹³ Tribunal Supremo, acuerdo del 9 febbraio 2005, in *JUR*, 2005, 73176. Nello stesso senso si veda anche Tribunal Supremo, sentenza n. 422 del 4 aprile 2005, in *JUR*, 2005, 7478.

⁹⁴ Audiencia Provincial di Alicante (sección I) sentenza del 15 ottobre 2001 in *Actualidad Penal*, n.6 -4, 2002, 401.

ovvero, come minimo, come condotta relativa al “mero possesso” del citato materiale per la realizzazione di qualsiasi delle citate attività.

Di recente, nonostante le continue innovazioni legislative intervenute in Spagna sulle misure di contrasto al fenomeno pedopornografico, il Legislatore continua incessantemente a proporre progetti di riforma per migliorare il tenore delle fattispecie incriminatrici e renderlo più efficace rispetto ad un livello superiore di protezione dei minori. In particolare, si segnala un progetto di legge del 15 gennaio 2007 in cui si propone di modificare la lettera a) del comma 1 e la lettera b) del comma 3, e di aggiungere una lettera g) al paragrafo 3 e la modifica del comma 8) dell’art. 189.

La nuova disposizione dovrebbe essere modificata nella seguente maniera:
“1. sarà punito con la pena della detenzione da uno a quattro anni:

a) chi utilizza minori di età con fini o in spettacoli esibizionistici o pornografici tanto pubblici come privati, o per elaborare qualsiasi tipo di materiale pornografico, qualsiasi sia il suo supporto o finanzia qualsiasi di dette attività, o si arricchisca con esse.

3. saranno puniti con la pena da quattro a otto anni coloro che realizzino gli atti previsti nel comma uno di detta disposizione quando concorra alcuna delle circostanze seguenti:

b) quando la partecipazione del minore o incapace in spettacoli pornografici o esibizionistici siano state commesse mediante violenza o minaccia, o i fatti rivestano un carattere particolarmente degradante o vessatorio.

g) quando sia stata posta in pericolo la vita o l’incolumità del minore o incapace.

8. quando i delitti compresi in questo capitolo siano stati commessi nel quadro o in occasione delle attività della persona giuridica e si dichiari la sua responsabilità penale in conformità con quanto previsto dall’art. 31 *bis* di detto codice, e le si imporrà la pena della chiusura temporale dei suoi locali e stabilimenti da due a cinque anni”.

Come si vede, il Legislatore spagnolo si muove nella duplice direzione di cercare di precisare ulteriormente gli elementi tecnico normativi della fattispecie per una maggiore aderenza della norma penale alle molteplici e variegata modalità

di esecuzione di questi reati; dall'altro, si dirige verso un chiaro inasprimento delle sanzioni che non investe solo la persona fisica, bensì anche gli enti e le persone giuridiche. Sotto questo aspetto, quindi, si sottolinea ancor di più il crescente allarme sociale destato da codesti turpi crimini che richiede un inasprimento del carattere deterrente della sanzione penale.

In conclusione, nel dibattito scientifico spagnolo emerge con forza l'istanza di coniugare diritto penale e criminologia per contrastare il fenomeno pedopornografico, cercando di individuare quelle che vengono chiamate "*lineas calientes*" della problematica. Ci si riferisce, in particolare, alle comunicazioni via internet, telefoniche e via discorrendo, che debbono essere messe sotto controllo dalle autorità competenti individuando l'ubicazione dei siti web. Il contrasto alla pornografia infantile su internet è, nell'immaginario collettivo spagnolo, così come nell'agenda delle Autorità competenti e del Legislatore, come uno degli snodi fondamentali della lotta al crimine, esigenza che è sempre più avvertita negli ultimi anni come nuova ed insidiosa tipologia delittuosa che è il risultato della modernizzazione delle antiche forme di reato. Altro campo controverso di discussione rimane la penalizzazione di condotte di mero possesso, nel bilanciamento tra contrapposti interessi costituzionalmente garantiti, come si evince anche dal confronto con altri ordinamenti giuridici, sia di *civil law*, come l'Italia, così come di *common law*, quali il Canada e gli Stati Uniti.

Una recente proposta dottrina⁹⁵ individua una serie di aree di intervento per potenziare i mezzi di controllo sociale, formali e informali, col proposito di prevenire e punire il delitto. Prima di tutto si propone di potenziare il principio di cooperazione internazionale, dal momento che – come è apparso ampiamente evidente – la pornografia infantile, specialmente quella compiuta tramite internet, ha un carattere transnazionale. In tal senso, viene ritenuta decisa la cooperazione tra tutti gli Stati al fine di concentrare gli sforzi e di uniformare le tecniche e le misure di contrasto sin dalla predisposizione di meccanismi omogenei di funzionamento delle attività investigative. Assolutamente imprescindibile, sotto questo profilo, è ritenuta la creazione di unità speciali in ambito europeo, che

⁹⁵ MORILLAS FERNANDEZ, *Analisis dogmatico*, op. cit., 458 e ss.

potenzino la collaborazione tra le Polizie dei singoli Stati, oppure l'incremento dell'attività di Europol.

In secondo luogo, imprescindibile è anche considerata la questione dell'identificazione dei fruitori di internet, identificazione fisica dei fruitori della rete che serva per evitare la commissione di fatti illeciti commessi all'interno del web. A tal fine si propone l'obbligatorietà di introdurre la firma digitale per combattere determinate forme di delinquenza mediante internet.⁹⁶ Inoltre, una pratica ritenuta piuttosto efficace ultimamente è quella di introdurre l'uso di filtri per i servizi di internet, al fine di evitare che determinati contenuti integranti una pagina web, che normalmente possano essere riferiti per la congiunzione di parole – vale a dire in materia di pornografia infantile, prostituzione, rapporti con *teenagers*, minori nudi ecc, incontrino il limite alla loro pubblicazione su pagine web e quindi si possa evitare la loro diffusa esibizione su pagine web.

Infine, il tema della “*lineas calientes*” si ritiene debba essere messo sotto stretta sorveglianza da parte di corpi e forza speciali della sicurezza dello Stato, in maniera tale da poter consentire alla popolazione di comunicare l'esatta ubicazione di pagine di carattere pornografico infantile⁹⁷.

4. Le altre legislazioni penali in materia di pedopornografia dei principali Stati europei.

Si può affermare che nel panorama della legislazione internazionale, prendendo a punto di riferimento alcuni principali Paesi dell'Europa continentale, il problema della pedofilia venga affrontato da angolazioni a raggio piuttosto ampio, guardando sia alla prospettiva normativa che a quella giudiziaria. Occorre considerare, inoltre, che in molti degli Stati impegnati nella lotta alla pedofilia, il problema viene visto, preliminarmente, anche e soprattutto come un disturbo della sfera sessuale che debba essere trattato a livello psichiatrico. Di qui, negli ambienti medici e psichiatrici si seguono approcci di tipo biologico, come psicanalitico ovvero behaviorista, che conducono ad individuare come trattamenti

⁹⁶ Ancora il medesimo autore sopra citato, MORILLAS FERNANDEZ, *op. e loc. ult. cit.*

⁹⁷ Anche per questa proposta, si rinvia allo studio di MORILLAS FERNANDEZ, *op. e loc. ult. cit.*

centrali della problematica la castrazione chirurgica, l'ipotalamotomia stereotassica o la castrazione chimica, fino ad introdurre trattamenti di psicanalitico attraverso terapie di famiglia o di coppia allorché la pedofilia prenda le mosse da situazioni di violenza familiare.

In Belgio, dove questa problematica ha assunto toni drammatici anche in seguito ad eclatanti casi giudiziari (vedi Marcinelle), che hanno molto impressionato l'opinione pubblica internazionale, si è registrato da circa quattro anni un triste primato che vede la cifra non invidiabile del 60% della popolazione carceraria detenuta per violenza sessuale o comunque reati a sfondo sessuale, tanto che è stata introdotta tra le pene corporali "*Les peines (ou mesures de sûreté) de castration et de stérilisation*". Se pure è da considerare che si tratta di una sanzione che solitamente i giudici non pronunciano, alcuni avvocati hanno posto il problema che deriva dal fatto di sapere che si tratta di una misura che potrebbe comunque essere irrogata, con l'accordo dell'imputato, tra le prescrizioni della *probation* (messa alla prova) o come un'altra forma di *probation*⁹⁸.

Viceversa, il sistema penale olandese in tema di reati sessuali prevede tra le fattispecie incriminatici, il rapporto sessuale con un soggetto di età inferiore ai dodici anni, punito con la reclusione fino a dodici anni o con una pena pecuniaria (art. 244 c.p.); il rapporto sessuale consumato con un minore tra i dodici e sedici anni, attraverso atti osceni, sanzionato con una pena massima di otto anni di reclusione o una sanzione pecuniaria (art. 245 c.p.); l'induzione di un minore di diciotto anni a compiere o subire atti osceni, punito con la reclusione di un massimo di quattro anni o con la pena pecuniaria (art. 248 a) c.p.); compiere atti osceni con una prostituta di età compresa tra i sedici e i diciotto anni, punito con la pena della reclusione di un massimo di quattro anni o la sanzione pecuniaria (art. 248 b) c.p.); compiere atti osceni con figlio minore, un minore del quale si sia responsabili, o un minore che sia alle proprie dipendenze, punito con la reclusione fino a sei anni o con una pena pecuniaria (art. 249 c.p.); e, per quel che più interessa ai fini del presente lavoro, la produzione, diffusione e possesso di materiale pornografico concernente minori di sedici anni, punito con la detenzione

⁹⁸ KELLENS – PETERS, *Mesures et peines alternatives, Vade – Mecum Penologique*, Vol. I, UGA, 1997.

fino a quattro anni o la pena pecuniaria (art. 240 b) c.p.) ed infine l'induzione e lo sfruttamento della prostituzione minorile, punito con una pena fino a sei anni – fino a otto nel caso di minori di sedici anni – o con una pena pecuniaria (art. 250 a) c.p.). Come si vede, si tratta di uno strumentario piuttosto articolato e, talvolta, di un elevato carico sanzionatorio, specialmente con riguardo al grave fenomeno dello sfruttamento della prostituzione minorile.

In Francia nel solo 1998 si è registrato un numero di reati sessuali pari al 48% delle condanne pronunciate per violenza, con un raddoppio sostanziale del numero dei casi rispetto a quattro anni prima: si tratta di dati veramente impressionanti, se si pensa che un certo numero di abusi compiuti su minori avvengono all'interno del nucleo familiare. Per questo motivo, si è avuto un crescente irrigidimento e inasprimento delle sanzioni da parte della magistratura in fase commisurativa: in alcuni casi si è giunti ad infliggere addirittura sanzioni fino a sette anni di reclusione.

Posto che la legislazione penale francese ammetteva percorsi alternativi alla detenzione, con l'applicazione del regime della liberazione condizionale, la Legge del 17 giugno 1998, n. 98 – 468, ha cercato di porre riparo a questa possibile degenerazione del sistema, instaurando un preciso percorso socio – giudiziario, per i condannati a questo genere di delitti. Nello specifico, è stata introdotta una sanzione specifica che comporta l'obbligo del condannato di sottomettersi, sotto il controllo del *Juge d'application des peines (JAP)* a misure di sorveglianza ed assistenza. I giudici possono, inoltre, interdire ai condannati di avere rapporti con minori e ordinare loro di sottostare, previo parere medico ad un'ingiunzione di curarsi. Qualora sia imposto il trattamento da parte del Tribunale o della Corte d'Assise, la durata massima della cura è fissata in due anni in caso di "delitto" e in venti in caso di "crimine". L'inosservanza comporta la reclusione di due anni in caso di delitto e di cinque anni in caso di crimine.

In sede applicativa, la giurisprudenza francese ha confermato la sostanziale familiarità tra il disposto dell'art. 227 – 22 dell'attuale *Code Penal* e quello del precedente art. 334 – 2, relativi alla condotta oscena che coinvolga un minore, con la volontà di risvegliarne le pulsioni sessuali, applicando la pena della reclusione fino a dieci anni.

L'evoluzione normativa in Francia, a livello di contrasto, è culminata con la più recente novella legislativa costituita dalla *Loi* n. 2002 – 305 del 4 marzo 2002 sulla detenzione di materiale pornografico, intervento legislativo evidentemente motivato da obblighi di natura internazionale.

In Lussemburgo, l'art. 372 del Codice penale prevede il reato di attentato al pudore senza violenza su un minore di sedici anni, commesso in un istituto rieducativo statale, qualora la vittima sia di età inferiore ai dodici anni si applica una circostanza aggravante che comporta l'applicazione della pena di cinque anni di reclusione. Se le modalità della condotta sono costituite da violenza o minaccia, la pena è compresa tra i sei mesi e i cinque anni, ove la vittima sia in grado di consentire od opporre resistenza, nel caso di fatti compiuti su minori di anni quattordici, la pena è compresa tra i cinque e i dieci anni di reclusione.

Nell'ordinamento tedesco, al fine della valutazione della personalità dell'autore di reati sessuali a danno di minori, si è devoluto – come unanimemente riconosciuto dalla letteratura internazionale – ad un perito esperto il non facile compito di valutare la pericolosità o meno del detenuto in caso di decisione di rilascio dal carcere, ovvero da un istituto per l'esecuzione di pene detentive o di misure di correzione o sicurezza (cfr. §§ 463, 454 StPO)⁹⁹.

Poiché si era posto il problema, con particolare riferimento al procedimento istruttorio tedesco circa l'assenza di una cooperazione tra periti o consulenti tecnici per la prognosi in fase istruttoria o per la fase del dibattimento, nonché anche in relazione all'esecuzione di pene e misure di sicurezza, la questione è stata posta con particolare insistenza alla giurisprudenza penale tedesca. In seguito alla nota sentenza pronunciata dal Tribunale di Berlino del 1989¹⁰⁰, che ammise l'analisi del dna in un procedimento che vedeva imputato un soggetto per l'accusa di violenza sessuale, è intervenuto il legislatore con la Legge 7 settembre 1998 sull'accertamento dell'identità del DNA, che ha introdotto il § 81 g comma 1 StPO. Con questa nuova disposizione, è possibile procedere all'analisi del DNA al fine di identificare la persona in futuri procedimenti penali, ogniqualvolta – come

⁹⁹ Per tutta questa serie di informazioni si veda BALBO, *Pedofilia. Un primo approccio internazionale*, in *Cass. Pen.*, 2004, 2167 e ss.

¹⁰⁰ LG (Berlino), in *NJW*, 1989, 787 e ss.

confermato di recente dalla Corte Costituzionale tedesca¹⁰¹ - si tratti di particolari, gravi fattispecie, per il tipo oppure per le modalità di commissione del reato già oggetto di condanna, ovvero, per la pericolosità della persona già condannata oppure per altri dati noti, sussista un fondato motivo di ritenere che a carico della stessa persona possano in futuro iniziarsi nuovi procedimenti penali per i medesimi reati¹⁰².

¹⁰¹ BverfG, 2 BvR, 2061/00.

¹⁰² Ancora BALBO, *Pedofilia. Un primo approccio internazionale*, cit, 2172.

CONCLUSIONI

Alcune considerazioni di sintesi che emergono dalla comparazione tra vari sistemi giuridico penali che risultano dalla legislazione per la repressione dei fenomeni criminosi della pedofilia e della pedopornografia. Verifica della evoluzione delle iniziative della Comunità internazionale per contrastare detti crimini: dalla Conferenza internazionale di Stoccolma del 1998 a quella prossima di Rio de Janeiro del 2008

L'indagine effettuata ha dimostrato inequivocabilmente che il fenomeno criminoso della pedofilia e della pedopornografia è in continuo aumento e presenta caratteri di spiccata pericolosità.

Si può dire che l'incremento è di tipo quantitativo, come dimostrato dai dati statistici che testimoniano un indotto economico sempre più consistente ed un numero sempre più elevato di individui coinvolti. Da quest'ultimo punto di vista, l'incremento numerico concerne sia la quantità di pedofili che progressivamente si è affacciata sullo scenario criminale, che una serie di altri soggetti che costituiscono la categoria dei cd. "approfittatori". Costoro, sfruttando le pulsioni sessuali dei pedofili, intermediano con le vittime del mercato pedofilo, organizzano gli incontri, agevolano la distribuzione del materiale pedopornografico, predispongono iniziative turistiche volte alla fruizione di prestazioni sessuali con minorenni.

Il fenomeno è, come detto, in costante crescita anche dal punto di vista qualitativo, perché l'intervento di mezzi sofisticati come internet, le nuove vie telematiche, materiale pornografico sempre più sofisticato, comportano un autentico salto di qualità anche nell'utilizzazione dei mezzi che incrementano il mercato dei pedofili. E', questo, un segmento della pedofilia che più desta preoccupazione nel periodo presente, che è all'ordine del giorno nell'agenda del Legislatore interno e internazionale, che sempre più si preoccupa di introdurre strumenti e misure di contrasto via via sempre più avanzate che possano per lo meno tentare di contrastare la pedopornografia. Così si spiegano la Convenzione sui *Cybercrimes* nonché l'introduzione nelle legislazioni penali nazionali di incriminazioni quali la pornografia virtuale e il turismo sessuale. Iniziative che,

all'evidenza, rispondono a precise esigenze di allineamento della legislazione penale, almeno in Europa, in questa materia.

Il fenomeno criminoso in esame presenta, peraltro, una serie di incognite criminologiche e di tecniche normative di contrasto.

Prima di tutto, infatti, sul piano strettamente criminologico, si tratta di interrogarsi sia sul significato delle nozioni stesse di "pedofilia" e "pedopornografia", che sulla nozione delle stesse vittime di questi reati. Non vi è, infatti, un accordo né sulla nozione strettamente intesa di pedofilia, né tanto meno si è raggiunta una comune intesa sul significato da attribuire al concetto di pornografia. Se si tiene conto della circostanza che la nozione di pornografia è, per la sua connotazione sociologica, storicamente condizionata, si comprende la mancanza di accordi sul suo significato lessicale e tecnico giuridico, ciò che comporta diversi problemi sul piano della perimetrazione stessa delle problematiche. Anche il significato di pornografia virtuale, di mera detenzione del materiale pedopornografico, ma anche di concetto di utilità, di sfruttamento, di fruizione stessa del cd. servizio pedopornografico, attendono una comune definizione. Sul punto sarà la giurisprudenza che in seguito sarà impegnata a risolvere, come già ha iniziato a fare, tutta una serie di problematiche sul terreno del "diritto vivente".

La gravità del fenomeno considerato, inoltre, risulta pure dallo smisurato allargamento della platea delle vittime. A questo proposito, il *feedback* che si instaura tra autore e vittima assomiglia talmente alla "sindrome di Stoccolma", che risulta difficile riuscire, allo stato attuale, ottenere un ausilio minimamente efficace dalle vittime di tale orrenda criminalità.

Sindrome che, per giunta, impedisce una piena collaborazione della vittima già dalla fase delle indagini, determinandosi uno stato di omertà che certamente è alimentato anche dalla dipendenza economica delle piccole vittime dai propri carnefici.

Vi è, poi, da considerare che questo genere di criminalità, specialmente se riferita al commercio, divulgazione, distribuzione del materiale pedopornografico, anche virtuale, corre a velocità supersonica sulla rete o attraverso sofisticati canali di distribuzione, è molto difficile da contrastare da parte della Polizia Giudiziaria

e Postale. Si tratta, infatti, di essere molto tempestivi ed efficaci nell'intervento preventivo, obiettivo che diventa quasi impossibile raggiungere se non vi è piena collaborazione tra le Polizie dei vari Stati e in assenza di un coordinamento centralizzata delle attività investigative. Sotto quest'ultimo profilo è auspicabile che vengano, al più presto, introdotti meccanismi di semplificazione dell'acquisizione probatoria, di interscambio dei flussi informativi, e specialmente di formazione di personale specializzato che sia coordinato dal centro da agenzie di contrasto alla pedofilia di struttura internazionale. Agenzie e suoi distaccamenti locali di cui si auspica al più presto l'introduzione.

Gli interventi normativi che si sono succeduti negli ultimi anni sia in Italia che negli altri Paesi dimostrano una crescente sensibilità del Legislatore al problema, e tuttavia, ciò non si è tradotto sempre in un prodotto di tecnica legislativa all'altezza. Sul piano sostanziale è discussa l'introduzione della repressione della mera detenzione del materiale pedopornografico, nonché la punizione della pornografia virtuale. Sul piano processuale penale, l'aggancio della pedofilia alla criminalità organizzata di tipo transfrontaliero ha consentito la possibilità di applicare l'istituto del mandato d'arresto europeo ai crimini pedopornografici. Ciò non di meno il percorso intrapreso non è ancora stato completato ed è in corso una vasta opera di risistemazione di tutte le misure anticrimine pedofilo.

Sul piano più strettamente tecnico occorre osservare che i crimini pedopornografici hanno impegnato a fondo i Legislatori nazionali e sovranazionali nel continuo sforzo di adeguare le misure di contrasto all'evolversi di questa peculiare forma di criminalità.

La tecnica di incriminazione, infatti, risente della necessità di estendere progressivamente l'area della punibilità. Ma questa operazione di produzione legislativa ha un costo, perché sconta sovente difetti di determinatezza della fattispecie. Esempi di questa tecnica di incriminazione espansiva del penalmente rilevante riguardano la nozione di mera detenzione, che si muove tra minima offensività e incriminazione per il tipo di autore – il detentore, appunto, di materiale pedopornografico come tale da trattare come pericoloso pedofilo – nonché un concetto come quello di “utilizzo” che è andato progressivamente

a sostituire quello di “sfruttamento”, sempre alla ricerca di una possibilità ulteriore di penalizzazione di condotte che si situano in una sorta di “zona grigia”, tra comportamenti effettivamente pericolosi per i beni giuridici tutelati e mere inclinazioni sessuali distorte.

Anche il concetto di “pornografia virtuale”, introdotto nel sistema penale sulla spinta di pressanti iniziative internazionali, ha suscitato e continua a suscitare notevoli problemi sul piano applicativo; peraltro, le polemiche non hanno impedito che esso venisse adottato in diverse legislazioni nazionali. Questa tendenza della legislazione penale in materia pedopornografica, che impiega nozioni e concetti spesso evanescenti e volutamente indistinti, è chiaramente finalizzata ad allargare a dismisura le maglie del sistema penale, comportando, da una parte, problemi di indeterminatezza e, dall'altra, chiare ripercussioni sulla individuazione stessa delle oggettività giuridiche di tutela. Infatti, rispetto a forme di anticipazione della soglia di punibilità così accentuate, si ha di fatto la predisposizione di reati-ostacolo o a pericolo presunto che mettono a repentaglio il principio di minima offensività dell'illecito penale. Problemi di lesività esigua che sia aggiungono a quelli di determinatezza della fattispecie astratta, ma questo è l'evidente risultato di opzioni di politica criminale condizionate da forti impulsi di difesa sociale della collettività rispetto al pedofilo. Da questo angolo visuale, si può ben dire che questo settore della legislazione penale può, a buon diritto, essere annoverato tra quelli emblematici di un “diritto penale del nemico”, che in questo caso ha le sembianze del pedofilo, figura odiosa che va estirpata dalla società civile. L'obiettivo è senz'altro giustificabile, attesa la indubbia, intrinseca gravità dei fatti considerati, tuttavia si tratta di una questione di misura della tutela. Se si tratta di finalità senz'altro condivisibili, occorre pure considerare il modo con cui vengono perseguite. Si ha, talvolta, la sensazione, invece, che per il raggiungimento degli scopi di tutela, il Legislatore sia disposto a sacrificare consolidati principi costituzionalmente garantiti.

Il carattere transfrontaliero della criminalità pedofila ha, poi, richiesto l'innesto di una disposizione in deroga (art. 604 c.p.) che ha introdotto un sistema tendenzialmente universalistico della legge penale, data la spiccata tendenza anch'essa universalistica di questi illeciti ad assumere un connotato

transfrontaliero ed internazionalizzato. In questa direzione si può ormai ben dire che i reati in materia di pedopornografia e pedofilia possono essere in qualche misura considerati anche dei crimini internazionali frutto della globalizzazione e delle tendenze espansive della criminalità internazionale. Prova ne è che uno degli strumenti privilegiati della comunità di pedopornografia è divenuto l'uso di internet e delle ulteriori vie telematiche. L'espansione nell'applicazione della legge penale oltre i confini nazionali è un approdo ineludibile ma ciò non di meno questi meccanismi mettono a dura prova la reciproca sovranità statale se non vi è un consolidato sistema di cooperazione e collaborazione internazionale al crimine.

Si è poi ampiamente dimostrato che la criminalità pedofila, oltre che transfrontaliera, è anche agganciata alle attività delle associazioni criminali, che talvolta assumono il rilievo di una vera e propria imprenditoria criminale. Così si spiega la recente introduzione della nuova incriminazione del turismo sessuale, che serve proprio per intercettare tutti quei comportamenti di pseudo imprenditori che in realtà svolgono solo attività di intermediazione tra i pedofili e le potenziali vittime di questi reati.

Se si concorda su diversi aspetti della tecnica legislativa in materia di misure di contrasto alla pedofilia, notevoli discussioni hanno invece suscitato una serie di nozioni la cui adozione integra la fattispecie incriminatrice astratta: ci si riferisce, in particolare, alla nozione stessa di minore o di fanciullo.

Altri elementi normativi della fattispecie, o comunque socio-valutativi, come quello stesso di "pornografia" hanno richiesto e richiedono tuttora un costante lavoro ermeneutico al fine di pervenire ad una loro accezione condivisa dalla comunità internazionale.

Peraltro, profili problematici in sede interpretativa sono stati posti, specialmente dalla dottrina italiana, come già visto, anche dal raffronto tra i reati strettamente intesi di pedofilia e pedopornografia, da una parte, con il delitto di riduzione in schiavitù e, dall'altra, con i reati di violenza sessuale vera e propria.

Rispetto al primo profilo si è posto il problema di una autonomia dei crimini di pedopornografia dall'ipotesi più o meno principale di riduzione in schiavitù, con tutta una serie di considerazioni in ordine alla enucleazione dei beni giuridici

tutelati. Mentre il raffronto con i reati di violenza sessuale, si è posto con particolare riferimento alla nozione di offesa all'integrità sessuale del minore.

Un significativo dibattito, che è intervenuto particolarmente tra la dottrina italiana e spagnola, ha avuto ad oggetto l'individuazione precisa dei beni giuridici sottesi a questa incriminazione: dalla plurioffensività degli illeciti penali al raffronto tra fattispecie che tutelano uno o più beni affini, si è ritenuto di proporre una tesi che si basa su un'articolazione dei piani di tutela fondata sulla seriazione dei beni giuridici. Ciò mette bene in evidenza la progressione omogenea di offese ai beni giuridici tra loro finalisticamente collegati che movendo da beni strumentali ed indiretti, quali la moralità e la libertà sessuale, si orienta teleologicamente verso lo sviluppo psicofisico nella sfera sessuale e, specialmente, il diritto del minore a non essere sfruttato sessualmente per fini commerciali. E' questo l'interesse finale che più di tutti esprime la tutela penale del minore in questo settore unitamente ad altri beni pure rilevanti che sono stati più volte richiamati.

Dal raffronto tra le varie fattispecie introdotte dai Legislatori nazionali, in particolare italiano e spagnolo, si evince che un certo sforzo all'allineamento della legislazione penale in materia di pedopornografia e pedofilia, ha raggiunto un livello accettabile, ma senz'altro incrementabile, di tecnicismo.

Vi è inoltre da dire che il rafforzamento della tutela penale in questo settore è passato anche attraverso un evidente inasprimento di tutela anche delle misure di diritto processuale penale. Sul punto, ci si riferisce in particolar modo alla applicazione del mandato d'arresto europeo ai crimini di pedopornografia, nonché ai casi di deroghe alla disciplina dell'arresto facoltativo e obbligatorio nel caso di reati di pedofilia e pedopornografia; nonché, infine, alla previsione di casi di esclusione dal patteggiamento per determinate ipotesi di reato relative ai suddetti delitti.

L'analisi comparativa dell'esperienza giuridico penale di altri Paesi in materia di pedofilia e pedopornografia, ha messo in evidenza come numerose costanti problematiche, in particolare sulla nozione di pornografia, sull'identificazione dei soggetti attivi nei delitti in esame, sull'enucleazione della nozione di vittima di questi reati, e circa il concetto di utilizzazione dei minori

con finalità pornografica a scopo commerciale, nonché sul concetto di traffico di pornografia minorile, ha potuto far concludere per una sufficiente adeguatezza precettiva e sanzionatoria del sistema penale di vari Paesi nei riguardi del fenomeno pedofilo e pedopornografico. Tuttavia, il cammino intrapreso non è completo e necessita di ulteriori passi in avanti con l'obiettivo di allineamento della legislazione di incremento delle tecniche di prevenzione e repressione del fenomeno. Questi obiettivi, pur essendo ampiamente e diffusamente condivisi, non devono tuttavia far perdere di vista la tutela della garanzie fondamentali dell'individuo sottoposto a processo penale, anche se ritratta di un soggetto pericoloso ed altrettanto odioso per la collettività come il pedofilo.

L'evoluzione delle iniziative della comunità internazionale tese a contrastare detti crimini ha trovato un significativo approdo nella recentissima Conferenza internazionale di Rio de Janeiro della fine del 2008, dove molti dei profili critici che sono stati sollevati dal presente studio hanno trovato una significativa conferma.

Il mostro criminoso della pedofilia è una mala pianta che è cresciuta senza controllo nelle pieghe più infide e perverse della moderna società civile della globalizzazione, come tale va combattuta con ogni mezzo, considerandolo un grave crimine contro la comunità internazionale che richiede l'impiego di misure di contrasto transnazionali, che servano a combattere una forma moderna anche di criminalità organizzata transfrontaliera.

E' ciò tenendo sempre presente che il fine ultimo rimane quello della tutela dei più piccoli ed indifesi, i bambini.

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *Código Penal comentado con concordancias y jurisprudencia*, Madrid, 2003
- ALFONSO I., *Violenza sessuale, pedofilia e corruzione di minorenni*, Padova, 2004
- AMODIO E., *Il processo penale tra disgregazione e recupero del sistema*, in *L'Indice penale*, 2003, 457 ss.
- AMORE S., *Quei reati on-line: criminali nella rete*, Strasburgo lancia il manuale di difesa, in *Dir. e Giust.*, 2006
- ANAND S., *A Case for upholding the Child Pornography Law*, in *Criminal reports*, 1999, 312 ss.
- APRILE, *I delitti contro la libertà individuale*, 2006, 242
- AREZZO DI TRIFLETTI G., *Incisività del procedimento penale contro i reati di pedofilia e abusi sui minori*, in *L'Amministrazione italiana*, 660 ss.
- ARTS K. –POPOVSKY V., *International Criminal Accountability and the Rights of Children*, The Hague, 2006
- ATTOLICO L., *Pedofilia: terapia o condanna?*, in *Cass. pen.*, 2004, 3017 ss
- BALBO P., *Pedofilia. Un primo approccio internazionale*, in *Cass. pen.*, 2004, 2167 ss.
- BALDINI T. – GUALCO B., *Infanzia e abuso sessuale*, Milano 2000
- BARBAREE, SETO, SERIN, AMOS, PRESTON, *Comparison between sexual and non sexual rapist subtypes*, in *Criminal Justice and behavior*, 21, 1994, 95– 114.
- BEGHÉ LORETI A., *La tutela internazionale dei diritti del fanciullo*, Padova 2005

- BIANCHI M., *Il reato di detenzione di materiale pornografico minorile allo scrutinio della Corte suprema del Canada*, in *Il foro italiano*, 2005, 345 ss.
- BIANCHI M., *Il reato di detenzione di materiale pornografico minorile è incostituzionale? Riflessioni su un recente caso canadese*, in *Indice Penale*, 2005
- BLUGERMAN B. – MAY L., *The new Child Pornography Law: Difficulties of Bill C-128*, Toronto, 1993
- BOIX REIG, *Comentarios a la Legislación Penal*, t. XIV, vol. 2, Madrid
- BOLDOVA PASAMAR, *Art. 189*, in DIEZ RIPOLLES – ROMEO CASABONA, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Vol.II, Valencia 2004, 20, 22,71
- BOLEN, *Child sexual abuse. Its scope and our failure*, New York, 2001, 91 e ss.
- BRUNELLI D., *Bene giuridico e politica criminale nella riforma dei reati a sfondo sessuale*, in COPPI F. (a cura di), *I reati sessuali*, Torino, 2000
- BURKE D.D., *The Criminalisation of virtual Child Pornography: a constitutional Question*, in *Harvard Journal on Legislation*, 1997
- BUSTOS RAMIREZ – LARRAURI PIJOAN, *Victimologia: presente y futuro*, Barcelona, 1993, 17 e ss
- CADOPPI A., *Commento all'art. 3 (art. 600 ter, I e II comma)*, in *Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, a cura di CADOPPI, 4 ed., Padova, 2006.
- CADOPPI A., CANESTRARI S., PAPA M., *I reati contro la persona*, Torino, 2006
- CADOPPI A., *L'assenza delle cause di non punibilità mette a rischio le buone intenzioni*, in *Guida al Diritto*, 2006, 9, 37.
- CALVI A., *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*, Padova, 1967, 149 e ss.

CANCIO MELIA', in RODRIGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1997, 547.

CARMONA SALGADO, *Delitos contra la libertad sexual (II)*, in COBO DEL ROSAL, *Curso de derecho penal español. Parte especial*, Madrid, 1996, 290

CARUSO G., *Delitti di schiavitù e dignità umana: nella riforma degli artt. 600, 601 e 602 del codice penale: contributo all'interpretazione della L. 11 agosto 2003 n. 229*", Padova, CEDAM, 2005.

CASSAMALI L., *Pedofilia e pedopornografia: come cambia la normativa con la legge 38/2006, in relazione agli artt. 600-bis, ter, quater, quinquies c.p.*, in *www.penale.it*. 2006

CENTONZE, *Criminalità organizzata e reati transnazionali*, Milano, 2008

CIFALDI G., *Pedofilia tra devianza e criminalità*, Milano 2004.

COBO DEL ROSAL M., *Comentarios al Código Penal*, Madrid 1999

COBO DEL ROSAL – VIVES ANTON, *Derecho penal, Parte General*, Valencia, 1999, 730

COBO DEL ROSAL Y QUINTANAR DIEZ, *De los delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores*, in COBO DEL ROSAL, *Comentarios al Código Penal, Tomo VI*, Madrid, 1999, 691

COBO DEL ROSAL – QUINTANAR DIEZ, *Instituciones de Derecho penal español, Parte general*, Madrid, 2004, 245

COBO DEL ROSAL M., *Derecho Penal español, parte especial*, Madrid 2005

COCCO G - AMBROSETTI E.M. (a cura di), *I reati contro le persone*, Torino, 2006

COCCO G., *Può costituire reato la detenzione di pornografia minorile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 890 ss.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Codigo Penal Comentado*, Tomo II, Madrid, 1997, 595

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Codigo Penal Comentado*, Barcelona, 2004

CONTIERI *La congiunzione carnale violenta*, Milano, 1959

CORCOY BIDASOLO M., *Manual Pratico de Derecho Penal*, Valencia 2004

CORDERO P., *Considerazioni in tema di detenzione di materiale pedo-pornografico*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 1166 ss.

CUERDA ARNAU, *Los delitos de exhibición, provocación sexual y prostitución de menores*, in *Cuardenos de Derecho Judicial*, 7, 1997, 209

DE FRANCESCO G., *Legge 3 agosto 1998 n. 269. Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno ai minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù*, in *La Legislazione penale*, 1999, 94 ss

DELL'ORTO D., *Pedopornografia on line e indagini informatiche. Complessità e peculiarità tecnico-giuridiche della materia*, in *Cass. pen.*, 2007, 3042 ss.

DETRICK S., *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, The Hague, 1999

DI DONATO S., *Legge 6/2/2006 n. 38 "Disposizioni in materia di lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia anche a mezzo internet"*, *tra esigenze di tutela reali e offese virtuali*, in *Critica del diritto*, 2006, 68 ss.

DIAZ MAROTO, *Los delitos contra la intimidación, la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio* in *La Ley*, 1996, num. 4069, 2.

DIEZ RIPOLLES, *El derecho penal ante el sexo*, Barcelona, 1981

DIEZ RIPOLLES, *Comentarios al Codigo Penal. Parte Especial*, VOL. II, VV.AA., VALENCIA, 1985

DIEZ RIPOLLES, *El bien juridico protegido en un derecho penal garantista in Jueces para la democrazia*, n. 30, 1997, 17-18.

DIEZ RIPOLLES, *Trata de seres humanos y explotaciòn sexual de menores. Exigencias de la Union y legislaciòn española*, in *Revista penal*, n.2, 1998, 19

DIEZ RIPOLLES, *El objeto de protecciòn del nuevo derecho penal sexual*, in *Anuario de derecho penal*, num. 1999-2000, 51

DIEZ RIPOLLES – ROMEO CASABONA, *Comentarios al Codice Penal. Parte Especial*, Vol.II, Valencia 2004

DI FRANCO C., *La pedofilia. Aspetti psico-antropologici-criminali. Profili normativi*, in *Diritto & Formazione*, 2005, 121 ss.

DI LUCIANO F., *Lineamenti critici del reato di pedopornografia "virtuale"*, in *Cass. pen.*, 2006, 2627 ss.

ECHEBURUA – GUERRICAECHEVARRIA, *Abuso sexual en la infancia: victimas y agresores*, Barcelona, 2000.

ERAMO F., *Lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia anche a mezzo internet. Ombre e luci*, in *Famiglia e diritto*, 2007, 9 ss.

FERIA TINTA M., *Landmark Rulings of the Inter-American Court of Human Rights on the Rights of Children : protecting the most vulnerable at the Edge*, Leiden – Boston, 2008

FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale, Parte speciale*, Vol. II, tomo I, Bologna 2007.

FLORA, *La legge contro lo sfruttamento sessuale dei minori: profili di diritto sostanziale*, in *Studium Iuris*, 1999, 729 e ss.

- FORZA A., *La pedopornografia: tra giudizio morale, senso comune e pseudoscienza*, in *Rivista penale*, 2007, 481 ss.
- FREEMAN M., *Children's Rights a comparative Perspective*, Dartmouth, 1996
- GARCIA ALBERO, *El nuevo delito de corrupciòn de menores*, in *Delitos contra la libertad sexual*, Madrid, 2000, 209 ss.
- GARGANI A., *Legge 3 agosto 1998 n. 269. Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno ai minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù*, in *La Legislazione penale*, 1999, 99 ss.
- GIANNELLI P., *Valutazione e trattamento psicologico di soggetti con problematiche di pedofilia. Aspetti psicodinamici*, in *Rass. it. di criminologia*, 2005, 83 ss.
- GIL, *Los delincuentes sexuales en las prisiones*, in LAMEIRAS-LOPEZ, *Sexualidad y salud*, Santiago de Compostela, 1997
- GIUSTI R., *Il business della pedofilia*, in *Minorigiustizia*, 2006, 141 ss.
- GOMEZ TOMILLO, *Derecho Penal sexual y Reforma legal. Analisis desde una perspectiva politico criminal*, in *Revista Electronica de Ciencia Penal y Criminologia*, 2005, 4, 27 ss.
- GONZALEZ CUELLAR, *Articolo 185*, in CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Codigo Penal Comentado*, Barcelona, 2004, 2250
- GONZALEZ RUS, *La violaciòn en el Codigo Penal Español*, Granada, 1982.
- HELPER M., *Davvero indeterminato il concetto di pornografia, specie minorile?* in *Dir. pen. proc.*, 2004, 662 ss.
- HELPER M., *Sulla repressione della prostituzione e pornografia minorile. Una ricerca comparatistica*, Padova, 2007.

- JANNONE, *Infiltrati a rischio senza la specifica della condotta*, in *Guida al Diritto*, 2003, 35, 55.
- KELLENS – PETERS, *Mesures et peines alternatives, Vade – Mecum Penologique*, Vol. I, UGA, 1997
- LAMARCA PEREZ C. (a cura di), *Derecho Penal, parte especial*, Madrid, 2005
- LUPARIA L., *Le investigazioni informatiche in materia di pornografia minorile tra nuovi e vecchi abusi degli strumenti processuali*, in *Diritto dell'Internet*, 2005, 484 ss.
- MAFFEI M., *Tratta, prostituzione forzata e diritto internazionale*, Milano, 2002
- MANES V., *L'incidenza delle "decisioni-quadro" sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, in *Cass. pen.*, 2006, 1150 ss.
- MANACORDA, *Il Mandato d'arresto europeo nella prospettiva sostanzial-penalistica: implicazioni teoriche e ricadute politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 817.
- MANNA A. - RESTA F., *I delitti in tema di pedopornografia alla luce della l. 38/2006. Una tutela virtuale?*, in *Diritto dell'Internet*, 2006, 221 ss.
- MANNA A. (a cura di), *Reati contro la persona*, Torino, 2007
- MANNA A., *Considerazioni sulla responsabilità penale dell'internet provider in tema di pedofilia*. in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2001, 145 ss.
- MANNA A., *La delinquenza sessuale: profili relativi alla imputabilità ed al trattamento sanzionatorio*, in *L'Indice penale*, 2004, 885 ss.
- MANNA A., *Profili problematici della nuova legge in tema di pedofilia*, in *L'Indice Penale*, 1999, 47 ss.

MANTOVANI, *Diritto penale, Parte speciale, I, Delitti contro la persona*, 3 ed., Padova, 2008

MANTOVANI, *I delitti di prostituzione e di pornografia minorili*, in pubblicazione

MANZIONE D., *Consiglio d'Europa e cybercrime*, in *La Legislazione penale*, 2005, 305 ss.

MARANI S., *Delitti contro la persona: aggiornato alla legge 11.8.2003, n. 228 (Norme contro la tratta di persone), ed alla legge 6.2.2006, n. 38 (Disposizioni in materia di lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia a mezzo internet)*, Padova, 2007

MARCELLINO F., *Pedofilia: tra senso comune e nuove teorie psico-giuridiche*, in *il Foro ambrosiano*, 2004, 541 ss.

MARINELLI C., *L'attività dell'agente provocatore per il contrasto della pedopornografia: "straripamenti" investigativi e relative implicazioni processuali*, in *Cass. pen.* 2005, 2683 ss.

MARTINELLI D., *In tema di detenzione di materiale pornografico*, in *Giur. it.*, 2006, II, 1485 ss.

MENGONI, *Delitti sessuali e pedofilia*, Milano, 2008

MEZZETTI E., *I limiti spaziali della legge penale*, in *Commentario sistematico al Codice Penale. 1, La Legge penale*. dir. RONCO coll. AMBROSETTI – MEZZETTI, Bologna, 2006, 311.

MONTELEONE M., *Lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia nella l. 6 febbraio 2006 n. 38*, in *Giurisprudenza di merito*, 2007, 2196 ss.

MORALES GARCIA, *Criterios de atribución de responsabilidad penal a los prestadores de servicios de intermediarios de la sociedad de la información*, in

MORALES PRATS – MORALES GARCIA, *Contenidos Ilicitos y Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de Internet*, Navarra, 2002, 197 e ss.

MORALES PRATS e GARCIA ALBERO in QUINTERO OLIVARES, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Navarra, 2005, 285 ss.

MORALES PRATS, *Pornografía infantil e Internet: La respuesta en el Código Penal Español*, in *Cuadernos de derecho judicial, problemática jurídica en torno al fenómeno de internet*, Madrid, 2000, 199 ss.

MORILLAS FERNÁNDEZ, *Análisis criminológico del delito de violencia doméstica*, Cadiz, 2003, 87 ss

MORILLAS FERNÁNDEZ D.L., *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil.*, Madrid, 2005

MOWER A. - GLENN JR., *The Convention on the Rights of the Child International Law Support for Children*, London 1997

MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal parte Especial*, Valencia, 2004, 207 ss.

MUÑOZ CONDE – GARCIA ARAN, *Derecho Penal*, Valencia, 2000, 418

MUSACCHIO V., *La nuova normativa penale in materia di sfruttamento sessuale dei bambini e pedopornografia a mezzo internet*, in *Rivista penale*, 2006, 390 ss.

NATALINI A., *Pornografia minorile e “chat line”: rilevanza penale e spunti problematici della pedofilia sistematica*, in *Giur. It.*, 2003, II, 547 ss.

NEESON C.R., *Cybercrime*, in <http://cyber.law.harvard.edu>, 2001

NIGRO M., *Lotta contro lo sfruttamento sessuale dei minori e la pedopornografia: b) Le norme processuali e penitenziarie*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, 949 ss.

ORTS BERENGUER – ROIG TORRES, *Delitos informaticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, Valencia, 2001, 135.

ORTS BERENGUER, *Delitos contra la libertad y indemnidad sexuales*, in VIVES ANTON et al. , *Derecho penal, parte especial*, Valencia, 2004, 231e 291

PALERMO FABRIS E., *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale. Profili problematici del diritto all'autodeterminazione*, Padova, 2000.

PALERMO FABRIS E. – PRESUTTI A. (a cura di), *Diritto e procedura minorile*, vol. IV del *Trattato di Diritto di Famiglia*, diretto da ZATTI P., Milano, 2002, 1-41 e 43-79.

PALERMO FABRIS E., *Minori (Responsabilità penale dei)*, in *Dizionario di Diritto Pubblico*, diretto da CASSESE S., vol. IV, Milano, 2006, 3673 e ss.

PAVARINI, *Commento art. 600 C.P.*, in CADOPPI, (a cura di), *Commentario sulle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, Padova 2006, 8.

PECCIOLI A., *Lotta contro lo sfruttamento sessuale dei minori e la pedopornografia: a) Le norme penali*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, 939 ss.

PECCIOLI A., *Le norme penali*, in *Dir. Pen. e proc.*, 2006, 947.

PECCIOLI A., *Unione europea e criminalità transnazionale. Nuovi sviluppi*, Torino, 2005

PECORELLA C., *Il diritto penale dell'informatica*, Padova, 2000.

PICOTTI L., *Fondamento e limiti della responsabilità penale dei Service-Providers in internet*, in *Diritto Penale e Processo*, 1999, 379 e ss

PICOTTI L., *La responsabilità penale dei Service-Providers in Italia*, in *Diritto Penale e Processo*, 1999, 501 e ss.

PICOTTI L., *Il diritto penale dell'informatica nell'era di internet*, Padova, 2004

PICOTTI L., *La legge contro lo sfruttamento sessuale dei minori e la pedopornografia, in internet (L. 6 febbraio 2006, n.38)*, in *Studium Iuris*, 2007, 1059 ss. 1196 ss.

PISTORELLI L., *Attenzione spostata sulla perversione del reo*, in *Guida al Diritto*, 2006, 9, 51.

PISTORELLI L., in DOLCINI-MARINUCCI (a cura di), *Codice Penale Commentato*, vol. II, 2 ed., Milano, 2006, 4164

PISTORELLI L., *Colmate le lacune della pregressa disciplina*, in *Guida al diritto*, 2006

PITTARO P., *Le norme contro la pedofilia*, in *Diritto Penale e Processo*, n. 101/1998, 1222 ss.

PIZZEGHELLO S., *Pedofilia. Abusante e Abusato: quali trattamenti?*, in *L'Indice penale*, 2005, 775 ss.

POLAINO NAVARRETE, *Introducción a los delitos contra la honestidad*, Sevilla, 1975, 48 s

QUERALT JIMENEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, Barcelona, 2002, 109 ss.

QUINTEROS OLIVARES G. (a cura di), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, Cizur Menor, 2005

RAZZANTE R., *La nuova carta di Treviso. Aggiornato il codice di tutela per i minori*, in *Problemi dell'informazione*, 2005, 374 ss.

RESTA F., *La tutela penale del minore tra difesa sociale e incriminazione del "vicious behaviour". Riflessioni in tema di pornografia minorile*, in *Diritto & Formazione*, 2004, 1144 ss.

RESTA F., *Pornografia minorile: l'anticipazione dell'intervento penale e il difficile bilanciamento di interessi*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2003, 831 ss.

RIONDATO S., *Dal mandato di arresto europeo al Libro Verde sulle garanzie, alla Costituzione: spunti sulle nuove vie di affermazione del diritto penale sostanziale europeo*, in *Riv. trim. dir. pen ec.*, 2004, 1128 e ss.

RIONDATO S., *Osservatorio della Corte di giustizia delle Comunità europee. Nota a CGCE Grande Sezione, 16 giugno 2005 (causa C – 105/03)*, in *Diritto Penale e Processo*, 2005, fasc. 9, 1178-1180.

RODRIGUEZ MANZANERA, *Victimologia*, Mexico, 1989, 66 ss

RODRIGUEZ PADRON, *Los delitos de utilización de menores incapaces en fines o espectáculos exhibicionistas o pornográficos, o para la elaboración de material pornográfico* in *Estudios de Derecho Judicial, Delitos contra la libertad sexual*, Madrid, 2000, 27.

ROMANO B., *Profili penalistici dell'abuso sessuale sui minori*, in *Dir. Fam.*, 1998, 1567.

ROMANO B., *Voce Pedofilia* in *Digesto delle discipline penalistiche (aggiornamento)*, Torino, 2004, 619.

ROMANO B., *Sub art. 600*, in *Codice Penale Ipertestuale*, a cura di RONCO – ARDIZZONE, II ed., Torino, 2007, 2509 e s.

ROMANO B., *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, Milano 2007, 233 e s.

ROSENBLATT J., *International Conventions affecting Children*, The Hague, 2000.

ROSI, *La tratta di esseri umani e il traffico di migranti*, in *Cass. Pen.*, 2001, 291.

- ROSI, *L'elenco dei reati nella decisione sul mandato d'arresto europeo: l'UE "lancia il cuore oltre l'ostacolo"*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, 377 ss.
- ROSS J., *R. vs Sharpe and private Possession of Child Pornography*, in *Constitutional forum*, 2000
- RUSSO C., *In tema di prostituzione e tratta di donne e di minori*, in *Il Foro italiano*, 2002, II, 639 ss.
- SAINZ CANTERO, *Lecciónes de derecho penal*, Tomo II, Barcelona, 1985, 233.
- SANTORO V., *Mano pesante sul turismo sessuale infantile*, in *Guida al diritto*, 1998, n. 44
- SARZANA DI S. IPPOLITO, *Informatica, internet e diritto penale*, Milano, 2003, 384.
- SECCHI F., *Imputabilità e pedofilia*, in *Studium iuris*, 2004, 681
- SELLAROLI V., *I rischi per i minori nei nuovi mezzi di comunicazione di massa. La questione della pedofilia telematica*, in *Minorigiustizia*, 2006, 176 ss.
- STANCIU, *Les Droits de la Victime*, Parigi, 1985, 52
- STRUMENDO L., *Il Garante dell'infanzia e dell'adolescenza: un sistema di garanzia nazionale nella prospettiva europea*, Milano, 2007
- TAMARIT SUMALLA, *La Protección Penal del Menor Frente al Abuso y la Explotación Sexual. Analisis de las Reformas Penales en Materia de Abusos Sexuales, Prostitución y Pornografía e Menores*, Navarra, 2002, 58.
- TOBIN J., *Laying the Foundations for Children's Rights an independent Study of some Key legal and institutional Aspects of the Impact of the Convention on the Rights of the Child*, Florence, 2005

TOMASELLI S., *La ricerca di documenti su Internet: l'esempio della pornografia minorile nei codici penali degli Stati Uniti*, in *www.dirittoonline.it*

VASQUEZ MEZQUITA-CALLE, *Secuelas postraumaticas en niños: analisis prospectivo de una maestra de casos de abusos sexual denunciados*, in *Revista Española de Psiquiatria forense, psicología forense y criminología*, I, 1997, 14 ss.

VEGA RUIZ DE, *Las agresiones familiares en la violencia domestica*, Pamplona, 1999, 42 ss.

VENAFRO, *Commento all'art. 4 l. n. 269/1998*, in *Leg. Pen.*, 1999, 88.

VENEZIANI P., *Commento all'art. 600 septies c.p. in Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, 369 ss..

VERDOLIVA F., *Il processo penale minorile e "la nuova Costituzione europea"*, in *Legalità e giustizia*, 2005, 128 ss.

VISCONTI, *Riduzione in schiavitù: un passo avanti e due indietro delle Sezioni Unite?* in *Foro it.*, 1997, II, 313 ss.