



City Research Online

City, University of London Institutional Repository

Citation: Pelliconi, A. (2018). La pornografia minorile nella sfera privata e il reato di pedopornografia virtuale. Considerazioni critiche alla luce di Cass. Pen., Sez. III, Sent. N. 22265/2017. Giustizia - Rivista della Scuola Forense V. E. Orlando, pp. 1-8.

This is the accepted version of the paper.

This version of the publication may differ from the final published version.

Permanent repository link: <https://openaccess.city.ac.uk/id/eprint/22756/>

Link to published version:

Copyright: City Research Online aims to make research outputs of City, University of London available to a wider audience. Copyright and Moral Rights remain with the author(s) and/or copyright holders. URLs from City Research Online may be freely distributed and linked to.

Reuse: Copies of full items can be used for personal research or study, educational, or not-for-profit purposes without prior permission or charge. Provided that the authors, title and full bibliographic details are credited, a hyperlink and/or URL is given for the original metadata page and the content is not changed in any way.



GIUSTIZIA

Rivista della Scuola Forense
«Vittorio Emanuele Orlando»

LA PORNOGRAFIA MINORILE NELLA SFERA PRIVATA E IL REATO DI PEDOPORNOGRAFIA VIRTUALE CONSIDERAZIONI CRITICHE ALLA LUCE DI CASS. PEN., SEZ. III, SENT. N. 22265/2017

DOTT.SSA ANDREA MARIA PELLICONI

2018, GIUSTIZIA – Rivista della Scuola Forense «Vittorio Emanuele Orlando»

Distribuita su <http://www.giustizia.scuolaforenseroma.it> con licenza

Creative Commons Attribuzione - Non commerciale - Non opere derivate 4.0 Internazionale.





SOMMARIO– 1. *Introduzione - inquadramento degli artt. 600 ter, 600 quater e 600 quater.1 c.p.* – 2. *Incongruenza della motivazione della Corte di Cassazione sulla detenzione di materiale pedopornografico per uso privato con le norme sulla libera disposizione del proprio corpo* – 3. *Ratio della norma sulla pornografia minorile virtuale (art. 600 quater.1) e visione sistematica del codice penale* – 4. *Decostruzione del discorso general-preventivo.*

Questo contributo si concentrerà principalmente sul tema della pornografia minorile, in particolare sulle forme di pedopornografia cosiddette “virtuali”, calata nel contesto del dispositivo della sentenza Cass. Pen., Sez. III, n. 22265/2017. Non verranno invece analizzati i reati che prevedono il vero e proprio coinvolgimento di minori in attività sessuali (prostituzione minorile, atti sessuali con minori...), se non ai fini di un’analisi comparatistica sulle due discipline incriminatrici di tali fattispecie.

1. INTRODUZIONE - INQUADRAMENTO DEGLI ARTT. 600 TER, 600 QUATER E 600 QUATER.1 C.P.

L’articolo 600 ter del codice penale disciplina l’articolato contenuto delle varie ipotesi di pornografia minorile, punendo con reclusione e multa chiunque produca o commercializzi materiale pornografico con minorenni¹. Con pene pro-

¹ Articolo 600 ter Codice penale (R.D. 19 ottobre 1930, n.1398), Pornografia minorile: “È punito con la reclusione da sei a dodici anni e con la multa da euro 24.000 a euro 240.000 chiunque:

1) utilizzando minori di anni diciotto, realizza esibizioni o spettacoli pornografici ovvero produce materiale pornografico;

2) recluta o induce minori di anni diciotto a partecipare a esibizioni o spettacoli pornografici ovvero dai suddetti spettacoli trae altrimenti profitto.

Alla stessa pena soggiace chi fa commercio del materiale pornografico di cui al primo comma.

Chiunque, al di fuori delle ipotesi di cui al primo e al secondo comma, con qualsiasi mezzo, anche per via telematica, distribuisce, divulga, diffonde o pubblicizza il materiale pornografico di cui al primo comma, ovvero distribuisce o divulga notizie o informazioni finalizzate all’adescamento o allo sfruttamento sessuale di minori degli anni diciotto, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da euro 2.582 a euro 51.645.

Chiunque, al di fuori delle ipotesi di cui ai commi primo, secondo e terzo, offre o cede ad altri, anche a titolo gratuito, il materiale pornografico di cui al primo comma, è punito con la reclusione fino a tre anni e con la multa da euro 1.549 a euro 5.164.



gressivamente meno severe è punito invece chi contribuisca alla diffusione di tale materiale, chi lo ceda a titolo gratuito e chi assista ad esibizioni pornografiche che coinvolgano minorenni. Lo stesso articolo si occupa anche di fornire una definizione di pornografia minorile, da intendersi come «ogni rappresentazione, con qualunque mezzo, di un minore degli anni diciotto coinvolto in attività sessuali esplicite, reali o simulate, o qualunque rappresentazione degli organi sessuali di un minore di anni diciotto per scopi sessuali»². La categoria oggetto di tutela quindi riguarda qualunque minore degli anni diciotto. Inoltre, rilevano ai sensi della norma anche la mera rappresentazione di organi sessuali e la raffigurazione di soggetti minorenni in pose erotiche esplicite, anche quando non integrino atti sessuali veri e propri.

La ratio di tale norma, che risulta in ogni caso evidente, è stata esplicitata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, secondo cui l'art. 600 ter c.p. si prefigge come scopo quello di salvaguardare i minori da gravi e deprecabili forme di abuso sessuale, in modo da evitare che possano venire sfruttati o utilizzati «come mezzo, anziché rispettarli come fine e come valore in sé» (Cass. Sez. Un., Sent. n. 13 del 31/5/2000).

È evidente l'ampia tutela che il legislatore ha voluto attribuire in favore dei minori, con la specifica finalità di creare una norma in funzione non solo general-preventiva, ma anche, se vogliamo, 'general-educativa', così che l'asprezza delle pene previste per tali categorie di reati rifletta, da un lato, lo stigma sociale che caratterizza le vicende che coinvolgono la sfera sessuale dei minori e, dall'altro,

Nei casi previsti dal terzo e dal quarto comma la pena è aumentata in misura non eccedente i due terzi ove il materiale sia di ingente quantità.

Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque assiste a esibizioni o spettacoli pornografici in cui siano coinvolti minori di anni diciotto è punito con la reclusione fino a tre anni e con la multa da euro 1.500 a euro 6.000.

Ai fini di cui al presente articolo per pornografia minorile si intende ogni rappresentazione, con qualunque mezzo, di un minore degli anni diciotto coinvolto in attività sessuali esplicite, reali o simulate, o qualunque rappresentazione degli organi sessuali di un minore di anni diciotto per scopi sessuali.”

² Questa definizione, introdotta con la legge del 1 ottobre 2012, n. 172 (Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale), conferma quanto precedentemente esplicitato in via pretoria dalla prassi giurisprudenziale (Cass., Sez. III, 04 marzo 2010, n. 10981; Cass., Sez. III, 09 gennaio 2013, n. 5874; Cass., Sez. III, 20 novembre 2013, n. 3110), che aveva individuato due elementi essenziali della pornografia minorile: rappresentazione di una figura umana e atteggiamento sessuale della figura rappresentata.



si rifletta a sua volta (non si capisce) sulla percezione di tali vicende da parte della collettività, acuendo ulteriormente la sensibilità sociale attraverso quel meccanismo che induce naturalmente a considerare di particolare efferatezza quei reati che siano puniti più severamente. In altri termini, si è voluto dare un segnale forte così che la norma penale contribuisca a creare una cultura collettiva nella quale questi reati vengano percepiti sempre più come *aberranti* e riprovevoli, con la specifica finalità di creare un ambiente sociale in grado salvaguardare il benessere di bambini e ragazzi.

Proprio alla luce di ciò, il quadro incriminatorio a tutela della integrità sessuale dei minori e della loro immagine non si limita a chi prenda parte attivamente alla creazione e divulgazione di tale materiale, ma si estende anche ai meri fruitori. Il successivo art. 600 *quater* infatti colpisce chiunque detenga materiale pornografico realizzato utilizzando minori degli anni diciotto³. Rileva pertanto ai fini penali anche la mera detenzione. Non si tratta però di una responsabilità oggettiva, *prescindente* da qualsivoglia coscienza della natura pedopornografica dei materiali: la norma difatti richiede che la detenzione sia consapevole, non potendo rilevare penalmente la condotta di chi detenga tali materiali ignorando (con ignoranza scusabile) che le persone coinvolte siano minori. Questo accorgimento risulta in linea con quello che vedremo essere lo scopo del legislatore, ossia evitare che si fomenti una cultura di tolleranza per chi fa uso di pornografia minorile. È chiaro infatti che non corra questo rischio chi si avvalga di video pornografici nella convinzione che abbiano per protagonisti solo soggetti maggiorenni.

Ma questo accorgimento è forse l'unico *favor* accordato a chi si macchi di condotte che coinvolgano la pornografia minorile. Anche nell'applicazione pratica della norma, difatti, vi è generalmente una certa *durezza* nelle condanne relative

³ Articolo 600 quater Codice penale (R.D. 19 ottobre 1930, n.1398), Detenzione di materiale pornografico: “*Chiunque, al di fuori delle ipotesi previste nell'articolo 600ter, consapevolmente si procura o detiene materiale pornografico realizzato utilizzando minori degli anni diciotto è punito con la reclusione fino a tre anni o con la multa non inferiore a millecinquecentoquarantanove euro.*

La pena è aumentata in misura non eccedente i due terzi ove il materiale detenuto sia di ingente quantità.”



a questa fattispecie criminosa, e anche la giurisprudenza della Suprema Corte ha esteso progressivamente l'ambito di applicazione della norma fino a pervenire ad una nozione ampia di "detenzione" che ricomprensca anche i casi in cui essa sia, di fatto, cessata. È il caso ad esempio della cancellazione anche definitiva dei file pedopornografici dal personal computer. In un primo momento si è stabilito che integra il delitto di detenzione di materiale pedopornografico la cancellazione di file pedopornografici mediante l'allocatione nel "cestino" del sistema operativo del computer, dal momento che gli stessi restano comunque disponibili mediante la semplice riattivazione dell'accesso al file, mentre per i file definitivamente cancellati poteva, al contrario, dirsi cessata la disponibilità e, quindi, la detenzione (Cass. n. 24345/2015). Più recentemente invece si è giunti a ritenere che tale delitto sia integrato anche quando venga accertato il possesso di file pedopornografici successivamente cancellati in via definitiva dalla memoria accessibile del sistema operativo del computer, in quanto l'avvenuta cancellazione determinerebbe solo la cessazione della permanenza del reato e non, invece, un'elisione *ex tunc* della rilevanza penale della condotta per il periodo antecedente alla eliminazione dei file sino a quel momento detenuti (Cass. n. 11044/2017). Questa interpretazione risulta convincente, dal momento che si tratta di un reato istantaneo che si perfeziona nel momento della commissione del fatto, per cui il reato si consuma con la detenzione in un determinato momento.

Tale rigidità è riflessa anche nell'ulteriore e sempre più severa elaborazione normativa, che ha visto l'aggiunta dell'art. 600-*quater*.1, introdotto dall'art. 4 della l. 6 febbraio 2006, n. 38, al fine di potenziare la tutela dei minori estendendo la punibilità delle due norme precedenti (600 *ter* e 600 *quater*) anche ai casi in cui siano non siano realmente coinvolti individui minori, ma solo immagini create virtualmente⁴. Si tratta di un reato di pericolo concreto secondo il quale anche

⁴ Articolo 600 quater 1 Codice penale (R.D. 19 ottobre 1930, n.1398), Pornografia virtuale: "Le disposizioni di cui agli articoli 600 *ter* e 600 *quater* si applicano anche quando il materiale pornografico rappresenta imma-



le rappresentazioni meramente digitali di atti sessuali compiuti da o con minori assumono rilievo penale, nonostante nessuna persona concreta vi sia stata coinvolta, nel caso in cui siano sufficientemente verosimili e non manifestamente grossolane⁵. Questa disciplina incriminatrice, come non si è mancato di notare in dottrina, è risultata «foriera di incertezze interpretative e di dubbi di legittimità costituzionale»⁶ e presenta numerose criticità che la recente produzione giurisprudenziale non ha contribuito a risolvere.

Con la Sentenza n. 22265 del 13 gennaio 2017, la III Sezione della Suprema Corte è infatti giunta ad ampliare la portata di tale reato fino a ricomprendere anche i fumetti che rappresentino immagini pedopornografiche. È evidente che l'ambito di tutela tale norma non sia più circoscritto all'integrità e all'immagine dei minori coinvolti, ma si estenda fino a proteggere un bene corrispondente all'ordine pubblico e al buon costume, in virtù di considerazioni - morali - più generali e non più legate alla salvaguardia della vittima concreta (da cui si può evincere ancora più chiaramente la funzione "general-educativa" di siffatte incriminazioni). A riprova di ciò, nella stessa sentenza la Suprema Corte ha chiarito che il bene giuridico protetto dalla fattispecie incriminatrice di pedopornografica virtuale non si limita esclusivamente alla libertà sessuale del soggetto minore, ma include una interpretazione più ampia, «*da intendersi quale categoria di persone destinatarie della tutela rafforzata della intimità sessuale, incluso il rispetto delle diverse fasi del[lo] [...] sviluppo fisico e psicologico, da intendere come comprensivo dello*

gini virtuali realizzate utilizzando immagini di minori degli anni diciotto o parti di esse, ma la pena è diminuita di un terzo.

Per immagini virtuali si intendono immagini 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.

⁵ Come sancito espressamente dall'art. 600 quater.1, comma 2: "Per immagini virtuali si intendono immagini 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".

⁶ ANDREA CHIBELLI, *La Cassazione alle prese con il delitto di pornografia minorile virtuale: lo 'strano caso' della pedopornografia a fumetti*, Nota a Cass., Sez. III, sent. 13 gennaio 2017 (dep. 09 maggio 2017), n. 22265, Pres. Fiale, Rel. Rosi, Ric. Z. B., 27 giugno 2017, in *Diritto Penale Contemporaneo*, Contributo pubblicato nel Fascicolo 6/2017 (<https://www.penalecontemporaneo.it/d/5506-la-cassazione-alle-prese-con-il-delitto-di-pornografia-minorile-virtuale-lo-strano-caso-della-ped>).



*sviluppo della loro sessualità»*⁷. La Corte ha ritenuto infatti che la creazione e diffusione di simile materiale sia nocivo per l'ordinamento a prescindere dalla concreta lesione di una reale e specifica vittima, bensì alla luce di generiche considerazioni, ossia la loro idoneità in astratto a «*diffondere ed alimentare l'attrazione per manifestazioni di sessualità rivolte al coinvolgimento dei minori, ossia di persone che, a cagione della minore età, non hanno [...] quella maturità psicologica necessaria ad esprimere un valido consenso [...] alle attività sessuali*».

Da tale sentenza discendono due ordini di considerazioni, che si andranno di seguito ad esporre, con le quali si vuole gettare un dubbio sulla bontà della ricostruzione della Corte la quale, per quanto lodevolmente intenzionata all'imprescindibile e indiscutibile fine del supremo interesse del minore, presenta fallacie che non possono essere ignorate.

Innanzitutto, il ragionamento espresso dalla Corte presenta delle incongruenze interne con quanto sancito dal codice penale. La motivazione della Corte sulla pornografia minorile in generale si sarebbe infatti dovuta sviluppare in termini più chiari e coerenti con quanto stabilito dal codice sull'età per il consenso. In secondo luogo, per quanto riguarda più strettamente la criminalizzazione della pornografia minorile virtuale, vi è una seconda incongruenza tra la ratio attribuita dalla Corte e la collocazione sistematica della norma. In terzo e ultimo luogo, chi scrive fornirà ulteriori valutazioni personali concernenti l'opportunità in generale di criminalizzare la pornografia minorile virtuale da un punto di vista criminologico.

⁷ Ancora: «*I beni giuridici tutelati dalla fattispecie in oggetto sono invece da individuare nella intangibilità della personalità dei soggetti minorenni e nel rispetto dei tempi e modi di sviluppo della loro personalità, beni ai quali il legislatore ha inteso assegnare una tutela rafforzata, mediante la criminalizzazione di tutte quelle condotte che, rappresentandolo, esprimano la possibilità del coinvolgimento del minore in quelle attività sessuali in relazione alle quali, come già detto, i minori non sono in grado di prestare un valido consenso, tenuto conto del loro grado di sviluppo psicologico e di maturità relazionale*» (Cass. Pen., Sez. III, Sent. n. 22265/2017).



2. INCONGRUENZA DELLA MOTIVAZIONE DELLA CORTE DI CASSAZIONE SULLA DETENZIONE DI MATERIALE PEDOPORNOGRAFICO PER USO PRIVATO CON LE NORME SULLA LIBERA DISPOSIZIONE DEL PROPRIO CORPO

Appare innanzitutto evidente l'incongruenza tra le norme sulla detenzione di pornografia minorile, almeno per quanto riguarda l'uso privato e non commerciale, e quelle riguardanti atti sessuali e corruzione di minori, di cui agli artt. 609 *quater* e 609 *quinquies* cod. pen. L'affermazione della Corte, infatti, che i minori di diciotto anni «non hanno [...] quella maturità psicologica necessaria ad esprimere un valido consenso [...] alle attività sessuali», cade in contraddizione con l'età del consenso desumibile dal codice penale.

È difatti punibile ai sensi dei citati articoli chi compia atti sessuali con o in presenza di soggetti infraquattordicenni (o infrasedicenni, ma solo in caso di agenti qualificati quali i genitori, i tutori etc.)⁸. Chi intrattenga uno o più rapporti ses-

⁸ Articolo 609 *quater* Codice penale (R.D. 19 ottobre 1930, n.1398), Atti sessuali con minorenni: "Soggiace alla pena stabilita dall'articolo 609 *bis* chiunque, al di fuori delle ipotesi previste in detto articolo, compie atti sessuali con persona che, al momento del fatto:

1) non ha compiuto gli anni quattordici;

2) non ha compiuto gli anni sedici, quando il colpevole sia l'ascendente, il genitore, anche adottivo, o il di lui convivente, il tutore, ovvero altra persona cui, per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia, il minore è affidato o che abbia, con quest'ultimo, una relazione di convivenza.

Fuori dei casi previsti dall'articolo 609 *bis*, l'ascendente, il genitore, anche adottivo, o il di lui convivente, il tutore, ovvero altra persona cui, per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia, il minore è affidato, o che abbia con quest'ultimo una relazione di convivenza, che, con l'abuso dei poteri connessi alla sua posizione, compie atti sessuali con persona minore che ha compiuto gli anni sedici, è punito con la reclusione da tre a sei anni.

Non è punibile il minore che, al di fuori delle ipotesi previste nell'articolo 609-*bis*, compie atti sessuali con un minore che abbia compiuto gli anni tredici, se la differenza di età tra i soggetti non è superiore a tre anni.

Nei casi di minore gravità la pena è diminuita in misura non eccedente i due terzi.

Si applica la pena di cui all'articolo 609 *ter*, secondo comma, se la persona offesa non ha compiuto gli anni dieci."

Articolo 609 *quinquies* Codice penale (R.D. 19 ottobre 1930, n.1398), Corruzione di minorenni: "Chiunque compie atti sessuali in presenza di persona minore di anni quattordici, al fine di farla assistere, è punito con la reclusione da uno a cinque anni.

Salvo che il fatto costituisca più grave reato, alla stessa pena di cui al primo comma soggiace chiunque fa assistere una persona minore di anni quattordici al compimento di atti sessuali, ovvero mostra alla medesima materiale pornografico, al fine di indurla a compiere o a subire atti sessuali.

La pena è aumentata:

a) se il reato è commesso da più persone riunite;

b) se il reato è commesso da persona che fa parte di un'associazione per delinquere e al fine di agevolarne l'attività;

c) se il reato è commesso con violenze gravi o se dal fatto deriva al minore, a causa della reiterazione delle condotte, un pregiudizio grave.



suali, anche completi, con un minorenne consenziente che abbia compiuto almeno i quattordici anni, invece, non viola nessun dettato normativo penale e non è sottoposto ad alcuna sanzione. Se vi è, infatti, la presunzione assoluta che un minore di quattordici anni non sia in grado di prestare il proprio consenso all'attività sessuale, indipendentemente dal concreto sviluppo psicofisico del minore in questione, una volta superata tale soglia la presunzione cade e si ritiene, di converso, che il minore abbia pienamente raggiunto l'età per disporre liberamente del proprio corpo.

Per il legislatore dell'art. 609 *quater* la maturità per poter validamente prestare consenso ad attività sessuali si raggiunge quindi con il compimento del quattordicesimo anno d'età. Colpisce quindi *icto oculi* l'incoerenza con la giustificazione data alla proibizione di uso e detenzione di materiale pedopornografico (anche realizzato digitalmente) dalla Suprema Corte nella sopra citata Sent. n. 22265/2017, che si dice intenzionata a proteggere i minori di diciotto anni in quanto soggetti che, a causa della minore età, non hanno raggiunto la necessaria maturità psicologica per esprimere validamente il consenso alle attività sessuali. Stando alla lettera dell'esegesi teleologica data dalla Corte, infatti, sembra che questa abbia inteso inserire una seconda, diversa, presunzione assoluta di immaturità minorile, per la quale qualsiasi soggetto al di sotto dei diciotto anni non ha la capacità per acconsentire alle attività sessuali.

La Corte, per rientrare in un quadro di coerenza con la legislazione vigente, avrebbe dovuto parlare forse di immaturità per poter disporre della propria immagine in ambito sessuale, e non limitarsi genericamente a parlare di “età del consenso per le attività sessuali”. Alternativamente, avrebbe dovuto scindere le ipotesi di minori al di sopra o al di sotto dei quattordici anni. In altre parole la Corte, per restare coerente col dettato codicistico, aveva due opzioni: 1) sancire che ciascun minore di diciotto anni è sì sufficientemente maturo per compiere

La pena è aumentata fino alla metà quando il colpevole sia l'ascendente, il genitore, anche adottivo, o il di lui convivente, il tutore, ovvero altra persona cui, per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia, il minore è affidato, o che abbia con quest'ultimo una relazione di stabile convivenza.”



atti sessuali, ma, in virtù della propria minore età, non lo è per disporre della propria immagine e dare il consenso alla creazione di materiale pornografico; oppure 2) specificare che, quando menziona l'immatùrità dei minorenni per prestare il proprio consenso alle attività sessuali, si riferisce esclusivamente ai minori di quattordici anni – assodato che questo è quanto stabilito dal codice penale.

In ogni caso anche la prima ipotesi, che interpreterebbe la sentenza della Corte come affermazione che i minori di diciotto anni siano incapaci di acconsentire alla creazione di materiale pornografico che li ritragga, anche solo per quanto riguarda l'esibizione di organi sessuali, sarebbe quantomeno opinabile. Ne discenderebbe che, da un lato, l'età-soglia per prestare valido consenso a compiere atti sessuali, anche completi, sarebbe fissata a quattordici anni; dall'altro lato, l'età-soglia per prestare valido consenso a farsi raffigurare in pose erotiche esplicite, anche in privato, sarebbe fissata a diciotto anni. Questa distinzione potrebbe anche essere condivisibile per alcuni, che ritengano l'immagine più importante della sostanza, ma altri potrebbero argomentare che anche questa visione comporterebbe un'evidente incoerenza interna dell'ordinamento, nel momento in cui valuti il minore sufficientemente maturo per disporre del proprio corpo impiegandolo in attività sessuali complete, anche con adulti ben più attempati, ma al contempo non abbastanza maturo da potersi prestare alla creazione di materiale "hard", nemmeno nel privato. In pratica, si può fare ma non si può fotografare.

La seconda lettura della sentenza in questione (per quanto, si badi, ci si discosti dalla lettera della sentenza e si giunga probabilmente lontano dalla effettiva intenzione della Corte), sembrerebbe portare ad una conclusione radicalmente diversa e, più coerente. In quest'ottica, se l'obbiettivo è evitare la diffusione di manifestazioni di sessualità che coinvolgano non tutti i minori in generale, ma (solo) quei minori che non abbiano la maturità psicologica necessaria ad esprimere un valido consenso alle attività sessuali, stante l'art. 609 *quater*, tale età sa-



rebbe il compimento del quattordicesimo anno. Si potrebbe forse a tal fine distinguere tra “pornografia minorile” in generale, riguardante a tutti i minori di diciotto anni, e “pedopornografia” (secondo l’accezione etimologica, dal greco *pais, -es*), *relativa* ai minori di quattordici anni. Si dovrebbe pertanto escludere la rilevanza penale della detenzione di materiale pedopornografico non solo virtuale, ma addirittura anche reale, laddove si tratti di minori di diciotto ma maggiori di quattordici anni che siano consenzienti, criminalizzando solo la “pedopornografia” strettamente intesa, ossia raffigurante minori di quattordici anni. Questa interpretazione sarebbe, in un certo senso, più coerente con il dettato normativo relativo agli atti sessuali con minorenni, e potrebbe donare coerenza interna al quadro generale delle norme incriminatrici che implicano il coinvolgimento di minori.

Si aggiunga che la stessa Cassazione ha in un certo senso implicitamente confermato la capacità d’agire dei soggetti minorenni per quanto riguarda la rappresentazione di sé stessi in atteggiamenti pornografici, escludendo la configurabilità del reato di cui all’art. 600 *ter* in mancanza dell’elemento dell’alterità nella creazione del materiale pedopornografico. In altri termini, secondo la Corte il produttore del materiale pedopornografico deve essere persona diversa dal minore raffigurato, mentre deve escludersi il reato quando sia il minore, dopo essersi a ciò liberamente autodeterminato, a realizzare il materiale pornografico e a cederlo poi ad altri⁹. Nelle parole della Corte, «*alterità e diversità [...] non potranno ravvisarsi qualora il materiale medesimo sia realizzato dallo stesso minore - in modo autonomo, consapevole, non indotto o costretto*» (Cass. Pen., Sez. III, sent. n. 11675 del 18 febbraio 2016). Non commette quindi reato chi detenga materiale pornografico raffigurante minore di diciotto anni creato dal minore stesso. Tra l’altro, nulla dice la Cassazione, né tantomeno la norma, sulla finestra di età a cui si applichi

⁹ FEDERICO PICCICHÈ, *Cessione di selfie pedopornografici: la Cassazione esclude la configurabilità del reato di cui all’art. 600 ter, comma 4, c.p.*, Nota a Cass. Pen., Sez. III, 18 febbraio 2016 (dep. 21 marzo 2016), n. 11675, Pres. Amoresano, Rel. Mengoni, 15 maggio 2016, in *Diritto Penale Contemporaneo* (https://www.penalecontemporaneo.it/d/4731-cessione-di-selfie-pedopornografici-la-cassazione-esclude-la-configurabilita-del-reato-di-cui-all-a#_ftnref1).



tale principio. Parrebbe quindi che anche la detenzione di video o foto porno di un minore di quattordici anni sia legale, se è il minore stesso a crearli in autonomia.

Dato però per assodato che l'interpretazione da attribuire al dettato della Cassazione nella Sent. n. 22265/2017, secondo quella che appare l'intenzione della Corte, verta sull'insindacabilità della mancanza di maturità dei minori di diciotto anni per poter acconsentire a prestarsi alla realizzazione di materiale pornografico da parte di terzi, si perviene ad una situazione di evidente paradosso. In caso venisse confermata dalla giurisprudenza di merito la legalità della detenzione di materiale pornografico creato in autonomia da un minore anche infraquattordicenne, si verrebbe a creare la paradossale situazione per cui sarebbe legittimo e lecito possedere un selfie in posizioni discinte di un bambino di dieci anni, ma commetterebbe invece reato il diciottenne che scattasse una foto pornografica della propria fidanzata diciassettenne.

Appare invece opportuno segnalare la necessità che il dettato normativo si esprima in termini più chiari e precisi, così da evadere ogni dubbio su cosa sia moralmente accettabile e penalmente consentito, mediante una nuova definizione legislativa giurisprudenziale che chiarisca definitivamente i limiti di età per i quali si possa parlare di pedopornografia. Se, da un lato, è indiscutibile l'opportunità di incriminare la produzione e diffusione ai fini commerciali di materiale scottante che veda un minore come protagonista, per quanto riguarda la sfera meramente privata sarebbe invece necessario stabilire con chiarezza se e quando debba considerarsi reato la mera detenzione di materiale hard raffigurante un minore dei diciotto anni, ma maggiore dei quattordici, creato non dal minore stesso ma con il suo consenso, anche alla luce dei mutamenti nei costumi dell'odierna società italiana e della considerazione, anche in concreto, dello sviluppo psico-fisico del minore in questione.

Da ultimo, si sottolinea come una più chiara demarcazione della pornografia infantile non solo gioverebbe dal punto di vista della coerenza interna, ma sareb-



be anche in linea con la Decisione Quadro 2004/68/GAI dell'Unione Europea, di cui di seguito si parlerà più estesamente, laddove prevede l'esenzione della responsabilità penale per chi produca o utilizzi materiale pedopornografico prodotto impiegando minori consenzienti che abbiano raggiunto l'età per il consenso sessuale.

3. RATIO DELLA NORMA SULLA PORNOGRAFIA MINORILE VIRTUALE (ART. 600 QUATER.1) E VISIONE SISTEMATICA DEL CODICE PENALE

Un secondo ordine di considerazioni sorge dal confronto tra la ratio dell'articolo sulla pornografia minorile virtuale come illustrata nella sentenza della Suprema Corte, e la collocazione sistematica dell'art. 600 *quater.1* all'interno del codice penale.

Si è visto che la ragione sottesa alla decisione oggetto di dibattito consiste nel fatto che coloro che non solo producono e diffondono, ma anche detengono materiale pedopornografico virtuale, con le proprie condotte, alimenterebbero «l'attrazione per manifestazioni di sessualità rivolte al coinvolgimento di minori», mettendo in pericolo il bene intangibile della personalità ancora in formazione del minore; ivi, la rilevanza sul piano penale anche quando la pedopornografia venga realizzata senza utilizzare immagini di “minori reali”, dal momento che il bene giuridico oggetto di tutela non sarebbe soltanto la libertà sessuale del soggetto reale eventualmente effigiato, ma anche la personalità e lo sviluppo dei minori come categoria in generale¹⁰.

Questo punto è stato magistralmente spiegato dal Dott. Andrea Chibelli in “*La Cassazione alle prese con il delitto di pornografia minorile virtuale: lo 'strano caso' della pedopornografia a fumetti?*”, del quale si riporta uno stralcio significativo: «*La pronuncia in commento evidenzia come, in sede ermeneutica, è stata data alla fattispecie criminosa in questione un'ampia interpretazione, sviluppata sulla base dell'esegesi onnicomprensiva imposta dalla normativa sovranazionale di riferimento. [...] Da questo angolo prospettico, ad as-*

¹⁰ id.



sumere rilevanza penale quale immagine del minore impegnato in attività sessuali è dunque non solo la riproduzione di situazioni di 'fisicità pornografica', ma anche tutte quelle rappresentazioni che siano comunque idonee a dare allo spettatore e/o al lettore l'idea che il soggetto rappresentato sia un minore coinvolto in attività e pratiche sessuali. Eventualità che si verifica quindi anche dinanzi a riproduzioni artificiali che, sebbene siano il "puro frutto della tecnologia grafica e della fantasia sessuale dell'autore", appaiano cionondimeno realistiche. Anche in queste ipotesi, dunque, sarebbe ravvisabile l'effettiva potenzialità lesiva della condotta stigmatizzata dalla disciplina incriminatrice»¹¹.

La ricostruzione della Cassazione non risulta convincente: essa introdurrebbe un delitto senza vittima, in cui verrebbe a mancare l'elemento materiale dell'offensività del reato in quanto, attraverso un'eccessiva anticipazione della soglia di punibilità, non si punirebbe tanto il 'fatto' commesso quanto piuttosto l'atteggiamento o la pulsione 'immorale' della persona, sollevando non pochi dubbi di costituzionalità e ponendo problemi di proporzionalità e ragionevolezza del trattamento sanzionatorio previsto dal legislatore rispetto alle altre ipotesi criminose contigue¹².

A sostegno di questa critica alla sentenza della Cassazione vi sono validi elementi teleologici e sistematici. Innanzitutto, l'introduzione della norma in questione ad opera, come si è detto, dell'art. 4 della l. 6 febbraio 2006, n. 38, è frutto del recepimento Decisione Quadro 2004/68/GAI dell'Unione Europea nella quale la condotta è ricondotta al concetto di "*exploitation of a child*", ossia di sfruttamento¹³, implicante la negazione del valore assoluto e della dignità della persona, ridotta a mero strumento della soddisfazione dell'altrui volontà¹⁴; è chiaro che la nozione di sfruttamento presuppone l'abuso di una persona con-

¹¹ ANDREA CHIBELLI, *La Cassazione alle prese con il delitto di pornografia minorile virtuale: lo 'strano caso' della pedopornografia a fumetti*, Nota a Cass., Sez. III, sent. 13 gennaio 2017 (dep. 09 maggio 2017), n. 22265, Pres. Fiale, Rel. Rosi, Ric. Z. B., 27 giugno 2017, in *Diritto Penale Contemporaneo*, Contributo pubblicato nel Fascicolo 6/2017 (<https://www.penalecontemporaneo.it/d/5506-la-cassazione-alle-prese-con-il-delitto-di-pornografia-minorile-virtuale-lo-strano-caso-della-ped>).

¹² id.

¹³ DECISIONE QUADRO 2004/68/GAI DEL CONSIGLIO del 22 dicembre 2003 relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile.

¹⁴ V. A. MANNA - F. RESTA, I delitti di pedopornografia, alla luce della legge 38/2006, una tutela virtuale, in *Diritto dell'Internet*, 2006, p. 221 ss.



creta e reale, in alcun modo potendo rilevare la produzione digitale di immagini virtuali.

Questo punto merita ulteriori precisazioni. Vero è che Decisione Quadro 2004/68/GAI, all'art. 3, nell'invitare gli Stati membri ad adottare le misure necessarie affinché sia punibile come reato, tra le altre cose, anche il possesso di pornografia infantile, dandone una definizione ampia che racchiude in sé la pedopornografia reale («materiale pornografico che ritrae o rappresenta visivamente un bambino reale implicato o coinvolto in una condotta sessualmente esplicita, fra cui l'esibizione lasciva dei genitali o dell'area pubica»), la pedopornografia apparente (rappresentante «una persona reale che sembra essere un bambino implicato o coinvolto nella suddetta condotta») e la pedopornografia virtuale (rappresentante «immagini realistiche di un bambino inesistente implicato o coinvolto nella suddetta condotta»). È altresì vero però che lo stesso articolo al comma successivo introduce immediatamente le eccezioni, prevedendo la possibilità per lo Stato membro di esentare dalla responsabilità penale le condotte connesse con la pornografia infantile qualora si tratti di pedopornografia apparente prodotta con persona maggiorenne, di pedopornografia reale o apparente prodotta per usi privati con minori che abbiano raggiunto l'età del consenso, nonché di pedopornografia virtuale, in ogni caso, purché ne sia fatto uso privato. Si aggiunga che la successiva Direttiva 2011/92/UE del 13 dicembre 2011 ha espunto definitivamente espunto il riferimento ai bambini “inesistenti” e, in ciò, sottratto le rappresentazioni palesemente artificiali dalla fattispecie delittuosa. Ciò sembra dimostrare ancora una volta come l'interesse sotteso all'incriminazione sia quello delle eventuali vittime, mentre non rileva in alcun modo l'uso di materiale pedopornografico per sé, se non nel limite di stabilirne la fruibilità nell'ambito esclusivamente privato così da evitare -questo sì- che si crei una cultura pubblica di tolleranza o addirittura accettazione della pornografia infantile.

A finalità analoghe a quelle della l. 6 febbraio 2006, n. 38, si ispirava inoltre la l. n. 269/1998 la quale, in adesione agli strumenti internazionali di protezione del



fanciullo¹⁵, introduceva per la prima volta la disciplina sullo sfruttamento della prostituzione, pornografia e turismo sessuale in danno di minori, improntata alla tutela dello «sviluppo fisico, psicologico, spirituale, morale e sociale dei minori» quale bene giuridico¹⁶. Proprio in virtù di ciò all'intera disciplina, compreso il posteriore art. 600 *quater.1*, veniva data la collocazione sistematica nell'alveo dei delitti contro la persona del Titolo XII, all'interno del Capo III, Sezione I - Dei delitti contro la personalità individuale. Questa precisa scelta esprime l'esigenza di proteggere la libertà e l'integrità personale dei fanciulli, escludendo pertanto che anche la norma incriminatrice della pornografia minorile virtuale possa fungere da deterrente per condotte moralmente riprovevoli che ledano non un minore reale, ma un interesse collegato a questioni di moralità pubblica o buon costume.

Invero se il legislatore avesse voluto attribuire una connotazione morale al reato di cui si discute, rendendone la reità scevra da qualsiasi lesione in concreto, avrebbe dovuto inserire l'art. 600 *quater.1* nel contesto dei delitti contro la moralità pubblica e il buon costume del Titolo IX, magari tra le fattispecie recanti offesa “al pudore e all'onore sessuale”.

Tenendo conto di quanto detto, sembra logico concludere che la decisione della Corte di Cassazione e la chiave ermeneutica fornita nel tentativo di gettar luce sull'oscuro art. 600 *quater.1* abbia non solo fallito il suo obiettivo, ma addirittura contribuito a creare più confusione, suggerendo lo slittamento del focus della tutela dall'integrità psico-fisica dei minori a supposte generiche considerazioni moralizzanti che, in realtà, nulla hanno a che fare con il reato in questione.

4. DECONSTRUZIONE DEL DISCORSO GENERAL-PREVENTIVO

Una volta appurato che l'art. 600 *quater.1* tenda effettivamente all'incriminazione di condotte che prescindono dall'abuso di un fanciullo reale,

¹⁵ Convenzione sui diritti del fanciullo, ratificata ai sensi della legge 27 maggio 1991, n. 176; Conferenza mondiale di Stoccolma, adottata il 31 agosto 1996.

¹⁶ Legge 3 agosto 1998, n. 269, Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù.



nonostante le *fallacie* logiche, teleologiche e sistematiche che abbiamo visto sopra, veniamo ora all'ultimo punto della nostra analisi, ossia valutarne l'opportunità in un'ottica general-preventiva. Si premette che in questa sezione si parte dall'assunto di considerare “pedopornografico” in senso stretto il materiale raffigurante bambini e fanciulli che siano al di sotto dei quattordici anni, in quanto si assume che l'(in)opportunità di criminalizzare la detenzione ad uso privato di materiale pornografico afferente infradiciottenni ma maggiori di quattordici anni consenzienti sia già stata abbondantemente spiegata nei paragrafi sopra. Inoltre, si vuole qui richiamare il concetto di “pedofilo” come definito in psicoanalisi, ossia soggetto avente pulsioni sessuali per un bambino in età prepuberale, non volendo ricondurre il seguente discorso ai casi di persone attratte da adolescenti già sessualmente maturi e prossimi alla maggiore età.

Si è già detto come siffatta incriminazione *ex art. 600 quater.1* finisca per stigmatizzare non già un fatto materiale, ma un'inclinazione o una pulsione, anche qualora questa non si sostanzi in un'azione concreta che leda l'integrità psico-fisica di un bambino o ragazzino. La previsione come reato anche in assenza di una offensività in concreto si giustificerebbe con lo scopo generale di soffocare gli stimoli a soddisfare la propria libido con contenuti pedopornografici e neutralizzare il mercato della pedopornografia. Si tratterebbe quindi di una funzione general-preventiva a tutela del buon costume.

Una prima problematica di questa prospettiva deriva dalla scelta di perseguire la pornografia minorile “virtuale” ma non quella “apparente”. Se lo scopo è quello di prevenire la diffusione di immagini pedopornografiche in generale, non si vede come la produzione di materiale hard impiegando persone vere che sembrano minorenni non sia considerato altrettanto, se non più, lesivo dei materiali integralmente artificiali, necessariamente meno realistici. Il tutto, senza considerare il fatto che, nel concreto caso di specie oggetto di scrutinio da parte della Suprema Corte, il materiale in questione, ossia i fumetti, fosse per sua natura intrinsecamente inadeguato a ricreare immagini verosimili e pertanto carente di



quel realismo idoneo a evocare nel fruitore la fantasia che si tratti di un bambino vero.

Inoltre, non si è mancato di sottolineare in dottrina che l'incriminazione di condotte che prescindano totalmente da un rapporto di sfruttamento del minore non possa in ogni caso giustificarsi con l'esigenza di disincentivare la domanda di tale materiale. Da un punto di vista criminologico risulta quantomeno dubbio che la diffusione di contenuti pedopornografici creati artificialmente possa essere idonea ad incrementare il mercato della pornografia minorile e, di conseguenza, a favorire anche il potenziale sfruttamento dei minori¹⁷.

Al contrario, è opinione di chi scrive che la decriminalizzazione dell'utilizzo (se non è opportuno parlare di diffusione) della pornografia virtuale possa paradossalmente avere l'effetto di disincentivare il mercato della pornografia minorile prodotta con minori veri, dal momento che in quest'ultimo caso si incorrerebbe in una dura sanzione penale. I soggetti oppressi da tale disturbo della sessualità potrebbero infatti essere indotti a percorrere la via lecita, ed esente da implicazioni concrete su bambini reali, della pornografia minorile creata interamente in via digitale, evitando di ricorrere ad altri materiali illeciti.

Pare opportuno ricordare, infatti, che i soggetti affetti da pedofilia non consistano necessariamente in una tipologia di criminali seriali e tendenziali, che per loro natura nascono mostruosi carnefici delle innocenti vittime. Al contrario, la perversa attrazione sessuale per i minori da cui sono afflitti i pedofili non dipende da una scelta personale, ma è una condizione psicofisica che nella maggior parte dei casi (se non nella totalità) provoca non poca frustrazione, senso di alienazione ed emarginazione, disagio e vergogna. In particolare, la pedofilia è inserita nel Manuale Diagnostico e statistico dei disturbi mentali tra le parafi-

¹⁷ ANDREA CHIBELLI, *La Cassazione alle prese con il delitto di pornografia minorile virtuale: lo 'strano caso' della pedopornografia a fumetti*, Nota a Cass., Sez. III, sent. 13 gennaio 2017 (dep. 09 maggio 2017), n. 22265, Pres. Fiale, Rel. Rosi, Ric. Z. B., 27 giugno 2017, in *Diritto Penale Contemporaneo*, Contributo pubblicato nel Fascicolo 6/2017 (<https://www.penalecontemporaneo.it/d/5506-la-cassazione-alle-prese-con-il-delitto-di-pornografia-minorile-virtuale-lo-strano-caso-della-ped>).



lie, ossia quei disturbi psicopatologici¹⁸ caratterizzati da «ricorrenti e intensi impulsi, fantasie o comportamenti sessuali che implicano oggetti, attività o situazioni inusuali e causano disagio clinicamente significativo o compromissione dell'area sociale, lavorativa, o di altre aree importanti del funzionamento»¹⁹. Si tratta pertanto di un vero e proprio disturbo, indipendente dalla volontà del soggetto che ne soffre. Ciò che dipende dalla volontà, invece, è l'estrinsecare o meno tale pulsione ai danni di una vittima.

Tali osservazioni non siano assunte a giustificazione per assecondare le proprie perversioni; al contrario, possono essere utili ai fini di una maggiore comprensione del fenomeno, sempre finalizzata all'obiettivo finale che è la tutela suprema ed efficace degli interessi dei bambini. Proprio da una migliore cognizione si può capire quali azioni intraprendere per aiutare i pedofili ad evitare di compiere crimini obbrobriosi. Per quanto si debba punire con la massima severità chi si abbandoni ai propri osceni istinti intaccando la serenità di bambini e fanciulli, non si può allo stesso modo biasimare chi scelga di combattere i propri impulsi e veicolarli in atteggiamenti che non ledano nessun minore.

Non si vogliono qui fornire valutazioni in campo diagnostico, preventivo o riabilitativo del fenomeno della pedofilia, che necessitano di competenze sanitarie specialistiche che esulano dallo scopo di questa sede. Ciò che risulta rilevante è invece l'analisi criminologica circa l'opportunità di punire una determinata condotta o meno, non solo in vista di una finalità special e general-preventiva, ma anche e soprattutto alla luce del principio di presunzione di non colpevolezza e della funzione rieducativa dell'ordinamento penale di cui all'art. 27 commi 2 e 3 della nostra Costituzione.

¹⁸ G.O. GABBARD, *Psichiatria psicodinamica*, trad. it., Raffaello Cortina Ed., Milano, 1995.

¹⁹ *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders: Dsm-5*, American Psychiatric Association, 22 maggio 2013, Amer Psychiatric Pub Inc.

Le parafilie comprendono i seguenti disturbi: Disturbo esibizionistico, Disturbo feticistico, Disturbo frotteuristico, Disturbo pedofilico, Disturbo da masochismo sessuale, Disturbo da sadismo sessuale, Disturbo da travestitismo e Disturbo voyeuristico. Tra questi, sempre dal punto di vista medico, il disturbo pedofilico comporta un'attività sessuale con bambini prepuberi, generalmente al di sotto dei tredici anni, da parte di un adulto che abbia almeno sedici anni e sia almeno di cinque anni maggiore del bambino.



Dalla disamina presentata in questo contributo emerge che non solo il quadro di incriminazione della pornografia minorile risulta, nel suo complesso, inadeguato e gravato da una certa contraddittorietà interna, ma anche che l'illecito della pornografia minorile virtuale possa avere nella pratica applicativa dei risvolti contrari a quelli auspicati dal legislatore e dalla giurisprudenza, mentre, di converso, una giusta e meditata regolamentazione potrebbe avere l'esito di indurre le persone affette da questo disturbo ad assumere atteggiamenti di coscienza che non arrechino pregiudizio a nessuno. Una diversa strutturazione dell'ipotesi delittuosa è auspicabile, anche nella precitata funzione 'general-educativa', abbandonando i facili moralismi perbenisti, così che si comprenda che i 'mostri' sono solo coloro che compiono atti osceni e criminali con minori, e si cessi di demonizzare le persone per il semplice fatto di avere delle pulsioni sessuali diverse, per quanto perverse: il vero nemico non è la persona, ma l'abuso dei minori, e spesso i 'pedofili' combattono la nostra stessa guerra, ma la loro battaglia interiore è sicuramente più estenuante.